

28

CAT Conselho
Administrativo
Tributário

28

SELEÇÃO DE ACÓRDÃOS

SELEÇÃO DE ACÓRDÃOS

INCLUI DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SEFAZ
SECRETARIA DA FAZENDA
DO ESTADO DE GOIÁS

EXERCÍCIO
2010

EXERCÍCIO
2010

ÍNDICE DOS ACÓRDÃOS

ASSUNTO	DECISÃO	ÓRGÃO	ACÓRDÃO
APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO			
<u>Aquisição de energia elétrica por empresa de atividade econômica em telecomunicações</u>	Procedência	III CJUL	<u>00494/10</u>
<u>Crédito aprov. relativo à aquisição de insumos para prestação serviço de transporte</u>	Improcedência	II CJUL	<u>03236/10</u>
<u>Crédito aproveitado relativo a devolução não comprovada</u>	Procedência	I CJUL	<u>01816/10</u>
<u>Crédito aproveitado relativo a documento fiscal falsificado</u>	Procedência	I CJUL	<u>01654/10</u>
<u>Crédito aproveitado sem o cumprimento de condicionantes</u>	Procedência	CONP	<u>02263/10</u>
<u>Crédito aproveitado sem observar as recomendações legais</u>	Improcedência	IV CJUL	<u>03044/10</u>
<u>Crédito aproveitado sem observar as recomendações legais</u>	Procedência	III CJUL	<u>03474/10</u>
<u>Crédito dest. a maior em doc.fiscal - remetente e destinatário beneficiário FOMENTAR</u>	Procedência	I CJUL	<u>03506/10</u>
<u>Crédito destacado em documento fiscal não correspondente a uma efetiva operação</u>	Procedência	CONP	<u>00706/10</u>
<u>Crédito extemporâneo sem autorização do Secretário da Fazenda</u>	Improcedência	CONP	<u>02828/10</u>
<u>Crédito outorgado - Convênio ICMS 89/05 e Instrução Normativa 701/04-GSF</u>	Improcedência	CONP	<u>00232/10</u>
<u>Crédito outorgado - escrituração indevida</u>	Improcedência	I CJUL	<u>00497/10</u>
<u>Crédito outorgado - operação de saída de mercadoria excluída do benefício fiscal</u>	Procedência	CONP	<u>03301/10</u>
<u>Crédito outorgado - operações de saída de mercadorias não incentivadas</u>	Procedência	II CJUL	<u>00070/10</u>
<u>Crédito outorgado aproveitado a maior-saídas interestaduais de medicamentos</u>	Procedência	CONP	<u>00502/10</u>
<u>Crédito outorgado aproveitado indevidamente</u>	Improcedência	I CJUL	<u>00497/10</u>
<u>Crédito relativo a serviço de transporte contratado com cláusula - CIF</u>	Procedência	IV CJUL	<u>01739/10</u>
<u>Falta de estorno ref. à entrada de insumos - serviço transporte merc.internas e isentas</u>	Procedência	II CJUL	<u>02226/10</u>
AUDITORIA BÁSICA DO ICMS			
<u>Omissão pagamento - aquisição energia elétrica - empresa de comunicação</u>	Procedência	III CJUL	<u>00515/10</u>

Omissão pagamento - auditoria do programa FOMENTAR	Procedência	CONP	02272/10
Omissão pagamento - contribuinte impedido de utilizar o benefício PROTEGE GOIÁS	Procedência	I CJUL	01971/10
Omissão pagamento - importação de mercadorias	Procedência	I CJUL	01542/10
Omissão pagamento - mercadoria sujeita à substituição tributária - decadência	Procedência	CONP	02301/10
Omissão pagamento - mercadoria sujeita à substituição tributária - operação anterior	Improcedência	CONP	02890/10
Omissão pagamento - mercadorias destinadas prestação de serviço não sujeitas a ICMS	Improcedência	CONP	02389/10
Omissão pagamento - redução base de cálculo sem atendimento condicionante	Procedência	CONP	00061/10
Omissão pagamento - remessa por conta e ordem de terceiro	Improcedência	CONP	01593/10
Omissão pagamento no período considerado - confissão espontânea	Procedência	I CJUL	01432/10

AUDITORIA DA CONTA CAIXA

Sup. indevido de caixa - omissão registro de merc. tributadas/isentas e não tributadas	Procedência Parcial	II CJUL	01919/10
Suprimento indevido de caixa - auditoria das disponibilidades	Improcedência	III CJUL	01285/10
Suprimento indevido de caixa - omissão do registro de saídas de mercadorias tributadas	Procedência	I CJUL	03131/10

AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO

Escrituração de valores inferiores aos constantes nos documentos fiscais emitidos	Improcedência	IV CJUL	00423/10
Escrituração de valores inferiores aos constantes nos documentos fiscais emitidos	Procedência	CONP	00516/10

AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO

Omissão de vendas de mercadorias tributadas	Procedência Parcial	III CJUL	02234/10
Omissão de vendas de mercadorias tributadas	Procedência	I CJUL	02414/10
Omissão de vendas de mercadorias tributadas	Procedência Parcial	III CJUL	02899/10

AUDITORIA DO PREJUÍZO DA CONTA MERCADORIAS

Falta de estorno de crédito proporcional ao prejuízo apurado	Procedência	I CJUL	02175/10
--	-------------	--------	--------------------------

AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS

Omissão de saída de mercadoria tributada - indústria	Improcedência	II CJUL	01745/10
Omissão de saída de mercadoria tributada - substituto tributário	Procedência Parcial	I CJUL	01122/10

BASE DE CÁLCULO DE ICMS

Crédito relativo ao serviço utilizado na preparação do gado para abate	Improcedência	I CJULT	02485/10
Despesa emergentes de financiamento integram a base de cálculo	Procedência	IV CJUL	01924/10
Redução indevida de base de cálculo	Procedência Parcial	CONP	03269/10
Vendas com cartão de crédito	Procedência	II CJUL	01923/10

CANCELAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL

Nota fiscal cancelada após surtir os efeitos fiscais	Procedência	I CJULT	01298/10
Nota fiscal cancelada após surtir os efeitos fiscais	Procedência	I CJULT	02038/10

CONTROLE PARALELO (CAIXA 2)

Comercialização de mercadoria sem a cobertura de documentos fiscais	Procedência	CONP	00300/10
Omissão de saída de mercadorias tributadas - confronto doc.e comprovantes vendas	Procedência	CONP	02831/10
Omissão de saída de mercadorias tributadas conf. arq. extraído de microcomputadores	Procedência	I CJUL	03227/10
Saída de mercadorias tributadas com utilização de controle paralelo	Procedência	CONP	02392/10

DECADÊNCIA

DPI - omissão recolhimento	Decadência	CONP	03317/10
IPVA - omissão recolhimento	Decadência Parcial	CONP	00784/10

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA

Bens destinados ao ativo imobilizado - construção de granja de suinocultura	Improcedência	CONP	01323/10
Bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial	Improcedência	II CJUL	01578/10
Mercadoria destinada a atividade agroindustrial de avicultura	Improcedência	CONP	03005/10
Mercadoria destinada ao ativo imobilizado	Procedência Parcial	I CJUL	02336/10

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

Mercadoria estocada em estabelecimento sem cadastro estadual	Nulidade	CONP	02665/10
--	----------	------	--------------------------

ESTABELECIAMENTO COM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR

Aquisição de mercadoria - estabelecimento com inscrição estadual suspensa	Improcedência	III CJUL	00111/10
Circulação de mercadoria com notas	Procedência	IV CJUL	00666/10

[fiscais inidôneas - paralelas](#)
[Mercadoria sem documento fiscal em estabelecimento com situação cadastral irregular](#) Procedência CONP [03007/10](#)

EXPORTAÇÃO

[Falta de comprovação da efetiva exportação](#) Improcedência CONP [03665/10](#)

FISCALIZAÇÃO DE MERCADORIA EM TRÂNSITO

[Gado - remessa interna para abate - omissão pagamento antecipado do ICMS](#) Improcedência IV CJUL [00812/10](#)

IMPORTAÇÃO

[Importação por conta e ordem de terceiros](#) Improcedência IV CJUL [03039/10](#)

[Omissão pagamento ICMS devido na importação de mercadorias](#) Procedência IV CJUL [01704/10](#)

[Omissão pagamento ICMS - importação de produtos para estabelecimento industrial](#) Improcedência IV CJUL [00041/10](#)

IMPOSTO DECLARADO EM DPI

[Omissão do pagamento de imposto declarado em DPI](#) Improcedência CONP [02516/10](#)

[Omissão do pagamento de imposto declarado em DPI](#) Procedência Parcial CONP [03656/10](#)

INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO

[Auditoria Especifica de Mercadorias - omissão recolhimento ICMS](#) Inadmissibilidade CONP [01540/10](#)

[Falta de entrega de arquivo magnético](#) Inadmissibilidade CONP [01966/10](#)

[Omissão recolhimento do ICMS - Substituição Tributária](#) Inadmissibilidade CONP [02080/10](#)

INIDONEIDADE DOCUMENTAL

[Transporte de mercadoria com DANFE inidôneo](#) Procedência IV CJUL [01003/10](#)

[Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea](#) Improcedência II CJUL [00596/10](#)

[Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea](#) Improcedência III CJUL [01386/10](#)

[Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea](#) Improcedência II CJUL [03147/10](#)

[Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea](#) Procedência Parcial III CJUL [03342/10](#)

[Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea](#) Improcedência CONP [03650/10](#)

INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO

[Auditoria Especifica de Mercadorias - omissão do registro no livro registro de entrada](#) Nulidade I CJUL [00844/10](#)

[Escrituração de crédito outorgado considerado extemporâneo](#) Nulidade CONP [01615/10](#)

[Estorno de crédito menor que o devido - Nulidade](#) - Nulidade CONP [00182/10](#)
[aquisição de insumos - saídas isentas](#)

IPVA

[Omissão de pagamento](#) Improcedência CONP [00027/10](#)

ITCD

[Omissão de pagamento](#) Procedência CONP [03215/10](#)

Parcial

[Omissão de recolhimento - usufruto vitalício](#) Improcedência CONP [03214/10](#)

MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOCUMENTO IRREGULAR

[Aquisição de mercadoria desacobertada de nota fiscal - carvão - siderúrgica](#) Procedência CONP [01415/10](#)

[Beneficiamento de algodão sem pagamento do imposto](#) Procedência CONP [01473/10](#)

[Mercadoria depositada desacobertada de nota fiscal - veículo usado](#) Improcedência CONP [03544/10](#)

[Mercadoria estocada em depósito clandestino](#) Procedência I CJUL [02684/10](#)
Parcial

MULTA FORMAL

[Apresentação de arquivo magnético sem correspondência de dados com as operações](#) Procedência I CJUL [01126/10](#)

[Aquisição em quantidade desproporcional ao consumo - mercadoria com ICMS retido](#) Procedência I CJUL [02955/10](#)

[Arquivo magnético apresentado sem registro do tipo 75](#) Procedência II CJUL [01289/10](#)
Parcial

[Arquivo magnético apresentado sem registro do tipo 54, 60R e 75](#) Procedência I CJUL [01377/10](#)

[Arquivo magnético SINTEGRA - omissão - recalculância](#) Procedência CONP [02326/10](#)

[Auditoria Específica - omissão do registro de entrada](#) Procedência IV CJUL [01202/10](#)

[Caixa 2 - parcela isenta e não tributada](#) Procedência II CJUL [03133/10](#)

[Conta caixa - saldo credor](#) Procedência III CJUL [02028/10](#)

[ECF - extravio](#) Improcedência III CJUL [00804/10](#)

[ECF - lacre rompido](#) Procedência III CJUL [00529/10](#)

[ECF - não adotou](#) Procedência I CJUL [00416/10](#)

[ECF - não adotou](#) Improcedência CONP [00508/10](#)

[Embaraço à fiscalização](#) Improcedência I CJUL [00840/10](#)

[Embaraço à fiscalização](#) Procedência IV CJUL [03251/10](#)

[Extravio de livro fiscal](#) Procedência IV CJUL [01521/10](#)
Parcial

[Extravio de nota fiscal](#) Procedência III CJUL [00983/10](#)
Parcial

[Falta de autenticação de livro fiscal](#) Improcedência CONP [00957/10](#)

[Falta de comunicação da cessação de uso de ECF](#) Procedência I CJUL [02822/10](#)

[Falta de entrega de arquivo magnético](#) Procedência III CJUL [01230/10](#)

	Parcial		
Falta de entrega de arquivo magnético	Improcedência	I CJUL	01327/10
Falta de entrega de arquivo magnético do SINTEGRA	Procedência	IV CJUL	02096/10
Falta de estorno de crédito de ICMS	Procedência	CONP	01180/10
Nota fiscal com prazo de validade vencido	Improcedência	III CJUL	00002/10
Omissão de registro no livro próprio de nota fiscal de entrada	Procedência	II CJUL	00094/10
Omissão de registro no livro próprio de nota fiscal de entrada	Parcial		
Omissão de registro no livro próprio de nota fiscal de entrada	Procedência	CONP	02158/10
Omissão de registro no livro próprio de nota fiscal de entrada	Improcedência	CONP	03209/10
Omissão do registro de entrada apurado em Auditoria Específica	Procedência	II CJUL	02405/10
Omissão do registro de saída apurado em Auditoria do Movimento Financeiro	Parcial		
Omissão do registro de saída apurado em Auditoria do Movimento Financeiro	Improcedência	I CJULT	02170/10
Seccionamento de bobina de ECF	Procedência	IV CJUL	02541/10
Transferência indevida de crédito de ICMS	Procedência	CONP	03671/10
Transferência indevida de crédito de ICMS	Improcedência	CONP	01483/10
Transporte a maior de saldo credor de ICMS	Improcedência	III CJUL	02435/10
Uso irregular de ECF	Improcedência	CONP	01706/10
Utilização de nota fiscal sem liberação de uso	Improcedência	I CJUL	02235/10
Utilização indevida de alíquota de ICMS em operação com contribuinte	Procedência	I CJULT	01101/10

NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS

Apuração do saldo devedor para fins de fruição do programa FOMENTAR	Procedência	I CJUL	01476/10
Benefício fiscal - não cumprimento de condição - crédito pela entradas de 7%	Procedência	I CJUL	03035/10
Benefício fiscal - não cumprimento de condição - dívida ativa	Procedência	IV CJUL	00966/10
Benefício fiscal sem cumprimento de condicionante	Improcedência	III CJUL	00203/10
Crédito especial de investimentos concedido mediante Termo de Acordo	Improcedência	I CJUL	00971/10
Saída de mercadoria com isenção condicionada sem comprovar retorno	Improcedência	CONP	01960/10
Utilização indevida do incentivo fiscal PRODUZIR	Improcedência	I CJUL	00815/10

NOTA FISCAL DE ENTRADA - OMISSÃO DE REGISTRO

Omissão de registro de nota fiscal de entrada - mercadoria sujeita - STOP	Procedência	CONP	03015/10
Omissão do registro de nota fiscal de entrada - mercadoria sujeita - STOP	Procedência	CONP	02449/10

NULIDADE DA PEÇA BÁSICA - INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL

Aproveitamento do crédito em valor superior ao permitido - ICMS normal e retido	Nulidade	I CJUL	02814/10
Escrituração indevida de crédito de ICMS - falta de apresentação de nota fiscal de entrada	Nulidade	CONP	02895/10

NULIDADE PARCIAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Aproveitamento indevido de crédito - ilegalidade ao acrescentar 2% na alíquota de ICMS	Nulidade parcial	CONP	03562/10
Aproveitamento indevido de crédito destacado em nota fiscal sem a efetiva operação	Nulidade parcial	I CJUL	02857/10
Diferencial de alíquota - aquisição interestadual de mercadoria para uso e consumo	Nulidade parcial	CONP	02720/10
Falta de escrituração de nota fiscal de entrada	Nulidade Parcial	II CJUL	03517/10
Saída de mercadoria para consumidor final com alíquota 12% quando a correta é 17%	Nulidade Parcial	CONP	01972/10

OPERAÇÃO COM GADO

Declaração falsa quando da remessa de gado para produtor rural	Improcedência	II CJUL	01781/10
Omissão pagamento antecipado do imposto - saída interna de gado para abate -TARE	Improcedência	I CJUL	00735/10

PASSE FISCAL

Falta de baixa	Improcedência	III CJUL	00803/10
Falta de baixa	Improcedência	IV CJUL	01010/10
Falta de baixa	Improcedência	I CJUL	01501/10
Falta de baixa	Improcedência	I CJUL	01663/10
Falta de baixa	Procedência	I CJUL	01737/10
Falta de baixa	Improcedência	III CJUL	02015/10

PEREMPÇÃO

Falta de adoção de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF	Perempção	II CJUL	00110/10
--	-----------	---------	--------------------------

PRESCRIÇÃO

Omissão do recolhimento do ICMS apurado no livro Registro de Apuração de ICMS	Prescrição	CONP	02031/10
Omissão do recolhimento do ICMS apurado no livro Registro de Apuração de ICMS	Prescrição Parcial	CONP	02072/10
Omissão do recolhimento do ICMS apurado no livro Registro de Apuração de ICMS	Prescrição	CONP	03645/10

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Pagamento em duplicidade	Deferimento	CONP	00913/10
Pagamento indevido	Deferimento	CONP	01324/10

Pagamento indevido	Parcial		
	Deferimento	CONP	01361/10

SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO

Serviço de comunicação prestado sem destaque do imposto no doc. fiscal	Procedência	IV CJUL	02964/10
	Parcial		

Serviço de telecomunicação prestado sem tributação	Procedência	CONP	01339/10
--	-------------	------	--------------------------

SERVIÇO DE TRANSPORTE

Omissão de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de transporte	Procedência	CONP	02698/10
	Parcial		

Serviço de transporte - imposto não destacado na nota fiscal	Improcedência	I CJUL	00163/10
--	---------------	--------	--------------------------

SOLIDARIEDADE

Reinclusão de sócio administrador - solidário	Procedência	CONP	02678/10
	Parcial		

SUBFATURAMENTO

Notas fiscais emitidas com valores inferiores aos de mercado	Procedência	CONP	00183/10
--	-------------	------	--------------------------

Prestação de Serviço de Transporte com valor inferior ao de mercado	Procedência	CONP	02402/10
---	-------------	------	--------------------------

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas à Subst. Trib. Oper. Posteriores	Procedência	CONP	02313/10
---	-------------	------	--------------------------

Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Improcedência	III CJUL	01211/10
---	---------------	----------	--------------------------

Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Procedência	CONP	01430/10
---	-------------	------	--------------------------

Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Improcedência	I CJUL	01939/10
---	---------------	--------	--------------------------

Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Procedência	I CJUL	02144/10
	Parcial		

Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Procedência	CONP	02265/10
---	-------------	------	--------------------------

Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Procedência	III CJUL	02519/10
---	-------------	----------	--------------------------

Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Improcedência	II CJUL	02782/10
---	---------------	---------	--------------------------

Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Procedência	CONP	02813/10
	Parcial		

recolhimento Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Procedência	CONP	03015/10
Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Improcedência	II CJUL	03255/10
Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento	Procedência	CONP	03319/10

SUPERPOSIÇÃO DE LANÇAMENTO

Lançamento em duplicidade	Procedência Parcial	CONP	02267/10
---	------------------------	------	--------------------------

ZONA FRANCA

Falta de comprovação de internamento - condição para usufruir de benefício fiscal	Procedência Parcial	I CJUL	01381/10
Falta de comprovação de internamento - omissão de recolhimento de ICMS	Procedência Parcial	I CJUL	02244/10

ÍNDICE DAS SENTENÇAS

ASSUNTO	DECISÃO	ÓRGÃO	SENTENÇA
Mercadoria acompanhada por documento fiscal inidôneo	Improcedência	JULP	00542/10
Falta de emissão de documento fiscal na saída de mercadorias - Controle paralelo	Procedência	JULP	02056/10
Omissão pagamento ICMS - prestação onerosa serviço de comunicação	P.Parcial	JULP	02154/10
Utilização de alíquota indevida - alegação de condição de contribuinte	Procedência	JULP	02478/10
Omissão de pagamento de ICMS na saída de gado bovino	NULO	JULP	03078/10
IPVA - omissão de recolhimento	NULO	JULP	03214/10
IPVA - omissão de recolhimento	Procedência	JULP	03225/10
ITCD - omissão de recolhimento	Procedência	JULP	03246/10
ICMS -Substituição Tributária - omissão do registro de entradas de mercadoria	NULO	JULP	03379/10
ITCD - omissão de recolhimento	NULO	JULP	03521/10
Aquisição de bens com alíquota indevida	Improcedência	JULP	03967/10
Mercadoria desacobertada de documento fiscal	Improcedência	JULP	04787/10
Escrituração indevida de crédito outorgado	Procedência	JULP	04912/10
Auditoria do Movimento Financeiro -	Procedência	JULP	05217/10

omissão do registro de saída de mercadorias			
Omissão do recolhimento do diferencial de alíquota	Improcedência	JULP	05680/10
ITCD - omissão de recolhimento	Procedência	JULP	05880/10
Comercialização de mercadoria desacobertada de documento fiscal	Improcedência	JULP	06041/10
Transporte de mercadoria sem nota fiscal	Procedência	JULP	06053/10
ICMS -Substituição Tributária - omissão de recolhimento	NULO	JULP	06218/10
Omissão de pagamento de ICMS incidente na prestação de serviço de transporte	Procedência	JULP	06483/10
Omissão de recolhimento de ICMS relativo as receitas apuradas	Procedência	JULP	06680/10
Omissão de rec. ICMS - saídas mercadorias para ZONA FRANCA	P.Parcial	JULP	06942/10
Transporte de algodão em pluma com nota fiscal inidônea	Improcedência	JULP	06954/10



ESTADO DE GOIÁS

SECRETARIA DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

MARCONI FERREIRA PERILLO JÚNIOR

Governador do Estado

SIMÃO CIRINEU DIAS

Secretário da Fazenda

DOMINGOS CARUSO NETO

Presidente do CAT

SELEÇÃO DE ACÓRDÃOS

Nº 28

CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

IDENTIDADE INSTITUCIONAL

Nossa Missão:

Realizar a gestão e o julgamento do processo administrativo tributário com eficiência e legalidade, fortalecendo a consciência tributária e contribuindo para uma administração fiscal justa.

Nossa Visão:

Ser um órgão julgador de excelência, respeitado pela qualidade e clareza de suas decisões, pela celeridade processual e pelo bom atendimento ao usuário.

Nossos Valores:

- Ética
- Transparência
- Impessoalidade
- Cordialidade
- Trabalho em equipe
- Criatividade e motivação
- Aprimoramento constante

COMISSÃO ORGANIZADORA

Antônio de Araújo Cedro – Representante Fazendário

Álvaro Falanque – Conselheiro Classista

Emildes Luzia Marques – AFRE II (Coordenadora)

Fábio Eduardo Bezerra Lemos e Carvalho – Julgador de Primeira Instância

José Paixão de Oliveira Gomes – Conselheiro Fiscal

Terezinha Alves Cardoso – Assessora das Federações

APRESENTAÇÃO DA OAB

[Inserir aqui a apresentação da OAB]

APRESENTAÇÃO DA CREDIJUR

[Inserir aqui a apresentação da Credijur]

APRESENTAÇÃO DO CAT

Os tributos, em geral, possuem grande relevância nos Estados modernos. Esta modalidade de receita é a principal fonte de recursos para a realização do bem comum. Para os indivíduos, representam interferência, por vezes dramática, na circulação econômica, na riqueza e no trabalho.

É aceito que, em ampla análise, forma de tributação e carga tributária são definidas pela própria sociedade, através de seus representantes, eleitos para distribuir competências aos diferentes entes da federação, estabelecer hipóteses legais de incidência, definir contribuintes e graduar carga tributária.

Entretanto, até pela complexidade das relações econômicas, a legislação tributária apresenta-se, comumente, também complexa e de difícil compreensão e aplicação, mesmo para autoridades administrativas e operadores do direito especializados.

A finalidade principal do Conselho Administrativo Tributário (CAT) é realizar o controle da legalidade do lançamento, procedimento estatal tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível, conforme definição do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN). Trata-se da verificação da correspondência entre hipótese de incidência e fato gerador do tributo, ou da aplicação, pelo fisco, da norma ao caso concreto.

Entretanto, após intimado do lançamento, em caso de discordância, o contribuinte pode se utilizar do processo administrativo tributário para apresentar as impugnações e recursos próprios, dentro de uma esfera altamente especializada, que oferece uma solução mais célere e econômica que a oferecida pelo Poder judiciário, já extremamente sobrecarregado por demandas diversas.

Assim, se para a administração pública, o processo administrativo tributário pode ser visto como um conveniente meio de aprimoramento de seus atos, para os contribuintes se trata de um valioso instrumento de controle, transparente e democrático, dos atos praticados pelo poder público.

Por isso, administração pública, representantes de contribuintes, advogados e contabilistas envolvidos com o controle da legalidade do lançamento do crédito tributário têm o direito/dever de contribuir para o aprimoramento do sistema, de forma a proporcionar, cada vez mais, utilidade social ao processo administrativo tributário.

Princípios como o da Legalidade e o da Publicidade regem a ação do Conselho Administrativo Tributário (CAT), órgão responsável pela prestação judicante administrativa tributária no Estado de Goiás. A Seleção de Acórdãos, agora na 28ª edição, vem se constituindo em um importante instrumento para aplicação destes princípios, materializando o pensamento dominante no CAT, em

determinado momento, sobre questões tributárias relevantes.

Agradeço à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Goiás e à Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Advogados de Goiânia, parceiras não só na viabilização econômica deste compêndio, mas também na produção de nossas peças judicantes, intensamente influenciadas pelas teses e levantamentos contraditórios produzidos pelos advogados que aqui laboram.

Parabenizo, pelo árduo trabalho desempenhado, a Comissão designada para a seleção das sentenças e acórdãos. Não faltaram a seus integrantes dedicação e competência.

Esta publicação é uma amostra do trabalho final de controle da legalidade realizado, no âmbito do CAT, por todos os Julgadores Administrativos Tributários, representantes dos Contribuintes e do Fisco, que de forma qualificada aqui exercem o difícil mister de decidir. Com coragem e com elevada qualificação jurídica e conhecimento da legislação e das auditorias produzidas pelos órgãos de lançamento, contribuem decisivamente para que prospere somente a exigência do tributo efetivamente devido.

Destaco que o trabalho da judicância administrativa só é possível e necessário em razão das ações fiscais desenvolvidas pelo Fisco do Estado de Goiás, que também contribui diretamente para o controle da legalidade do lançamento, através das judiciosas diligências realizadas.

Por fim, agradeço aos funcionários do quadro de apoio da Secretaria da Fazenda, que nos órgãos de preparação, nos trabalhos camerais e plenários, nos setores de assistência jurídica, digitação e revisão de acórdãos, no apoio administrativo e no centro de informática viabilizam o bom funcionamento deste Conselho.

Goiânia, setembro de 2011.

DOMINGOS CARUSO NETO

Presidente do CAT

CONSIDERAÇÕES DA COMISSÃO ORGANIZADORA

Designada pelo insigne presidente desta casa julgadora para apresentar proposta visando a publicação da 28ª edição da seleção de acórdãos - exercício de 2010, cuja atividade compreende o estudo e escolha de exemplos das decisões prolatadas no decorrer do ano passado, a comissão, integrada por conselheiros representantes do fisco e dos contribuintes, da representação fazendária, julgador de primeira instância, e assessores que prestam serviço no CAT norteou, no desenvolvimento dos trabalhos, pela diretriz determinada na própria portaria de designação dos seus componentes, porém, agregando as particularidades com que cada componente deparou-se ao manusear o conjunto das decisões posto à disposição da comissão.

As balizas estabelecidas na referida portaria são: que a escolha recaísse sobre acórdãos que pudessem servir como paradigma didático; que se priorizasse os assuntos de maior relevância técnico-jurídica, tanto para a Secretaria da Fazenda quanto para os contribuintes; que se evitasse os temas já abordados em seleções anteriores e que se aproveitasse, na medida do possível, os acórdãos indicados pelo próprio autor do voto vencedor.

No estudo que o interessado realizar da presente seleção, observará que de uma forma geral os temas abordados se repetem, conforme seleções de anos anteriores, em decorrência dos procedimentos padronizados de atuação do fisco, em face da legislação tributária vigente. Entretanto o conteúdo específico de cada acórdão sempre se apresenta como novidade, seja pelo tratamento dispensado pelo autor do voto vencedor, seja pelas características próprias de cada processo administrativo tributário, no que concerne à instrução processual, em especial as provas carreadas aos autos, ou à abordagem do direito.

A comissão organizadora espera que as sugestões inseridas neste volume levem aos interessados um espelho do trabalho desenvolvido neste Conselho Administrativo Tributário no ano de 2010.

A Comissão.

COMPOSIÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

PRESIDENTE

Domingos Caruso Neto

VICE-PRESIDENTE

Heli José da Silva

SECRETÁRIO GERAL

Mário Nunes Cedro

CONSELHEIROS TITULARES

Aldeci de Souza Flor
Allen Anderson Viana
Antônio Martins da Silva
Delcides de Souza Fonseca
Edson Abrão da Silva
Heli José da Silva
Jorge Antônio Bezerra Oliveira
José Artur Mascarenhas da Silva
José Luiz Rosa
José Manoel Caixeta Haun
José Pereira D'abadia
Luis Antônio da Silva Costa
Manoel Antônio Costa Filho
Nivaldo Carvelo Carvalho
Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos

CONSELHEIROS SUPLENTES

Aguinaldo Fernandes de Melo
Álvaro Falanque
Carlos Andrade Silveira
Célia Reis Di Rezende
Cláudio Henrique de Oliveira
Elias Alves dos Santos
Gustavo Alberto Izac Pinto
Itamar Alves Carrijo
José Paixão de Oliveira Gomes
Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes
Paulo Diniz
Washington Luis Freire de Oliveira

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

David Fernandes de Carvalho

Francisco Délio de Oliveira Martins

Gilmar Rodrigues de Almeida

Jeovalter Correia dos Santos

Ismael Madlum

Levi Silva Filho

Luís Fernando Corrêa Rigo (Coordenador)

Zenewton Rimes de Almeida

COMPOSIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO FAZENDÁRIA (*)

Alberto Alves Ferreira
Antônio de Araújo Cedro
Carlos Alberto Bueno
Denilson Alves Evangelista
Fábio Eduardo Bezerra Lemos e Carvalho
Joel Moderozo dos Santos
Márcio Nogueira Pedra
Mário de Oliveira Andrade
Renato Moraes Lima
Victor Augusto de Faria Morato (Coordenador)

(*) Com a entrada em vigor da Lei nº 15.336/05, a representação da Fazenda Pública Estadual junto ao Conselho Administrativo Tributário passou a ser exercida por Auditores Fiscais da Receita Estadual III – AFRE III, subordinados à Gerência da Representação Fazendária, órgão integrante da Superintendência de Gestão da Ação Fiscal.

AUTORES DOS ACÓRDÃOS E DAS SENTENÇAS QUE COMPÕEM ESTA SELEÇÃO

CONSELHEIROS AUTORES DOS ACÓRDÃOS

Aguinaldo Fernandes de Melo
Aldeci de Souza Flor
Allen Anderson Viana
Álvaro Falanque
Antônio Martins da Silva
Carlos Andrade Silveira
Célia Reis Di Rezende
Cláudio Henrique de Oliveira
Delcídes de Souza Fonseca
Domingos Caruso Neto
Edson Abrão da Silva
Elias Alves dos Santos
Eliene Mendes de Oliveira Feitosa
Gustavo Alberto Izac Pinto
Heli José da Silva
Itamar Alves Carrijo
Jorge Antônio Bezerra Oliveira
José Luiz Rosa
José Manoel Caixeta Haun
José Paixão de Oliveira Gomes
José Pereira D'abadia
Luis Antônio da Silva Costa
Luiz Honorio dos Santos
Manoel Antônio Costa Filho
Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes
Nivaldo Carvelo Carvalho
Paulo Diniz
Sérgio Reis Crispim
Washington Luis Freire de Oliveira

JULGADORES QUE PROLATARAM AS SENTENÇAS

David Fernandes de Carvalho
Fábio Eduardo Bezerra Lemos e Carvalho
Haroldo Tavares Gomes
Julio Maria Barbosa
Levi Silva Filho
Luís Fernando Corrêa Rigo
Valdenice Maria Moraes
Valéria Cristina Batista Fonseca
Zenewton Rimes de Almeida

ABREVIATURAS UTILIZADAS NESTE VOLUME

AFA	Agência Fazendária
AFTE	Auditor Fiscal dos Tributos Estaduais
AGENFA	Agência Fazendária de Arrecadação
AGRODEFESA	Agência Goiana de Defesa Agropecuária
AI	Auto de Infração
AIDF	Autorização de Impressão de Documentos Fiscais
ANTT	Agência Nacional de Transporte Terrestre
AR	Aviso de Recebimento
AST	Assessoria Tributária
CAT	Conselho Administrativo Tributário
CELG	Companhia Energética de Goiás S/A
CCE	Cadastro de Contribuintes do Estado
CFOP	Código Fiscal de Operações e Prestações
CJUL	Câmara Julgadora
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas
COFA	Coordenação de Fiscalização e Arrecadação
COJP	Corpo de Julgadores de Primeira Instância
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CONP	Conselho Pleno
COTEPE	Comissão Técnica Permanente
CPF	Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda
CTE	Código Tributário Estadual
CTN	Código Tributário Nacional
DAICMS	Demonstrativo de Apuração de ICMS
DARE	Documento de Arrecadação Estadual
DEFIS	Departamento de Fiscalização
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito de Goiás
DIEF	Departamento de Informações Econômico Fiscais
DPI	Declaração Periódica de Informação
DOT	Delegacia Estadual de Repressão a Crime Contra a Ordem Tributária
DRFLU	Delegacia Regional Fiscalização de Luziânia
ECF	Emissor de Cupom Fiscal
FOMENTAR	Fundo de Participação e Fomento à Industrialização do Estado de Goiás
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio
GEAT	Gerência de Administração Tributária
GECON	Gerência de Controle e Acompanhamento de Processos
GECOPE	Gerência de Cobrança e Programas Especiais
GERAJ	Gerência de Apoio a Julgamentos
GERF	Gerência da Representação Fazendária
GIAS	Guia Nacional de Informação ICMS Substituição Tributária
GLP	Gás Líquido de Petróleo
GSF	Gabinete do Secretário da Fazenda
GTA	Guia de Trânsito Animal

ICMS	<i>Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação</i>
ITCD	<i>Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos</i>
IVA	<i>Índice de Valor Agregado</i>
JULP	<i>Julgadores de Primeira Instância</i>
NBM/SH	<i>Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado</i>
OMC	<i>Organização Mundial do Comércio</i>
PAFS	<i>Pedido de Aquisição de Formulário de Segurança</i>
PAT	<i>Processo Administrativo Tributário</i>
PRODUZIR	<i>Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás</i>
PROTEGE	<i>Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás</i>
RCTE	<i>Regulamento do Código Tributário Estadual</i>
RUDFTO	<i>Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência</i>
SAT	<i>Superintendência de Administração Tributária</i>
SGAF	<i>Superintendência de Gestão e Ação Fiscal</i>
SEPD	<i>Sistema Eletrônico de Processamento de Dados</i>
SINTEGRA	<i>Sistema de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços</i>
STJ	<i>Superior Tribunal de Justiça</i>
TA	<i>Termo de Apreensão</i>
TARE	<i>Termo de Acordo de Regime Especial</i>

LEI Nº 16.469, DE 19 DE JANEIRO DE 2009.

(PUBLICADA NO DOE de 22.01.09)

Alteração: Lei nº 16.883, de 12.01.10 (publicação no DOE de 15.01.10)

Vide Decreto nº 6.930, de 09.06.09 (DOE de 16.06.09)

Regula o processo administrativo tributário e dispõe sobre os órgãos vinculados ao julgamento administrativo de questões de natureza tributária.

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei regula o processo administrativo tributário e dispõe sobre os órgãos vinculados ao julgamento administrativo de questões de natureza tributária.

Art. 2º Os servidores e agentes públicos envolvidos no Processo Administrativo Tributário têm o dever de zelar pela correta aplicação da legislação, pugnando pela defesa do interesse público, da legalidade e da preservação da ordem jurídica.

TÍTULO II

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I

Normas Gerais

Art. 3º O Processo Administrativo Tributário compreende:

I - o Processo Contencioso Fiscal, para o controle da legalidade do lançamento;

II - o Processo de Restituição, para apuração de pagamento indevido decorrente de lançamento;

III - o Processo de Revisão Extraordinária, para apreciação de pedido de revisão de ato processual;

IV - o Processo de Consulta, para solução de dúvidas sobre a interpretação e a aplicação da legislação tributária;

V - o Processo de Exclusão de Ofício de Optante do Simples Nacional.

Seção II

Dos Atos e Termos Processuais

Art. 4º Os atos e termos processuais, quando a lei não prescrever forma, conterão somente o indispensável à sua finalidade, sem espaço em branco, entrelinhas, rasuras ou emendas, não ressalvados.

Parágrafo único. Toda intervenção escrita do sujeito passivo no Processo Administrativo Tributário deve conter, no mínimo:

I - o número do processo a que se referir;

II - a qualificação do requerente e, se for o caso, o número de sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado;

III - a qualificação do signatário e o seu número no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda;

IV - o endereço completo onde receberá as comunicações.

Seção III

Dos Prazos

Art. 5º Os prazos processuais são contínuos e peremptórios, excluindo-se, na sua contagem, o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º A contagem dos prazos somente se inicia e se encerra em dia de expediente normal na repartição em que se deva praticar o ato.

§ 2º Não se considera expediente normal, aquele que se encerra antes da hora normal.

§ 3º Vencido o prazo, extingue-se, independentemente de qualquer formalidade, o direito da parte à prática do ato respectivo.

§ 4º A parte pode renunciar, de forma expressa, à totalidade do prazo estabelecido exclusivamente em seu favor.

§ 5º A prática do ato, antes do término do prazo respectivo, implica desistência do prazo remanescente.

CAPÍTULO II

DOS PROCESSOS APRECIADOS PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Seção I

Normas Gerais

Art. 6º Compete ao Conselho Administrativo Tributário -CAT- apreciar:

I - o Processo Contencioso Fiscal;

II - o Processo de Restituição;

III - o Processo de Revisão Extraordinária.

§ 1º Aplicam-se subsidiariamente aos processos previstos neste artigo as disposições da Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001, e as normas da legislação processual civil.

§ 2º Não podem ser objeto de apreciação, os casos em que haja confissão irretratável de dívida, salvo se constatado erro de fato substancial que implique alteração total ou parcial do lançamento, inclusive quanto à sujeição passiva, e desde que o referido erro não tenha sido objeto de controvérsia ou de pronunciamento.

§ 3º O disposto no § 2º aplica-se, também, ao Processo de Restituição e de Revisão Extraordinária relativos aos créditos tributários decorrentes de declaração espontânea em pedido de parcelamento.

§ 4º Não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.

§ 5º É pertinente acatar, em julgamento, a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, em suas composições unificadas, obedecidos aos critérios de convencimento da autoridade julgadora.

Subseção I

Do Procedimento Fiscal

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo ou seu preposto de qualquer exigência;

II - a apreensão de:

a) mercadoria e bem;

b) arquivo, documento e livro, inclusive eletrônicos;

c) equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados relativos à operação com mercadoria ou à prestação de serviço.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade em relação aos atos do sujeito passivo e, independentemente de intimação, dos demais envolvidos nas infrações praticadas.

§ 2º O pagamento do tributo, após iniciado o procedimento, não exime o sujeito passivo da penalidade aplicável.

Art. 8º O crédito tributário decorrente de procedimento fiscal será objeto de lançamento que conterà, no mínimo:

I - identificação do sujeito passivo;

II - indicação do local, data e hora de sua lavratura;

III - descrição do fato e indicação do período de sua ocorrência;

IV - indicação do valor originário da obrigação e, quando for o caso, da base de cálculo, da alíquota e do valor da operação ou prestação;

V - indicação da disposição legal infringida e da penalidade proposta;

VI - indicação do prazo para pagamento ou apresentação de impugnação ou pedido de descaracterização;

VII - nome e assinatura da autoridade lançadora, com a indicação do cargo ou função e número da matrícula funcional.

§ 1º No caso de expedição do lançamento ser efetuada por meio eletrônico, fica dispensada a assinatura da autoridade lançadora.

§ 2º Quando em procedimento fiscal realizado em um mesmo estabelecimento forem detectadas, em mais de um exercício, infrações de uma mesma espécie, apuradas segundo critérios idênticos, a expedição do lançamento pode ser feita em apenas um documento, desde que indicados, por exercício, os elementos que não sejam comuns à totalidade do período considerado.

§ 3º Verificado pela autoridade lançadora, após o início do processo e antes da sentença em primeira instância ou em instância única, fato que resulte em alteração do valor do crédito tributário, essa situação deve ser consignada em termo por essa autoridade, intimando-se o sujeito passivo sobre a consignação procedida.

§ 4º Pode ser aplicado o disposto no § 3º, quando se constatar outro sujeito passivo, além do já identificado, não ficando prejudicada a inclusão daquele, em fase posterior do processo, no caso de comparecimento espontâneo.

Art. 9º O lançamento deve ser formalizado por meio:

I - do Auto de Infração, em todas situações;

II - da Notificação de Lançamento, quando o crédito tributário for relativo a:

a) omissão de pagamento de:

1. tributo estadual declarado ao fisco pelo sujeito passivo, inclusive por meio eletrônico ou transmissão eletrônica de dados, em documento instituído para essa finalidade;

2. tributo estadual, em razão de recolhimento por meio de cheque sem suficiente provisão de fundos ou cujo pagamento tenha sido frustrado por circunstância diversa;

3. Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA;

b) descumprimento de obrigação acessória em virtude de falta de entrega ou remessa de:

1. documento de informação ou apuração de ICMS;

2. arquivo eletrônico contendo informação relacionada à operação ou prestação realizada.

§ 1º Na situação da alínea “b” do inciso II do caput quando, para determinação do valor da penalidade, for necessária conferência em documento ou livro do sujeito passivo, o lançamento não pode ser feito por meio da Notificação de Lançamento.

§ 2º Na Notificação de Lançamento deve constar o nome do chefe do órgão expedidor ou de outro funcionário do fisco autorizado, com a indicação do cargo ou função e número da matrícula funcional.

§ 3º A existência de ação judicial, ainda que haja ocorrência de depósito ou garantia, não prejudica o lançamento ou seu aperfeiçoamento.

§ 4º O lançamento decorrente da exigência de crédito tributário devido por Microempresa -ME- ou Empresa de Pequeno Porte -EPP- optante pelo Simples Nacional deve ser formalizado nos termos definido na legislação específica.

§ 5º Fica dispensada a lavratura do documento de formalização do crédito tributário, relativamente ao ICMS, quando o valor originário do imposto for igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).”

Art. 10. Tem característica de não contenciosidade, o lançamento formalizado por meio de:

I - Notificação de Lançamento;

II - Auto de Infração:

a) nas situações relacionadas nas alíneas do inciso II do art. 9º, ressalvado o lançamento formalizado na situação de seu § 1º;

b) referente a tributo regularmente registrado e apurado em livro próprio.

Parágrafo único. Nas situações previstas neste artigo, tem característica de não contenciosidade o lançamento decorrente da exigência de crédito tributário devido por Microempresa -ME- ou Empresa de Pequeno Porte - EPP- optante pelo Simples Nacional.

Subseção II

Das Partes e da Capacidade Processual

Art. 11. Todo sujeito passivo tem capacidade para estar no processo, em qualquer fase, postulando em causa própria ou representado por advogado.

§ 1º O sujeito passivo, pessoa jurídica, pode também postular por intermédio de procurador por ele constituído, com poderes de administração.

§ 2º Ao sujeito passivo ou ao seu representante é facultada vista do processo somente no recinto da repartição.

§ 3º A vista, mediante pedido escrito, é aberta por termo lavrado nos autos, subscrito pelo servidor competente e pelo sujeito passivo ou seu representante.

Art. 12. A Fazenda Pública Estadual é representada no processo pela Representação Fazendária.

Art. 13. Durante a sessão de julgamento, o sujeito passivo ou seu procurador e o Representante Fazendário têm direito ao uso da palavra, na forma estabelecida no regimento interno do CAT.

Subseção III

Das Intimações

Art. 14. A intimação é feita por meio de:

I - carta registrada, com aviso de recepção;

II - telefax ou via eletrônica, com prova de expedição;

III - ciência direta à parte:

a) provada com sua assinatura;

b) no caso de recusa em assinar, certificada pelo funcionário responsável, na presença de duas testemunhas;

IV - tomada de conhecimento no processo, comprovada pelo termo de vista ou pela posterior manifestação da parte;

V - edital, no caso do sujeito passivo:

a) não ser localizado no endereço declarado;

b) não oferecer endereço alcançado pelo serviço de correio;

c) encontrar-se no exterior, sem representante ou preposto conhecido no País.

§ 1º As formas de intimação previstas nos incisos I a IV do caput não comportam benefício de ordem.

§ 2º A intimação por edital realizar-se-á por publicação em órgão da imprensa oficial ou afixada em local acessível ao público no prédio em que funcionar o órgão preparador do processo.

§ 3º A intimação deve ser feita ao:

I - sujeito passivo ou ao seu procurador, sendo válida a ciência a qualquer preposto destes;

II - Representante Fazendário que tenha se manifestado quando do julgamento, considerando-se, no caso de ausência desse, válida a ciência a outro Representante.

§ 4º Considera-se preposto qualquer dirigente ou empregado que exerça suas atividades no estabelecimento ou na residência do sujeito passivo ou do procurador.

§ 5º Não será intimada a parte de decisão que lhe for inteiramente favorável.

§ 6º O disposto neste artigo, aplica-se, no que couber, a solidário indicado pela autoridade lançadora.

§ 7º Havendo comparecimento espontâneo de outro sujeito passivo ao processo, ficam dispensadas a sua intimação e a lavratura de termo de sua inclusão no feito.

§ 8º Na hipótese de o sujeito passivo estar com o estabelecimento em situação cadastral irregular, antes da intimação por edital, deve ser intimado em uma das formas previstas nos incisos I a III do caput:

I - em outro estabelecimento em situação cadastral regular, situado neste Estado;

II - por meio do proprietário ou de um dos sócios, no endereço de residência ou de domicílio deste, quando o sujeito passivo não possuir outro estabelecimento em situação cadastral regular, neste Estado.

Art. 15. Considera-se feita a intimação:

I - se por carta:

a) na data de recebimento, comprovada pelo aviso de recepção;

b) sendo o aviso de recepção omissivo quanto à data de recebimento:

1. na data de recebimento informada pelo correio, por via eletrônica;

2. 7 (sete) dias após a data da entrega da carta à agência postal, quando não houver a informação da data de que trata o item 1;

c) não sendo o aviso de recepção devolvido, na data de recebimento informada pelo correio, por via eletrônica;

II - se por telefax ou via eletrônica, no dia seguinte ao da expedição;

III - se por ciência direta, na data do respectivo ciente ou termo de recusa;

IV - se por tomada de conhecimento, na data em que a parte tiver vista do processo ou nele se manifestar;

V - se por edital, 3 (três) dias após a data de sua publicação ou afixação.

Subseção IV

Da Distribuição de Processos

Art. 16. A distribuição de processos aos Julgadores de Primeira Instância e aos Conselheiros deve ser feita mediante sorteio e de forma equitativa.

§ 1º A distribuição de que trata o caput é efetuada pela unidade de apoio ao órgão a que pertencerem as autoridades ali mencionadas.

§ 2º Na hipótese de ausências e impedimentos do Conselheiro efetivo por motivo de licença, férias ou outro afastamento legal por período superior a 5 (cinco) dias, deve participar do sorteio o Conselheiro suplente que o estiver substituindo.

§ 3º O retorno do processo a julgamento não enseja nova distribuição, exceto nos casos de afastamento definitivo do Julgador de Primeira Instância ou do Conselheiro.

§ 4º O Conselheiro, quando relator, tem vista dos processos que lhe forem distribuídos pelo prazo de 5 (cinco) dias correntes, podendo retirá-los da repartição, mediante termo de responsabilidade, devendo devolvê-los até o 5º (quinto) dia útil anterior ao julgamento.

Subseção V

Dos Impedimentos e da Suspeição

Art. 17. É impedido de atuar no processo:

I - o Julgador de Primeira Instância, quando:

a) for autor do procedimento fiscal;

b) for parente, até o 3º (terceiro) grau civil, do autor do procedimento fiscal ou do sujeito passivo ou de seu representante;

c) for proprietário, sócio, cotista ou acionista, membro da diretoria, do conselho de administração, do conselho fiscal ou de órgãos equivalentes, representante ou prestador de serviço da empresa autuada;

d) tiver emitido parecer ou tenha interferido no processo em qualquer condição ou a qualquer título;

e) for subordinado, em função privada, ao autuado;

II - o Conselheiro, quando:

a) for autor do procedimento fiscal;

b) tiver proferido a decisão singular recorrida;

c) for parente, até o 3º (terceiro) grau civil, do autor do procedimento fiscal e do sujeito passivo ou de seu representante;

d) tiver emitido parecer ou tenha interferido no processo em qualquer condição ou a qualquer título, salvo na condição de Conselheiro;

e) for proprietário, sócio, cotista ou acionista, membro da diretoria, do conselho de administração, do conselho fiscal ou de órgãos equivalentes, representante ou prestador de serviço da empresa autuada;

f) for subordinado, em função privada, ao autuado.

Parágrafo único. O Conselheiro, quando for autor ou redator do voto vencedor, em julgamento cameral, fica impedido de atuar como relator na fase plenária.

Art. 18. A autoridade julgadora pode declarar a sua suspeição por motivo íntimo.

Subseção VI

Das Provas e das Diligências

Art. 19. Todos os meios legais são hábeis para provar a verdade dos fatos em litígio.

§ 1º Devem ser apresentados juntamente com o documento que formaliza o lançamento ou no primeiro comparecimento do sujeito passivo no processo, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou de fato superveniente e desde que suficientemente demonstrada essa situação:

I - demonstrativos de levantamentos;

II - outros meios de prova.

§ 2º Os demonstrativos de levantamentos e quaisquer outros meios de provas, quando em meio eletrônico, devem ser apresentados na forma estabelecida na legislação específica.

§ 3º O Julgador de Primeira Instância ou a Câmara Julgadora pode:

I - ordenar que a parte exiba documento, livro ou coisa que esteja ou deva estar em seu poder, presumindo-se verdadeiros os fatos que dependam da exibição, no caso de recusa injustificada ou de não exibição no prazo previsto;

II - determinar a realização de diligências, de ofício ou a pedido, para fins de saneamento do processo.

§ 4º Reputam-se verdadeiros, também, os fatos cujos elementos de provas estejam caracterizados em livros, arquivos eletrônicos ou quaisquer documentos do sujeito passivo deixados de ser conservados durante o prazo

decadencial ou prescricional dos créditos tributários decorrentes dos referidos atos, fatos ou negócios.

§ 5º As disposições do § 3º aplicam-se ao Conselho Pleno em julgamento de Processo de Restituição.

Subseção VII

Das Nulidades

Art. 20. São nulos os atos praticados:

- I - por autoridade incompetente ou impedida;
- II - com erro de identificação do sujeito passivo;
- III - com cerceamento do direito de defesa;
- IV - com insegurança na determinação da infração.

§ 1º A autoridade que declarar nulidade mencionará os atos por ela alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento do feito.

§ 2º A autoridade competente para julgar deve promover ou determinar a correção das irregularidades ou omissões diferentes das referidas no caput, quando estas influírem na solução do litígio, renovando-se a intimação do sujeito passivo, se fato novo advier.

§ 3º As incorreções ou omissões do lançamento, inclusive aquelas decorrentes de cálculo ou de proposição de penalidade, não acarretam a sua nulidade, quando do processo constarem elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator.

§ 4º Não causa a nulidade do ato, a participação de autoridade incompetente ou impedida, desde que esta participe de forma auxiliar e que a autoridade competente pratique o ato e esteja em exercício de suas funções.

§ 5º Na hipótese do inciso II do caput, quando ocorrer a identificação de mais de um sujeito passivo não deve ser declarada a nulidade do ato, se pelo menos um deles estiver corretamente identificado, devendo ser excluídos da relação jurídica os demais.

Art. 21. Quando a norma prescrever determinada forma, a autoridade julgadora deve considerar válido o ato se, realizado de outra maneira, alcançar a sua finalidade.

Subseção VIII

Da Aprovação, da Revisão e do Cancelamento de Súmula do CAT

Art. 22. As decisões reiteradas e uniformes do CAT podem ser consubstanciadas em súmula.

§ 1º A aprovação, revisão e cancelamento de súmula pelo CAT far-se-ão, mediante proposição de Conselheiro, pelo voto de, no mínimo, 3/4 (três quartos) dos membros do Conselho Pleno, em exercício.

§ 2º Os procedimentos de aprovação, revisão, aplicação e cancelamento de súmula devem ser definidos no regimento interno do CAT.

Subseção IX

Da Eficácia das Decisões

Art. 23. São definitivas, na esfera administrativa, as decisões que não possam ser objeto de defesa.

Art. 24. São exequíveis os créditos tributários decorrentes:

I - da Notificação de Lançamento ou do Auto de Infração com característica de não contenciosidade que:

a) não foi objeto de pedido de descaracterização de não contenciosidade;

b) teve o pedido de descaracterização de não contenciosidade inadmitido pelo Julgador de Primeira Instância;

II - do Auto de Infração que não foi objeto de impugnação:

a) em instância única;

b) em segunda instância;

III - da decisão condenatória, no caso de instância única;

IV - da decisão em primeira instância condenatória recorrível, quando não apresentado recurso voluntário no prazo legal;

V - da decisão condenatória em segunda instância:

a) cameral não recorrida para o Conselho Pleno no prazo legal;

b) plenária.

Art. 25. O crédito tributário exequível, esgotado o prazo para pagamento, deve ser inscrito em dívida ativa.

Seção II

Do Processo Contencioso Fiscal

Subseção I

Normas Gerais

Art. 26. A fase contenciosa do Processo Contencioso Fiscal inicia-se com a apresentação de impugnação, em primeira ou em segunda instância, ou com a admissão do pedido de descaracterização da não contenciosidade ao lançamento.

Parágrafo único. Havendo mais de um sujeito passivo, a apresentação de impugnação em primeira instância por apenas um deles inicia a fase contenciosa do processo, podendo, sendo o caso, o sujeito passivo revel recorrer da decisão singular resultante.

Art. 27. A impugnação, o pedido de descaracterização da não contenciosidade e os recursos, além das exigências do parágrafo único do art. 4º, devem mencionar:

I - o órgão julgador a que é dirigida;

II - os motivos de fato e de direito em que se fundamentar, separando-se as questões sob os títulos de preliminares e de mérito;

III - o pedido de julgamento em conjunto de processos, quando argüida a duplicidade de lançamentos;

IV - as diligências solicitadas, expostos os motivos que as justifiquem;

V - o rol das provas apresentadas.

Art. 28. Consideram-se:

I - revel, o sujeito passivo que não apresentar, apresentar fora do prazo legal, ou, ainda que no prazo, em órgão diverso do legalmente indicado, impugnação em primeira instância;

II - peremptos, a impugnação em instância única ou em segunda instância, o recurso voluntário e o recurso para o Conselho Pleno, quando não apresentados, apresentados fora do prazo legal ou, ainda que no prazo, em órgão diverso do indicado legalmente.

§ 1º O chefe do Núcleo de Preparo Processual -NUPRE- deve lavrar o termo de revelia quando o sujeito passivo não apresentar impugnação em primeira instância.

§ 2º Compete ao Julgador de Primeira Instância declarar a revelia do sujeito passivo, quando este apresentar impugnação em primeira instância fora do prazo legal, ou, ainda que no prazo, em órgão diverso do legalmente indicado.

§ 3º O termo de perempção deve ser lavrado:

I - pelo chefe do NUPRE, quando o sujeito passivo não apresentar impugnação, no caso de instância única;

II - pela Gerência de Controle Processual -GEPRO- quando o sujeito passivo não apresentar:

a) impugnação em segunda instância, no caso da anterior ocorrência de revelia;

b) recurso voluntário;

c) recurso para o Conselho Pleno.

§ 4º A declaração de perempção deve ser feita, quando apresentados fora do prazo legal ou, ainda que no prazo, em órgão diverso do indicado legalmente:

I - pelo Julgador de Primeira Instância, quanto à impugnação em instância única;

II - pela Câmara Julgadora, quanto à impugnação em segunda instância e ao recurso voluntário;

III - pelo Conselho Pleno, quanto ao recurso para o Conselho Pleno.

§ 5º Não serão apreciados o pedido de descaracterização da não contenciosidade e as contraditas, apresentados fora do prazo legal ou, ainda que no prazo, em órgão diverso do indicado legalmente.

Art. 29. A falta de apresentação de pedido de descaracterização de não contenciosidade, ou sua apresentação fora do prazo ou, ainda que no prazo, em órgão diverso do legalmente indicado implica encaminhamento do processo para inscrição do crédito em dívida ativa, não sendo exigida a lavratura do termo de perempção ou sua declaração.

Parágrafo único. O encaminhamento do processo à Gerência de Cobrança e Programas Especiais -GECOPE- para inscrição do crédito em dívida ativa deve ser realizado pelo:

I - NUPRE, no caso de não apresentação do pedido de descaracterização de não contenciosidade;

II - Julgador de Primeira Instância, no caso de apresentação do pedido de descaracterização de não contenciosidade fora do prazo ou, ainda que no prazo, em órgão diverso do legalmente indicado.

Subseção II

Do Preparo e do Saneamento de Processos

Art. 30. O documento que formalizou o lançamento, tratando-se de:

I - Auto de Infração deve ser, pelo funcionário que o expedir:

a) entregue ao NUPRE em cuja circunscrição situar o local da verificação da infração, quando o local da verificação da infração for neste Estado;

b) remetido ao NUPRE de Goiânia, quando o local da verificação da infração for em outro Estado;

II - Notificação de Lançamento, após sua remessa ao sujeito passivo pelo órgão expedidor, deve ser encaminhado, em arquivo eletrônico, ao NUPRE em cuja circunscrição situar o domicílio tributário do sujeito passivo.

Art. 31. Quando o local da verificação da infração neste Estado situar-se em circunscrição diferente da do domicílio tributário do sujeito passivo, o processo, após o registro do Auto de Infração e para fins de preparo e saneamento, pode ser remetido, a pedido do sujeito passivo e por autorização do titular da GEPRO:

I - ao NUPRE em cuja circunscrição situar o domicílio tributário do sujeito passivo, se o domicílio tributário do sujeito passivo for neste Estado;

II - ao NUPRE de Goiânia, se o domicílio tributário do sujeito passivo for em outro Estado.

Art. 32. O NUPRE responsável pelo saneamento e preparo do processo deve tomar as seguintes providências:

I - intimação do sujeito passivo para:

a) pagamento de crédito tributário exigido por Auto de Infração ou para apresentação de impugnação em primeira instância;

b) exibição de documento, livro ou coisa, em razão de determinação de órgão julgador;

c) apresentação de manifestação escrita determinada pelo órgão julgador sobre o advento de fato novo;

II - vista de processo, quando da primeira instância;

III - recebimento de impugnação ou de pedido de descaracterização da não contenciosidade e sua anexação ao processo;

IV - excepcionalmente, e com autorização do titular da GEPRO, recebimento de contradita ao pedido de reforma de sentença absolutória de primeira instância ou ao recurso para o Conselho Pleno, de recurso voluntário e de recurso para o Conselho Pleno, apresentados pelo sujeito passivo, bem como sua remessa para anexação ao processo;

V - lavratura de termo de revelia, em processo não sujeito a instância única, quando não apresentada a impugnação;

VI - lavratura de termo de preempção da impugnação em processo sujeito a instância única, quando não apresentadas;

VII - remessa do processo para:

a) cumprimento de diligências determinadas pelas autoridades julgadoras;

b) julgamento, inclusive quando o sujeito passivo for autorizado a apresentar impugnação ou contradita em NUPRE diverso do encarregado pelo preparo do processo;

c) conferência de cálculo e arquivamento, quando houver pagamento total;

d) inscrição em dívida ativa, quando:

1. ocorrer preempção da impugnação, quanto à totalidade dos sujeitos passivos;

2. o sujeito passivo não apresentar pedido de descaracterização de contenciosidade.

§ 1º O disposto nos incisos IV deste artigo não se aplica a sujeito passivo domiciliado na circunscrição da Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia.

§ 2º Fica o NUPRE dispensado de intimar o sujeito passivo para o pagamento de crédito tributário exigido por Auto de Infração ou para apresentação de impugnação em primeira instância quando este tiver sido regularmente intimado do lançamento pela autoridade lançadora.

Art. 33. A GEPRO deve receber o processo e tomar as seguintes providências:

I - intimação do sujeito passivo para:

a) pagamento de crédito tributário;

b) interposição de recurso voluntário;

c) apresentação de contradita ao pedido de reforma de sentença ou ao recurso para o Conselho Pleno;

d) interposição de recurso para o Conselho Pleno da decisão de Câmara Julgadora;

e) exibição de documento, livro ou coisa, em razão de determinação de órgão julgador;

f) apresentação de manifestação escrita sobre o advento de fato novo;

II - vista de processo, em segunda instância;

III - recebimento de recurso voluntário, contradita ou recurso para o Conselho Pleno apresentados pelo sujeito passivo e sua anexação ao processo;

IV - lavratura de termo de perempção do recurso voluntário, ou recurso para o Conselho Pleno, quando não apresentados pelo sujeito passivo;

V - remessa de processos para:

a) diligências determinadas pelas autoridades julgadoras;

b) julgamento;

c) conferência de cálculo e arquivamento pela GECOPE, quando houver pagamento total;

d) arquivamento, quando houver decisão definitiva totalmente favorável ao sujeito passivo;

e) inscrição em dívida ativa, quando:

1. do não pagamento no prazo legal de crédito tributário decorrente de exigência ou de decisão, quando não couber defesa na esfera administrativa;

2. da ocorrência de perempção quanto à totalidade dos sujeitos passivos;

3. for inadmitido o pedido de descaracterização de não contenciosidade;

VI - execução de outras atividades correlatas.

Parágrafo único. Sendo a decisão total ou parcialmente contrária à Fazenda Pública, compete à GEPRO intimar a Representação Fazendária para:

I - formular pedido de reforma da sentença de primeira instância;

II - interpor recurso para o Conselho Pleno.

Subseção III

Dos Prazos

Art. 34. Os atos processuais do Processo Contencioso Fiscal devem ser realizados nos seguintes prazos, sem prejuízo de outros especialmente previstos:

I - 30 (trinta) dias, contados da intimação:

a) do Auto de Infração, da consignação em termo de alteração do valor da exigência do crédito tributário, ou do termo de revelia, para o sujeito passivo pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação;

b) da Notificação de Lançamento ou do Auto de Infração de característica não contenciosa, para efetuar o pagamento do crédito tributário ou apresentar pedido de descaracterização da não contenciosidade;

II - 15 (quinze) dias contados da intimação:

a) do pedido de reforma de sentença, formulado pelo Representante Fazendário, para o sujeito passivo contraditá-lo;

b) da sentença, para o sujeito passivo apresentar recurso voluntário ou pagar a quantia exigida;

c) para que as partes se manifestem sobre o advento de fato novo;

d) para o sujeito passivo exhibir documento, livro ou coisa, em razão de determinação do Julgador de Primeira Instância, da Câmara Julgadora ou do Conselho Pleno;

e) do acórdão proferido pela Câmara Julgadora:

1. para o Representante Fazendário interpor recurso para o Conselho Pleno;

2. para o sujeito passivo interpor ou contraditar recurso para o Conselho Pleno, ou pagar a quantia exigida;

f) da exigência ou da decisão, para o sujeito passivo pagar o crédito tributário, quando não couber defesa na esfera administrativa.

Parágrafo único. Não havendo prazo expressamente previsto, o ato do sujeito passivo deve ser praticado naquele fixado pelo órgão julgador, observando-se o prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Subseção IV

Da Impugnação

Art. 35. A impugnação deve ser apresentada:

- I - em primeira instância, ao NUPRE encarregado do preparo do processo;
- II - em segunda instância, à GEPRO.

Parágrafo único. A impugnação pode ser apresentada em NUPRE diverso do encarregado do preparo do processo, desde que haja autorização do titular da GEPRO.

Subseção V

Do Pedido de Descaracterização da Não Contenciosidade

Art. 36. O sujeito passivo pode apresentar pedido de descaracterização da não contenciosidade dos lançamentos previstos no art. 10, nas seguintes hipóteses:

- I - simples erro de cálculo;
- II - duplicidade de lançamento;
- III - pagamento do crédito tributário reclamado ou cumprimento da obrigação acessória, antes do início do procedimento fiscal;
- IV - erro de identificação de sujeito passivo;
- V - não enquadramento do lançamento nas situações de característica não contenciosa.

§ 1º O pedido de descaracterização da não contenciosidade deve ser apresentado ao NUPRE em cuja circunscrição situar o domicílio tributário do sujeito passivo, devendo trazer demonstração que comprove, de forma inequívoca, a ocorrência das hipóteses previstas no caput.

§ 2º A admissibilidade do pedido da não contenciosidade será apreciada pelo Julgador de Primeira Instância.

§ 3º Será inadmitido liminarmente o pedido que não se fizer acompanhar de demonstração da ocorrência das hipóteses previstas no caput.

§ 4º Admitido o pedido, devem ser apreciadas, na mesma sentença, as questões de fato e de direito relativas à comprovação da ocorrência das hipóteses previstas no caput.

Subseção VI

Do Julgamento

Art. 37. O julgamento do Processo Contencioso Fiscal compete:

I - ao Julgador de Primeira Instância, quando ocorrer:

- a) impugnação em primeira instância;
- b) admissão de pedido de descaracterização de não contenciosidade;

II - às Câmaras Julgadoras, quanto:

- a) à impugnação em segunda instância;
- b) ao recurso de sentença de primeira instância e a respectiva contradita;

III - ao Conselho Pleno, quanto ao recurso de decisão de Câmara Julgadora e a respectiva contradita.

§ 1º O julgamento em segunda instância é realizado em sessões públicas, camerais ou plenárias, de acordo com as prescrições desta Lei e do Regimento Interno do CAT.

§ 2º Na hipótese do inciso I do caput, o processo deve ser julgado em instância única, quando se referir a:

I - pedido de descaracterização de não contenciosidade;

II - Auto de Infração cujo valor atualizado do crédito tributário não exceder a R\$ 7.000,00 (sete mil reais), na data de sua lavratura.

Art. 38. A sentença e o acórdão, redigidos com simplicidade e clareza, conterão:

I - referência ao número do processo e ao nome do sujeito passivo;

II - relatório com o histórico e fundamento do lançamento e as razões das impugnações, recursos e contraditas;

III - a decisão com os fundamentos de fato e de direito.

§ 1º A sentença de primeira instância e o acórdão devem conter expressamente:

I - as correções de omissões e irregularidades procedidas no lançamento;

II - a alteração da classificação originária do rito processual, no tocante ao número de instâncias;

III - a exclusão e reinclusão de sujeito passivo;

IV - a aplicação de penalidade diversa da proposta pela autoridade lançadora;

V - a aplicação à penalidade das formas privilegiada ou qualificada.

§ 2º Não havendo reforma da decisão, o acórdão pode ser redigido de forma sucinta, ratificando-se os fundamentos da decisão recorrida.

§ 3º Deve ser sucinta a sentença relativa a pedido de descaracterização da não contenciosidade, devendo conter no caso de:

I - inadmissão do pedido, a demonstração ou elemento de prova ausente;

II - admissão do pedido:

a) a apreciação das questões de fato e de direito relativas à comprovação de ocorrência das hipóteses previstas no caput do art. 36;

b) a conclusão sobre as referidas questões.

§ 4º Admitido que o lançamento não se enquadra nas situações de característica não contenciosa, o julgador apreciará o pedido de descaracterização de não contenciosidade como impugnação em primeira instância, devendo mencionar esse fato na conclusão da sentença.

§ 5º As inexatidões materiais, devidas exclusivamente a lapso manifesto ou erro de escrita ou cálculo, podem ser corrigidas, de ofício ou a requerimento, mantendo-se nos autos a sentença, a certidão ou o acórdão original e procedendo-se à aprovação e à juntada do novo documento:

I - pelo Julgador de Primeira Instância e, no caso de impossibilidade por parte deste, pelo coordenador dos Julgadores de Primeira Instância;

II - pela respectiva Câmara Julgadora, desde que aprovada pela totalidade dos Conselheiros que participaram do julgamento;

III - pelo Conselho Pleno, quando relativas às suas próprias decisões e na impossibilidade de reunião da totalidade de Conselheiros mencionada no inciso II.

Subseção VII

Dos Recursos à Sentença de Primeira Instância

Art. 39. Da sentença em primeira instância, total ou parcialmente contrária ao sujeito passivo, cabe recurso voluntário.

Art. 40. Da sentença, total ou parcialmente contrária à Fazenda Pública Estadual, deve haver, na própria decisão, remessa de ofício à Representação Fazendária, com efeito suspensivo.

§ 1º Caso a Representação Fazendária interponha recurso à Câmara Julgadora, o sujeito passivo pode contraditá-lo.

§ 2º Não deve ser objeto de julgamento, em segunda instância, a parte da sentença recorrida com a qual o Representante Fazendário concordar.

§ 3º Quando a decisão for totalmente contrária à Fazenda Pública e o Representante Fazendário com ela concordar, o processo deve ser arquivado mediante despacho desta autoridade.

Subseção VIII

Do Recurso para o Conselho Pleno

Art. 41. Cabe recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

I - não unânime;

II - unânime:

a) divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica;

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual;

2. prova inconteste, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão;

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

d) quando apresentada prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo.

§ 1º Na hipótese do inciso II do caput, a parte deve, sem a qual o recurso deve ser liminarmente inadmitido:

I - juntar cópia do acórdão objeto da divergência ou a prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento;

II - demonstrar, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, ou a falsidade da prova.

§ 2º O recurso ao Conselho Pleno pode ser contraditado pela parte contrária.

§ 3º Se a divergência for parcial, o recurso deve restringir-se à matéria objeto de discordância.

§ 4º Após verificação do cumprimento dos pressupostos de admissibilidade previstos no caput, havendo pedido de diligência não admitido em decisão cameral, o Conselho Pleno poderá determinar a sua realização se entender necessária à solução da lide, devendo os autos do processo, após o cumprimento da diligência, retornar para nova apreciação em Câmara Julgadora.

§ 5º O recurso remete o processo ao conhecimento do Conselho Pleno para apreciação do acórdão proferido, não comportando:

I - diligência;

II - juntada de provas, salvo nas hipóteses previstas nas alíneas “c” e “d” do inciso II do caput.

Seção III

Do Processo de Restituição

Art. 42. A restituição do tributo pago indevidamente pelo sujeito passivo, decorrente de lançamento, deve ser feita após o reconhecimento do direito a esta pelo Conselho Pleno, em instância única.

§ 1º Inicia-se o Processo de Restituição com o pedido formulado pelo sujeito passivo, ou por terceiro que prove haver assumido o encargo financeiro, apresentado junto ao Protocolo Setorial - PROSET -, devendo o pedido ser remetido à Presidência do CAT, que deve determinar as providências necessárias ao preparo do processo.

§ 2º O pedido de restituição deve ser instruído com o original do comprovante de pagamento ou com o extrato emitido pelo Sistema de Arrecadação - SARE - e com as provas de que o pagamento é indevido.

§ 3º A execução do acórdão prolatado no Processo de Restituição, favorável ao requerente, far-se-á por despacho do Secretário da Fazenda.

§ 4º Aplica-se ao acórdão prolatado em Processo de Restituição o disposto no § 5º do art. 38.

Seção IV

Do Processo de Revisão Extraordinária

Art. 43. Compete ao Presidente do CAT o juízo de admissibilidade de pedido de Revisão Extraordinária apresentado fora do último prazo para defesa previsto nesta Lei, relativo a crédito tributário ajuizado ou não:

I - pelo titular da GECOPE, referente a:

a) lançamento eivado de vício de legalidade, não impugnado em instância única ou em segunda instância ou sem a apresentação de pedido de descaracterização de não contenciosidade;

b) processo administrativo tributário em que:

1. tenha ocorrido ineficácia de intimação feita ao sujeito passivo;

2. a ação de cobrança está prescrita;

II - pelo sujeito passivo, referente a:

a) apreciação extraordinária de lançamento, desde que:

1. fundamentado em prova inequívoca de erro de fato substancial que implique alteração total ou parcial do lançamento, inclusive quanto à sujeição passiva;

2. relativa à sentença em instância única, quando esta, inequivocamente, divergir de jurisprudência anterior, relativa à matéria idêntica, emanada do Conselho Pleno.

b) admissão extraordinária de peça defensiva, apresentado uma única vez, desde que fundamentado em prova inequívoca de erro que tenha importado em ineficácia de intimação feita ao sujeito passivo.

§ 1º O pedido de Revisão Extraordinária deve ser apresentado no CAT, devendo estar acompanhados:

I - da demonstração do vício de legalidade;

II - do laudo demonstrativo da prescrição;

III - da prova do erro alegado;

IV - da jurisprudência emanada do Conselho Pleno divergente da sentença em instância única.

§ 2º Recebido o Pedido de Revisão Extraordinária, o Presidente do CAT tomará as providências necessárias ao saneamento do processo.

§ 3º O pedido de Revisão Extraordinária não se aplica à decisão proferida pelo Conselho Pleno, ressalvada a relativa à inadmissão ou perempção de recurso.

§ 4º O Presidente do CAT deve, quando:

I - não atendidos os requisitos exigidos no caput, inadmitir o pedido;

II - atendidos os requisitos exigidos no caput, admitir o pedido e determinar seu encaminhamento para apreciação.

§ 5º O pedido de Revisão Extraordinária não tem efeito suspensivo, porém sua admissão pelo Presidente do CAT acarreta:

I - em se tratando de crédito tributário não ajuizado, o cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa, desde que a admissão se refira à totalidade do lançamento, devendo o processo ser remetido à GECOPE para esse fim;

II - em se tratando de crédito tributário ajuizado:

a) na hipótese de apreciação extraordinária de lançamento, não implica cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa;

b) na hipótese de admissão extraordinária de peça defensiva, o cancelamento do ato de inscrição do crédito em dívida ativa, devendo ser oficiado à Procuradoria-Geral do Estado para fins de extinção da ação judicial.

Art. 44. Não pode ser admitido, contado do vencimento do último prazo para pagamento ou apresentação de defesa em Processo Contencioso Fiscal, o pedido de Revisão Extraordinária referente à:

I - apreciação extraordinária de lançamento, após 2 (dois) anos;

II - admissão extraordinária de peça defensiva, após 5 (cinco) anos.

Art. 45. Compete ao Conselho Pleno a apreciação, sem realização de diligências, do pedido de Revisão Extraordinária admitido pelo Presidente do CAT.

§ 1º Excetuam-se da competência prevista neste artigo, o pedido de Revisão Extraordinária referente à:

I - apreciação extraordinária do lançamento de sujeição a instância única, não julgado, hipótese em que o pedido deve ser apreciado, sem realização de diligências, pelo Julgador de Primeira Instância, em instância única;

II - admissão de peça defensiva, cuja admissão pelo Presidente do CAT acarreta o retorno do processo à fase em que houver ocorrido a ineficácia de intimação.

§ 2º À sentença e ao acórdão prolatado em Revisão Extraordinária aplica-se o disposto no § 5º do art. 38.

Art. 46. A decisão proferida na Revisão Extraordinária referente à apreciação extraordinária do lançamento que julgar totalmente improcedente o lançamento, no caso de crédito tributário ajuizado, acarreta o cancelamento da inscrição em dívida ativa, devendo ser oficiada a Procuradoria-Geral do Estado para fins de extinção da ação judicial.

Parágrafo único. O cancelamento da inscrição em dívida ativa e o ofício à Procuradoria-Geral do Estado devem ser efetuados pela GECOPE por determinação do Presidente do CAT.

CAPÍTULO III

DOS PROCESSOS APRECIADOS PELA SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Seção I

Normas Gerais

Art. 47. Compete à Superintendência de Administração Tributária apreciar:

I - o Processo de Consulta, para solução de dúvidas sobre a interpretação e a aplicação da legislação tributária;

II - o Processo de Exclusão de Ofício de Optante do Simples Nacional.

Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente aos processos previstos neste artigo as disposições da Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001.

Seção II

Do Processo de Consulta

Art. 48. A consulta, a ser apreciada em instância única, pode ser formulada:

I - pelo sujeito passivo;

II - por entidade representativa de classe;

III - por órgão da administração pública.

§ 1º A consulta, além das exigências previstas no parágrafo único do art. 4º, deve conter:

I - a matéria determinada da consulta, com descrição detalhada do seu objeto e indicação das informações necessárias a sua elucidação;

II - declaração de que não se encontra sob procedimento fiscal;

III - declaração de que a matéria nela exposta não foi objeto, relativamente ao consulente, de:

- a) lançamento que não tenha sido quitado;
- b) decisão administrativa ou judicial anterior.

§ 2º As declarações previstas nos incisos II e III do § 1º:

I - devem referir-se, no caso de sujeito passivo, a todos os estabelecimentos do consulente localizados neste Estado;

II - não se aplicam a entidade representativa de classe e a órgão da administração pública.

Art. 49. O Superintendente de Administração Tributária deve declarar inepta a consulta e determinar o arquivamento do processo no caso de:

I - a consulta:

- a) ter sido formulada por parte não relacionada no caput do art. 48;
- b) ter sido protocolizada após o vencimento da obrigação a que se refere a consulta;
- c) não descrever com fidelidade a matéria que lhe deu origem, em toda a sua extensão;
- d) ser meramente protelatória, versando sobre disposições claramente expressas na legislação tributária;

e) versar sobre matéria objeto de:

- 1. lançamento que não tenha sido quitado;
- 2. decisão administrativa ou judicial anterior relativamente ao consulente;

II - o consulente encontrar-se sob procedimento fiscal.

Art. 50. Nenhum procedimento fiscal, salvo no caso de ocorrência das situações previstas no art. 49, pode ser iniciado contra o sujeito passivo consulente, em relação à matéria objeto da consulta, no período entre a protocolização do Processo de Consulta e 20 (vinte) dias contados da data que o consulente tiver ciência da resposta.

Art. 51. Respondida a consulta e cientificado o consulente, este deve passar, de imediato, a proceder em estrita conformidade com a solução dada.

§ 1º O pagamento do tributo devido em decorrência da resposta à consulta pode ser pago atualizado monetariamente e acrescido de multa de mora, até 20 (vinte) dias contados da data que o consulente tiver ciência da resposta.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se a todos:

I - estabelecimentos do consulente localizados neste Estado;

II - associados ou filiados da entidade representativa de classe.

§ 3º A resposta à consulta que contraditar com norma superveniente perde automaticamente o efeito.

Art. 52. O Superintendente de Administração Tributária pode editar Parecer Normativo referente matéria tributária objeto de reiteradas consultas por parte de sujeito passivo ou que necessite de orientação e esclarecimento quanto a sua interpretação e aplicação.

Parágrafo único. O Parecer Normativo constitui norma complementar da legislação tributária nos termos do inciso I do art. 100 do Código Tributário Nacional.

Seção III

Do Processo de Exclusão de Ofício de Optante do Simples Nacional

Art. 53. Compete à Superintendência de Administração Tributária apreciar os atos relativos à exclusão de ofício de optante do Simples Nacional.

§ 1º Notificado o sujeito passivo da exclusão de ofício, este poderá apresentar defesa no NUPRE em cuja circunscrição situar seu domicílio tributário.

§ 1º-A O pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária relacionados ao procedimento fiscal, efetuado antes do recebimento da notificação referida no § 1º, afasta a exclusão do contribuinte do Simples Nacional.

§ 1º-B Na hipótese de pagamento parcelado, a não quitação do parcelamento, na forma prevista na legislação tributária, implica exclusão do contribuinte do Simples Nacional.

§ 1º-C O pagamento não afasta a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, nos casos em que houver prática reiterada da infração, nos termos definidos na legislação tributária.”

§ 2º O titular da Gerência de Arrecadação e Fiscalização apreciará, em primeira instância, a defesa apresentada.

§ 3º Da decisão desfavorável ao sujeito passivo, cabe, no prazo de 15 (quinze) dias, recurso ao Superintendente de Administração Tributária.

TÍTULO III

DOS ÓRGÃOS VINCULADOS AO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I

DO CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CAT

Art. 54. O Conselho Administrativo Tributário - CAT - é composto pelos seguintes órgãos:

- I - Presidência - PRES;
- II - Vice-Presidência - VPRES;
- III - Conselho Pleno - CONP;
- IV - Câmaras Julgadoras - CJUL;
- V - Julgadores de Primeira Instância - JULP.

§ 1º São órgãos auxiliares do CAT:

- I - Secretaria Geral - SEGE;
- II - Gerência de Controle Processual - GEPRO.

§ 2º O CAT, órgão julgador, independente em sua função judicante e vinculado administrativamente ao Gabinete do Secretário da Fazenda, é regido pelas normas constantes desta Lei e de seu regimento interno.

§ 3º O Conselheiro e o Julgador de Primeira Instância apreciarão livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo indicar na decisão os motivos que lhes formaram o convencimento.

§ 4º Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o Conselheiro e o Julgador de Primeira Instância não podem ser punidos ou prejudicados pelas opiniões que manifestarem ou pelo teor das decisões que proferirem.

§ 5º Compete ao CAT editar normas sobre os procedimentos inerentes aos processos administrativos tributários de sua competência.

Art. 55. O CAT compõe-se, em segunda instância de julgamento, de 21 (vinte e um) Conselheiros efetivos, sendo 11 (onze) representantes do fisco e 10

(dez) representantes dos contribuintes, nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de 04 (quatro) anos, dentre brasileiros maiores de 25 (vinte e cinco) anos de idade, de ilibada reputação e de notórios conhecimentos jurídicos e fiscais, preferencialmente portadores de diploma de curso superior.

§ 1º O mandato de Conselheiro inicia-se na data da posse do nomeado, permitida recondução.

§ 2º Ao Conselheiro da representação dos contribuintes que completar 70 (setenta) anos, fica assegurada a permanência no exercício das suas funções até a conclusão do seu mandato, vedada a sua recondução.

§ 3º Findo o mandato, o Conselheiro deve permanecer no exercício de suas funções, até a posse de seu sucessor, respeitado o prazo máximo de noventa dias.

§ 4º São incompatíveis para o exercício da função de Conselheiro os que, entre si, sejam cônjuges, sócios ou parentes, consangüíneos ou afins, até o 3º (terceiro) grau civil.

§ 5º A incompatibilidade resolve-se a favor do primeiro Conselheiro nomeado ou empossado, se a nomeação ou posse for da mesma data.

§ 6º A nomeação de que trata o caput deve ser feita após a indicação de nomes, em lista simples:

I - quanto aos representantes do fisco, pelo Secretário da Fazenda, dentre os Auditores Fiscais da Receita Estadual III - AFRE III, com, no mínimo, 3 (três) anos no cargo;

II - quanto aos representantes dos contribuintes:

a) pela Federação de Agricultura, pela Federação do Comércio e pela Federação da Indústria, cabendo a cada Federação a indicação de 2 (dois) representantes;

b) pelos Conselhos Regionais de Economia, Contabilidade e Administração, cabendo a cada Conselho a indicação de 1 (um) representante;

c) pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Goiás, de 1 (um) representante.

§ 7º O Chefe do Poder Executivo não fica, em qualquer caso, adstrito aos nomes indicados, devendo, na hipótese de recusa, solicitar nova indicação.

§ 8º Devem ser nomeados, ainda, Conselheiros suplentes, em número de 6 (seis) para cada representação, obedecendo-se aos mesmos critérios estabelecidos para a nomeação dos Conselheiros efetivos.

§ 9º A posse e o exercício do mandato de Conselheiro ficam condicionados:

I - ao atendimento das exigências contidas no art. 13 e seus §§ da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992;

II - à apresentação, pelo nomeado, de certidão negativa para com a Fazenda Pública Estadual e diploma de graduação em curso superior.

§ 10. Os Conselheiros suplentes da representação do Fisco, quando não convocados para a substituição eventual nos julgamentos de segunda instância ou não escolhidos como membro de Câmara Julgadora criada em caráter temporário, são competentes para atuar nos feitos administrativo-tributários em primeira instância, na condição de julgadores singulares.

Art. 56. O Presidente e o Vice-Presidente do CAT são escolhidos e nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, dentre os membros efetivos da representação do fisco.

Parágrafo único. As substituições do Presidente, pelo Vice-Presidente, não prejudicam a atuação desse último como Conselheiro, exceto em caso de licença prêmio, licença para tratamento de saúde, férias ou vacância.

Art. 57. O Conselho Pleno compõe-se de 21 (vinte e um) Conselheiros, sendo 11 (onze) da representação do fisco e 10 (dez) da representação dos contribuintes e deve ser presidido pelo Presidente do CAT.

Parágrafo único. O Presidente da sessão do Conselho Pleno somente votará no caso de empate.

Art. 58. Na composição das Câmaras Julgadoras, em número de até 4 (quatro), deve ser respeitada a paridade numérica entre a representação do fisco e a representação dos contribuintes, sendo facultada a especialização de Câmara por matéria.

§ 1º Os membros das Câmaras Julgadoras são escolhidos pelo Conselho Pleno em sessão realizada no último mês do ano, mediante sorteio, vigorando a composição resultante para o ano civil seguinte.

§ 2º As Câmaras Julgadoras são coordenadas por um de seus integrantes, eleito semestralmente, dentre a representação do fisco e a dos contribuintes, alternadamente, sendo vedada a coordenação simultânea de todas as câmaras por integrantes de uma mesma representação.

§ 3º A eleição de que trata o § 2º é condicionada ao preenchimento de mais de uma vaga de Conselheiro efetivo da representação do integrante a ser eleito.

§ 4º Não atendida a condição prevista no § 3º, a coordenação deve ser exercida:

I - pelo Conselheiro efetivo em exercício, quando houver apenas uma vaga de seu cargo preenchida;

II - pelo Conselheiro suplente com mais tempo de exercício no mandato em vigor, provisoriamente, quando não houver nenhuma vaga de Conselheiro efetivo preenchida.

§ 5º Quando o Coordenador da Câmara Julgadora desempenhar a função de relator ou na hipótese de seu impedimento, suspeição ou ausência, a coordenação deve ser ocupada por Conselheiro da mesma representação, ainda que suplente.

§ 6º O Coordenador da Câmara somente votará:

I - no caso de empate, estando completa a composição cameral;

II - ou quando o número de Conselheiros presentes for igual à metade dos membros da Câmara mais um, incluído nesse número o próprio Coordenador.

§ 7º Na hipótese do inciso II do § 6º, o Coordenador, ou seu substituto, somente votará após os demais Conselheiros e, resultando os votos desses em empate, deve decidir obrigatoriamente entre as alternativas empatadas.

Art. 59. Podem ser criadas pelo Conselho Pleno, por prazo determinado, até 2 (duas) Câmaras Julgadoras em caráter temporário, no caso de eventual excesso de serviço.

§ 1º A criação de Câmaras Julgadoras em caráter temporário deve ser proposta ao Conselho Pleno pelo Presidente do CAT, com a fundamentação do pedido e a indicação do período de seu funcionamento.

§ 2º Os membros das Câmaras Julgadoras criadas em caráter temporário serão escolhidos mediante sorteio, dentre os Conselheiros suplentes, na sessão do Conselho Pleno que aprovar sua criação.

Art. 60. Os Julgadores de Primeira Instância em número de, no mínimo, 08 (oito) e, no máximo, 12 (doze) serão designados por ato do Secretário da Fazenda, para mandato de 4 (quatro) anos, observando-se os requisitos estabelecidos no caput, no inciso I do § 6º e as condições estabelecidas no § 9º, todos do art. 55.

§ 1º O mandato de Julgador de Primeira Instância inicia-se na data da posse do nomeado, permitida recondução para novo mandato.

§ 2º Um dos Julgadores de Primeira Instância, por indicação do Presidente do CAT, deve ser designado por ato do Secretário da Fazenda para, cumulativamente, coordenar o serviço de julgamento em primeira instância.

Art. 61. Devem ser criados Núcleos de Preparo Processual - NUPRE - nas Delegacias Regionais de Fiscalização, conforme estabelecido em ato do Secretário da Fazenda, para realização das atividades de sua atribuição.

Parágrafo único. Deve funcionar subordinado ao GEPRO, o NUPRE da circunscrição da Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia.

CAPÍTULO II

DA REPRESENTAÇÃO FAZENDÁRIA

Art. 62. A Fazenda Pública Estadual será representada no CAT pela Representação Fazendária da Superintendência de Administração Tributária, composta de, no mínimo, 6 (seis) Representantes Fazendários, designados por ato do Secretário da Fazenda, dentre os Auditores da Receita Estadual III - AFRE III.

Parágrafo único. Um dos Representantes Fazendários deve ser designado por ato do Secretário da Fazenda para, cumulativamente, coordenar a Representação Fazendária, por indicação do Superintendente de Administração Tributária.

Art. 63. Compete aos Representantes Fazendários, além de outras atribuições previstas em lei e no regimento interno do CAT:

I - recorrer, nas hipóteses legalmente previstas;

II - manifestar concordância, mesmo se parcial, com a sentença contrária à Fazenda Pública;

III - emitir parecer nos processos ou oralmente, fazendo constar em ata sua manifestação quanto às questões destacadas para apreciação;

IV - pronunciar-se nos feitos toda vez que for solicitado;

V - requerer diligências ao órgão julgador quando considerá-las imprescindíveis à instrução do processo;

VI - fazer-se presente nas sessões de julgamento, ordinárias ou extraordinárias, podendo fazer uso da palavra;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Presidente do CAT ou pelo órgão julgador;

VIII - solicitar, motivadamente, preferência para julgamento de processos;

IX - apresentar sugestões de medidas legislativas e providências administrativas que julgar úteis ao aperfeiçoamento das atividades processuais e de fiscalização.

TÍTULO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 64. As disposições desta Lei aplicam-se aos processos administrativos tributários pendentes, relativamente aos atos processuais subseqüentes à sua vigência.

Art. 65. Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a baixar, mediante decreto, o regimento interno do CAT, que regulamentará esta Lei e disporá, especialmente, sobre a distribuição e tramitação dos Processos Administrativos Tributários e a estrutura organizacional do CAT e da Representação Fazendária.

Art. 66. Perceberão jeton, limitados ao máximo de 22 (vinte e dois) por mês, conforme definido no regimento interno:

I - os Conselheiros da representação do fisco e dos contribuintes, efetivos ou suplentes, por sessão de julgamento a que efetivamente comparecerem, constante da ata dos trabalhos;

II - os Representantes Fazendários, por sessão de julgamento a que efetivamente comparecerem, constante da ata dos trabalhos, e por conjunto de peças, pareceres e recursos propostos;

III - os Conselheiros suplentes da representação do fisco e os Julgadores de Primeira Instância, pelos julgamentos singulares realizados;

IV - o coordenador dos Julgadores de Primeira Instância, o coordenador da Representação Fazendária, o Secretário Geral e o Presidente do CAT, pelo desempenho das respectivas funções.

Art. 67. O regimento interno do CAT pode autorizar, na forma e nas condições que estabelecer, a apresentação, por meio eletrônico, das peças defensorias mencionadas nesta Lei.

Art. 68. Os valores expressos em R\$ (reais) nesta Lei e no regimento interno do CAT devem ser atualizados anualmente com base no mesmo critério e índice utilizados para a correção do tributo.

Art. 69. Fica convalidada a percepção de jeton autorizada com fundamento nos arts. 81 a 83 do Decreto n° 5.486, de 25 de setembro de 2001.

Art. 70. Fica assegurada a permanência na composição do Conselho Administrativo Tributário dos atuais Conselheiros que não atenderem aos requisitos estabelecidos no art. 55 desta Lei.

Art. 71. Fica revogada a Lei nº 13.882, de 23 de julho de 2001.

Art. 72. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeito, porém, no primeiro dia do segundo mês subsequente ao de sua publicação.

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS, em Goiânia, 19 de janeiro de 2009, 121º da República.

ALCIDES RODRIGUES FILHO

Jorcelino José Braga

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Aquisição de energia elétrica por empresa de atividade econômica em telecomunicações (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00494/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Aproveitamento de crédito relativo à aquisição de energia elétrica por empresa de telecomunicação. Crédito indevido. Procedência. Decisão unânime.

I - É indevida a apropriação de crédito do ICMS relativo à aquisição de energia elétrica por empresa cuja atividade econômica seja a prestação de serviço de telecomunicação, por força do disposto no art. 2º, I, b, da Lei nº 13.772/00, c/c art. 522, II, "a", do RCTE.

II - Comprovado nos autos que o sujeito passivo omitiu pagamento do ICMS em decorrência da apropriação indevida de crédito tributário relativo a aquisição de energia elétrica, a exigência contida na exordial deve ser mantida.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25 de novembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Edson Abrão da Silva e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Informa o auto de infração que o sujeito passivo "Omitiu pagamento do ICMS, na importância de R\$ 775.251,27, em razão do aproveitamento indevido de crédito de ICMS, sobre energia elétrica, sem amparo na Legislação Estadual, no período de 01/10/2006 a 31/12/2006, lançado no livro de Apuração do ICMS, documentos em anexo. Em consequência, deverá pagar o imposto no valor acima mencionado, juntamente com penalidade e acréscimos legais."

Constam como infringidos os artigos 58, parágrafo 3º, II e 64, da Lei nº 11.651/91 c/c art. 522, II, Decreto nº 4.852/97 e foi proposta a penalidade prevista no artigo art. 71, inciso IV, alínea "a", da Lei 11651/1991.

Os autos estão instruídos com a Nota Explicativa (fls. 6/8), demonstrativos: LEVANTAMENTO DO ICMS CREDITADO INDEVIDAMENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA (fl. 9), RESUMO DE APURAÇÃO DO ICMS - modelo 9 e Registro de Apuração do ICMS (fls. 10/18).

Intimado da acusação fiscal (fls. 19/20), o sujeito passivo apresentou a peça impugnatória de fls. 22 a 59.

Por meio da Sentença nº 5519/09-JULP (fls. 620/623), o julgador singular rejeitou as preliminares de cerceamento ao direito de defesa e de insegurança na determinação da infração e considerou procedente o auto de infração.

Inconformado com a decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs o recurso voluntário de fls. 626 a 662, com os seguintes fundamentos:

(a) Sustenta que a energia elétrica utilizada pela recorrente se submete a um processo de industrialização, sem o qual não seria possível viabilizar a prestação de serviço de telecomunicação que constitui o seu objeto social, estando, assim, expressamente autorizado o respectivo creditamento do ICMS com base no artigo 33, II, "b" da Lei Complementar nº 87/96 e no artigo 2º, I, "b" da Lei nº 13.772/2000.

(b) Transcreve fragmento da perícia realizada, segundo a qual: "A principal matéria-prima do processo de telecomunicação é a energia elétrica. A energia elétrica é o produto industrializado, que transformado no processo realizado pela operadora de telecomunicação, resulta na criação das ondas eletromagnéticas que possibilitam os rádioenlaces ou conexões."

(c) alega a impossibilidade de aplicação de multa de 140% do imposto pago;

Requer, ao final, conhecer do pedido a fim de reconhecer o direito ao creditamento de ICMS calculado em relação ao total da energia elétrica consumida, com fundamento no art. 33, II, "b" da LC 87/96, alternativamente, a recorrente pugna pela redução da multa imposta.

Por último, em 18/11/09, a atuada apresentou o MEMORIAL, de fls. 665 a 671, no qual reforça os argumentos apresentados no recurso voluntário.

É o relatório.

DECISÃO

A acusação constante da peça inicial é de que o sujeito passivo omitiu pagamento do ICMS em decorrência do aproveitamento indevido de crédito de ICMS, referente à aquisição de energia elétrica, no período de 01/10/2006 a 31/12/2006.

A Lei nº 13.772/00 (art. 2º, I, b) estabelece que o direito à apropriação do crédito do ICMS está assegurado, durante o período de 1º de janeiro de 2001 até 31 de dezembro de 2010, se relativo à entrada de energia elétrica no estabelecimento, quando for consumida no processo de industrialização:

"Art. 2º O direito à apropriação do crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, previsto na Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, Código Tributário do Estado de Goiás - CTE, durante o período de 1º de janeiro de 2001 até 31 de dezembro de 2010, fica limitado às seguintes situações:

I - se relativo à entrada de energia elétrica no estabelecimento quando:

- a) for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- b) for consumida no processo de industrialização;" (...).

No mesmo sentido o Decreto nº 4.852/97, no artigo 522, regulamentando a matéria, determina que a entrada de energia elétrica no estabelecimento, até o dia 31 de dezembro de 2006, somente dá direito ao crédito do ICMS, quando for utilizada por contribuinte enquadrado no código de atividade econômica de indústria:

"Art. 522. Somente dá direito ao crédito do ICMS:

(...)

II - relativamente à energia elétrica e ao serviço de comunicação, até o dia 31 de dezembro de 2006 (Lei nº 13.772/00, art. 2º):

NOTA: Redação com vigência de 30.12.03 a 27.12.06.

a) a entrada de energia elétrica no estabelecimento, quando:

- 1. for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- 2. for utilizada por contribuinte enquadrado no código de atividade econômica de indústria;" (...).

No caso em análise, os elementos de instrução da acusação estão a revelar que a autuada efetuou a apropriação de créditos do ICMS sobre aquisições de energia elétrica, nos meses de outubro a dezembro de 2006.

Ocorre que a autuada está enquadrada no código de atividade econômica de prestação de serviço de telecomunicação - CAE 60015 e não se insere dentre aqueles que têm direito ao referido crédito, indicando ser indevida a apropriação do crédito do ICMS em discussão.

A recorrente entende que sua atividade se enquadra nas hipóteses de industrialização, requerendo até perícia técnica para constatação do processo.

Sobre esse questionamento e pedido, o Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE), no artigo 5º traz a definição de industrialização, nos seguintes termos:

"Art. 5º Considera-se industrialização, qualquer processo que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para o consumo, tais como (Lei nº 11.651/91, art. 12, II, "b"):

I - transformação, o que, exercido sobre a matéria-prima ou produto intermediário, importe na obtenção de nova espécie;

II - beneficiamento, o que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto;

III - montagem, o que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto, ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal;

IV - acondicionamento ou reacondicionamento, o que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação de embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria;

V - renovação ou recondicionamento, o que, exercido sobre o produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização."

A atividade da autuada enquadra-se seguramente como prestação de serviço, conforme definição estabelecida no art. 2º, parágrafo único, III, do RCTE. Vejamos: *"Parágrafo único. É (Lei nº 11.651/91, art. 12): (...) III - prestação de serviço, o fato econômico, juridicamente relevado pela lei tributária, concernente a atividade produtiva humana que, não assumindo a forma de um produto material, satisfaz necessidade."*

Também nesse entendimento já se manifestou o STJ. É matéria sedimentada nos tribunais superiores que as empresas de telecomunicações são prestadoras de serviços. Confira-se o seguinte julgado:

"Ementa: TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTANTE DO ESTADO. INTIMAÇÃO PESSOAL. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM INDUSTRIALIZAÇÃO. ART. 33, II, "b", DA LC 87/1996. INAPLICABILIDADE.

(...)

4. O Princípio da Não-Cumulatividade por si só não permite o creditamento amplo e irrestrito de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica.

5. O consumo de energia somente gera direito a creditamento nos exatos termos e limites previstos pelo art. 33, II, "b", da LC 87/1996.

(...)

12. Prestação de serviço não se confunde com atividade industrial.

13. As empresas de telecomunicações prestam serviços (art. 1º da Lei Geral de Telecomunicações). Essa acepção é adotada pela Constituição Federal ao definir a competência tributária relativa ao ICMS (art. 155, II).

14. Os serviços de telecomunicações, que se submetem exclusivamente ao ICMS (e não ao IPI), não representam atividade industrial para fins da tributação.

15. É inviável o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica pelas concessionárias de telecomunicações, nos termos do art. 33, II, "b", da LC 87/1996, pois são prestadoras de serviço, e não entidades industriais.

16. Recurso Especial provido."

(RECURSO ESPECIAL 2007/0208971-9; Relator (a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132); Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento 18/12/2008; Data da Publicação/Fonte DJe 13/03/2009; RDDT vol. 164 p. 152).

Se a interpretação literal da Lei Complementar n° 87/96 (art. 33,II) afronta o princípio da não cumulatividade e se a multa aplicada pela autoridade fiscal tem caráter confiscatório, cabe assinalar que faltam competência a este Conselho Administrativo Tributário apreciar esses questionamentos, já que a matéria é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

É de se registrar que a multa aplicada é apropriada para a infração cometida pelo sujeito passivo, enquadra-se perfeitamente na infração praticada pela autuada.

Diante do exposto, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 09 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito aprov. relativo à aquisição de insumos para prestação serviço de transporte (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 03236/10

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de recolhimento de ICMS em razão de aproveitamento indevido de crédito. Improcedência. Decisão unânime.

Restando provado que a realidade apontada pelo fisco em sua peça acusatória não prevalece, conforme atesta trabalho revisional, sendo ela o fundamento do trabalho fiscal em análise, cabe o julgamento do auto de infração como improcedente.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de novembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, não apreciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a respeito das preliminares de nulidade da peça básica, levantadas pela autuada e, no mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

Acusação é “*omitiu o pagamento do ICMS, na importância de R\$ 163.230,05 pelas seguintes razões: 1) estorno a menor de crédito relativo a aquisição de insumos e aquisição de mercadorias, proporcionalmente a prestações de serviços de transporte aéreo de passageiros, beneficiados com não tributação. 2) Valores registrados em outros créditos indevidamente, não comprovados. 3) Valores lançados a maior em outros créditos relativos a recolhimentos indevidos. Em consequência, deverá pagar o imposto omitido junto com penalidade e os demais acréscimos, conforme auditoria da conta corrente do ICMS dos exercícios 2003, 2004, 2005 e 2006, demonstrativos e cópias dos livros fiscais de apuração do ICMS 2003, 2004, 2005 e 2006, documentos anexos.*”

Foram anexados aos autos, como conjunto probatório, os seguintes documentos:

- i)- auditoria básica de ICMS 2003 (fls. 147/154);
- ii)- auditoria básica de ICMS 2004 (fls. 99/106);
- iii)- auditoria básica de ICMS 2005 (fls. 53/59);

- iv)- auditoria básica de ICMS 2006 (fls. 6/12);
- v)- cópias do livro registro de apuração de ICMS 2003 (fls. 155/194);
- vi)- cópias do livro registro de apuração de ICMS 2004 (fls. 107/146);
- vii)- cópias do livro registro de apuração de ICMS 2005 (fls. 60/98);
- viii)- cópias do livro registro de apuração de ICMS 2006 (fls. 13/52).

Houve correta intimação do sujeito passivo na fase singular, sendo apresentado por ele, nesse momento, peça defensiva (fls. 198/207).

Decisão singular rejeita argumentos defensivos postos e julga pela procedência do trabalho fiscal.

Corretamente intimado da decisão singular, sujeito passivo trouxe novamente suas razões que serão a seguir detalhadas.

Inicialmente fez a narrativa dos fatos. Após, foram apresentadas arguições de insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa. Foi feita referência à jurisprudência do conselho, que, segundo interpreta, lhe serviriam de suporte para sua tese.

Quanto ao mérito, foi destacado que o procedimento da empresa teria sido sempre correto, e que a sua escrituração teria resguardado as operações onde o destino foi a exportação de serviços, tendo havido nesse caso, a observância na impossibilidade de crédito, à luz da legislação vigente, segundo interpretação do representante da atuada. Sempre se reiterou a correção da escrituração do atuado, deixando claro que nenhuma das irregularidades apontadas teria ocorrido.

Destaca que os insumos utilizados no desenvolvimento da prestação de transporte aéreo doméstico, tanto de cargas como de passageiros, são os mesmos, e a ora recorrente apropria créditos de tais aquisições proporcionalmente à prestação de serviço de transporte aéreo de cargas interestadual e intermunicipal, única hipótese de incidência de ICMS.

Entende que não há prova do ilícito fiscal descrito na peça vestibular. Também houve objeção quanto à penalidade imposta, que segundo interpretação da defesa, seria caso de confisco, devendo, portanto, ser adequada a novos valores.

A peça foi encerrada com pedido de improcedência do trabalho fiscal.

O julgamento foi convertido em diligência, com a preocupação de verificação da observância, por parte do fisco, do direito que a empresa tem de manter o crédito, nos casos de prestação de serviços destinados ao exterior. Esse aspecto é fundamental na apuração da irregularidade apontada.

Trabalho revisional (fls. 245/247), aponta a inexistência da diferença apontada na peça acusatória.

Sujeito passivo foi devidamente intimado do resultado do trabalho revisional.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente alguns aspectos do trabalho fiscal devem ser destacados. Primeiro, percebe-se que os valores apontados na peça vestibular como omissões de recolhimento, mês a mês, não encontram correspondência nos demonstrativos anexados pelo próprio autuante (fls. 10) e com a auditoria por ele mesmo desenvolvida.

Analisando a auditoria básica do ICMS referente ao exercício de 2005, mais precisamente o demonstrativo de folhas 54, na apuração de ofício, percebe-se que no item 24, que tem como título ICMS a recolher após não atendimento de notificação, consta um valor de R\$ 138.710,00 (cento e trinta e oito mil setecentos e dez reais). Tendo esse valor sido considerado, ao fazer a sua transposição para o exercício de 2006, percebe-se que os valores apurados na planilha de folhas 10, são totalmente diferentes daqueles que são apontados no corpo do auto de infração, mês a mês.

Outra questão relevante é o fato de que no texto da acusação o autuante fez referência a 3(três) tipos de irregularidades, sendo que somente em relação à manutenção do crédito houve uma tentativa de demonstração dos valores considerados como omitidos, as outras irregularidades não foram apontadas de forma individualizada, como seria pertinente para o caso.

Além do que já foi posto, o trabalho revisional aponta a inexistência da diferença apontada na peça vestibular. A revisora refez os cálculos, e chegou à conclusão de que nos meses que foram apontados pelo autuante não houve nenhum valor a estornar.

Cabe também destacar que a própria Fazenda Pública concordou com a improcedência do auto de infração.

Diante do que foi exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 17 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito aproveitado relativo a devolução não comprovada (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01816/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Não-estorno de crédito alusivo a devolução não comprovada de mercadorias. Procedência. Decisão unânime.

É procedente o auto de infração relativo a estorno de crédito, não demonstrando o sujeito passivo a regularidade do crédito aproveitado.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 09 de abril de 2010, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão na lide dos solidários, arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho e Delcídes de Souza Fonseca. Vencido o Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

A fiscalização constatou o aproveitamento de crédito no valor de R\$ 17.748,00 (dezesete mil, setecentos e quarenta e oito reais), alusivo a notas fiscais de devolução de mercadorias pelos destinatários, NFs n.ºs 32 e 40, não provado o contribuinte o retorno das mercadorias, mesmo após ter sido notificado 2 (duas) vezes para este fim, concluindo então que o aproveitamento de crédito contraria orientação do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (arts. 49 e 57, III), lavrando Auto de Infração n.º 3 0 260693 334 24 (fls. 21), imputando ao contribuinte a multa formal correspondente a 40% (quarenta por cento) do crédito escriturado indevidamente.

A autoridade fiscal, observando o art. 147-A do RCTE, emitiu Notificação Fiscal (fls. 20) para que o contribuinte providencie, no prazo de 30 (trinta) dias, o “estorno de crédito” no valor de R\$ 17.748,00 (dezesete mil, setecentos e quarenta e oito reais), não cumprida a notificação, o estorno do referido crédito será de ofício, estando o contribuinte ainda passível da penalidade prevista no CTE (art. 71, XV, “a”).

O contribuinte não cumpriu a Notificação Fiscal (fls. 20), motivando a fiscalização, por meio do presente auto de infração, a estornar de ofício o crédito no valor de R\$ 17.748,00 (dezesete mil, setecentos e quarenta e oito reais),

exigindo-o do contribuinte, juntamente com a respectiva penalidade e acréscimos legais.

Identificadas como sujeito passivo solidários as pessoas de [...],[...],[...],[...] e [...], os três primeiros na condição de representante da firma autuada e os dois últimos na condição de administradores da firma autuada.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, cópia da Notificação Fiscal (fls. 20), fotocópia do Auto de Infração nº 3 0 260693 334 24 (fls. 21), demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS (fls. 22 a 24), demonstrativo anexo ao Auto de Infração nº 3 0 260693 334 24 (fls. 25), cópias de notas fiscais (fls. 26 a 29), cópias de páginas dos livros Registro de Apuração do ICMS e Registro de Entradas (fls. 31 e 32).

Os sujeitos passivos foram regularmente intimados do auto de infração, apenas os solidários comparecem ao processo apresentado em separado impugnação em Primeira Instância (fls. 46 a 54, 58 a 66, 70 a 78, 82 a 90 e 93 a 101), declarado revel o sujeito passivo direto (fls. 104).

Os sujeitos solidários, nas impugnações apresentadas, de conteúdo idêntico, limitam-se a pedir a exclusão de seus nomes da lide, afirmando que a prova de excesso ou infração de lei da qual tenham participado, depende de processo no qual os acusados possam se defender.

Argumentam ainda que não há previsão legal para a presunção relativa formulada pela acusação e que não foram comprovados os atos ilegais que cometeram, sendo do Fisco o ônus de demonstrar o ato ilícito apontado na inicial.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões das defesas apresentadas, decide pela procedência do lançamento, inclusive mantendo na lide os solidários, consoante a Sentença nº 3745/2008-COJP (fls. 110 a 114).

Inconformados com a decisão singular, o sujeito passivo direto e os solidários apresentam recurso voluntário (fls. 123 a 124 e 127 a 135, respectivamente), afirmando o sujeito passivo direto que os livros e documentos da empresa encontram-se em poder da fiscalização e somente será possível comprovar o estorno do crédito de ICMS quando da devolução dos mesmos e ficará evidenciado que a autuação realizada pela fiscalização se configura absolutamente inconsistente, pedindo a improcedência do lançamento.

Os sujeitos solidários, na defesa conjunta (fls. 127 a 135), limitam-se a pedir a exclusão de seus nomes da lide, uma vez que não praticaram qualquer ato irregular e que não cabe a presunção no caso em tela.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Apreciando a preliminar de exclusão da lide dos solidários, arguida pela atuada, manifesto-me pelo seu acolhimento, tendo em vista o sócio e demais representantes de pessoa jurídica não respondem por obrigações fiscais da sociedade quando não lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou contrato social, sendo ônus do Fisco a comprovação da conduta dolosa dos gerentes, mandatários e demais dirigentes de pessoas jurídicas, conforme jurisprudência firmada dos tribunais superiores (STJ e STF).

Some-se ao argumento anterior a inexistência de provas nos autos de que os administradores e gerentes tenham praticado atos com excesso de poderes, infração de lei, estatutos e contrato social, que implicassem na responsabilidade pessoal dos mesmos pelo crédito tributário, conforme dispõe o art. 135, do CTN.

QUESTÃO MERITÓRIA

Dirigindo-me ao mérito do processo, ressalto inicialmente que o Código Tributário Estadual – CTE (art. 61, III), determina que o sujeito passivo deve efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que a mercadoria que entrou no estabelecimento, quando inexistir, por qualquer motivo, operação posterior:

“Art. 61. O sujeito passivo deve efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado, a mercadoria ou bem que entraram no estabelecimento, quando (Lei nº 11.651/91, [art. 61](#)):

[...]

III - inexistir, por qualquer motivo, operação ou prestação posterior;

[...]”

Essas regras foram reproduzidas no Regulamento do CTE – RCTE (art. 68, III):

“Art. 58. O sujeito passivo deve efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado, a mercadoria ou bem que entraram no estabelecimento, quando (Lei nº 11.651/91, [art. 61](#)):

[...]

III - inexistir, por qualquer motivo, operação ou prestação posterior, em razão de sinistro, furto, roubo, perecimento ou qualquer outro motivo, desde que devidamente comprovados;

[...]”

O mesmo RCTE, em dispositivo anterior, art. 49, dispõe que na entrada de mercadoria proveniente de consumidor final não-contribuinte do imposto, em virtude de devolução feita em razão de garantia de fábrica ou legal, o aproveitamento do crédito fica condicionado, no caso de devolução, à comprovação da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento:

“Art. 49. Na entrada de mercadoria proveniente de consumidor final não-contribuinte do imposto, em virtude de troca, ou de devolução feita em razão de garantia de fábrica ou legal, o aproveitamento do crédito fica condicionado, no caso de:

I - troca, à prova de sua efetivação dentro do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da saída originária, mediante a emissão de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A na entrada e de nova nota fiscal para acobertar a saída resultante da troca;

II - devolução, à comprovação da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento, mediante emissão de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, observado o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data da expedição do documento fiscal relativo à operação originária.”

O RCTE (art. 57, III) também determina que a entrada de mercadoria ou produto, a título de devolução feita por consumidor final, salvo nas condições estabelecidas para devolução em razão de garantia de fábrica ou legal, não implica crédito:

“Art. 57. Não implica crédito (Lei nº 11.651/91, [art. 60](#)):

[...]

III - a entrada de mercadoria ou produto, a título de devolução ou troca feita por consumidor final, salvo nas condições estabelecidas para troca e devolução em razão de garantia de fábrica ou legal;

[...]”

A empresa autuada, afrontando as regras do RCTE (arts. 49 e 57, III), efetuou o aproveitamento de crédito no valor de R\$ 17.748,00 (dezesete mil, setecentos e quarenta e oito reais), alusivo a notas fiscais de devolução de mercadorias pelos destinatários, NFs n°s 32 e 40, não provado o contribuinte autuado o retorno das mercadorias, motivando a fiscalização a notificá-lo para que providencie, no prazo de 30 (trinta) dias, o estorno de crédito aproveitando, não cumprida a notificação, a fiscalização por meio do presente auto de infração estornou de ofício o referido crédito.

O sujeito passivo direto, no recurso (fls. 123 a 124), afirma que os livros e documentos da empresa encontram-se em poder da fiscalização e somente será possível comprovar o estorno do crédito de ICMS quando da devolução dos mesmos e ficará evidenciado que a autuação realizada pela fiscalização se configura absolutamente inconsistente, pedindo a improcedência do lançamento.

Tal alegação ensejaria a nulidade do procedimento fiscal por cerceamento do direito de defesa, entretanto, não há nenhuma evidência no processo de que

estejam em poder da fiscalização documentos e livros fiscais do sujeito passivo e nenhum óbice ao exercício do direito de defesa.

Considero então que a empresa autuada, mesmo sendo regularmente intimada da exigência fiscal e da decisão singular, não se defendeu da acusação fiscal, notando que o ilícito fiscal está devidamente comprovado nos autos, motivando a conclusão de procedência do lançamento.

Ante o exposto, acolho a preliminar de exclusão da lide dos solidários, arguida pela autuada. Quanto ao mérito, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 12 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito aproveitado relativo a documento fiscal falsificado (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01654/10

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Aproveitamento indevido de créditos do ICMS. Documento fiscal falsificado. Procedência. Decisão unânime.

I - Não é permitido o aproveitamento de créditos do ICMS fora das hipóteses previstas na legislação tributária estadual

II - O direito de crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade da documentação fiscal e à escrituração nos prazos e condições, quando assim exigido pela legislação tributária.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho. Também por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, arguida pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho. Quanto ao mérito, ainda por votação unânime, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

Trata-se de acusação fiscal feita em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciada na seguinte ‘descrição do fato’ constante do auto de infração:

“Omitiu o pagamento do ICMS, na importância de R\$ 129.851,82 (cento e vinte nove mil, oitocentos e cinquenta e um reais, oitenta e dois centavos) em razão da escrituração indevida de valores a título de crédito do ICMS, referente ao imposto destacado em notas fiscais de aquisição falsificadas, descritas no levantamento anexo. Em consequência, devera pagar o ICMS omitido, juntamente com penalidade e acréscimos legais, conforme demonstrativo e documentos anexos.”

São dados como infringidos os artigos. 58, § 3º, I e 67, IV, da Lei 11.651/91, c/c o art. 57, VIII, do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a

penalidade prevista no art. 71, inciso IV, alínea "a" da Lei 11651/1991, c/ redação da Lei 14634/2003.

Foram arrolados como solidários o sócio-administrador [...] e o procurador [...] (fls. 04/07).

Instrui o auto de infração, dentre outros documentos, a Auditoria Básica do ICMS, de fls. 21/31, o Termo de Apreensão nº 1100089148-4, de fl. 32, as Notas Fiscais tidas como falsificadas de nºs 847, 839, 843 e 849, com dados de emissão atribuídos a empresa [...], de fls. 32-2 a 35, as Notas Fiscais tidas como falsificadas de nºs 475, 473, 406, 405, 402, 401, 407, 409, 410, 412, 417, 420, 415 e 413, com dados de emissão atribuídos a empresa [...], de fls. 36 a 66, a cópia do Memorando nº 270/07-GEAF, de fl. 69, as cópias das Notas Fiscais correspondentes à numeração dos documentos falsificados atribuídos a empresa [...], de fls. 78, 82, 85 e 86, a cópia do Memorando nº 287/07-GEAF, de fl. 90 e as cópias das Notas Fiscais correspondentes à numeração dos documentos falsificados atribuídos a empresa [...] (números 401, 402, 405, 406, 407, 409 e 410), de fls. 115/125 e Informação de que as demais Notas Fiscais de emissão desta última empresa, com exceção das NF's 473 e 475, foram extraviadas, informação esta constante da fl. 126 dos autos.

Revel em primeira instância, a autuada interpõe impugnação dirigida a uma das Câmaras deste Conselho Administrativo Tributário, na qual alega "que a ação fiscal é insegura quanto à qualificação do tipo de exigência de tributo que imputa a empresa autuada", porquanto "todos os dispositivos legais tido como infringidos tratam de operações relativas à circulação de mercadorias e toda a documentação fiscal aludida como notas fiscais inidôneas", sendo impossível a um gestor de qualquer instituição sócio-econômico "adivinhar que tal, ou tais empresas estão legais com seus ÓRGÃOS competentes de seus respectivos Estados".

Alega que o agente fiscal imputa a infração no artigo 58, § 3º, I e 67, IV, Lei n. 11.657/91, c/c artigo 57, VIII, Decreto n. 4.852/97, "contudo, não observa o lídimo Código Tributário Estadual calçada em regulamentação aprovada por todos Estados Brasileiros, concedendo o direito e obrigações para o caso em tela".

Acrescenta que sua arrecadação "está demonstrada pela receita extraída dos próprios controles da SEFAZ", indagando que se tivesse intenção de outra prática profissional "por que foram lançadas todas as notas na escrituração fiscal" e por que foi feito o pagamento do tributo devido no calendário fiscal imposto pela SEFAZ.

Ao final, entende que deve ser acolhido o seu pedido de nulidade absoluta do feito por vício insanável, por ser impossível saber do que deve se defender, haja vista que "o agente do fisco faz um trabalho de presunção de culpa", ou aprovada revisão fiscal a ser desenvolvido por um funcionário estranho a lide.

Foi registrada a perempção processual em relação aos solidários (fl. 286).

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo entendo que razão assiste à Fazenda Pública Estadual.

De início, entendo absolutamente descabida o pedido de revisão apresentado alternativamente pelo sujeito passivo, uma vez que não foram trazidos pela defesa um só documento ou elemento sequer que servisse de motivação para o referido pedido.

Ou seja, não há elementos pelos quais se torne justificadamente possível a colocação dos processos em diligência, uma vez que não foram suscitadas dúvidas quanto ao procedimento fiscal.

Por outro lado, também não se sustenta a arguição de insegurança na determinação da infração, encontrando-se o processo devidamente instruído com provas suficientes da infração praticada pelo autuado. Esta estaria caracterizada se a acusação fiscal fosse feita de tal modo que inviabilizasse o conhecimento da falta ou irregularidade que é imputada ao sujeito passivo, e tal não é o caso.

É nítido que a acusação fiscal é no sentido de que a autuada omitiu o pagamento do ICMS em razão da escrituração indevida de valores a título de crédito do ICMS destacado em notas fiscais de aquisição falsificadas. Em seguida, o Fisco calculou o imposto devido tomando por a Auditoria Básica do ICMS (fls. 21/31), a qual foi efetuada dentro da técnica fiscal aplicável, tendo sido apurado o imposto omitido no valor de R\$ 129.851,82 (cento e vinte nove mil, oitocentos e cinquenta e um reais, oitenta e dois centavos).

Assim, em relação ao cerne da acusação fiscal nada pode ser excluído, nada pode ser acrescentado, estando determinada com segurança a infração e o infrator.

Quanto ao mérito, melhor sorte não tem a autora da peça impugnatória.

A fraude fiscal está comprovada.

Basta o simples confronto dos documentos fiscais apreendidos (Notas Fiscais falsificadas (paralelas) de nºs 847, 839, 843 e 849, de fls. 32-2 a 35, e Notas Fiscais falsificadas (paralelas) de nºs 475, 473, 406, 405, 402, 401, 407, 409, 410, 412, 417, 420, 415 e 413, de fls. 36 a 66, com os documentos fiscais verdadeiros, trazidos pelo Fisco às fls. 78, 82, 85 e 86 e fls. 115 *usque* 125, bem como a informação de fl. 126 dos autos.

Assim, não restam dúvidas quanto à prática da autuada que fez uso de documentos falsos para simular operações de aquisição com a finalidade de se apropriar de valores a título de crédito fiscal e com isso reduzir o valor do imposto a que estaria obrigado a recolher.

De se notar que a legislação tributária exige que o crédito do imposto condiciona-se idoneidade da documentação fiscal e à escrituração nos prazos e condições, quando assim exigido pela legislação tributária, conforme prevê o § 3.º do art. 58 da Lei n.º 11.651, de 26 de dezembro de 1991, cuja transcrição fazemos abaixo:

“Art. 58. É assegurado ao sujeito passivo, nos termos do disposto na legislação tributária, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações ou prestações resultantes:

I - de entrada de mercadoria, real ou simbólica, no seu estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo imobilizado;

II - de recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação;

(...)

§ 3º O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado a:

I - idoneidade da documentação fiscal;

II - à escrituração nos prazos e condições, quando assim exigido pela legislação tributária.”

Diante do exposto, rejeito o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, rejeito também a preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração e, quanto ao mérito, conheço da impugnação, nego-lhe provimento para julgar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 23 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito aproveitado sem o cumprimento de condicionantes (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02263/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: Preliminar. Nulidade. Insegurança na determinação da infração. Inadmitida. Decisão unânime. ICMS. Obrigação principal. Benefício condicionado. Não cumprimento da condição. Omissão de pagamento de imposto em decorrência da utilização indevida do crédito outorgado. Procedência. Decisão não unânime.

1. A admissibilidade do recurso em relação preliminar de nulidade rejeitada por unanimidade pela Câmara Julgadora está jungida à comprovação da ocorrência de no mínimo uma das hipóteses previstas no inciso II, do art. 41, da Lei nº 16.469/09;

2. É vedada a utilização do benefício fiscal do crédito outorgado previsto no art. 11, inciso XXV, cumulativamente com os benefícios fiscais de que tratam o inciso VIII, do art. 8º e os incisos III e VIII, todos do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97;

3. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário (Decreto nº 4.852/97, art. 86);

4. É lícito ao fisco estornar de ofício o benefício fiscal utilizado pelo contribuinte sem observância dos limites e condições estabelecidos na legislação tributária;

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 22 de junho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Cláudio Henrique de Oliveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Gustavo Alberto Izac Pinto, Heli José da Silva e José Manoel Caixeta Haun.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso ao Conselho Pleno interposto em face do ACÓRDÃO DA III CJUL Nº 1.628/2009, de fls. 104 a 108 que, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração e, por maioria de votos conheceu do recurso voluntário, negou-lhe provimento, para confirmar a decisão singular que considerou procedente o lançamento do crédito tributário decorrente da omissão de pagamento de ICMS em razão da apropriação do benefício fiscal do crédito outorgado correspondente a 5% (cinco por cento) do valor das saídas de óleo vegetal comestível (azeite), previsto no inciso XXV, do art. 11, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 e na Cláusula Terceira do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 243/02-GSF, sem o cumprimento da condição consistente em não utilizar o benefício previsto no inciso VIII, do art. 8º e no inciso III, do art. 11, ambos do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97.

O lançamento foi instruído com os demonstrativos da auditoria básica do ICMS.

Foram mencionados como infringidos o art. 61, inciso III e art. 64, da Lei nº 11.651/91, c/c art. 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 e Cláusula Terceira do TARE nº 243/02.

Foi indicado como infringido o art. 71, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 11.651/91.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação, a empresa atuada compareceu ao processo por meio da peça impugnatória de fls. 31 a 55, alegando nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração porque o fisco utilizou critério de apuração diferente daquele por ela adotado.

Em relação ao mérito alegou que o IVA (índice de valor adicionado) para efeito do cálculo da substituição tributária é de 20% (vinte por cento), portanto, a redução da base de cálculo no redundou em nenhum prejuízo para o Estado de Goiás.

Por meio da Sentença nº 5.313/2008, de fls. 72 a 74, o julgador singular rejeitou a preliminar e considerou procedente o lançamento.

Inconformada, a empresa atuada interpôs o recurso voluntário de fls. 77 a 101, insistindo na nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração em razão da utilização de critério de apuração diverso daquele por ela utilizado.

Alegou, ainda, que a multa proposta pelo fisco é confiscatória.

Em relação ao mérito, alegou que é substituta tributária em relação ao óleo vegetal comestível, portanto, a redução da base de cálculo não causou qualquer prejuízo ao erário.

Inconformada com a decisão cameral, a empresa atuada interpôs recurso ao Conselho Pleno, repetindo os mesmos argumentos e pedidos feitos na fase cameral.

É o relatório.

D E C I S Ã O

Das preliminares:

A preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração foi inadmitida em razão de ter sido rejeitada por unanimidade por ocasião do julgamento cameral e a empresa atuada não ter comprovado a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no inciso II, do art. 41, da Lei nº 16.469/09 que regula o Processo Administrativo Tributário.

O princípio do não confisco é de natureza constitucional, assim, a apreciação do alegado caráter confiscatório da multa esbarra na vedação prevista no § 4º, do art. 6º, da Lei nº 16.469/09 que assevera no âmbito do Processo Administrativo Tributário não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.

Do mérito:

Em relação ao mérito, observa-se que no momento da apuração periódica (mensal) do imposto a empresa atuada utilizou-se do benefício fiscal do crédito outorgado equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) da respectiva base de cálculo na operação de saída de óleo vegetal comestível, previsto no art. 11, inciso XXV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 quando, no momento da realização das operações internas destinadas a comercialização, produção ou industrialização, havia utilizado o benefício fiscal da redução da base de cálculo de tal forma que resultou aplicação sobre o valor da operação do equivalente ao percentual de 10% (dez por cento), prevista no art. 8º, inciso VIII, situação vedada pela alínea “b”, do inciso XXV, do art. 11, todos do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97.

Nesse sentido, vejamos a redação do inciso XXV, do art. 11, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, vigente à época da ocorrência dos fatos:

“Art. 11. Constitui crédito outorgado:

[...]

XXV - para industrial e comerciante atacadista na operação de saída de óleo vegetal comestível, em valor equivalente a 5% (cinco por cento) da respectiva base de cálculo, observado o seguinte (Lei nº [13.194/97](#), art. 2º, II, “b”, 3):

a) é mantido o sistema normal de compensação do imposto;

b) é vedada a utilização cumulativa com os benefícios de que tratam o inciso VIII do art. 8º e os incisos III e VIII do art. 11, todos deste anexo;”

É oportuno ressaltar, que a referida disposição foi reproduzida no Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 243/02, celebrado pela empresa autuada com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás. Vejamos o inteiro teor de sua Cláusula Terceira:

“Com fundamento no art. 11, inciso XXV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, fica a ACORDANTE autorizada a apropriar-se de crédito outorgado, nas saídas de óleo vegetal comestível, equivalente à aplicação do percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, mantido o sistema normal de compensação do imposto, vedada sua utilização cumulativa com o benefício previsto no inciso VIII do art. 8º e no inciso III do art.11, todos do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97.”

Em relação à alegação de ausência de prejuízo para os cofres públicos estaduais em razão da substituição tributária, situação em que a mercadoria chega ao consumidor final tributada pela aplicação da alíquota interna prevista sobre o valor das mercadorias acrescido do respectivo IVA (índice de valor adicionado), entendo que o ilustre relator do acórdão recorrido foi extremamente feliz ao afirmar:

“De fato, a redução de base de cálculo para a operação praticada pelo sujeito passivo em relação às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária não afeta o montante do ICMS recolhido ao Erário Estadual (ICMS normal + ICMS retido), conforme afirma o sujeito passivo, pois o ICMS substituição tributária se torna maior, se o ICMS normal for apurado em valor menor. Entretanto, não é essa a discussão. A questão é que o sujeito passivo encontrava-se impedido de utilizar o benefício do crédito outorgado quando utilizasse o outro benefício fiscal simultaneamente. Em outras palavras, o Estado vedou a utilização do benefício fiscal do crédito outorgado quando o sujeito passivo utilizasse dos benefícios previstos no inciso VIII do art. 8º, bem como no inciso III do art. 11, todos esses do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97.”

Acrescento, ainda, que a alegação de ausência de prejuízo para a arrecadação, tendo em vista que o pagamento a menor do ICMS relativamente a operação própria em decorrência da utilização do benefício fiscal da redução da base de cálculo era compensado pelo pagamento a maior do ICMS substituição tributária, não é totalmente verdadeira.

É cediço que a legislação tributária inventaria algumas situações envolvendo mercadoria já alcançada pela substituição tributária, que o imposto retido constitui crédito para o substituído. Nesse sentido, vejamos o inteiro teor do art. 45, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97:

“Art. 45. O imposto retido constitui crédito na ocorrência das seguintes situações, envolvendo mercadoria já alcançada pela substituição tributária:

I - aquisição de:

a) revogada;

b) qualquer mercadoria, por contribuinte goiano signatário de TARE que lhe atribua a condição de substituto tributário na operação interna subsequente;

II - operação com destino a contribuinte do imposto estabelecido em outra unidade da Federação;

III - utilização em processo de produção ou industrialização, inclusive manipulação;

IV - destinação ao ativo imobilizado;

V - operação subsequente não onerada pelo imposto;

VI - desfazimento do negócio ou devolução total ou parcial;

VII - inexistência de operação subsequente em razão de quebra, sinistro, furto, roubo, perecimento ou qualquer outro motivo;

VIII - operação com destino a contribuinte detentor de medida judicial liminar suspendendo a aplicação do regime de substituição tributária.

IX - operação em que o remetente pratica alíquota superior à aplicável pelo destinatário da mercadoria.

X - operação interna realizada por contribuinte industrial ou comerciante atacadista com destino a empresa de construção civil ou a órgão da administração pública direta, desde que essa operação se enquadre nas disposições do § 2º e inciso VIII do *caput* do art. 8º, do Anexo IX.

§ 1º Nas situações previstas nos incisos I a IV, o sujeito passivo pode creditar-se, também, do valor do ICMS normal devido na operação anterior, inclusive o valor correspondente ao imposto devido sobre a prestação de serviço de transporte referente à mesma mercadoria, destacado em documento fiscal.”

Dessarte, caso ocorra qualquer das situações previstas nos incisos V a X, do dispositivo legal acima transcrito, no estabelecimento de contribuinte substituído que tenha adquirido óleo vegetal comestível (azeite) da empresa atuada, é óbvio que ocorre prejuízos para os cofres públicos, tendo em vista que, nessa situação o imposto retido pago a maior que, em tese, compensaria o imposto devido sobre a operação própria pago a menor em decorrência da utilização da base de cálculo, constituiria crédito para o substituído, permanecendo nos cofres públicos somente o ICMS relativo a operação própria, repita-se, pago a menor em função da utilização da base de cálculo.

Posto isso, entendo que a decisão cameral recorrida está escoreita, não merecendo, em consequência nenhum reparo.

À conta do exposto, conheço do recurso ao Conselho Pleno, nego-lhe provimento, para confirmar o acórdão cameral que considerou procedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 03 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito aproveitado sem observar as recomendações legais (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 03044/10

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Aproveitamento indevido de crédito de ICMS. Improcedência. Decisão unânime.

É lícito ao contribuinte o aproveitamento do crédito legítimo, o qual deve ter como suporte documentação fiscal idônea e observar as exigências legais relativas à matéria.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia e Gustavo Alberto Izac Pinto.

RELATÓRIO

Em 18 de março de 2009 a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, formalizando nele a exigência de ICMS, multa e demais acréscimos legais, pelo fato da autuada ter aproveitado créditos deste tributo, originados de aquisição de ativo imobilizado, sem ter registrados os mesmos no Livro Controle de Crédito do Ativo Permanente - CIAP, vez que recusou-se a apresentá-lo à fiscalização, deixando de atender a cinco intimações com esta finalidade.

Segundo a acusação, o impedimento de fruição do crédito fiscal decorre do fato do contribuinte não cumprir o disposto no artigo 306, inciso XII do Decreto 4.852/97, registrando tal crédito apenas no Livro Registro de Apuração do ICMS, na coluna "Outros Créditos", sem registrar antes o mesmo valor no Livro Controle de Crédito do Ativo Permanente, portanto em desacordo com a forma estabelecida na legislação.

Foram anexados à peça básica demonstrativos fiscais, as cinco notificações para apresentação do livro CIAP, cópias do livro de Registro de Apuração do ICMS e o relatório de Autenticação Fiscal, onde não consta a autenticação, que é obrigatória, do referido Livro Controle de Crédito do Ativo Permanente - CIAP, todos à guisa de prova da acusação do fisco.

Impugnando o feito, a autuada, representada por causídico legalmente constituído, argui, em síntese, que:

- 1) de fato, por falha operacional, não conseguiu atender às notificações para exibição do CIAP;
- 2) que não houve má-fé neste procedimento, tanto que traz aos autos o CIAP, devidamente escriturado;
- 3) informa que o CIAP será autenticado junto à repartição fiscal imediatamente;
- 4) que o exame do livro CIAP revela que não houve omissão no pagamento do imposto, já que os créditos reconhecidos encontram amparo nas operações realizadas pela impugnante;
- 5) pede, portanto, a improcedência do lançamento, pois, no máximo, descumprira a obrigação acessória de exibir o CIAP quando solicitado pelo fiscal.

O julgador singular decidiu a questão favoravelmente à Fazenda Estadual, rejeitando as arguições da parte passiva, consoante a sentença de fls. 295 e 296, sob o fundamento de que a impugnante não registrou os créditos e nem autenticou o CIAP em tempo hábil, tanto que os valores registrados agora no referido livro diferem dos registrados no RAICMS, cujas cópias instruem estes autos.

A atuada, inconformada com a decisão singular, apresenta recurso voluntário às fls. 300 a 307, no qual reitera as alegações apreciadas em Primeira Instância, acrescentando apenas que até pode ter registrado o CIAP a destempo, mais não se omitiu em escriturar os créditos no prazo previsto no artigo 353 do RCTE.

Alega que a escrituração do CIAP a destempo pode acarretar multa por descumprimento de obrigação acessória, mas não autoriza o fisco presumir que houve omissão de pagamento do ICMS, tanto que a cópia do CIAP carregada aos autos dá legitimidade ao aproveitamento dos créditos, pleiteando, por isto, a improcedência da inicial.

Na apreciação destes autos no dia 19 de abril deste ano nesta Câmara, propus a conversão do seu julgamento em diligência para que a atuada apresentasse cópias autenticadas das páginas do CIAP e auditor estranho à lide verificasse se tais créditos foram apropriados corretamente, resultando na revisão de fls. 323 a 340, onde o revisor demonstra e confirma que os valores registrados no LRAICMS e aproveitados pela atuada, são menores do que os escriturados no CIAP.

É o relatório. Decido.

O lançamento do crédito tributário está, sob o aspecto formal, respaldado pela legislação tributária estadual, reguladora da matéria, identificado e cientificado corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, aplicada a norma legal vigente no período fiscalizado, descrita com clareza a infração fiscal praticada, proposta a penalidade cabível e assegurado à atuada, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, face ao princípio jurídico do contraditório, que assegura às partes litigantes amplo direito de defesa.

Estabelece a legislação tributária estadual no artigo 58 da Lei nº 11.651/91, que:

“Art. 58. É assegurado ao sujeito passivo, nos termos do disposto na legislação tributária, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações ou prestações resultantes:

I - de entrada de mercadoria, real ou simbólica, no seu estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo imobilizado;

[...]

§ 3º O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à:

I - idoneidade da documentação fiscal;

II - à escrituração nos prazos e condições, quando assim exigido pela legislação tributária.

[...]

§ 6º A apropriação do crédito decorrente da entrada de bem destinado ao ativo imobilizado é feita à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, proporcionalmente aumentada ou diminuída, pro rata die, se o período de apuração for superior ou inferior a um mês, devendo ser observado o seguinte:

NOTA: O art. 3º da Lei nº 13.772, de 28.12.00, estabelece que o bem destinado ao ativo imobilizado cuja entrada ocorreu até 31.12.00 deve obedecer a sistemática prevista pela legislação aplicável em 31.12.00.

I - a apropriação do crédito é o resultado da multiplicação da razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) pelo resultado da divisão entre as operações ou prestações tributadas e o total das operações ou prestações ocorridas no período de apuração, equiparando-se às tributadas as saídas e as prestações com destino ao exterior;

II - a primeira apropriação deve ocorrer no mês de entrada do bem no estabelecimento;

III - o saldo remanescente do crédito passível de apropriação deve ser cancelado, quando:

a) ocorrer o final do quadragésimo oitavo mês, contado da data da entrada do bem no estabelecimento;

b) houver a alienação do bem antes de completado o quadragésimo oitavo mês;

IV - o crédito deve ser escriturado, conforme dispuser o regulamento:

a) juntamente com os demais créditos, na forma dos incisos I e II deste parágrafo;

b) integralmente, em livro próprio ou de outra forma.”

O Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, prescreve em seus artigos 45; 46; 350 e 351 que:

“Art. 45. Crédito é o valor representado pelo ICMS cobrado nas operações ou prestações anteriores, por este ou por outro Estado, relativo à aquisição de mercadoria ou à utilização de serviço de transporte ou de comunicação.

Parágrafo único. O crédito do imposto, salvo disposição contrária da legislação tributária, é intransferível, só produzindo efeito fiscal em favor do contribuinte consignado no documento fiscal como destinatário da mercadoria ou tomador do serviço (Lei nº 11.651/91, art. 58, § 5º).

Art. 46. É assegurado ao sujeito passivo, nos termos do disposto neste regulamento, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações ou prestações resultantes (Lei nº 11.651/91, art. 58):

[...]

§ 1º O direito de crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à:

[...]

IV – observância do correto valor destacado na 1ª (primeira) via do documento fiscal, hipótese em que o aproveitamento do crédito fica limitado ao valor:

[...]

Art. 350. O livro Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP -, destina-se ao controle e apuração, de forma englobada, do valor base:

I - do estorno de crédito e do total do estorno mensal do crédito de bem do ativo imobilizado do estabelecimento, no caso do modelo A, aplicável à aquisição de bem ocorrida até o dia 31 de dezembro de 2000 (Ajuste SINIEF 8/97, [cláusula primeira, I e § 2º](#));

II - do crédito a ser mensalmente apropriado na aquisição de bem do ativo imobilizado do estabelecimento, no caso do modelo C, aplicável à aquisição de bem ocorrida a partir de 1º de janeiro de 2001 (Ajuste SINIEF 8/97, [cláusula primeira, II e § 2º](#)).

Art. 351. O livro Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente deve ser utilizado por todo estabelecimento que, em razão de sua operação ou prestação, aproveite crédito de bem adquirido para integrar o ativo imobilizado.

Parágrafo único. A escrituração do CIAP não dispensa a do livro Registro de Entradas”.

O direito à compensação do crédito tributário se fundamenta no princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, condicionado ao cumprimento de determinadas exigências previstas na legislação tributária, que o sujeito passivo observou plenamente.

Logo, não é lícito ao Fisco estornar o crédito do imposto aproveitado legalmente pelo contribuinte, pois o livro Registro de Controle de Créditos, como o artigo 350 do RCTE afirma, se destina ao controle e apuração do valor de crédito decorrente de aquisição de bem do ativo imobilizado a ser estornado ou apropriado pelo contribuinte, à razão de 1/48 avo mensais, e não para validar este crédito que já está validado pelo princípio constitucional da não cumulatividade.

Tanto é verdade que este crédito deve ser registrado no livro Registro de Apuração do ICMS, junto com demais créditos do período, consoante o disposto no inciso IV, alínea "a" do referido artigo 350 retrocitado.

Outro fato a corroborar o entendimento de que o CIAP não é indispensável para a apropriação do crédito tratado nestes autos é que a escrituração do mesmo não dispensa a do Registro de Entradas, segundo dispõe o Parágrafo único do artigo 351 acima transcrito.

Portanto, se o contribuinte deixou de escriturar e autenticar o CIAP em tempo hábil, o mesmo descumpriu apenas uma obrigação acessória, cuja punição não seria a perda do direito ao crédito em questão, pois tal direito é constitucional, devendo ser penalizado com multa formal, que não foi a proposta nesta autuação, como consta do histórico do auto de infração.

Ademais, na revisão, às fls. 323 a 340, restou demonstrado que a autuada registrou e apropriou valores deste crédito em importância inferior ao que teria direito.

Com estas fundamentações, conheço do Recurso, dou-lhe provimento para reformar a decisão recorrida e considerar improcedente a exordial.

Sala das sessões, em 27 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito aproveitado sem observar as recomendações legais (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 03474/10

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: I - ICMS. Processual. Preliminar. Pedido de exclusão do solidário da lide, arguido pelo relator. Rejeitado. Decisão não unânime.

1 - Os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica são solidariamente obrigados ao pagamento do imposto, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis (CTE, art. 45, XII).

II - ICMS. Obrigação principal. Aproveitamento indevido de créditos do ICMS. Aproveitamento de crédito em montante superior ao permitido referente à saída de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Procedência. Decisão unânime.

1 - Não é permitido o aproveitamento de créditos do ICMS fora das hipóteses previstas na legislação tributária estadual.

2 - O imposto retido constitui crédito na ocorrência de operação com destino a contribuinte do imposto estabelecido em outra unidade da Federação, envolvendo mercadoria já alcançada pela substituição tributária, apenas na forma estabelecida no art. 46 do Anexo VIII do RCTE;

3 - Deve ser mantida a decisão singular, fustigada por recurso voluntário, quando proferida em conformidade com as normas legais que regem a matéria discutida nos autos.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 11 de novembro de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo Conselheiro Relator. Foram vencedores os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho e Célia Reis Di Rezende. Vencido o Conselheiro Allen Anderson Viana. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, Manoel Antônio Costa Filho e Célia Reis Di Rezende.

RELATÓRIO

Trata-se o presente crédito tributário de reatuação do processo nº 3 0116615 844 80 e registra que o sujeito passivo realizou saídas de mercadorias com ICMS retido pelas operações posteriores, para outra unidade da federação, cujos documentos fiscais foram lançados sem o débito do imposto nos Livros Registros de Saídas e do Livro Registro de Apuração. O levantamento fiscal de Auditoria Básica do ICMS apurou o valor de ICMS de R\$ 13.641,72 (treze mil, seiscentos e quarenta e um reais e setenta e dois centavos), mais os acréscimos legais.

Foi indicado como solidário o sujeito passivo [...], fls. 04.

Às fls. 100, foi decretada a revelia do solidário.

Após a impugnação, apresentada pela polaridade passiva direta, os autos foram convertidos em diligência pelo julgador singular para que o fiscal autuante prestasse determinados esclarecimentos que se fizeram necessários para o julgamento do processo, Despacho nº 1182/07-COJP, fls. 111.

A revisão do trabalho fiscal foi realizada, alterando-se o valor do lançamento original do crédito tributário para R\$ 17.097,14 (dezesete mil, noventa e sete reais e quatorze centavos), fls. 112/245.

O julgador singular concorda com os termos da revisão fiscal na Sentença nº 4360/2008-COJP, fls. 251/254.

Após a decretação da perempção do solidário, fls. 257, o sujeito passivo ingressa com o recurso voluntário de fls. 259/261, e alega que opera exclusivamente com a comercialização de óleo comestível, mercadoria sujeita ao regime de retenção do tributo na fonte. E que, se a mercadoria saiu acobertada com nota fiscal e imposto retido da indústria ou do atacadista, não há que se falar em falta de recolhimento do tributo, pois o pagamento até o consumidor final já foi efetivado. Afirma que não houve omissão de entrada ou de saída do estabelecimento e que o imposto foi retido com base no preço de venda até o consumidor final. Diz que o equívoco ocorreu pelo departamento de contabilidade da empresa que não registrou os débitos do imposto nos livros fiscais, mas que ao contrário do que afirma a fiscalização o demonstrativo acusa um recolhimento a maior do imposto, e que, portanto, não existe qualquer valor a ser recolhido aos cofres públicos. Requer a reforma da decisão singular e a improcedência do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente analiso a questão incidental, arguida por mim na condição de relator. Votei pelo afastamento da lide do solidário, porém fui voto vencido neste quesito. O entendimento que prevaleceu foi o de que a permanência da solidariedade está alicerçada no que prescreve o artigo 45, inciso XII da Lei

11.651/91, pelo fato do solidário concorrer para a prática da irregularidade apontada na inicial.

Em relação ao mérito, as informações contidas no lançamento original foram objeto de revisão fiscal e o autuante constatou que em face às observações delineadas no Despacho nº 1182/07-COJP, fls. 111, fez-se necessário revisar os valores nos termos do art. 46, inciso II, alínea “b”, “c” do Anexo VIII do Decreto 4.852/97, ajustando o ICMS originalmente cobrado para R\$ 17.097,14 (dezesete mil, noventa e sete reais e quatorze centavos), fls. 113.

De fato, as mercadorias adquiridas em operação interestadual com imposto retido estão sujeitas ao cálculo do ressarcimento do imposto, mas este não foi efetuado pela contabilidade da empresa, conforme mencionado pela própria defesa. E, da mesma forma, não procedeu ao lançamento do débito do imposto que deveria ter sido destacado nas notas fiscais correspondentes.

O trabalho da revisão fiscal culminou com o aumento do valor do imposto, originalmente cobrado, e, esclareceu todos os pontos que tinham sido considerados obscuros pela defesa. O revisor apresentou um relatório analítico em que demonstrou todas as notas fiscais de entradas interestaduais e a relação das saídas, do período de julho a dezembro de 2003. Ao final, efetuou o cálculo do ressarcimento mês a mês, o que importou na diferença cobrada.

A polaridade passiva não se manifestou quanto aos novos cálculos.

Sendo assim, o presente procedimento fiscal deve ser julgado procedente, nos termos da revisão fiscal.

Ante todo o exposto, a maioria dos presentes votou pela rejeição do pedido de exclusão da lide do solidário, arguido por mim, na condição de relator. No mérito, voto por conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração, nos termos da revisão fiscal de fls. 113/114, confirmando a decisão exarada em instância singular.

Sala das sessões, em 09 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito dest. a maior em doc.fiscal - remetente e destinatário beneficiário FOMENTAR (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 03506/10

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Aproveitamento integral do crédito destacado em excesso no documento fiscal. Emitente e destinatária beneficiárias dos programas FOMENTAR e PRODUZIR. Procedência. Decisão unânime.

I - O direito de crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado, entre outras hipóteses, à observância do correto valor destacado na 1ª (primeira) via do documento fiscal, hipótese em que o aproveitamento do crédito fica limitado ao valor correto do imposto devido na operação ou prestação respectiva, quando destacado a maior, conforme dispõe o art. 46, § 1º, IV, "b", do CTE.

II - Nas operações realizadas entre empresas beneficiárias dos Programas FOMENTAR E PRODUZIR, deve ser aplicada a alíquota de 7% (sete por cento) no cálculo do montante do ICMS devido nas operações com produtos de fabricação própria, previstos no projeto industrial, ou incluídos posteriormente à linha de produção de empreendimento com autorização da Comissão Executiva do Conselho Deliberativo do PRODUZIR, segundo disposição do art. 20 da Lei nº 13.591/00.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de outubro de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Célia Reis Di Rezende e José Paixão de Oliveira Gomes. Vencido o Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por erro na identificação do sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, José Paixão de Oliveira Gomes e Delcídes de Souza Fonseca. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, fazendo, no entanto, adequação dos períodos de referência conforme detalhamento feito no trabalho revisional de fls. 125 e 126. Foram vencedores os Conselheiros Célia Reis Di Rezende e José Paixão de Oliveira Gomes. Vencido o Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca que votou pela improcedência do feito.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS no valor de R\$ 43.839,60, no período de abril de 2004 a junho de 2005, em razão da compensação, com o débito do imposto, de valores escriturados indevidamente a título de crédito, correspondentes ao aproveitamento do crédito destacado em excesso nas notas fiscais emitidas por [...]. Foi incluído como solidário [...], na condição de sócio administrador.

A autoridade lançadora considerou que o procedimento do contribuinte resultou em infração aos artigos 46, § 1º, IV, “b”, e 57, VI, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97); art. 20, § 4º, da Lei 13.591/00. Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, IV, “a”, do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91).

O auto de infração, lavrado no dia 14.11.07, encontra-se instruído com: demonstrativo do aproveitamento do crédito a maior (fls. 14); cópias dos TARES NºS 314/03-GSF e 351/00-GSF, cujas acordantes são, respectivamente, as empresas [...] e [...]. (fls. 16 a 20); e cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 14 (fls. 22 a 72).

Pela ausência do sujeito passivo solidário para apresentação de impugnação em primeira ou segunda instâncias, foram lavrados os Termos de Revelia de Perempção de fls. 86 a 106.

Ao apreciar as razões de impugnação ofertadas pelo contribuinte, o julgador singular rejeita a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, argüida sob o argumento de falta de intimação prévia para o estorno do crédito aproveitado a maior, e, no mérito, considera procedente o lançamento.

Em seu recurso, o contribuinte alega que a escrituração, em momento algum, fora indevida ou tenha causado prejuízo ao Erário estadual, pois o crédito se refere a destaque do imposto realizado na compra de matéria-prima em notas fiscais de entrada emitidas pela empresa [...]. Manifesta o entendimento de que a emitente das notas fiscais é que deveria responder pela obrigação tributária. Justifica que ao aproveitar o crédito destacado nas notas fiscais de aquisição, apenas fez valer o princípio constitucional da não cumulatividade. Entende, assim, que deveria ser excluída da lide e colocada na relação processual a empresa [...].

Alega, ainda, que depois de realizado o negócio, não pode ser prejudicada por obrigação exclusiva de outrem, tendo em vista que pagou pelo preço da mercadoria com alíquota de 12% e não com alíquota de 7%. Além desse fato, afirma que os créditos não foram aproveitados, não causando prejuízo ao erário. Pede que o julgamento seja convertido em diligência, para verificação da não ocorrência do efetivo aproveitamento dos créditos.

A Câmara Julgadora, em razão das argumentações da recorrente, a respeito da não compensação dos créditos registrados a maior, solicitou revisão do

trabalho fiscal para verificação do fato alegado, conforme Resoluções nºs 007/09 e 127/09.

Realizada a Auditoria Básica do ICMS, conforme solicitação da Câmara Julgadora, o revisor, em sua conclusão de fls. 125/126, informou que não houve alteração do valor total do ICMS reclamado. Houve apenas alteração de valores em alguns períodos de referência do exercício de 2005, conforme demonstrativos e cópias dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, juntados às fls. 127 a 272.

O contribuinte foi intimado, mas não se manifestou sobre o trabalho de revisão.

O solidário foi intimado para tomar conhecimento da sentença singular e do trabalho de revisão, tendo apresentado o recurso de fls. 282 a 293. Embora com o Termo de Perempção lavrado, esse procedimento foi necessário, porquanto, para a segunda instância, a intimação a ele encaminhada foi recebida pelo advogado da recorrente, que não possuía procuração para representá-lo.

Em seu recurso, argüi erro na identificação do sujeito passivo solidário, justificando que não houve identificação dos dispositivos que caracterizam a solidariedade e que a pessoa jurídica é responsável por seus atos. No mérito, argumenta que a empresa apenas creditou-se do imposto destacado nas notas fiscais e toda a operação foi devidamente escriturada nos livros próprios. Também argumenta que, na grande maioria das notas fiscais não era possível saber que a empresa emitente era beneficiária do “Programa Produzir”.

Com fundamento no art. 135, III, do CTN, não concorda com a solidariedade a ele atribuída, afirmando que os sócios gerentes, diretores e representantes de pessoas jurídicas de direito privado somente respondem, pessoalmente, pelos créditos tributários em caso de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social e/ou estatuto. Não concorda com o valor da multa, aplicada, alegando ter ela caráter confiscatório, pois o seu valor é superior ao da obrigação tributária originária. Pede a nulidade do auto de infração, em decorrência da ilegalidade dos encargos, e a improcedência do lançamento.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

DECISÃO

Mediante procedimento de auditoria nos livros e documentos fiscais da empresa autuada, a fiscalização constatou que o contribuinte aproveitou integralmente o crédito do ICMS destacado a maior nas notas fiscais cujas cópias foram juntadas às fls. 22 a 72 dos autos.

No próprio demonstrativo do crédito aproveitado a maior, a autoridade lançadora destacou que a alíquota vigente para as operações entre contribuintes beneficiários dos Programas FOMENTAR e PRODUIR é de 7% e que o

contribuinte somente pode se apropriar do crédito corretamente destacado no documento fiscal, conforme art. 46, § 1º, IV, “b”, do RCTE.

De fato, tanto a remetente quanto a destinatária das mercadorias são beneficiárias dos Programas de Desenvolvimento - FOMENTAR e PRODUZIR -, conforme Termos de Acordo de Regime Especial de nºs 314/03–GSF e 351/00-GS, e nessa condição, a limitação para o aproveitamento dos créditos advém da própria lei que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás – PRODUZIR, Lei 13.591/00. Assim dispõe o seu art. 20, § 4º:

“Art. 20. A concessão de financiamento com base no faturamento e arrecadação tributária propiciada pela empresa beneficiária, conforme estabelecido no regulamento, será operacionalizada obedecendo-se aos seguintes critérios:

[...]

§ 4º Deve ser aplicada a alíquota de 7% (sete por cento), no cálculo do montante do ICMS devido nas operações realizadas, com produtos de fabricação própria, previstos no projeto industrial ou incluídos posteriormente à linha de produção de empreendimento com autorização da Comissão Executiva do Conselho Deliberativo do PRODUZIR, entre as empresas beneficiárias:

I – do Programa PRODUZIR;

II – do Programa PRODUZIR e as do Programa FOMENTAR”.

O limite para o cálculo do montante do ICMS devido nas operações com produtos de fabricação própria nas operações entre as empresa beneficiárias dos referidos programas é extensivo ao destaque do débito do imposto pela operação de saída e do crédito decorrente da entrada no estabelecimento da adquirente – em qualquer situação o limite é de 7%.

Assim disposto, não pode o contribuinte, sob o argumento de que o ICMS destacado nas notas fiscais foi calculado à alíquota de 12%, aproveitar crédito a maior em razão do que dispõem os artigos 46, I, § 1º, “b”, e 57 do RCTE, conforme leitura dos textos aqui transcritos, com destaque que não estão presentes no original:

“Art. 46. É assegurado ao sujeito passivo, nos termos do disposto neste regulamento, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações ou prestações resultantes (Lei nº 11.651/91, [art. 58](#)):

I - de entrada de mercadoria, real ou simbólica, no seu estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso, consumo final ou ao ativo imobilizado;

[...].

§ 1º O direito de crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou para o qual tenham sido prestado o serviço, está condicionado à:

[...]

IV - observância do correto valor destacado na 1ª (primeira) via do documento fiscal, hipótese em que o aproveitamento do crédito fica limitado ao valor:

[...]

b) correto do imposto devido na operação ou prestação respectiva, quando destacado a maior;

[...].”

“Art. 57. **Não implica crédito** (Lei nº 11.651/91, [art. 60](#)):

[...]

VI - o imposto destacado em excesso, por [contribuinte](#) deste ou de outro Estado”;

Diante da previsão legal, cabe ao remetente e destinatário adotar o procedimento correto para o destaque e registro do ICMS correspondente às operações. Constatada a inobservância da regra estabelecida, como no caso em que houve o registro integral de crédito destacado a maior, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de ofício, para reclamação do crédito tributário devido, sem necessidade de intimação prévia para correção do erro verificado.

Nesse mesmo sentido, considerando a limitação da alíquota para destaque do ICMS nas operações realizadas entre empresas beneficiárias do Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás, imposta pela Lei 13.591/00, e, também, a previsão do art. 46, § 1º, IV, “b”, do RCTE, não cabe à recorrente alegar erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, sob a justificativa de que deveria ser autuada a emitente da nota fiscal que realizou o destaque do imposto a maior. A emitente deve, sim, responder por essa infração, mas a adquirente também está sujeita à observância do limite legal estabelecido para efetuar o registro do crédito do imposto decorrente de tais operações. Por essa razão não acolho a preliminar de nulidade do lançamento por erro na identificação do sujeito passivo.

Com relação ao alegado caráter confiscatório da multa, a penalidade sugerida pela autoridade lançadora está em consonância com a previsão legal para a infração apontada - art. 71, IV, “a”, do CTE -, não sendo este o fórum adequado para os questionamentos acerca da constitucionalidade ou não da legislação tributária em vigor. Além da multa, há, também, previsão específica para a cobrança de juros moratórios e atualização do tributo e multas não pagos no vencimento, conforme art. 167, 168 e 170 do CTE.

Quanto ao pedido de exclusão do solidário, entendo que ele, na condição de administrador da empresa, deve permanecer na lide, conforme disposto no art. 135, III, do CTN, e, também art. 45, XII, do CTE.

Cabe destacar, por fim, que no trabalho revisional não se apurou alteração no valor total do ICMS aproveitado a maior. Pela consideração dos saldos credores

existentes, considerados na realização da auditoria básica do ICMS, houve apenas alteração de valores em alguns períodos do exercício de 2005; para 2004 os valores e períodos de referência permanecem os mesmos. O auto de infração aponta valores de créditos aproveitados a maior nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2005 e, na revisão, o aproveitamento indevido se materializou nos meses de janeiro, fevereiro, maio e junho de 2005.

Diante do que foi exposto, voto, rejeitando a preliminar de nulidade do auto de infração, por erro na identificação do sujeito passivo, e, também, o pedido de exclusão do solidário. No mérito, voto, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a decisão singular e considerar procedente o auto de infração, porém com a adequação dos valores e períodos de referência de acordo com o detalhamento feito no trabalho revisional de fls. 125 e 126.

Sala das sessões, em 13 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito destacado em documento fiscal não correspondente a uma efetiva operação (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00706/10

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - SOLIDARIEDADE. Reinclusão do responsável solidário. Acolhida. Decisão por maioria.

1. Os administradores da pessoa jurídica respondem solidariamente pelo pagamento do imposto devido relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, Lei n.º 11.651/91).

II - ICMS. Obrigação tributária principal. Créditos aproveitados indevidamente. Simulação de transferências. Procedência. Decisão não unânime.

1. O imposto destacado em documento fiscal não correspondente a uma efetiva operação ou prestação, não implica crédito, salvo nas situações específicas estabelecidas para a transferência de crédito. (artigo 57, inciso V, do RCTE);

2. Estando comprovado nos autos que o sujeito passivo apropriou indevidamente do crédito tributário, em desacordo com a previsão legal, a exigência contida na exordial deve ser mantida.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 26 de novembro de 2009, decidiu, por maioria de votos, acatar a preliminar de reinclusão do solidário [...] na lide, arguida pela Representação Fazendária. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Manoel Antônio Costa Filho. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Edson Abrão da Silva, Delcides de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Paulo Diniz e Nivaldo Carvelo Carvalho. Quanto ao mérito, também, por maioria de votos, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcides de Souza Fonseca,

José Manoel Caixeta Haun, José Luiz Rosa, Paulo Diniz e Nivaldo Carvelo Carvalho que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe parcial provimento para reformar em parte a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS a recolher de R\$ 1.979.295,11 (um milhão, novecentos e setenta e nove mil, duzentos e noventa e cinco reais e onze centavos).

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 31 de agosto de 2007, o Fisco exige ICMS, multa e demais acréscimos da autuada, em virtude da omissão do pagamento do ICMS, na importância original de R\$ 1.998.940,13 (um milhão, novecentos e noventa e oito mil, novecentos e quarenta reais e treze centavos), em razão da compensação com o débito do imposto de valores escriturados indevidamente a título de créditos do ICMS, no período de 1.º de janeiro de 2.002 a 30 de junho de 2.007, detalhadamente descritos nas Auditorias do ICMS e nos Demonstrativos que as acompanham.

Foi nomeado responsável solidário, às fls. 04, o Senhor [...], na condição de acionista controlador.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica vias de notificações fiscais e respectivas respostas, cópia do Contrato Social e alterações, Ordem de Serviço, procedimentos de Auditoria Básica do ICMS e correspondentes demonstrativos auxiliares, Demonstrativos de Aproveitamento Indevido de Crédito, via do Termo de Apreensão nº 11000562408, cópias das páginas dos livros fiscais - Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, cópias e 1ªs vias de notas fiscais e relatórios, documentos de fls. 05/1.855.

Constam, às fls. 14/26 e 58/59, intimações endereçadas ao sujeito passivo relacionando as Notas Fiscais consideradas irregulares, para que o mesmo se manifestasse a respeito e apresentasse os documentos necessários à validade das mesmas, haja vista a inexistência de controles (carimbos) feitos pelas fiscalizações nas divisas dos Estados de Goiás com o Distrito e Federal, Mato Grosso, e, também, com Minas Gerais.

O sujeito passivo se manifesta através dos documentos de fls. 27/30 e 61/63, justificando a razão da inexistência de Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas para o transporte das mercadorias, bem quanto em relação à inexistência de carimbos relacionados com o trânsito dos produtos.

O autuante, às fls. 680/681, anexa o documento denominado “*Notas Explicativas*”, no qual destaca que os documentos fiscais cujos os créditos foram glosados, referem-se a simulações de supostas transferências oriundas das filiais do sujeito passivo localizadas no Distrito Federal, em Sorriso e Canarana, no Mato Grosso. Após especificar as irregularidades detectadas nos documentos fiscais, enfatiza: “*É importante, informar neste processo, que esta empresa apresenta*

saldo credor permanente em sua escrita fiscal, em virtude do benefício fiscal com manutenção do crédito estabelecido no artigo 7.º, inciso XXI, alínea “n”, do Anexo IX, do Decreto 4.852/97. Portanto, o valor do ICMS escriturado poderia ser transferido a outras empresas, conforme previsto na legislação tributária.”

Junta, outrossim, o “*Demonstrativo Complementar*” de fls. 682/692, relativo ao período de junho de 2.002 a janeiro de 2.007, nele destacando:

“Demonstrativo de Notas Fiscais de supostas transferências de 12.813.679 (doze milhões, oitocentos e treze mil, seiscentos setenta e nove) kilos de mercadorias emitidas por filiais desta empresa, localizadas em outras unidades da Federação, com aproveitamento de R\$ 1.897.495,61 de crédito do ICMS pela matriz, sendo que tais documentos fiscais não foram submetidos às fiscalizações de fronteira (DF/GO e MT/GO) pois não consta carimbo do Fisco nos documentos fiscais, conforme disposto detalhadamente nas Notas Explicativas em Anexo, e que estão tendo o crédito estornado por, conforme o artigo 57, inciso V, do Decreto 4.852/97, por não ter existido a operação/prestação, mas apenas a simulação de operação. Intimada a apresentar os Conhecimentos de Transporte Rodoviários de Carga – CTRC e quaisquer outros documentos que comprovassem tais operações, a empresa fez várias colocações, porém, sem nada comprovar documentalmente (conf. Notificação e resposta, em anexo). Não existiram, na realidade, as operações pois não ocorreu o transporte físico das mercadorias.”

Por intermédio do Termo de Apreensão n.º 1100056240-8, de fls. 693, promoveu a apreensão de 641 (seiscentos e quarenta e um) documentos fiscais – primeiras vias das Notas Fiscais emitidas pelas filiais de Brasília – DF, Sorriso – MT, e Canarana – MT, da empresa autuada. As Notas Fiscais constam às fls. 695/1.335. Diz o autuante às fls. 1.336: *“Note-se que nenhuma das Notas Fiscais apreendidas/autuadas, neste processo, consta dos relatórios extraídos do Sistema Informatizado da SEFAZ-GO em anexo, isto é: nenhuma das 641 Notas Fiscais foi apresentada ao Fisco, correspondente ao transporte de 12,8 mil toneladas de mercadorias.”* Junta os relatórios fazendários.

O autuante continua, as fls. 1.356: *“Anexamos, a seguir, centenas de cópias de Notas Fiscais cujas mercadorias realmente transitaram, e que foram apresentadas aos Postos Fiscais de fronteira. Tais cópias tem a finalidade de mostrar a diferença entre as Notas que transitaram das que só foram emitidas para geração de crédito de ICMS.”* Anexa cópias das Notas Fiscais, fls. 1.357/1.845. Junta, ainda, o relatório contendo o histórico de pagamentos efetuados pela autuada, fls. 1.846/1.855.

Os sujeitos passivos foram regularmente intimados do auto de infração, fls. 1.857 e 1.859, e compareceram ao processo apresentando, conjuntamente, impugnação em Primeira Instância, fls. 1.862/1.887, na qual, após uma sinopse dos fatos, arguem a preliminar de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, alegando que os documentos que suportam o auto de infração, não foram incluídos na intimação para apresentação da impugnação fiscal. Pedem, ainda, a exclusão do responsável solidário da lide. No mérito, alegam que as mercadorias foram transportadas por meio de frota própria, motivo que impede a

juntada dos respectivos Conhecimentos de Transportes. Dizem: “*De outro lado, também inexistem os respectivos carimbos de fiscalização, nos documentos fiscais, na medida que a primeira impugnante utilizava-se de rota não convencional (Vianópolis – Luziânia – Valparaíso), por motivos de segurança, tendo em vista o elevado valor dos produtos transportados. Em tal trecho, à época, não havia Posto Fiscal, o que libera a primeira impugnante de ter os carimbos dos Postos Fiscais. Mesmo porque, seria absurdo obrigar a primeira impugnante a transportar mercadorias apenas onde existem Postos Fiscais. Cabe ao Fisco Estadual, implantar os locais de fiscalização nos trechos que entende mais conveniente.*”

Destacam a inexistência de prejuízo ao Estado. Dizem que ficções criadas pelo Fisco estadual não podem dar suporte à lavratura de auto de infração. Questionam a multa aplicada. Juntam documentos. Pugnam, ao final, pela improcedência do auto de infração.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões das defesas, decide pela procedência do auto de infração, conforme a Sentença nº 1.175/08-COJP, de fls. 1.912/1.917. Entende inexistir a nulidade suscitada. Mantém o solidário na lide.

Assevera em sua decisão: “*O processo encontra-se devidamente instruído com o levantamento fiscal Auditoria Básica do ICMS, um para cada exercício, em cuja conclusão evidencia-se valores de imposto omitido em função do aproveitamento indevido de crédito. Esses valores são detalhados em demonstrativo auxiliar (Créditos Escriturados Indevidamente), aos quais se seguem demonstrativos analíticos e cópias dos livros fiscais Registro de Entradas e Registro de apuração do ICMS.*”

Relativamente às Notas Fiscais, leciona: “*São mais de 600 (seiscentas) notas fiscais sem o mínimo indício de manuseio e de circulação. Os documentos não foram submetidos à fiscalização de fronteira, seja na divisa de Goiás com o Distrito Federal, seja, ainda, na divisa de Mato Grosso com Goiás. Conforme o documento Notas Explicativas do autor do procedimento, de fls. 680/681, a maioria das notas fiscais foram emitidas em sequência, principalmente no primeiro dia útil de cada mês. São características evidentes de que não houve a circulação física das mercadorias.*”

Irresignados com a decisão singular, os sujeitos passivos comparecem novamente ao processo apresentando, conjuntamente, Recurso Voluntário, defensorio de fls. 1.922/1.947.

Pedem, em preliminar, a nulidade da peça básica, relacionando as hipóteses de insegurança na determinação da infração, e cerceamento ao direito de defesa.

Reiteram o pedido de retirada do solidário da lide, em razão da inexistência de fundamento legal para tal posicionamento do Fisco. Juntam jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Quanto ao mérito, rememoram as razões apresentadas na fase singular para requerem a improcedência do lançamento.

A Quarta Câmara, em decisão unânime, materializada no Acórdão nº 3.943/2008, fls. 1.952/1.955, rejeita as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela defesa. Em decisão não unânime, exclui da lide o solidário [...]. Quanto ao mérito, em decisão por maioria, confirma a sentença condenatória proferida em Primeira Instância.

A Representação Fazendária, inconformada com a exclusão do solidário da lide, efetuada no julgamento cameral, apresenta Recurso ao Conselho Pleno, fls. 1.956/1.957, no qual pede a reinclusão do referido solidário na lide, conforme a prescrição contida no artigo 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual, e no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Inconformados, também, com a decisão cameral, os autuados, empresa e solidário, apresentam Recurso ao Conselho Pleno, defensório de fls. 1.962/1.971, complementado às fls. 1.972/1.980, no qual, após destacar o objeto da autuação, bem como a decisão cameral, expõem pensamento de que não houve explicação nos autos da motivação da impossibilidade do aproveitamento dos créditos estornados. Explicam, novamente, que o transporte das mercadorias foi feito por frota própria e por este motivo inexistente Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas para aquelas operações que o fisco classifica como fictícias e sobre as quais se está estornando o imposto. Reafirmam a ocorrência do trânsito das mercadorias do Distrito Federal para Goiás.

Aduzem que inexistiu prejuízo ao erário goiano e que houve boa fé por parte do sujeito passivo. Que o trabalho fiscal estaria fundamentado em ficções criadas pelos agentes do fisco estadual.

Pedem, outrossim, em contradição ao Recurso Fazendário, que seja mantida a decisão cameral que excluiu o solidário da lide, posto sua conformidade com a doutrina e jurisprudência exposta.

Encerram, pedindo a improcedência do auto de infração, ou, alternativamente, a prevalência do voto vencido da Conselheira Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, que decidiu pela procedência parcial da ação fiscal.

Este é o relatório.

DECISÃO

Em prefação, mister proceder à análise da questão preliminar, relacionada com a reinclusão do responsável solidário na lide.

QUESTÃO PRELIMINAR

DA RESPONSABILIDADE DE SÓCIOS E TERCEIROS

Quanto ao pedido de reinclusão na lide do solidário [...], formulado pela Representação Fazendário, hei por bem em acolher, visto que, na condição de administrador, participou diretamente da situação de que decorreu a omissão objeto da ação fiscal, conduta que se subsume ao artigo 45, inciso XII, da Lei n.º 11.651/91, a seguir transcrito:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação **as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal**, especialmente:

[...]

XII – com o contribuinte, **os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica**, relativamente à operação ou prestação decorrente dos **atos que praticarem intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis**

[...] “ (grifos oportunos).

Observo, por oportuno, que a referência feita pelo solidário, em sua contradita, ao artigo 135, III, do CTN, assim como a análise doutrinária e jurisprudencial que é feita da espécie de responsabilidade ali prevista, não se relacionam com a solidariedade que lhe é atribuída neste processo, já que o artigo 45, XII, acima transcrito, possui ligação com o artigo 124, do Código Tributário Nacional, e não com o dito artigo 135, ou mesmo com o artigo 134, também do CTN. Destaque-se que o artigo 124 e os artigos 134 e 135, referem-se a institutos diferentes, e estão contidos em capítulos distintos do Título II do Livro Primeiro do citado Código, veja-se:

“CAPÍTULO IV

Sujeito Passivo

[...]

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

[...]

CAPÍTULO V

Responsabilidade Tributária

[...]

SEÇÃO III

Responsabilidade de Terceiros

Art. 134. *Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis*

Art. 135. *São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:*

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. [...] [Grifo Oportuno]

Como se percebe, a redação do *caput* do artigo 45 da n° Lei n° 11.651/91, pela expressão “pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, estabelece uma relação essencial entre esse dispositivo e o inciso I do artigo 124 do CTN.

Em elucidativa e didática manifestação a respeito da referida solidariedade, transcrevo parte do Acórdão n.º 4.111/08, exarado no processo n.º 3.0266409.719.97, pelo ilustre Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes, “*verbis*”:

“Embora o inciso XII do referido artigo 45 tome de empréstimo as expressões “atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis” e “os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica”, presentes, respectivamente, no caput do art. 134 e no inciso III do art. 135, todos do CTN, isso não significa que o art. 45, XII, cuide de um caso de responsabilidade, pois os incisos do art. 45 da Lei n° 11.651/91 constituem uma lista exemplicativa de hipóteses específicas de solidariedade tributária.”

Com as razões acima delineadas, entendo que não há como excluir da lide o responsável solidário identificado, razão pela qual acolho o pedido da Representação Fazendária, para mantê-lo na lide.

QUESTÃO MERITÓRIA

Suplantada a questão acima relacionada, suscitada pela Representação Fazendária, e adentrando no mérito do lançamento, não vejo como recepcionar favoravelmente as razões trazidas pelos recorrentes, por considerar que os

argumentos por eles apresentados não são capazes de invalidar a acusação contida na exordial, tendo em vista que o lançamento objurgado encontra-se bem fundamentado pelas provas e levantamentos carreados aos autos pela autoridade atuante. Outrossim, coadunam com o estatuído na legislação tributária estadual que rege a matéria.

Ao proceder à análise do conteúdo do presente processo, verifiquei que a exigência fiscal em comento, surgiu assentada no pressuposto de que a atuada aproveitou créditos de ICMS de forma indevida e sem amparo legal. Verifiquei todo o trabalho contido na auditoria, os lançamentos efetuados nos livros fiscais, a descrição do fato suporte da fundamentação legal, e vislumbrei, objetivamente, irregularidade nos procedimentos realizados pela atuada.

Da leitura dos Demonstrativos Auxiliares à Auditoria Básica do ICMS, realizada pela fiscalização, depreende-se que os aproveitamentos indevidos de créditos referem-se a:

(i) aproveitamento em duplicidade do crédito do ICMS destacado nas Notas Fiscais de aquisição de matérias-primas e, também, das Notas Fiscais de simples remessa, emitidas por [...], conforme demonstrativo analítico anexo ao Demonstrativo Auxiliar do exercício de 2.002;

(ii) aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em virtude de simulação de transferência de mercadorias de suas filias em outras unidades da Federação – Brasília - DF, Sorriso - MT, e Canarana – MT, para a matriz de Anápolis – GO. Observe-se que as primeiras vias das Notas Fiscais de transferências referidas nos Demonstrativos Auxiliares dos exercícios de 2.002 a 2.007 foram apreendidas consoante Termo de Apreensão n.º 1100056240-8 anexado ao feito, fls. 693/1.335;

(iii) aproveitamento a maior de créditos de ICMS na aquisição de ativos imobilizados – veículos e máquinas, tendo em vista que o aproveitamento foi integral, enquanto o certo seria o aproveitamento à razão de 1/48 avos por mês, conforme legislação vigente, e detalhamento em demonstrativo analítico anexo ao Demonstrado Auxiliar do exercício de 2.003;

(iv) aproveitamento de crédito referente às Notas Fiscais n.ºs 56178, 63141, 21226, e 21841, no livro Registro de Entradas, no exercício de 2.004, conforme Demonstrativo Auxiliar respectivo, sendo que tais documentos não se encontram presentes nas pastas de Notas Fiscais de entrada do sujeito passivo;

(v) aproveitamento de crédito a maior no livro Registro de Apuração, referente a créditos na aquisição de serviços de comunicação, na proporção das saídas para o exterior em relação às saídas totais, conforme demonstrativo analítico aos Demonstrativos Auxiliares dos exercícios de 2.004, 2.005 e 2.006;

(vi) aproveitamento de crédito do ICMS a maior, no valor de R\$ 630,00 (seiscentos e trinta reais), no livro Registro de Entradas, ao registrar a Nota Fiscal n.º 885, tendo em vista que esta Nota é complemento da NF n.º 862, registrada sem aproveitamento de crédito, conforme cópias das Notas Fiscais anexas, no mês de janeiro de 2.005, conforme o Demonstrativo Auxiliar do exercício de 2.005;

(vii) aproveitamento de crédito de ICMS no valor de R\$ 2.749,04 (dois mil, setecentos e quarenta e nove reais e quatro centavos), referente ao crédito do imposto devido por substituição tributária, nos termos do TARE n.º 45/05 (referente a exportação de soja em grãos e que prevê que a empresa se debite, no campo “outros débitos” e se credite em igual valor no campo “outros créditos”, sendo que, entretanto, a empresa somente se creditou do ICMS, e não se debitou em igual valor.

Observo, assim, que os autuados tiveram ciência de todas as situações acima destacadas, porém, nas defesas apresentadas, cingiram-se a discutir tão somente a questão vinculada ao item II, retro, que versa sobre as simulações de transferências, em especial às relacionadas com a filial de Brasília, sendo que em relação às transferências oriundas do Estado do Mato Grosso, não há qualquer manifestação. Há que se considerar, entretanto, que a quase totalidade do valor autuado refere-se ao item em questão.

Por manter entendimento simile ao externado pelo julgador monocrático, transcrevo e defino, como parte integrante das razões do meu voto, em relação às transferências simuladas, o posicionamento adotado pelo mesmo, que assim verberou: *“Nessa parte, as alegações dos impugnantes não se sustentam. Compulsando os autos, em especial as notas fiscais referidas, não há qualquer indício nos documentos fiscais de que os mesmos serviram ao fim a que se destinavam. Não há carimbos de postos fiscais, não há dobras, sujeiras ou borrões, comuns aos documentos fiscais portados por caminhoneiros, não há carimbo ou assinatura de expedição da mercadoria e nem de recebimento da mercadoria pelo estabelecimento destinatário, conforme o atuante faz prova ser a rotina da empresa, com a juntada de cópias de dezenas de notas fiscais em que realmente houve o trânsito das mercadorias (documentos de fls. 1357 a 1845).*

Continua: *“São mais de 600 (seiscentas) notas fiscais sem o mínimo indício de manuseio e de circulação. Os documentos não foram submetidos à fiscalização de fronteira, seja na divisa de Goiás com o Distrito Federal, seja ainda, na divisa de Mato Grosso com Goiás. Conforme o documento Notas Explicativas do autor do procedimento, de fls. 680/681, a maioria das notas fiscais foram emitidas em sequência, principalmente no primeiro dia útil de cada mês. São características evidentes de que não houve a circulação física das mercadorias.”*

Relativamente à ilegalidade do aproveitamento de crédito referente a essas operações, estabelece o Decreto n.º 4.852/97 – Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE, na parte que dispõe sobre a Vedação ao Crédito do ICMS, o seguinte:

“Art. 57. Não implica crédito (Lei n.º 11.651/91, art. 60):

[...]

V – o imposto destacado em documento fiscal não correspondente a uma efetiva operação ou prestação, salvo nas situações específicas estabelecidas para a transferência de crédito.”

Mister enfatizar, outrossim, que quanto ao crédito, consta no artigo 58, § 3.º, inciso I, do Código Tributário Estadual – CTE, que o crédito assegurado ao adquirente está condicionado à idoneidade da documentação fiscal. Destarte, provado como foi nestes autos que os documentos fiscais são inidôneos nos termos do artigo 67, do CTE, inidoneidade essa cujo afastamento cabe ao sujeito passivo, como dispõe o art. 68 do mesmo CTE, que, inobstante às várias oportunidades que teve, não logrou demonstrá-lo, deve o lançamento permanecer. Transcrevo tais dispositivos:

“Art. 58. É assegurado ao sujeito passivo, nos termos do disposto na legislação tributária, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações ou prestações resultantes:

[...]

§ 3.º. o direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à:

I – idoneidade da documentação fiscal.”

“Art. 67. Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que:

[...]

IV – já tenha surtido os respectivos efeitos fiscais ou tenha sido adulterado, viciado ou falsificado;

[...]

Parágrafo único. O Regulamento poderá, segundo as condições que fixar, estabelecer que, em determinadas situações, não se aplique a presunção de que trata este artigo.

Art. 68. A inidoneidade de que trata o artigo anterior poderá ser afastada, mediante processo administrativo tributário, em que o sujeito passivo comprove, de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento, total ou parcial do imposto.”

Nesse diapasão, meu entendimento, comum com a maioria dos meus pares, é pela manutenção da peça exordial, considerando-se que no caso em julgamento, o afastamento da inidoneidade deve se dar pela comprovação inequívoca de que as operações ocorreram e deram-se exatamente nos termos declarados nos documentos fiscais. Entretanto, nada foi feito no sentido de produzir o afastamento supracitado, não sendo apresentado qualquer documento

e/ou elemento capaz de infirmar a acusação contida na peça exordial e, por consequência ilidir a acusação fiscal.

Pelo exposto, acolho, com o consenso majoritário dos demais Conselheiros, o pleito da Representação Fazendária, reincluindo na lide o responsável solidário [...]. Quanto ao mérito, voto, de forma majoritária, para conhecer do Recurso do contribuinte, negar-lhe provimento, para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 06 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito extemporâneo sem autorização do Secretário da Fazenda (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02828/10

Relator: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Aproveitamento indevido de crédito. Improcedência. Decisão unânime.

A apropriação de crédito extemporâneo, em data anterior à da autorização, deve ser mantida, não tendo a apropriação causado prejuízo algum aos cofres públicos, implicando na improcedência do lançamento de ofício que tenha estornado o crédito.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 20 de julho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, José Paixão de Oliveira Gomes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Gustavo Alberto Izac Pinto, Célia Reis Di Rezende, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Em 29 de outubro de 2007, as autoridades fiscais lavraram o auto de infração, formalizando nele a exigência de ICMS, multa e demais acréscimos legais, sob a acusação de que a atuada aproveitou indevidamente crédito de ICMS, no mês de outubro de 2006, relativo a recolhimento a maior de ICMS efetuado no mês de setembro de 2005, em data anterior ao despacho do Secretário da Fazenda autorizando a restituição do referido imposto.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da atuada, tendo sido anexados à peça básica Notificações Fiscais, Nota Explicativa, Despacho n° 1820/2006-GSF, Despacho n° 1363/2006-GIEF, demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS e cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, dentre outros documentos.

A Primeira Instância decidiu a questão favoravelmente à Fazenda estadual, consoante a sentença de fls. 184 a 185.

A atuada, inconformada com a decisão singular, apresenta recurso voluntário (fls. 190 a 212), no qual pede em preliminar a nulidade da sentença

singular, por cerceamento ao direito de defesa, argumentando que o julgador singular não apreciou todas as questões trazidas pela defesa.

Ainda em preliminar, pede a nulidade da peça básica, relacionando as hipóteses de cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração.

Argumenta, para o cerceamento do direito de defesa, a não observação do requisito da motivação do ato administrativo. Para a insegurança na determinação da infração, argumenta a ausência de indicação do fundamento legal aplicável à correção monetária e aos juros de mora incidentes na correção dos supostos débitos exigidos da recorrente.

Quanto ao mérito, pede a improcedência do auto de infração, diante da legitimidade do aproveitamento do crédito relativo ao ICMS recolhido por antecipação de forma indevida no mês de setembro de 2005.

Subsidiariamente, pede o afastamento da multa imposta, em face da ofensa aos princípios da proporcionalidade de vedação de confisco, ou, ao menos, sua redução ao patamar máximo de 2% (dois por cento).

Protesta por sustentação oral na sessão de julgamento dos autos.

Requer que todas as intimações relativas ao presente feito sejam encaminhadas aos advogados constituídos subscritores do recurso.

Decisão cameral de fls.214, após rejeitar por unanimidade de votos todas as preliminares arguidas pela autuada, no mérito, por maioria, julgou improcedente o auto de infração, prevalecendo a tese de que a escrituração extemporânea do crédito não deve ser cancelada, já que o Estado não sofreu prejuízo algum, arcando a autuada com o ônus da morosidade do serviço público estadual.

Inconformada, a Fazenda Pública recorre para o Conselho Pleno e pede a reforma da decisão cameral para julgar procedente o auto de infração. Argui que o procedimento do contribuinte de utilizar o crédito antes de ser autorizado pelo Secretário da Fazenda contraria a regra contida na letra "a" do Inciso III, do Art. 47 do RCTE, a qual prescreve que a utilização de crédito relativo a tributo pago indevidamente somente pode ser compensado com débito de ICMS até a data da apuração do mês de fevereiro do exercício seguinte.

A autuada apresenta contradita ao recurso da Fazenda Pública, mantendo os mesmos argumentos anteriores e solicitando a manutenção da decisão cameral.

Resolução Plenária de fls. 239 encaminha os autos à GESCO - Gerência Especializada de Fiscalização da Substituição Tributária, Energia e Comunicação para fins de obtenção de esclarecimentos.

Retornam os autos com o relatório de diligencial nº 001/10-GESCO, de fls. 242/243, informando que "Foram analisados os Livros Registro de Apuração do

ICMS dos exercícios de 2006, 2007, e 2008 e do primeiro semestre de 2009 e não foi constatado, nestes períodos, nenhum "reaproveitamento" do crédito ora questionado. Ele aparece escriturado apenas no mês de outubro de 2006, o que foi objeto desta autuação."

DECISÃO

Dirigindo-me ao mérito do processo, examinando os autos, noto que a atuada formulou, na data de 05 de agosto de 2006, pedido de restituição de ICMS, por compensação, de imposto pago a maior em setembro de 2005.

O Secretário da Fazenda deferiu o pedido da requerente, na data de 04 de dezembro de 2006, conforme o Despacho nº 1820/2006-GSF (fls. 20).

O contribuinte, antes de ser autorizado, escriturou o crédito extemporâneo, no mês de outubro de 2006, motivando a fiscalização a efetuar o seu estorno, por considerá-lo aproveitado indevidamente.

No caso, restou confirmado o direito da atuada ao crédito questionado, que fez o requerimento ao Senhor Secretário da Fazenda, em agosto ou setembro de 2006, só deferido em dezembro de 2006.

A escrituração desse crédito extemporâneo, antes de deferida a autorização, não deve ser cancelada, já que o Estado não sofreu prejuízo algum, arcando a atuada com o ônus da morosidade do serviço público estadual.

Quanto a hipótese de novo reaproveitamento do mesmo crédito, foi aprovada Resolução Plenária, encaminhando os autos à GESCO, com pedido de esclarecimento, tendo retornado com o relatório diligencial nº 001/10-GESCO, de fls. 242/243, informando que "Foram analisados os Livros Registro de Apuração do ICMS dos exercícios de 2006, 2007, e 2008 e do primeiro semestre de 2009 e não foi constatado, nestes períodos, nenhum "reaproveitamento" do crédito ora questionado. Ele aparece escriturado apenas no mês de outubro de 2006, o que foi objeto desta autuação."

Assim sendo, confirmado que não houve nenhum reaproveitamento do mesmo crédito, entendo que o auto de infração deve ser julgado improcedente, considerando que não houve nenhum prejuízo para o erário público.

Ante o exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que julgou improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 30 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito outorgado - Convênio ICMS 89/05 e Instrução Normativa 701/04-GSF (improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00232/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Aproveitamento indevido de crédito. Improcedência. Decisão unânime.

Comprovado que as notas fiscais foram emitidas obedecendo a comandos estabelecidos no Convênio ICMS 89/05 e que o destinatário aproveitou o crédito a que fazia jus, sem infringir disposições contidas na Instrução Normativa 701/04 - GSF, impõe-se a declaração de improcedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 15 de setembro de 2009, decidiu não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide, arguida pelo sujeito passivo e no mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Gustavo Alberto Izac Pinto, Levi Silva Filho, José Luiz Rosa, Antônio Martins da Silva, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Noticiam os autos que o sujeito passivo "*Omitiu o pagamento do imposto na importância de R\$ 64.151,28 (sessenta e quatro mil, cento e cinquenta e um reais e vinte e oito centavos) no período de junho a julho de 2007, em razão da compensação com o débito do imposto de valores escriturados indevidamente a título de crédito, correspondentes ao montante que ultrapassou o limite estabelecido pela legislação tributária para seu aproveitamento, no caso específico das notas fiscais provenientes do Estado de Mato Grosso.*"

Constam como infringidos arts. 58, § 3º, inciso II, e art. 64, da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 1º da Instrução Normativa nº 701/04-GSF e a penalidade aplicada foi a prevista no art. 71, inciso IV, alínea "a", do Código Tributário Estadual.

A fiscalização instruiu os autos com o demonstrativo Auditoria do Aproveitamento de Créditos das Mercadorias Provenientes do Estado de Mato Grosso (fl. 18), cópia da Instrução Normativa nº 701/04-GSF (fl. 19).

Foi nomeado como sujeito passivo solidário o Sr. [...] (fls. 04).

A pessoa jurídica e o solidário, em peça única, apresentaram impugnação em primeira instância (fls. 27/32). Alegaram, preliminarmente, a nulidade do feito por erro de identificação do sujeito passivo solidário. No mérito, discorrem a respeito da inconstitucionalidade da restrição ao aproveitamento do crédito do ICMS, motivo pelo qual pugnam pela improcedência do auto de infração.

Em decisão monocrática, o julgador singular decide pela procedência da pretensão inicial do fisco (fls. 49/50) e manteve o solidário na lide.

Inconformados com a decisão singular, os sujeitos passivos interpuseram o recurso voluntário de fls. 54/57. Reiteram os argumentos apresentados na fase impugnatória. Anexaram aos autos cópias do livro Registro de Entradas e das notas fiscais de entradas, conforme a documentação de fls. 58/128.

O solidário alega a preliminar de nulidade por erro de identificação, pelo motivo de que não ocorreu qualquer uma das violações previstas no art. 135 do CTN, sendo-lhe defeso nomeá-lo solidário ante a necessidade de processo administrativo que comprove a prática de excesso de poder, infração a lei, contrato social ou estatuto.

No mérito, discorre acerca do Convênio ICMS nº 89/05, o qual reduziu a base de cálculo do imposto, tendo, a partir de então, recebido e escriturado créditos no percentual de 7%, conforme se verifica das cópias de seus livros de entrada, não havendo o que se falar em estorno de crédito, por ter creditado no valor constante da referida alíquota.

Ao final, pedem a exclusão do solidário e a improcedência do auto de infração.

A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em decisão por maioria de votos, considerou procedente o auto de infração e manteve o solidário na lide.

Inconformados com a decisão cameral, os sujeitos passivos interpuseram o presente recurso ao Conselho Pleno.

O solidário reitera a preliminar de nulidade por erro de identificação. Alega que não ocorreu qualquer uma das violações previstas no art. 135 do CTN e que é defeso nomeá-lo solidário ante a necessidade de processo administrativo que comprove a prática de excesso de poder, infração a lei, contrato social ou estatuto.

Em relação ao mérito, o polo passivo sustenta que com a edição do convênio ICMS 89/05 só recebeu e só escriturou créditos a 7% (sete por cento), conforme comprova as cópias do livro registro de entradas, já anexados aos autos.

Afirma a autuada que em face do convênio supracitado não há que se falar em estorno de imposto, conforme comprovado, de forma incontestada que só creditou do imposto com a alíquota de 7%, nos moldes estipulado pelo referido convênio.

Sustenta o sujeito passivo que no julgamento do auto de infração nº 3 0292941 449 99, semelhante a este, a Terceira Câmara Julgadora entendeu ser o lançamento improcedente, em decisão unânime (fls. 143/145).

Afirma o sujeito passivo que o lançamento também não poderia prosperar porque no período da autuação o sujeito passivo possuía saldo credor em valor superior ao da autuação, conforme comprovam as cópias do livro registro de apuração do ICMS (fls. 146/153).

Ao final, foi requerida a exclusão do solidário por erro de identificação do sujeito passivo e, no mérito, a improcedência do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

A preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo não será apreciada, nos termos do disposto no § 3º do art. 18 do Decreto nº 6.930, de 09 de junho de 2009, tendo em vista que a decisão sobre o mérito será favorável ao polo passivo.

A Instrução Normativa nº 701/04 - GSF, vigente a partir de 2005, determinava que o crédito do ICMS correspondente à entrada de mercadoria remetida por contribuinte localizado no Estado de Mato Grosso estava limitado a 7% sobre a base de cálculo do imposto correspondente à aquisição, excetuando apenas a aquisição de arroz com casca.

Em face dessa instrução normativa, a autoridade fiscal elaborou a chamada Auditoria do Aproveitamento de Créditos das Mercadorias Provenientes do Estado de Mato Grosso (fl. 18). O imposto destacado nas notas fiscais está calculado com a utilização da alíquota de 12 % (doze por cento) sobre a base de cálculo reduzida. O Fisco entende que o imposto deveria ser apurado com a utilização da alíquota de 7 % (sete por cento). Diante desse entendimento, cobrou o imposto correspondente a essa diferença de alíquotas.

O trabalho fiscal, certamente, foi realizado, com base nos dados extraídos dos arquivos magnéticos informados pelo contribuinte, pois não foram acostadas aos autos, pela autoridade fiscal, cópia das notas fiscais relacionado no demonstrativo.

O polo passivo anexou aos autos fotocópias das notas fiscais relacionadas na autuação (fls. 99 a 128), bem como as cópias do livro Registro de Entradas (fls. 58 a 98). Na primeira nota fiscal da relação, a de número 1577 (fl. 99), estão consignados: valor da operação = R\$ 115.419,62; base de cálculo = R\$

67.324,26; ICMS destacado = R\$ 8.078,91 (12%). A fotocópia do livro Registro de Entradas (fl. 64), indica que a escrituração do crédito do imposto, em relação a essa nota fiscal, se deu exatamente pelo montante de R\$ 8.078,91. Isso ocorreu para todos os demais documentos que serviram de base para o lançamento tributário em questão.

Diante disso, verifico que em relação aos documentos fiscais relacionados no demonstrativo de fls.18, que fundamentou a autuação, o sujeito passivo aproveitou apenas o crédito do imposto a que fazia jus.

Deve-se ressaltar que os documentos fiscais foram emitidos seguindo os comandos estabelecidos no Convênio ICMS 89/05. A alíquota interestadual exigida para a operação era de 12 % (doze por cento). Assim, teria o emitente de reduzir a base de cálculo da operação de forma que aplicando essa alíquota sobre a base de cálculo reduzida a carga tributária correspondesse a 7% (sete por cento). Isso foi feito em todos os documentos fiscais que embasaram a autuação. Portanto, entendo que os documentos fiscais foram emitidos corretamente e o crédito aproveitado pelo destinatário está de acordo o estabelecido na Instrução Normativa 701/04 - GSF.

Diante do exposto, conheço do recurso para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 09 de fevereiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito outorgado - escrituração indevida (improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00497/10

Relator: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: ICMS. Omissão de pagamento do ICMS. Escrituração indevida de crédito outorgado. Improcedência. Decisão unânime.

Não prospera a exigência tributária quando o sujeito passivo ilidir a respectiva acusação fiscal.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de novembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Neste processo, a acusação fiscal é de que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS no valor de R\$ 13.953.534,72 (treze milhões, novecentos e cinquenta e três mil, quinhentos e trinta e quatro reais e setenta e dois centavos), no exercício de 2008, em razão da escrituração indevida de valores a título de crédito outorgado, pois descumpriu a cláusula vigésima do TARE 092/07-GSF, onde foi estabelecido que o contribuinte deve entregar os arquivos magnéticos com registro fiscal de todas as informações contidas nos documentos fiscais emitidos e recebidos, nos termos do Anexo X do RCTE, ficando, dessa forma, impedido de usufruir os benefícios fiscais concedidos aos estabelecimentos frigoríficos ou abatedores.

No campo próprio do documento de lançamento do crédito tributário consta que o contribuinte foi notificado, em 19.12.08, a apresentar os arquivos magnéticos corrigidos, mas não o fez.

A autoridade lançadora considerou que o procedimento do contribuinte revelou-se contrário às disposições dos art. 64 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei n 11.651/91); art. 86 da parte geral do RCTE e cláusula vigésima do TARE 092/07-GSF. Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, IV, “a”, do CTE.

Ao auto de infração, lavrado em 18.02.09, foram juntados: a relação dos valores apropriados a título de crédito outorgado; demonstrativo da repercussão do aproveitamento indevido de crédito em função da existência de saldo credor;

Notificação fiscal acompanhada do AR de encaminhamento; cópia do TARE 092/07-GSF; relatório comparativo de valores informados na DPI e no Tipo 54, 60R, 61R, do arquivo magnético; relação de notas fiscais informadas no tipo 50 e omissas no tipo 54; e o comprovante de regularidade de entrega de arquivo magnético (fls. 6 a 256).

Informa, ainda, o atuante em seu relatório de fls. 06, que o TARE 092/07-GSF autoriza a utilização dos créditos outorgados de 9%, 4% e 3%, regulamentados, respectivamente, nos artigos 11, V; 8º, XLI, e 11, XXI, do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97).

Nas suas razões de impugnação, o sujeito passivo pede a nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, sob a alegação de que o ato tido como infracional está caracterizado pelo descumprimento de obrigação acessória – omissão de entrega do arquivo magnético com registros Tipo 54 - e não pela ausência de recolhimento do tributo devido.

No mérito, faz questionamentos sobre a importância das informações do Tipo 54 (Classificação Fiscal), já que informa todas as operações que realiza ao entregar, atempadamente, os demais arquivos que lhe são exigidos pela norma legal, e conclui que, pelas características de dados do arquivo 54, não se vislumbra omissão de pagamento do ICMS no valor indicado no auto de infração. Pede a improcedência do auto de infração.

Sentença Singular, de fls.340/344, após refutar a preliminar arguida, julga procedente o auto de infração.

Inconformado, com a decisão singular, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, mantendo as mesmas razões e argumentos expendidos na fase singular, reitera a preliminar de nulidade “ab initio” do processo por insegurança na determinação da infração e, no mérito, pede a reforma da decisão singular, para julgar improcedente o auto de infração. De novo nesta fase do processo, informa que “a recorrente em 30 de abril de 2009, requereu a extinção do crédito tributário nos termos da Lei nº 16.150/07 (Lei das Condicionantes), apresentando os documentos de informação é apuração do imposto, contendo o arquivo 54 (processo nº 200900004011058)”

Conforme Termo de Juntada de fls. 355, foram acostados os documentos de fls. 356 a 362.

Este é o relatório, que passo a decidir.

DECISÃO

A preliminar foi retirada pelo representante legal da autuada durante a sua defesa oral.

Inicialmente cabe ressaltar que os benefícios fiscais cuja utilização está sendo questionada, pela inobservância de obrigação acessória a eles vinculada,

são os previstos no art. 11, V e XXI, e art. 8º, XLI do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE. Para melhores esclarecimentos, cabe destacar que os referidos dispositivos legais dispõem sobre crédito outorgado e sobre redução da base de cálculo do ICMS para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, conforme pode ser conferido pela transcrição que segue:

Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

V - para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, na saída para comercialização ou industrialização, de carne fresca, resfriada, congelada, salgada, temperada ou salmourada e miúdo comestível resultantes do abate ou da industrialização, em seu próprio estabelecimento de asinino, bovino, bufalino, eqüino, muar, ovino, caprino, leporídeo e ranídeo adquiridos em operação interna com a redução de base de cálculo de que tratam os incisos XI e XIV do art. art. 8º deste anexo, o equivalente à aplicação de 9% (nove por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, observado o seguinte ([Lei nº 13.453/99](#), art. 1º, I, "c", 1):

a) o estabelecimento frigorífico ou abatedor para apropriar-se do crédito outorgado deve:

1. ser credenciado pelo órgão sanitário competente e pelo Instituto Goiano de Defesa Agropecuária - IGAP -;

2. ser signatário de termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

[...] ”

“XXI - para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, o valor equivalente à aplicação do percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da exportação que realizar com produto comestível resultante do abate ou desossa, realizados em seu próprio estabelecimento, de bovino, bufalino ou carne com osso, adquiridos em operação interna com os benefícios da redução da base de cálculo prevista no inciso XIV do art. 8º ou do crédito outorgado previsto no inciso V do art. 11, ambos deste anexo, ainda que submetido a outros processos industriais, observado o seguinte ([Lei nº 13.453/99](#), art. 1º, I, “d”):

a) o benefício somente aplica-se ao contribuinte que:

1. estiver adimplente com o ICMS relativo à obrigação tributária vencida a partir de 1º de dezembro de 2000, exceto aquela com exigibilidade suspensa, correspondente a período de apuração anterior à operação de exportação, tanto em relação à obrigação própria quanto àquela em que for responsável ou substituto tributário;

2. for credenciado pelo órgão sanitário competente e pela Agência Goiana de Desenvolvimento Rural e Fundiário;

3. for habilitado pelo órgão competente a promover exportação com produto comestível resultante do abate de bovino ou bufalino, ainda que submetido a outros processos industriais;

4. celebrar termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

[...]

Art. 8º A base de cálculo do ICMS é reduzida:

[...]

XLII - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do percentual equivalente a 7% (sete por cento) na saída interestadual de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de ave, leporídeo e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino ou suíno, observado o seguinte (Convênio [ICMS 89/05](#), cláusula primeira):

a) fica mantido o crédito relativo à entrada do animal para abate;

b) o benefício previsto neste artigo aplica-se cumulativamente com o crédito outorgado previsto no referido inciso V do art. 11, do Anexo IX, do RCTE, hipótese em que o percentual de 9% (nove por cento) previsto naquele inciso deve ser reduzido para 4% (quatro por cento) sobre o valor da operação."

a) fica mantido o crédito relativo à entrada do animal para abate;

b) o benefício previsto neste inciso aplica-se cumulativamente com os créditos outorgados previstos nos incisos V e VI do art. 11, hipótese em que o percentual de 9% (nove por cento) previsto naqueles incisos deve ser reduzido para 4% (quatro por cento) sobre o valor da operação;

c) o contribuinte deve ser signatário de termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

d) o Secretário da Fazenda pode expedir ato que estabeleça o controle sobre a operação interestadual, com vistas a garantir o efetivo cumprimento das exigências para se fazer jus ao benefício fiscal.

Em decorrência da própria exigência legal, para utilizar os benefícios fiscais mencionados a recorrente firmou com a Secretaria da Fazenda o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE n 092/07 – GSF, que lhe autoriza a utilizar os seguintes benefícios:

1 - redução de base de cálculo na aquisição de gado bovino e bufalino de produtos goianos, de forma que a carga tributária resulte 3%.

2 - crédito outorgado de 9% na saída de carne e miúdo comestível resultante do abate;

3 - redução na base de cálculo na saída interestadual de carne e demais produtos resultante do abate de forma que a carga tributária resulte em 7%;

4 - crédito outorgado de 3% sobre o valor da exportação de produtos comestíveis resultantes do abate ou desossa. Dispõe também sobre a formação de lotes com o fim de exportação.

A Cláusula vigésima, do referido TARE, consta o seguinte:

*“Cláusula vigésima. A ACORDANTE deve ser usuária de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados e **remeter mensalmente**, à Gerência de Informações Econômico Fiscal – GIEF, da Superintendência de Gestão da Ação Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, (...) por transmissão eletrônica de dados, **arquivo magnético com registro fiscal de todas as informações contidas nos documentos fiscais emitidos e recebidos pela ACORDANTE**, de conformidade com o Manual de Orientação para Armazenamento de Registro em Meio Magnético disciplinado no Título II do Anexo X do RCTE. “ (o destaque não faz parte do original).*

Havendo condição para utilização de benefício fiscal decorrente de lei estadual, apenas sob o implemento da condição estabelecida é que o benefício pode ser utilizado. Isso é o que estabelece o art. 86 do RCTE:

“Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário”.

Acima, estão expostas as condições estabelecidas tanto na legislação como no Termo de Acordo para a utilização dos benefícios fiscais que estão sendo estornados na peça exordial.

Duas razões que serão expostas a seguir, me conduzem ao entendimento de que o auto de infração deve ser julgado improcedente.

A primeira das razões, refere-se ao Despacho nº 3.829/09-SAT, de fls. 361, que defere a extinção parcial do lançamento exordial, onde consta o seguinte comando:

*“Assim, realizadas as verificações e constatado o atendimento das exigências estabelecidas na Lei nº 16.150/07 para parte do valor do crédito tributário, concluímos pelo **DEFERIMENTO da extinção parcial limitada ao valor original de R\$5.671.353,51 (...)** do crédito tributário referente ao período de fevereiro a julho de 2008, constituído por intermédio do auto de infração nº 4010900670303, nos termos do art. 2º, Inciso IV e do art. 4º, Inciso II da referida Lei, remanescendo R\$8.282.181,21 (...), do valor original, referente aos meses de agosto a dezembro de 2008 (período não contemplado no caput do art. 2º da Lei nº 16.150/07)”.*

A segunda e última razão para improceder o lançamento exordial, está contida no comando do Inciso III do art. 2º do Decreto nº 6.769, de 30/07/09, com vigência a partir de 01/08/2009, que revogou todos os dispositivos do Anexo IX do RCTE que condicionavam a utilização de benefícios fiscais à apresentação de arquivos magnéticos. Esta modificação revogou a exigência de entrega de arquivo

magnético contida na Cláusula Vigésima do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE n 092/07 – GSF, por força do disposto na Cláusula Décima Oitava que incorpora automaticamente as modificações da legislação tributária, estando assim redigido:

“A concessão deste regime especial não exclui a obrigatoriedade da ACORDANTE de cumprir as demais obrigações, de natureza principal e acessória, previstas na legislação em vigor, devendo ainda ser observadas pela ACORDANTE, as modificações na legislação tributária que ocorrerem posteriormente à assinatura deste regime especial, no que lhe couber, passando a fazer parte integrante deste, independentemente de qualquer aviso ou notificação por parte da SECRETARIA.”
(grifo nosso)”

Nessas condições, pelo que constam dos autos, não deve prevalecer o lançamento exordial.

Assim sendo, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 09 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito outorgado - operação de saída de mercadoria excluída do benefício fiscal (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03301/10

Autora do Voto Vencedor: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Crédito outorgado. Procedente. Decisão não unânime.

PRELIMINAR

Exclusão do responsável solidário. Rejeitada. Decisão por maioria.

O diretor da pessoa jurídica é solidariamente obrigado ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação em que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 45. Inciso XII, da Lei 11.651/91).

MÉRITO. Procedente. Decisão não unânime.

É excluída do benefício de crédito outorgado a operação de saída de mercadoria recebida em operação interestadual com alíquota superior a 7%, exceto se o crédito apropriado limitar-se a 7%. (IN 326/98 - GSF, art. 1º, inciso II).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 19 de outubro de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Manoel Caixeta Haun e Paulo Diniz. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Manoel Caixeta Haun e Paulo Diniz, que votaram

conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

A acusação formulada na inicial versa sobre o fato de que a autuada, na condição de contribuinte, omitiu o pagamento de ICMS no valor de R\$ 442.259,85 (quatrocentos e quarenta e dois mil, duzentos e cinquenta e nove reais e oitenta e cinco centavos), a título de crédito outorgado, em razão de aproveitamento de crédito indevido, referente ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2004, em razão de ter realizado saídas interestaduais de mercadorias industrializadas, contempladas com crédito outorgado sob condição, pois apropriou crédito superior a 7% (sete por cento), quando do recebimento das mercadorias adquiridas de outros Estados e utilizadas no processo de industrialização, perdendo, dessa forma, o direito de utilizar o benefício fiscal.

O benefício estornado é o previsto no artigo 11, inciso III, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual.

Indicou como infringidos: o artigo 64 da Lei 11.651/91 - CTE; c/c os artigos 11, inciso III, do Anexo IX; e 86, do Decreto 4.852/97. Ainda, o artigo 1º, inciso II, da Instrução Normativa 326/98 - GSF. Propôs a penalidade prevista no artigo 71, inciso IV, alínea "a", da Lei 11.651/91, com a redação da Lei 14.634/2003.

O auto de infração contendo a tipificação da infração foi embasado e instruído com os documentos de fls. 05 a 585, a saber: auditoria básica do ICMS e seus demonstrativos auxiliares; nota explicativa de demonstrativo mensal de aproveitamento indevido de crédito; demonstrativos mensais de aproveitamento indevido de créditos; cópias das páginas dos livros Registro de Entradas e de Apuração do ICMS; espelho cadastral; ordem de serviço; e, ainda, cópias das alterações contratuais do sujeito passivo.

Na Nota Explicativa de Demonstrativo Mensal de Aproveitamento Indevido de Crédito (fls. 27 a 37), o autuante detalhou toda a metodologia utilizada para determinar o correto valor do crédito indevidamente apropriado a título de benefício fiscal.

Identificada, como sujeito passivo solidário, a pessoa de Senhor [...], na condição de diretor.

Devidamente intimados, o contribuinte e o responsável solidário apresentam, em peças separadas, impugnação em Primeira Instância (fls. 591 a 601 e 630 a 634).

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as defesas apresentadas, decide pela procedência do lançamento, mantendo na lide o solidário, consoante a Sentença nº 1669/08-COJP (fls. 639 a 643).

O contribuinte e o solidário, inconformados com a decisão singular, interpõem, conjuntamente recurso voluntário (fls. 647 a 668), no qual pedem em preliminar a exclusão do solidário. No mérito, pedem a improcedência do lançamento, expondo seus motivos.

A Primeira Câmara, em decisão não unânime, materializada no Acórdão nº 4000/2008 (fls. 671 a 681), rejeita a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide. Quanto ao mérito, em decisão não unânime, confirma a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

O sujeito passivo principal e o solidário, inconformados com a decisão cameral, interpõem, conjuntamente, recurso ao Conselho Pleno (fls. 685 a 710), no qual pedem em preliminar a exclusão do solidário, por ser parte ilegítima.

No mérito, após resumirem os fatos e tratarem da sentença e do acórdão recorridos, ao analisarem a aplicação do critério hierárquico para a solução de antinomias aparentes dentro do sistema de direito positivo, destacam o dispositivo legal instituidor do benefício do crédito outorgado, bem como as alterações nele introduzidas (Leis 12.462/1994; 13.194 de 26/12/1997; 13.453 de 16/04/1999; 14.065 de 26/12/2001; 14.540 de 30/09/2003; e, 15.457 de 16/11/2005), especificando suas redações, para, ao final, concluírem: "*Verifica-se, portanto, que não existe na lei estadual que instituiu o benefício, nem nos sucessivos decretos que lhe regulamentou, qualquer vedação à utilização do crédito outorgado concernente às saídas interestaduais de mercadorias que tenha sido recebida em operação interestadual tributada com alíquota superior a 7%.*"

Dizem, em seqüência, que a proibição em questão foi instituída por ato do Senhor Secretário de Fazenda do Estado de Goiás, que autorizou a utilização do benefício pelos contribuintes nestes casos somente mediante a celebração de Termo de Acordo de Regime Especial, conforme se depreende da leitura dos dispositivos da Instrução Normativa n.º 326/98 - GSF.

Questionam: "São válidas as restrições impostas à utilização do benefício fiscal de crédito outorgado pelo contribuinte através de ato administrativo do Secretário de Fazenda do Estado de Goiás?" Quanto a este questionamento afirmam "há de se lembrar que os atos administrativos baixados pelo Poder Executivo são, em última análise, um exercício de interpretação, na medida em que a regulamentação de uma lei tem por objetivo apenas esclarecer o seu conteúdo ou indicar a forma procedimental para a sua execução. Não está compreendido no poder de regulamentar conferido ao Poder Executivo o direito de modificar o conteúdo da lei, quer para restringir ou para ampliar os seus efeitos."

Mencionam ensinamentos doutrinários a respeito. Assim, entende que a Instrução Normativa 326/98 - GSF é nitidamente ilegal.

Complementam o raciocínio: "*Logo, não poderia o Secretário de Fazenda do Estado de Goiás proibir o contribuinte de utilizar o benefício de crédito outorgado no caso de saídas interestaduais de mercadorias que foram tributadas*

na operação anterior, de entrada, com alíquota superior a 7%, ou condicionar a sua utilização obrigando-o a estornar a parcela do crédito que ultrapassa a 7%."

Alegam, de outra parte, que celebrou o Termo de Acordo de Regime Especial n.º 421/95 - GSF, pactuando a concessão de dois benefícios fiscais, dentre eles, o de crédito outorgado, que consiste no percentual de 2% do valor das saídas interestaduais (cláusula segunda). Nele foi inserido como causas para a extinção do direito ao benefício: (i) a denúncia do concedente diante de infração da legislação tributária que implicasse em não pagamento de ICMS (cláusula sexta); e, (ii) por comunicação do concedente, caso o acordo se torne incompatível com a legislação tributária (cláusula oitava).

E, que o TARE destacou como causas de modificação do acordo, aquelas decorrentes de modificações que ocorressem na legislação tributária, necessárias para a adequação do TARE ao ordenamento jurídico vigente (cláusula sétima).

Frisam: "A par destas considerações e diante do histórico da legislação que regulamentou a matéria, pode-se afirmar, ainda, que nunca houve uma alteração sequer, na lei ou nos decretos que regulamentaram a concessão do benefício, que pudesse implicar em modificação ou revogação do TARE que havia sido firmado, de tal sorte que ele estaria ainda vigente."

Finalizam, concluindo: *"Assim, não há dúvidas de que, embora fosse ilegal o óbice criado pelo Secretário de Fazenda do Estado de Goiás à utilização do benefício pelo contribuinte, estava o peticionário autorizado pelo TARE a utilizar o benefício e o crédito integral do imposto pago na operação anterior, relativo à entrada das mercadorias, independente do seu valor."*

Posteriormente, o contribuinte, por meio de termo de juntada, traz à lume decisão judicial proferida nos Autos do Mandado de Segurança n.º 16943-5/101 (200802635940), consoante fls. 718 a 732.

Fundamentado nesta decisão judicial, pede a improcedência do auto de infração, dada a decisão de ilegalidade da referida instrução normativa.

O Conselho Administrativo Tributário, por meio da Resolução n.º 050/2009 (fls. 734), determina a remessa dos autos à Procuradoria Geral do Estado, pedindo informações sobre a situação em que se encontra o Mandado de Segurança n.º 16943-5/101, que teve a segurança concedida, informando se houve interposição de recurso por sua parte.

A Procuradoria Geral do Estado, em ofício (fls. 736 a 737), informa que o Tribunal de Justiça do Estado concedeu a segurança *"para que se abstenha de cobrar o ICMS com base na Instrução Normativa n.º 326/98-GSF, durante o período compreendido entre janeiro/2005 e dezembro/2006"*, decisão esta que tornam insubsistentes as autuações em que se exige ICMS com base na Instrução Normativa n.º 326/98-GSF, durante o período compreendido entre janeiro/2005 e dezembro/2006.

Informa, ainda, que não houve interposição de recurso especial, haja vista a decisão do TJ-GO estar fundamentada em dispositivos de lei estadual, tendo o acórdão transitado em julgado.

DECISÃO

Às fls. 7, consta na 37ª alteração contratual da empresa que o Sr. [...] é seu diretor e, nesta condição, por disposição do art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91, responde pelo crédito tributário, por solidariedade, senão vejamos:

Art. 45. *São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:*

[...]

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;

O fundamento de validade do art. 45 é o art. 124 do Código Tributário Nacional, único que dispõe sobre solidariedade, nos seguintes termos;

CAPÍTULO IV

Sujeito Passivo

[...]

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Não pairam dúvidas que a redação do *Caput* do art. 45 do Código Tributário Estadual ao expressar "*pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*", processa uma relação umbilical com o disposto no inciso I do art. 124 da Lei 5.172/66.

Porquanto, não é a situação de que a redação do inciso XII do art. 45 da Lei 11.651/91, tenha tomado expressão utilizada no art. 135 do Código Tributário

nacional, é que tem suporte de validade naquele dispositivo, dado que se cuida de responsabilidade de terceiros.

São coerentes com a melhor doutrina as definições oferecidas pelos art. 35 e 37 do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás, Decreto 4.852/97, corroborando o entendimento dado, ou seja, não há como confundir institutos distintos, assim:

Art. 35. Solidariedade é o vínculo que se estabelece entre mais de uma pessoa, natural ou jurídica, por meio do qual cada uma responde pelo total da obrigação tributária.

....

Art. 37. Responsabilidade é a atribuição conferida à terceira pessoa de assumir a obrigação tributária, excluindo a do contribuinte, exceto quando este tenha concorrido para a prática da infração à legislação tributária.

Desse modo, não se tem plausível utilizar de interpretação e jurisprudência no tocante ao art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, como quer a recorrente, para buscar arredar da sujeição passiva, imputada por solidariedade, à pessoa indicada em documento às fls. 4, Sr. Sandro Antônio Scodro.

Quanto ao mérito, é importante considerar que a própria Lei 12.462/94, autorizadora do crédito outorgado, no seu art. 1º, § 4º, inciso I, remete a ato do Senhor Secretário da Fazenda a possibilidade de excluir do direito de usufruir do benefício fiscal previsto no art. 11, inciso III, do Anexo IX, do Decreto 4.852/97, mercadoria ou operação com mercadoria, senão vejamos:

Art. 1º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado, na forma, limite e demais condições que estabelecer, a reduzir a base de cálculo do ICMS, nas operações internas realizadas por contribuintes industriais e comerciantes atacadistas, que destinem mercadorias para fins de comercialização, produção ou industrialização, de tal forma que a carga tributária resulte na aplicação de uma alíquota efetiva mínima de 10% (dez por cento), observado, ainda, o seguinte:

[...]

§ 4º O disposto neste artigo:

[...]

I - não se aplica às operações com petróleo, combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e outras mercadorias ou operações indicadas em ato do Secretário da Fazenda;

Ou seja, o Senhor Secretário da Fazenda exercendo a faculdade a que a lei lhe atribuiu, excepcionou do benefício fiscal previsto no art. 11, inciso III, do anexo e decreto mencionados, a operação de saída interestadual da mercadoria que tenha sido recebida em operação interestadual tributada com alíquota superior

a 7%, considerando, a limitação na operação a 7%, o que se tem no inciso II do art. 1º da Instrução Normativa 326/98 - GSF, assim:

Art. 1º São excluídas dos benefícios fiscais previstos nos arts. 8º, VIII, e 11, III, do Anexo IX do Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, além das mercadorias e operações já mencionadas no referido decreto:

[...]

II - a operação de saída da mercadoria que tenha sido recebida em operação interestadual tributada com alíquota superior a 7% (sete por cento), exceto se o crédito apropriado pelo contribuinte limitar-se a 7% (sete por cento).

A lógica é de beneficiar a operação, mas não ensejar uma possível sustentação de saldo credor na conta gráfica, por acumulação de crédito, advindo da manutenção de crédito superior a 7%, porquanto o débito seria no patamar de 2%.

Nesse desiderato, elaborado o demonstrativo mensal de aproveitamento indevido de crédito com as tabelas de CFOPS utilizados e notas fiscais com alíquota superior, sendo tudo transposto para a auditoria básica e demonstrativo auxiliar, tomando, ainda, por fundamentação a nota explicativa de fls. 27 e seguintes.

Desse modo, o sujeito passivo não poderia usufruir do crédito outorgado por descumprimento de condição, restando o imposto devido, uma vez que o art. 86, do Decreto 4.852/97, assim dispõe:

Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário.

Quanto ao amparo consistente no que dispõe o TARE 421/95 - GSF, conforme alegado, não se sustenta, dado sua revogação em data anterior a ocorrência do fato gerador, segundo consta do sistema de dados desta Secretaria.

Resta, por último, salientar, que a decisão proferida em mandado de segurança quanto à ilegalidade do ato do Senhor Secretário da Fazenda, assim posicionou a Douta Procuradoria Geral do Estado às fls. 737, em resposta à Resolução 050/09 do Conselho Pleno: *"Depreende-se da sobredita decisão que tomaram-se insubsistentes as autuações em que se exige o ICMS com base na Instrução Normativa nº 326/98-GSF, durante o período compreendido entre janeiro/2005 e dezembro/2006"*.

Essa decisão transitou em julgado, ainda, segundo informado pela própria procuradoria, dada a impossibilidade de interposição de recurso, por estar fundamentada em dispositivos de lei estadual.

Desse modo, por se tratar o presente crédito tributário do exercício de 2004, subsiste integralmente, pois a medida judicial não lhe alcançou dada a natureza peculiar, restritiva e específica da ação.

A penalidade capitulada e aplicável ao caso concreto é a do art. 71, inciso IV, alínea "a", da Lei 11.651/91 e alterações posteriores, assim:

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

IV - em razão do não-estorno de crédito, quando exigido, ou da escrituração indevida de valores a título de crédito do imposto, o equivalente aos percentuais de:

a) 140% (cento e quarenta por cento) do valor do imposto, pela omissão do seu pagamento;

Desse modo, confirmada a acusação inicial, dado o aproveitamento de crédito superior a 7% na operação interestadual com mercadoria.

Posto isso, levando em conta as provas existentes nos autos, voto conhecendo do recurso do contribuinte ao Conselho Pleno, negando-lhe provimento, para considerar procedente o crédito tributário, confirmando a decisão cameral, mantendo na sujeição passiva a pessoa do Sr. Sandro Antônio Scodro.

Sala das sessões plenárias, em 23 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito outorgado - operações de saída de mercadorias não incentivadas (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00070/10

Relator: Conselheiro Luiz Honorio dos Santos

EMENTA: I. Processual. Preliminares: a) nulidade por cerceamento ao direito de defesa arguida pela Recorrente. Rejeitada por unanimidade; b) exclusão de solidário. Acolhida por maioria e c) nulidade da sentença singular. Rejeitada por unanimidade.

II. ICMS. Obrigação principal. Aproveitamento indevido de crédito outorgado, estornado de ofício, relativo a operações de saídas de mercadorias não incentivadas, não destinadas a comercialização, produção ou industrialização, Procedência do lançamento. Decisão unânime.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de novembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Luiz Honorio dos Santos, Nivaldo Carvelo Carvalho e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. E, por maioria de votos, acolher a preliminar exclusão do solidário [...] Foram vencedores os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Vencido o Conselheiro Luiz Honorio dos Santos. E, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença singular, arguida pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Luiz Honorio dos Santos, Nivaldo Carvelo Carvalho e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Luiz Honorio dos Santos, Nivaldo Carvelo Carvalho e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa.

RELATÓRIO

Em 12.9.2007, a Auditoria de Empresa da Gerência Especial de Auditoria lavrou o presente lançamento, com a seguinte descrição do fato: "Omitiu o pagamento do ICMS na importância de R\$ 1.693.935,59, em razão da escrituração indevida de valores a título de crédito outorgado referente a saída interestadual de mercadorias não alcançadas pelo TARE nº 149/02-GSF, nem pelo benefício fiscal concedido aos estabelecimentos atacadistas, mercadorias essas discriminadas nos Apêndices I e II do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97 (IN Nº 325/1998-GSF) ou não destinadas a comercialização, conforme comprovam demonstrativos e levantamentos em anexo. Em consequência, deverá pagar o ICMS no valor acima mencionado juntamente com os acréscimos legais. Infringidos o art. 64 da Lei nº 11.651/91, c/c art. 11, III, "b", nº 2, do Anexo IX, e art. 82, ambos do Decreto nº

4.852/97, e proposta a penalidade prevista no art. 71, IV, "a", da mesma lei. Juntados:

1. Identificação do Sujeito Passivo Solidário Sr. [...], o qual, nos termos do art. 45, XII, da Lei nº 11.651/91, na condição de Administrador, concorreu para a prática da infração relacionada no Auto de Infração (fls. 4);
2. pedido de apensamento para julgamento conjunto (fls. 5);
3. Ordem de Serviço nº 206/2007 (fls. 6);
4. Espelho cadastral (fls. 7);
5. Contrato social e alteração contratual da sociedade (fls. 8-20);
6. Demonstrativo da Auditoria do Crédito Outorgado, do período autuado (fls. 21);
7. Demonstrativo das Saídas Interestaduais destinadas a comercialização e industrialização (fls. 22);
8. Demonstrativo do Crédito Outorgado Escriturado (fls. 23);
9. cópias de páginas escrituradas do Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 24-40);
10. Relatório das Notas Fiscais de remessas para outros Estados de Produtos sujeitos a substituição tributária, com destino a comercialização, produção e industrialização, excluídos do benefício do Crédito Outorgado (fls. 41-150);
11. Relatório de Notas Fiscais de remessas para outros Estados de Produtos Isentos, com destino a comercialização, produção ou industrialização, excluídos do benefício do Crédito Outorgado (fls. 151-162);
12. Relatório de Notas Fiscais de remessas para outros Estados de Produtos sujeitos a substituição tributária do Apêndice II do Anexo VIII do Decreto 4.852/97, excluídos do benefício do Crédito Outorgado (fls. 163-183);
13. Relatório das Notas Fiscais de remessa para outros Estados de produtos com Tributação Normal com destino a comercialização, produção e industrialização, com crédito outorgado de 3% (fls. 184-288);
14. Relatório de Notas Fiscais de remessa para outros Estados de Medicamentos de Uso Humano, com destino a comercialização, produção e industrialização, conforme Cláusula 3a. do TARE 149/02-GSF, com Crédito Outorgado de 3% (fls. 289-427).

Intimado pessoalmente o Sujeito Passivo (fls. 438), e por via postal o Solidário (fls. 440), para pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação em primeira instância.

Tempestivamente, o Sujeito Passivo interpôs Impugnação à Primeira Instância (fls. 442-484), representado por Advogados constituídos, na qual arguiu:

1. preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, por falta de documentação para defesa, pois ignora quais mercadorias não foram abrangidas pelo TARE e também não sabe quais e como foram apurados tais valores;

2. a origem da base de cálculo não comprovada;

3. a preliminar de nulidade por erro na identificação do solidário;

4. quanto ao mérito, multa confiscatória;

Por final, pediu:

a) seja declarada a nulidade do feito por cerceamento ao direito de defesa;

b) no mérito, seja julgado improcedente o lançamento.

Lavrado Termo de Revelia do Sujeito Passivo Solidário por ter deixado de apresentar a impugnação no prazo assinalado pela intimação (fls. 485).

Despacho de saneamento nos autos solicita comprovação da condição de representante legal do outorgante da procuração aos Advogados (fls. 487), o que se fez pela juntada de alteração contratual (fls. 488-490).

Encaminhados os autos à Primeira Instância, Julgador singular prolatou a Sentença nº 1.220/2008-COJP (fls. 491-494), pela qual apreciou o estado do processo, deu resposta às arguições, não acolheu a exclusão do solidário, e julgou procedente o lançamento.

Intimado da Sentença, para pagar a quantia exigida ou apresentar Recurso Voluntário (fls. 495), o Sujeito Passivo apresentou a peça defensiva a seguir.

Em Recurso Voluntário à Segunda Instância (fls. 500 e ss.), ora em apreciação, o Sujeito Passivo reiterou mesmas razões expendidas na primeira instância, quando arguiu:

1. preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, por falta de documentação para defesa, pois ignora quais mercadorias não foram abrangidas pelo TARE e também não sabe quais e como foram apurados tais valores;

2. a decisão singular carece de fundamentação legal e de motivação;

3. a origem da base de cálculo não foi comprovada;

4. a preliminar de nulidade por erro na identificação do solidário;

5. quanto ao mérito, arguiu a equivocada capitulação da multa no art. 71, IV, "a", e pediu a modificação da autuação, para adequá-la a do art. 71, VIII, "b", da mesma lei;

6. arguiu o caráter confiscatório da multa, se mantida inalterada a multa originariamente proposta;

Por final, pediu:

a) seja declarada a nulidade do feito por cerceamento ao direito de defesa;

b) no mérito, seja julgado improcedente o lançamento, ou, não sendo esse o entendimento, que o julgamento seja convertido em diligência para que agente do Fisco elabore Nota Explicativa especificando quais as mercadorias que não são alcançadas pelo TARE 149/02-GSF; quais não são alcançadas pelos benefícios concedidos aos atacadistas, e ainda, que aponte as alíneas, itens e incisos dos artigos da legislação de regência que possam dar suporte ao item acusatório.

A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 13.11.2008, conforme Resolução nº 262/2008 (fls. 530), anulou o Termo de Perempção do Sujeito Passivo Solidário Sr. [...], de fls. 498, e converteu o julgamento em diligência à Gerência de Preparo Processual - GEPRE, para intimá-lo da sentença.

O Sujeito Passivo Solidário Sr. [...], representado por advogado constituído apresentou Recurso Voluntário (fls. 534 e ss.), no qual arguiu:

1. das razões da não configuração da solidariedade;
2. da ausência de solidariedade em multa formal;
3. da indevida inclusão de terceiro no polo passivo da obrigação tributária;
4. pediu sua exclusão.

Pautado para julgamento em sessão realizada no dia 20/05/2009, conforme Resolução nº 114/2009 (fls. 564), a Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário converteu o julgamento em diligência à Delegacia Especial de Auditoria, para seu titular, por gentileza, designar funcionário fiscal estranho a lide para conhecer das razões de defesa e do pedido de diligência constantes do Recurso Voluntário de fls. 500 a 528, e adotar as seguintes providências:

“1. elaborar nota explicativa sobre os critérios adotados pela Auditoria relativa ao período de 01.09.2006 a 31.12.2006, realizada para homologar os créditos outorgados - para identificar quais são as mercadorias remetidas pelo Sujeito Passivo para outro Estado com destino à comercialização, produção e industrialização, quanto ao seguinte:

a) que autorizaram escriturar o crédito outorgado de 3% (três por cento) sobre a base de cálculo, e a fundamentação legal;

b) as alcançadas pela cláusula terceira do TARE nº 149/02-GSF, que autorizaram escriturar crédito outorgado de até 4% (quatro por cento) sobre a base de cálculo, e a fundamentação legal;

2. no mesmo sentido, identificar as mercadorias não consideradas, portanto excluídas do crédito outorgado de 3% e de 4%;

3. relacionar as notas fiscais não consideradas por não se destinarem à comercialização, produção e industrialização;
4. informar se o lançamento foi feito com base em livros e documentos fiscais apresentados pelo Sujeito Passivo; nesse caso deverá juntar a notificação expedida ao Sujeito Passivo para apresentá-los, bem como o recibo da respectiva devolução, considerando a preliminar alegada de cerceamento ao direito de defesa pela retenção dos livros e documentos, que resultou em prejuízo ao prazo processual para defender-se;
5. prestar outras informações que julgar pertinentes;
6. após, encaminhar os autos ao CAT, à Gerência de Preparo Processual - GEPRO, para intimar as partes passivas do resultado da diligência e sobre ela manifestarem, se o desejar, no prazo de 20 dias, consoante parágrafo único do art. 34, II, "c", da Lei processual nº 16.469/09."

Encaminhados os autos ao revisor, este anexou Relatório de Diligência (fls. 568 e ss.), pelo qual esclareceu cada uma das questões submetidas pela Resolução, e prestou as seguintes informações pertinentes:

1. que o contribuinte creditou-se mensalmente a título de "Outros créditos: crédito outorgado conforme TARE, de 4%", sobre a soma de todos os valores base de cálculo das saídas interestaduais escriturados em seu livro RAICMS, incluindo as operações de devoluções de compras, transferências de uso e consumo, remessas de amostras grátis, remessas em bonificação, e outras saídas, conforme comprovam cópias de seu livro fiscal fls. 36 a 39, cujos dados são transferidos na página a seguir (fls. 578);
2. concluiu que do valor de R\$ 10.485.205,74 do "Crédito Outorgado - TARE - Escriturado", constante dos Demonstrativos da Auditoria do Crédito Outorgado (fls. 21 e 23 dos autos), dele foi estornado o valor de R\$ 1.693.935,59, que corresponde à totalidade do valor do ICMS reclamado nestes autos, mantendo portanto o lançamento originário pelo aproveitamento indevido de crédito de igual valor. Anexou: 1. Demonstrativo por CNPJ de remessas não destinadas à comercialização, e cópias das consultas realizadas (fls. 581-609); 2. Identificação das mercadorias sujeitas à tributação normal - sem substituição tributária (fls. 611-669);
3. Identificação dos Medicamentos de Uso Humano, de que trata o TARE 149/2002 (fls. 620-769);
4. Identificação dos Produtos Sujeitos à Substituição Tributária - Apêndices I e II do Anexo VIII, do RCTE (fls. 770-789);
5. Identificação dos Produtos Isentos do imposto (fls. 790-791);
6. Relação das Notas Fiscais de Saídas não destinadas à comercialização, produção ou industrialização (fls. 792-802);
7. Cópias das Notas Fiscais emitidas pelo Contribuinte - Vias do Fisco - (fls. 803-971);

8. Cópias de Notificação e Protocolo de devolução de livros fiscais (fls. 972-977).

Seguiu-se:

1. a intimação das partes passivas, na pessoa da Advogada constituída, conforme Aviso de Recebimento - AR em 11.08.2009 (fls. 979-980), para tomar conhecimento do resultado da diligência de fls. 569 a 978 assinalando-lhes prazo de 20 dias para manifestar, se o desejar;

2. o encaminhamento dos autos à julgamento, em 03/09/2009 (fls. 981);

3. a juntada, a destempo, de manifestação do Sujeito Passivo Solidário [...] o qual, diante do resultado da diligência "ratificou todas as alegações já trazidas à colação, e diante da informação contida no resultado da diligência, requerer o retorno dos autos à instância inferior com a possibilidade de reabertura do prazo para nova defesa, e ou pagamento com os descontos legais, tendo em vista a alteração do valor do AIIM, pela redução de R\$ 1.693.935,59, informada pelo Fisco."

Processo pautado para julgamento em 18/11/200, pela Segunda Câmara do CAT.

É o relatório.

DECISÃO

Fundamentos de Fato e de Direito

Como razões de decidir, considerei o seguinte:

1. Compulsando a instrução processual, constata-se inequivocamente comprovada a omissão de pagamento do imposto, em decorrência do aproveitamento indevido de crédito outorgado escriturado pelo Sujeito Passivo sobre saídas de mercadorias que não foram destinadas à comercialização, produção ou industrialização, em afronta ao disposto nos arts. 8º, inciso VIII, e 11, incisos III e XXIII, ambos do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, sujeitando-se à penalidade disposta no art. 71, IV, "a", da Lei nº 11.651/91;

2. O Recurso em apreciação reiterou mesmas razões expendidas em primeira instância, pelas quais o Sujeito Passivo alegou desconhecer a fundamentação legal da acusação fiscal, ou seja, das operações não incentivadas, e solicitou conversão do julgamento em diligência para que fossem juntadas Notas Explicativas sobre os procedimentos fiscais; o que foi efetivado e dado a conhecer às partes passivas para manifestar, sem que tenham contraditado o trabalho revisional; devendo o lançamento prevalecer;

3. Em preliminares, nesta fase, as partes passivas arguíram as questões seguintes, assim solucionadas:

a) nulidade do feito por cerceamento do direito de defesa, pela não devolução da documentação para defesa, por ignorar quais mercadorias não foram abrangidas pelo benefício fiscal, e ignorar como foram apurados os valores da base de cálculo e do imposto reclamado - arguição que não foi acolhida, por unanimidade de votos,

por ser contrária à prova dos autos, consoante constou das Nota Explicativas do relatório revisional, não contraditado;

b) da nulidade da sentença singular por carecer de fundamentação legal e de motivação - rejeitada por unanimidade de votos;

c) da multa de caráter confiscatório, caso não seja adequada para a da disposta no art. 71, VII, "b", do CTE - também não acolhida a arguição, por unanimidade de votos;

d) da exclusão da lide do Sujeito Passivo Solidário Sr. [...], identificado nos autos na condição de sócio administrador, conforme previsão do art. 45, XII, do CTE, alegando erro na sua identificação conforme doutrina e julgados que apresentou - acolhida a exclusão do Solidário por maioria de votos, da qual fui voto vencido, mantendo-o na lide.

Conclusão

Diante do exposto, quanto ao mérito, também por votação unânime, conheceu do Recurso do Sujeito Passivo, negou-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 26 de janeiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito outorgado aproveitado a maior-saídas interestaduais de medicamentos (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00502/10

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - SOLIDARIEDADE. Preliminar de exclusão do responsável solidário. Não acatada. Decisão por maioria.

1 - São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente: com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, CTE).

II - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento do imposto. Aproveitamento indevido de crédito outorgado. Não atendimento de condição estabelecida na legislação e pactuada em Termo de Acordo de Regime Especial - TARE. Procedência. Decisão não unânime

1. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário. (artigo 86, do RCTE).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 24 de setembro de 2009, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide, arguida oralmente pelo representante do sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca, José Manoel Caixeta Haun, José Luiz Rosa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa e Nivaldo Carvelo Carvalho. Quanto ao mérito, também, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva, Jorge

Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca, José Manoel Caixeta Haun, José Luiz Rosa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa e Nivaldo Carvelo Carvalho que votaram pela manutenção da decisão cameral que considerou improcedente o lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação versa sobre o fato de que o contribuinte deixou de pagar o ICMS nas importâncias e períodos discriminados na sua peça exordial, em razão do aproveitamento indevido do percentual de 1% (um por cento), relativo a diferença entre o percentual utilizado de 4% (quatro por cento), em vez de 3% (três por cento), a título de crédito outorgado sobre as saídas interestaduais de medicamentos de uso humano destinados à comercialização ou industrialização, pois não atendeu a condição necessária ao aproveitamento daquele percentual, ao não apresentar o crescimento efetivo no valor da arrecadação mensal do ICMS devido por obrigação própria, estabelecido na legislação tributária e fixado pelo Termo de Acordo de Regime Especial - TARE 1.142/03 - GSF, celebrado com a SEFAZ, cópia anexa.

Indicou como infringido o artigo 64, da Lei n.º 11.651/91 - CTE, c/c o artigo 11, inciso XXIII, alínea "c", item "3", do Anexo IX, e o artigo 86, do Decreto n.º 4.852/97 – RCTE, propondo-se a penalidade prevista no artigo 71, inciso IV, alínea "a", do CTE, com redação da Lei n.º 14.634/03..

Por conseguinte, deverá pagar o imposto juntamente com os acréscimos legais, conforme auditoria básica do ICMS anexada aos autos.

Ao trabalho fazendário foram anexados: cópia do espelho cadastral da empresa, fls. 05; Identificação do sujeito passivo solidário, fls. 06; cópia do Contrato Social, fls. 07/11; cópia do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE n.º 1.142/03 – GSF, fls. 20/24; cópias dos demonstrativos da auditoria realizada, fls. 12/19; e, cópias das páginas do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 25/63.

Qualificou como responsável solidário o senhor [...], que, intimado, não compareceu ao processo, propiciando a lavratura do Termo de Revelia de fls. 104.

O sujeito passivo direto interpôs impugnação junto à Primeira Instância, defensorio de fls. 68/75, instaurando a fase contenciosa do Processo Administrativo Tributário. Juntou diversos documentos.

A tese de defesa apresentada foi estudada pelo julgador singular, que, entretanto, negou-lhe provimento e sentenciou pela procedência da pretensão inicial do Fisco.

De forma esclarecedora, destacou, na Sentença de fls. 106/109:

"Assim, provado que o sujeito passivo ao utilizar espontaneamente os benefícios fiscais concedidos pelo Estado não cumpriu com todos os seus requisitos, uma vez que não atingiu as metas pactuadas conforme pode ser observado acima, ficando autorizado naqueles meses ao percentual de 3% de crédito outorgado e não de 4%, o que ocasionou a atuação pelo estorno de 1% indevidamente utilizado e que redundou em falta de pagamento do imposto devido.

[...]

Então como não houve o cumprimento das metas conforme detalhado em demonstrativo de folhas retro essenciais para usufruir seu benefício fiscal, entendo que, com relação aos meses descritos no auto de infração, o sujeito passivo perdeu efetivamente o direito ao crédito outorgado no montante de 1% (4% que foi utilizado menos 3% que era o devido).

Posto isso, concluo que está perfeitamente caracterizada a infração tributária pelo claro descumprimento de uma obrigação tributária, baseada numa lei em abstrato e num fato gerador concreto, fazendo gerar o crédito tributário reclamado pelo lançamento tributário às fls. 03."

Havendo transcorrido o prazo no qual foi assegurado amplo direito de defesa ao sujeito passivo solidário, sem que este se manifestasse, ficou declarado perempto seu direito de apresentar peça defensiva, fls.114.

No Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo direto, em razão do inconformismo com a decisão monocrática, fls. 116/122, o mesmo apresenta basicamente os mesmos argumentos suscitados naquela fase defensiva. Após destacar os dispositivos legais atinentes à matéria, inclusive o TARE 1.142/03 – GSF, alega que a norma não esclarece em qual momento o percentual excedido deve ser estornado, na hipótese do não cumprimento das condições exigidas para o usufruto do benefício fiscal do crédito outorgado de 4% (quatro por cento).

Alega, outrossim, que celebrou com a SEFAZ o TARE n.º 240/02 – GSF, com termo final de vigência para o dia 31 de dezembro de 2.003. Porém, o artigo 1.º, da Portaria 1.245, de 23 de setembro de 2.003, modificou a vigência do referido termo para prazo indeterminado. Assim, entende, que o TARE 240/02 – GSF, bem como o TARE 1.142/03 – GSF, continuam em plena vigência, sendo certo que ambos se complementam, tendo o último revogado tacitamente o primeiro apenas no que com ele diverge, de acordo com as regras atinentes ao conflito de normas.

Assim, diz: *"No caso, Ilustríssimos, a cláusula quinta do Termo de Acordo de Regime Especial 240/02 – GSF complementa e esclarece a cláusula quarta do Termo de Acordo de Regime Especial 1.142/03 – GSF, de modo que o percentual do crédito outorgado aproveitado indevidamente deve ser estornado no termo final deste último termo de acordo, que, ainda, não ocorreu. Logo, aquela importância não é exigível."*

Questiona a multa aplicada.

Pugna, ao final, pela reforma da decisão singular, e, conseqüentemente, pela improcedência do lançamento.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Superintendência de Administração Tributária - SAT, para pronunciar acerca da alegada vigência da cláusula quinta do TARE 240/02 - GSF, e da sua aplicabilidade sobre os dispositivos do TARE 1142/03 - GSF.

Em seu parecer n.º 091/08-GPT, fls. 133/135, a Superintendência esclarece que:

"... a cláusula quinta do TARE n.º 240/02-GSF teve vigência até o dia 30/12/2003; a partir do dia 31/12/2003 o TARE n.º 1142/03-GSF revoga tacitamente o TARE n.º 240/02-GSF e passa a regular integralmente a implementação do benefício".

Inconformado, o autuado manifesta-se acerca da Revisão - Resolução n.º 430/2007 - Segunda Câmara, fls. 139/151, alegando que o Parecer atacado não supre o vício omissivo da decisão singular, razão pela qual a decisão de primeiro grau é nula de pleno direito, devendo ser anulada pelos senhores julgadores. Reitera o pedido de integral provimento do Recurso Voluntário face ao que já foi argumentado.

A Quarta Câmara Julgadora decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. A decisão cameral encontra-se consubstanciada no Acórdão n.º 3252/2008, de fls. 156/160.

A Gerência da Representação Fazendária ingressa com Recurso para o Conselho Pleno, documento de fls. 162/163, no qual argumenta que o sujeito passivo não cumpriu a meta estipulada no Termo de Acordo de Regime Especial -TARE n.º 1.142/2003-GSF, que condiciona o crédito outorgado de 4%, ao crescimento no valor da arrecadação de 50%, do ICMS médio entre os meses de dezembro/02 e dezembro/03, razão pela qual o lançamento encontra-se corretamente elaborado. Requer, portanto, a reforma da decisão cameral, e, por conseqüência, a procedência da pretensão fiscal.

Na contradita às razões da Fazenda Pública, o sujeito passivo argumenta que ambos os TARE's 240/02-GSF e 1.142/03-GSF, continuam em vigência e que o último revogou o primeiro apenas no que com ele diverge; que o estorno do crédito não encontra guarida em nenhuma norma, pois a cláusula quinta do primeiro determina que não sendo atingida a meta estabelecida por parte da recorrida, esta deveria providenciar o estorno do crédito outorgado no final do período de vigência do ato; que o segundo TARE não regula sobre estorno de crédito outorgado, pois não fez de forma expressa; que não aponta em que momento o crédito outorgado deveria ser estornado; que não houve comunicação

escrita por parte da Sefaz-GO para alterar cláusulas dos TARE's; que em virtude do não cumprimento da metas, deveria ter apropriado 3% de crédito, mas apropriou 4%; que a diferença no cômputo geral é de R\$ 7.254,09 e, após preleção sobre os recolhimentos efetuados ano a ano, invoca o princípio da razoabilidade para requerer a manutenção da decisão cameral que julgou improcedente o auto de infração.

Posteriormente, faz-se a juntada do Memorial de fls. 178/181, conjuntamente com os documentos de fls. 182/235, no qual a recorrente busca demonstrar que o não cumprimento das metas estipuladas na legislação bem como no TARE, e que causou o estorno do benefício fiscal, ocorreu em razão de pequena diferença, o que, no seu entender, não deve ser considerado relevante para a exclusão do benefício.

Este é o relatório.

DECISÃO

Em proêmio, mister analisar a preliminar de exclusão do responsável solidário, arguida, oralmente, pelo representante do sujeito passivo.

DA RESPONSABILIDADE DE SÓCIO ADMINISTRADOR

Quanto ao pedido de exclusão da lide do solidário [...], não acolho, visto que, na condição de administrador, participou diretamente da situação de que decorreu a omissão objeto da ação fiscal, conduta que se subsume ao artigo 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, a seguir transcrito:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII – com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis

[...] “ (grifos oportunos).

Observe, como fundamento do meu posicionamento, que o artigo 45, XII, acima transcrito, possui ligação com o artigo 124, do Código Tributário Nacional, e não com o artigo 135, ou mesmo com o artigo 134, também do CTN. Destaque-se que o artigo 124 e os artigos 134 e 135, referem-se a institutos diferentes, e estão contidos em capítulos distintos do Título II do Livro Primeiro do citado Código, veja-se:

“CAPÍTULO IV

Sujeito Passivo

[...]

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal:

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

[...]

CAPÍTULO V

Responsabilidade Tributária

[...]

SEÇÃO III

Responsabilidade de Terceiros

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. [...]” [Grifo Oportuno]

Como se percebe, a redação do *caput* do artigo 45 da Lei nº 11.651/91, pela expressão “*pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”, estabelece uma relação essencial entre esse dispositivo e o inciso I do artigo 124 do CTN.

Embora o inciso XII do referido artigo 45 tome de empréstimo as expressões “*atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis*” e “*os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica*”, presentes, respectivamente, no *caput* do art. 134 e no inciso III do art. 135, todos do CTN,

isso não significa que o art. 45, XII, cuide de um caso de responsabilidade, pois os incisos do art. 45 da Lei n° 11.651/91 constituem uma lista exemplificativa de hipóteses específicas de solidariedade tributária.

Com as razões acima delineadas, entendo que não há como excluir da lide o responsável solidário identificado.

QUESTÃO MERITÓRIA

Adentrando ao exame do mérito do processo, observo, em preâmbulo, que a descrição do fato contido na peça inicial, reporta-se à cobrança de ICMS, cuja omissão de pagamento ocorreu em razão do aproveitamento indevido de crédito outorgado, no percentual excedente de 1% (um por cento), nas saídas interestaduais de medicamentos de uso humano destinados à comercialização ou industrialização, em razão do não cumprimento, pelo sujeito passivo, da condição vinculada ao crescimento efetivo, mensal, do valor da arrecadação do ICMS devido por obrigação própria.

O sujeito passivo pactuou, com a Secretaria da Fazenda, por intermédio do TARE n.º 1.142/03 – GSF, o direito de usufruir de dois benefícios. Um, genérico, descrito na cláusula terceira concedendo-lhe o crédito outorgado de 3% (três por cento) sobre o valor da operação de saída interestadual de mercadoria com destino à comercialização, produção e industrialização. Outro, específico, definido na cláusula quarta do referido TARE, estabelecendo o direito de apropriar-se do crédito outorgado de 4% (quatro por cento), nas mesmas operações, no entanto, relacionado com medicamentos de uso humano. Esse último benefício, entretanto, foi condicionado a um efetivo crescimento no valor da arrecadação mensal do ICMS devido por obrigação própria.

Mister transcrever as cláusulas em apreço.

“Cláusula terceira. Com fulcro no que dispõe o art. 11, inciso III, do Anexo IX, do Decreto n.º 4.852/97, fica a ACORDANTE autorizada a escriturar como crédito fiscal a importância equivalente ao percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da operação de saída interestadual de mercadoria com destino a comercialização, produção e industrialização, observado os termos deste regime especial.

§ 1.º Para fruição do benefício a ACORDANTE deve:

[...]

III – perfazer o montante de arrecadação do ICMS normal ao Estado de Goiás, e efetivamente pago, dos fatos geradores ocorridos no período de vigência deste Termo de Acordo, na importância não inferior a R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais) mensais;

[...]

Cláusula quarta. A aplicação do benefício fiscal de que trata o caput da cláusula terceira deste Termo de Acordo, quando se tratar de operação de saída interestadual com medicamento de uso humano destinado a comercialização,

produção e industrialização, poderá ser equivalente ao percentual de 4% (quatro por cento) sobre o valor da correspondente base de cálculo, desde que, no mês de sua utilização, a ACORDANTE apresente crescimento efetivo no valor da arrecadação mensal do ICMS devido por obrigação própria de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) em relação à média aritmética aferida no período correspondente aos meses de dezembro de 2002 a dezembro de 2003 (art. 11, inciso XXIII, alínea “c”, item 1, do Anexo IX, do Dec. 4.852/97).

Parágrafo único. Caso a ACORDANTE não cumpra a meta de arrecadação constante do caput desta cláusula, poderá utilizar-se do benefício fiscal de que trata o caput da cláusula terceira, observado o limite mínimo de arrecadação estabelecido no inciso III, do § 1.º, da referida cláusula.

[...]”

Do estudo da auditoria denominada “*Análise do Valor do Crédito Outorgado Aproveitado – Anexo da Auditoria Básica do ICMS*”, de fls. 12, extrai-se que a autoridade autuante elaborou seu trabalho com supedâneo nas cláusulas retro transcritas, pois partindo da meta de arrecadação (cláusula terceira, § 1.º, inciso III, do TARE 1.142/03-GSF, bem como da meta de crescimento da arrecadação mensal de 2004 (cláusula quarta do TARE 1.142/03-GSF), especificou, mês a mês, no exercício de 2.004, os períodos em que o sujeito passivo adimpliu as condições para usufruir do benefício fiscal do crédito outorgado.

Assim, após definir que o montante mínimo - da meta de crescimento da arrecadação, era de R\$ 50.865,00 (cinquenta mil, oitocentos e sessenta e cinco reais), comparou os valores apresentados pelo sujeito passivo, e concluiu que nos meses do exercício de 2004, a arrecadação do ICMS devido por obrigação própria não atingiu referido patamar. Vê-se que nos referidos meses o ICMS apurado foi, respectivamente: janeiro R\$ 45.774,43 – fevereiro R\$ 47.540,40 – março R\$ 47.948,69 – abril R\$ 48.040,41 – maio R\$ 48.091,85 – junho R\$ 47.712,21 – julho R\$ 48.181,07 – agosto R\$ 48.541,79 – setembro R\$ 45.195,21 – outubro R\$ 32.596,33 – novembro R\$ 32.593,84 – e, dezembro R\$ 31.114,78 - portanto, inferiores ao mínimo estabelecido.

Após definir o quadro retro detalhado, a autoridade autuante entendeu, portanto, que o sujeito passivo não adimpliu a condição estabelecida para usufruir do benefício do crédito outorgado de 4% (quatro por cento), restando-lhe, em razão do cumprimento da meta mínima de arrecadação o direito ao crédito outorgado de 3% (três por cento), estornando, de ofício, a diferença de 1% (um por cento), o que ensejou a lavratura do auto de infração.

Vê-se, portanto, que as diferenças verificadas em cada um dos meses cujo excedente de 1% (um por cento) do crédito outorgado foi estornado, demonstram que o sujeito passivo não adimpliu a condição para usufruir do benefício do crédito outorgado de 4% (quatro por cento).

Necessário destacar, outrossim, que o TARE em questão respaldou-se no diretivo contido no artigo 11, inciso XXIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, “*in verbis*”:

“Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

XXIII – para o comerciante atacadista de medicamento, equivalente à aplicação de 4% (quatro por cento) sobre o valor da correspondente base de cálculo na saída interestadual com medicamento de uso humano destinado a comercialização, produção ou industrialização, mantido o sistema normal de compensação do imposto, observado o seguinte (Lei n.º 13.194/97, art. 2º, II, “j”):

a) o benefício somente se aplica ao contribuinte que:

[...]

b) o contribuinte deve celebrar termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda de Goiás, para tal fim, no qual:

1. deve ser consignado o prazo de fruição do benefício;

2. podem ser estabelecidas outras condições a serem atendidas pelo contribuinte;

c) para fazer jus ao benefício o contribuinte deve, ainda, apresentar crescimento efetivo no valor da arrecadação mensal do ICMS devido por obrigação própria do estabelecimento remetente de, no mínimo:

1. 50% (cinquenta por cento), em relação à média aritmética aferida em período correspondente ao da fruição, de exercício anterior à celebração do regime especial, caso tenha iniciado suas atividades anteriormente àquele período;

[...]

3. a meta mensal fixada pela Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, nos demais casos”

A atuada, em sua contradita e nas manifestações anteriores, entre outras razões, alega que, tendo firmado com a Secretaria da Fazenda, anteriormente, o TARE n.º 240/02- GSF, com vigência até o dia 31 de dezembro de 2.003, cujo termo final foi alterado pela Portaria n.º 1.245/03, para prazo indeterminado, o TARE 1.142/03 – GSF, assinado posteriormente, revogou, tacitamente, em relação ao primeiro TARE, apenas as cláusulas que com ele diverge, não tendo revogado, por conseguinte, a cláusula vinculada ao momento do estorno de créditos, na hipótese do não cumprimento da condição, consoante estabelecia o primeiro TARE.

Diz que a cláusula quinta do TARE n.º 240/02 – GSF, definia que “*não atingida a meta estabelecida por parte da Recorrida, esta deveria providenciar o estorno do crédito outorgado e apropriado, o que deveria se dar no final do período de vigência deste ato, ou seja, do TARE*”. Complementa: “*vigência esta que por*

força do artigo 1.º, da Portaria n.º 1.245, de 23 de setembro de 2003, se daria por PRAZO INDETERMINADO”.

Assim, entende que eventual estorno do crédito apropriado indevidamente, em razão do não cumprimento da meta de crescimento da arrecadação, somente poderia ocorrer no momento especificado pela Portaria em relevo, ou seja, em tempo indeterminado. Não poderia o fisco lavrar o auto de infração.

Essa questão foi solucionada com o Parecer n.º 091/08-GPT, documento de fls. 133/135, que, após demonstrar, cronologicamente, a concessão dos TARE'S em relevo, destacou:

“Conforme observamos, os três tare's são semelhantes, diferindo apenas nos valores da meta de recolhimento de ICMS para fruição do benefício, sendo que o último concede também o benefício de 4% para medicamento de uso humano.

Outra constatação é que o primeiro tare foi revogado por término de vigência o segundo foi revogado tacitamente pelo terceiro. Isso aconteceu porque naquela época os tares era concedidos por prazo determinado, definindo-se metas por período. A partir do terceiro tare, as metas foram definidas em termos mensais e sem estorno de crédito, não necessitando de novos tares e, conseqüentemente, o prazo passou a ser indeterminado.

Portanto, a cláusula quinta do TARE n.º 240/02-GSF, assim como todas as demais, foi tacitamente revogada pelo TARE n.º 1.142/03-GSF.

Sobre a argumentação de que ‘a cláusula quinta do Termo de Acordo de Regime Especial 240/02-GSF complementa e esclarece a cláusula quarta do Termo de Acordo de Regime Especial 1.142/03-GSF, de modo que o percentual do crédito outorgado aproveitado indevidamente deve ser estornado no termo final deste último termo de acordo, que, ainda, não ocorreu. Logo, aquela importância não é exigível’, entendemos que a revogação tácita do TARE n.º 240/02-GSF elimina qualquer possibilidade de vinculação entre essas cláusulas. Além disso, se fosse aceita a última argumentação, nunca haveria acerto (estorno), tendo em que vista que o prazo é indeterminado.”

Analisando, pois, todo o contido nos autos, concluo pelo acolhimento das razões ofertadas pela Representação Fazendária, pois, verificando o trabalho realizado, observo que a autoridade atuante procedeu aos cálculos corretamente, mencionando e historiando os dispositivos legais que norteiam a matéria, inclusive detalhando todo o procedimento adotado conforme se verifica no documento de fls. 12. E, os argumentos tecidos pelo sujeito passivo não se apresentam incontroversos para invalidar o trabalho realizado, e, por consequência dar suporte à declaração de improcedência do lançamento.

Respaldo-me, por derradeiro, ao proferir o voto deste processo no estatuído pelo artigo 86, do Decreto 4.852/97 – RCTE, abaixo transcrito:

“Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário.”

Em face do exposto, em consenso majoritário com os demais Conselheiros, voto, para rejeitar a preliminar de exclusão da lide do solidário [...], arguida pelo representante do sujeito passivo. Quanto ao mérito, em respeito ao preconizado pela legislação tributária estadual, de forma majoritária com meus pares, voto, para conhecer do Recurso da Fazenda Pública ao Conselho Pleno, dar-lhe provimento, para reformar a decisão cameral, e, por consequência, considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 09 de março de 2010.

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito outorgado aproveitado indevidamente (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00497/10

Relator: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: ICMS. Omissão de pagamento do ICMS. Escrituração indevida de crédito outorgado. Improcedência. Decisão unânime.

Não prospera a exigência tributária quando o sujeito passivo ilidir a respectiva acusação fiscal.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de novembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Neste processo, a acusação fiscal é de que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS no valor de R\$ 13.953.534,72 (treze milhões, novecentos e cinquenta e três mil, quinhentos e trinta e quatro reais e setenta e dois centavos), no exercício de 2008, em razão da escrituração indevida de valores a título de crédito outorgado, pois descumpriu a cláusula vigésima do TARE 092/07-GSF, onde foi estabelecido que o contribuinte deve entregar os arquivos magnéticos com registro fiscal de todas as informações contidas nos documentos fiscais emitidos e recebidos, nos termos do Anexo X do RCTE, ficando, dessa forma, impedido de usufruir os benefícios fiscais concedidos aos estabelecimentos frigoríficos ou abatedores.

No campo próprio do documento de lançamento do crédito tributário consta que o contribuinte foi notificado, em 19.12.08, a apresentar os arquivos magnéticos corrigidos, mas não o fez.

A autoridade lançadora considerou que o procedimento do contribuinte revelou-se contrário às disposições dos art. 64 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei n 11.651/91); art. 86 da parte geral do RCTE e cláusula vigésima do TARE 092/07-GSF. Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, IV, “a”, do CTE.

Ao auto de infração, lavrado em 18.02.09, foram juntados: a relação dos valores apropriados a título de crédito outorgado; demonstrativo da repercussão do aproveitamento indevido de crédito em função da existência de saldo credor; Notificação fiscal acompanhada do AR de encaminhamento; cópia do TARE 092/07-GSF; relatório comparativo de valores informados na DPI e no Tipo 54, 60R,

61R, do arquivo magnético; relação de notas fiscais informadas no tipo 50 e omissas no tipo 54; e o comprovante de regularidade de entrega de arquivo magnético (fls. 6 a 256).

Informa, ainda, o atuante em seu relatório de fls. 06, que o TARE 092/07-GSF autoriza a utilização dos créditos outorgados de 9%, 4% e 3%, regulamentados, respectivamente, nos artigos 11, V; 8º, XLI, e 11, XXI, do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97).

Nas suas razões de impugnação, o sujeito passivo pede a nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, sob a alegação de que o ato tido como infracional está caracterizado pelo descumprimento de obrigação acessória – omissão de entrega do arquivo magnético com registros Tipo 54 - e não pela ausência de recolhimento do tributo devido.

No mérito, faz questionamentos sobre a importância das informações do Tipo 54 (Classificação Fiscal), já que informa todas as operações que realiza ao entregar, atempadamente, os demais arquivos que lhe são exigidos pela norma legal, e conclui que, pelas características de dados do arquivo 54, não se vislumbra omissão de pagamento do ICMS no valor indicado no auto de infração. Pede a improcedência do auto de infração.

Sentença Singular, de fls.340/344, após refutar a preliminar arguida, julga procedente o auto de infração.

Inconformado, com a decisão singular, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, mantendo as mesmas razões e argumentos expendidos na fase singular, reitera a preliminar de nulidade “ab initio” do processo por insegurança na determinação da infração e, no mérito, pede a reforma da decisão singular, para julgar improcedente o auto de infração. De novo nesta fase do processo, informa que “a recorrente em 30 de abril de 2009, requereu a extinção do crédito tributário nos termos da Lei nº 16.150/07 (Lei das Condicionantes), apresentando os documentos de informação é apuração do imposto, contendo o arquivo 54 (processo nº 200900004011058)”

Conforme Termo de Juntada de fls. 355, foram acostados os documentos de fls. 356 a 362.

Este é o relatório, que passo a decidir.

DECISÃO

A preliminar foi retirada pelo representante legal da atuada durante a sua defesa oral.

Inicialmente cabe ressaltar que os benefícios fiscais cuja utilização está sendo questionada, pela inobservância de obrigação acessória a eles vinculada, são os previstos no art. 11, V e XXI, e art. 8º, XLI do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE. Para melhores esclarecimentos, cabe destacar

que os referidos dispositivos legais dispõem sobre crédito outorgado e sobre redução da base de cálculo do ICMS para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, conforme pode ser conferido pela transcrição que segue:

Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

V - para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, na saída para comercialização ou industrialização, de carne fresca, resfriada, congelada, salgada, temperada ou salmourada e miúdo comestível resultantes do abate ou da industrialização, em seu próprio estabelecimento de asinino, bovino, bufalino, equino, mular, ovino, caprino, leporídeo e ranídeo adquiridos em operação interna com a redução de base de cálculo de que tratam os incisos XI e XIV do art. 8º deste anexo, o equivalente à aplicação de 9% (nove por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 1º, I, "c", 1):

a) o estabelecimento frigorífico ou abatedor para apropriar-se do crédito outorgado deve:

1. ser credenciado pelo órgão sanitário competente e pelo Instituto Goiano de Defesa Agropecuária - IGAP -;

2. ser signatário de termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

[...]”

“XXI - para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, o valor equivalente à aplicação do percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da exportação que realizar com produto comestível resultante do abate ou desossa, realizados em seu próprio estabelecimento, de bovino, bufalino ou carne com osso, adquiridos em operação interna com os benefícios da redução da base de cálculo prevista no inciso XIV do art. 8º ou do crédito outorgado previsto no inciso V do art. 11, ambos deste anexo, ainda que submetido a outros processos industriais, observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 1º, I, “d”):

a) o benefício somente aplica-se ao contribuinte que:

1. estiver adimplente com o ICMS relativo à obrigação tributária vencida a partir de 1º de dezembro de 2000, exceto aquela com exigibilidade suspensa, correspondente a período de apuração anterior à operação de exportação, tanto em relação à obrigação própria quanto àquela em que for responsável ou substituto tributário;

2. for credenciado pelo órgão sanitário competente e pela Agência Goiana de Desenvolvimento Rural e Fundiário;

3. for habilitado pelo órgão competente a promover exportação com produto comestível resultante do abate de bovino ou bufalino, ainda que submetido a outros processos industriais;

4. celebrar termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

[...]"

Art. 8º A base de cálculo do ICMS é reduzida:

[...]

XLI - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do percentual equivalente a 7% (sete por cento) na saída interestadual de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de ave, leporídeo e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino ou suíno, observado o seguinte (Convênio [ICMS 89/05](#), cláusula primeira):

a) fica mantido o crédito relativo à entrada do animal para abate;

b) o benefício previsto neste artigo aplica-se cumulativamente com o crédito outorgado previsto no referido inciso V do art. 11, do Anexo IX, do RCTE, hipótese em que o percentual de 9% (nove por cento) previsto naquele inciso deve ser reduzido para 4% (quatro por cento) sobre o valor da operação."

a) fica mantido o crédito relativo à entrada do animal para abate;

b) o benefício previsto neste inciso aplica-se cumulativamente com os créditos outorgados previstos nos incisos V e VI do art. 11, hipótese em que o percentual de 9% (nove por cento) previsto naqueles incisos deve ser reduzido para 4% (quatro por cento) sobre o valor da operação;

c) o contribuinte deve ser signatário de termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

d) o Secretário da Fazenda pode expedir ato que estabeleça o controle sobre a operação interestadual, com vistas a garantir o efetivo cumprimento das exigências para se fazer jus ao benefício fiscal.

Em decorrência da própria exigência legal, para utilizar os benefícios fiscais mencionados a recorrente firmou com a Secretaria da Fazenda o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE n 092/07 – GSF, que lhe autoriza a utilizar os seguintes benefícios:

1 -redução de base de calculo na aquisição de gado bovino e bufalino de produtos goianos, de forma que a carga tributaria resulte 3%.

2- credito outorgado de 9% na saída de carne e miúdo comestível resultante do abate;

3- redução na base de calculo na saída interestadual de carne e demais produtos resultante do abate de forma que a carga tributaria resulte em 7%;

4-credito outorgado de 3% sobre o valor da exportação de produtos comestíveis resultantes do abate ou desossa. Dispõe também sobre a formação de lotes com o fim de exportação.

A Cláusula vigésima, do referido TARE, consta o seguinte:

*“Cláusula vigésima. A ACORDANTE deve ser usuária de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados e **remeter mensalmente**, à Gerência de Informações Econômico Fiscal – GIEF, da Superintendência de Gestão da Ação Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, (...) por transmissão eletrônica de dados, **arquivo magnético com registro fiscal de todas as informações contidas nos documentos fiscais emitidos e recebidos** pela ACORDANTE, de conformidade com o Manual de Orientação para Armazenamento de Registro em Meio Magnético disciplinado no Título II do Anexo X do RCTE. “ (o destaque não faz parte do original).*

Havendo condição para utilização de benefício fiscal decorrente de lei estadual, apenas sob o implemento da condição estabelecida é que o benefício pode ser utilizado. Isso é o que estabelece o art. 86 do RCTE:

“Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário”.

Acima, estão expostas as condições estabelecidas tanto na legislação como no Termo de Acordo para a utilização dos benefícios fiscais que estão sendo estornados na peça exordial.

Duas razões que serão expostas a seguir, me conduzem ao entendimento de que o auto de infração deve ser julgado improcedente.

A primeira das razões, refere-se ao Despacho nº 3.829/09-SAT, de fls. 361, que defere a extinção parcial do lançamento exordial, onde consta o seguinte comando:

“Assim, realizadas as verificações e constatado o atendimento das exigências estabelecidas na Lei nº 16.150/07 para parte do valor do crédito tributário, concluímos pelo DEFERIMENTO da extinção parcial limitada ao valor original de R\$5.671.353,51 (...) do crédito tributário referente ao período de fevereiro a julho de 2008, constituído por intermédio do auto de infração nº 4010900670303, nos termos do art. 2º, Inciso IV e do art. 4º, Inciso II da referida Lei, remanescendo R\$8.282.181,21 (...), do valor original, referente aos meses de agosto a dezembro de 2008 (período não contemplado no caput do art. 2º da Lei nº 16.150/07)”.

A segunda e última razão para improceder o lançamento exordial, está contida no comando do Inciso III do art. 2º do Decreto nº 6.769, de 30/07/09, com vigência a partir de 01/08/2009, que revogou todos os dispositivos do Anexo IX do RCTE que condicionavam a utilização de benefícios fiscais à apresentação de arquivos magnéticos. Esta modificação revogou a exigência de entrega de arquivo magnético contida na Cláusula Vigésima do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE n 092/07 – GSF, por força do disposto na Cláusula Décima Oitava que incorpora automaticamente as modificações da legislação tributária, estando assim redigido:

"A concessão deste regime especial não exclui a obrigatoriedade da ACORDANTE de cumprir as demais obrigações, de natureza principal e acessória, previstas na legislação em vigor, devendo ainda ser observadas pela ACORDANTE, as modificações na legislação tributária que ocorrerem posteriormente à assinatura deste regime especial, no que lhe couber, passando a fazer parte integrante deste, independentemente de qualquer aviso ou notificação por parte da SECRETARIA." (grifo nosso)"

Nessas condições, pelo que constam dos autos, não deve prevalecer o lançamento exordial.

Assim sendo, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 09 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito relativo a serviço de transporte contratado com cláusula - CIF (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01739/10

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: Preliminar de decadência do direito do fisco constituir o crédito tributário, arguida pela Recorrente. Rejeição. Decisão não Unânime. ICMS. Obrigação principal. Aproveitamento indevido de crédito. Serviço de transporte vinculado a operação não tributada. Entrada Interestadual de gasolina e óleo diesel. Cláusula CIF. Procedência, Decisão Unânime.

I - Somente em seu art. 173, o CTN estabelece prazo para a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir, por meio de lançamento de ofício, o crédito tributário;

II - O prazo do § 4º do art. 150 do CTN destina-se ao lançamento por homologação expressa previsto no § 1º do mesmo artigo, ao fim do qual, em face do silêncio do Fisco e por força de lei, ocorre o lançamento por homologação tácita e a concomitante extinção do crédito tributário, não sendo cabível a aplicação desse prazo, por substituição, ao lançamento de ofício;

III - Constituído o crédito tributário, por lançamento de ofício, antes de decorridos cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em decadência;

IV - Não é dado ao CAT interpretar a CF com o fim de concluir pela inconstitucionalidade ou não de norma tributária estadual, visto que a própria CF reserva ao Poder Judiciário, controlar, concentrada ou difusamente, incidentalmente ou não, a constitucionalidade das normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro;

V - O creditamento do imposto cobrado em serviço de transporte contratado com cláusula CIF, apenas é permitido, e ao remetente, quando tal serviço esteja vinculado a operação tributada pelo ICMS (art. 46, II, "a" :do Decreto nº 4852/97).

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19 de maio de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência. Foram vencedores os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes e Aldeci de Souza Flor. Vencido o Conselheiro Paulo Diniz. Quanto ao mérito, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Aldeci de Souza Flor e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

Em 10 de dezembro de 2007, o Fisco exige o ICMS, multa e demais acréscimos da autuada, na condição de contribuinte, em razão dela ter, nos meses de janeiro de 2002, aproveitado indevidamente, a título de crédito, valores relativos a serviço de transporte ferroviário, iniciado no Estado de Minas Gerias e vinculado a entrada interestadual de gasolina e óleo diesel, operadao amparada por não incidencia do imposto.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica nota explicativa onde as autoridades lançadoras detalham a situação objeto do lançamento de ofício, demonstrativo onde constam os dados básicos das notas fiscais alcançadas pelo procedimento fiscal, bem como cópias desses documentos e, ainada, cópias de páginas do livro Registro de Entrada referentes ao estabelecimento e período fiscalizado.

Discordando da decisão singular, que considerou procedente o auto de infração (fl. 69), a autuada apresenta recurso voluntário onde, após afirmar que o crédito tributário foi devidamente aproveitado em razão do frete ser com cláusula CIF, pede, em preliminar (fl. 77), a declaração de decadência do direito do fiscal constituir o crédito tributário, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário nacional (CTN).

Quanto ao mérito proiamente dito, a autuada alega que o art. 155, § 2º, II, “b” da Constituição Federal não prevê a anulação do crédito de prestações anteriores, fazendo apenas para as operações anteriores e, em razão disso, não pode o fisco estornar de ofício o creditamente por ela efetuado no caso em tela (fls. 78 a 87).

É o relatório.

DECISÃO

Quanto á preliminar de decadência, com fulcro no art. art. 150, § 4º do CTN, manifesto-me pelo seu não acolhimento, já que entendo que o CTN trata de prazo decadencial apenas em seu art. 173 e que em seu 150 a matéria tratada é a modalidade de constituição de crédito por lançamento por homologação, homologação essa que se dá de modo expresso ou tácito, sendo que o já citado § 4º do art. 150 cuida do modo tácito de homologação, que constitui o crédito tributário tanto quanto o modo expresso, previsto no § 1º do mesmo artigo.

Ora, tratando de uma das formas de constituição do crédito tributário – o lançamento por homologação tácita –, o § 4º do art. 150, não contém em seu teor qualquer traço relativo a decadência de direito do Fisco proceder ao lançamento. A aplicação desse dispositivo implica ocorrência de lançamento, por força de lei, em face do comportamento omissivo do Fisco.

Então, se ocorre o lançamento por homologação tácita, ainda que por efeito legal, não pode haver decadência do direito de lançar, pois esta hipótese corresponde à situação oposta e requer a inexistência de lançamento.

O prazo do § 4º do art. 150 do CTN destina-se ao lançamento por homologação expressa, ao fim do qual, em face do silêncio do Fisco e por força de lei, ocorre o lançamento por homologação tácita e a concomitante extinção do crédito tributário.

Pode-se até se discutir sobre que situações são alcançáveis pela homologação tácita e pela extinção de crédito a ela concomitante, mas não há como substituir um prazo dirigido a uma modalidade de lançamento por um prazo dirigido a outra modalidade, no caso o lançamento de ofício, previsto no antecedente art. 149 do mesmo CTN, cujo prazo de realização que, por sinal, possui três formas de contagem específicas, está previsto no art. 173 do mesmo diploma legal.

Resgata-se por meio de lançamento de ofício as omissões e inexistências que escapam ao lançamento por homologação tácita (art. 149, V do CTN). Uma mesma situação não pode ser objeto das duas modalidades de lançamento.

Tais modalidades têm, evidentemente, previsão legal, forma, objeto e efeitos distintos.

Para melhor clareza, transcrevo os arts. 149, V; 150, §§ 1º e 4º e 173 do CTN:

"CAPÍTULO II

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

SEÇÃO II

MODALIDADES DE LANÇAMENTO

[...]

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

[...]

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida

autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

[...]

CAPÍTULO IV

EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

SEÇÃO I

MODALIDADES DE EXTINÇÃO

[...]

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. [...] [Grifos Oportunos]

De fato, o art. 150, inserido em um capítulo que trata de modalidades de lançamento não se relaciona logicamente com o artigo 173, que cuida da extinção do direito do Fisco de proceder ao lançamento tributário.

Para se chegar a essa conclusão não é preciso grande esforço, basta se observar que é o próprio CTN que aponta claramente para essa direção, ao vincular expressamente, em seu art. 156, o inciso V à decadência e o inciso VII à homologação (tácita) do lançamento tratada no § 4º do art. 150. Veja-se:

“CAPÍTULO IV

EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

SEÇÃO I

MODALIDADES DE EXTINÇÃO

[...]

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

[...]

V - a prescrição e a decadência;

[...]

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus parágrafos 1º e 4º;" [Grifos Oportunos]

Note-se que os defensores da tese de que o § 4º do art. 150 do CTN contém uma regra especial sobre decadência, destinada aos tributos lançáveis por homologação, colocam-se numa posição interpretativa, no mínimo, atípica, pois o art. 173 estabelece três formas de contagem de prazo decadencial (inciso I e II e parágrafo único).

Tais defensores fazem prevalecer o referido § 4º sobre o inciso I do art. 173, que estabelece a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Mas o que dizer das outras duas formas de contagem, vinculadas à data da definitividade da decisão anulatória do lançamento anterior (inciso II) e à data do início da constituição do crédito tributário pela notificação de medida preparatória do lançamento (parágrafo único)?

Poder-se-ia dizer que tais formas de contagem não se aplicam aos impostos lançados por homologação, visto que regidos única e exclusivamente pela regra especial do § 4º do art. 150, a qual não trata dessas duas formas de contagem de prazo? Parece-me que não.

Em outra direção, poder-se-ia argumentar que o § 4º do art. 150 prevalece sobre a forma de contagem do inciso I do art. 173 e que as outras formas de contagem continuariam aplicáveis aos tributos lançados por homologação? Parece-me também que não. Porque isso seria cortar logicamente um artigo em duas partes: uma (inciso I), não seria aplicável aos tributos por homologação e a outra (inciso II e o parágrafo único), seria aplicável a esses mesmos tributos e aos demais.

Por isso é que novas vozes se alinham ao entendimento jurisprudencial sobre decadência tributária consolidado nos primeiros tempos do CTN. Dentre essas vozes destaco Mary Elbe Queiroz:

“Lançamento por homologação e decadência

Tendo em vista que as relações jurídicas não podem eternizar-se no tempo, o CTN fixou o prazo de decadência quinquenal para que o Fisco possa exercer o seu direito subjetivo de constituir o crédito tributário. Configura a hipótese o lançamento de ofício, por ser essa a única modalidade de lançamento que existe e pode adequar-se ao ordenamento jurídico-tributário brasileiro.

A contagem do prazo decadencial, para que a autoridade administrativa proceda ao ato de lançamento, submete-se às prescrições do artigo 173 do CTN, tendo em vista que a constituição do crédito tributário por meio do lançamento é ato privativo do Fisco.

Por conseguinte, igualmente, é equivocado falar-se que o prazo contido no artigo 150, § 4º, do CTN, é prazo decadencial, aplicável aos tributos submetidos ao lançamento por homologação. Se não existe essa espécie de lançamento, o prazo contido naquele dispositivo nada mais é que um prazo de homologação. Somente poderá haver homologação quando o sujeito passivo cumpriu, fielmente, todas as obrigações tributárias que lhe foram impostas pela lei.

Nada havendo a homologar e se o Fisco proceder a um lançamento por haver constatado irregularidades ou infrações à lei tributária, configura-se a hipótese como um lançamento de ofício. Nesse caso, o prazo de decadência será quinquenal e sua contagem dar-se-á de acordo com o art. 173 do CTN. (Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, Ed. Manole, 1ª edição, fl. 320).” [Grifos Oportunos]

Concluo, a partir de dos elementos acima apresentados, que somente em seu art. 173 o CTN estabelece prazo para a decadência do direito do direito de a Fazenda Pública constituir, por meio de lançamento de ofício, o crédito tributário.

Quanto ao mérito propriamente dito, de fato o art. 155, § 2º, II, “b” da Constituição Federal (CF), pelo menos literalmente, não prevê a anulação do crédito de prestações anteriores, fazendo apenas para as operações anteriores, mas não é dado a este Conselho interpretar a CF com fim de concluir pela inconstitucionalidade ou não de norma tributária estadual, visto que a própria CF incumbe ao Poder Judiciário, controlar, concentrada ou difusamente, a constitucionalidade das normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, as questões apresentadas nesse processo, devem ser decididas por este Conselho à luz das disposições da legislação tributária estadual e, nesse âmbito, o Decreto nº 4852/97 estabelece o creditamento do imposto cobrado em serviço de transporte contratado com cláusula CIF ou FOB apenas quando tal serviço estela vinculado a operação tributada pelo ICMS. Veja-se o seu artigo 46, II, “a” e “b”:

“Art. 46. É assegurado ao sujeito passivo, nos termos do disposto neste regulamento, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações ou prestações resultantes (Lei nº 11.651/91, [art. 58](#)):

[...]

II - de **serviço de transporte interestadual** e intermunicipal utilizado pelo **estabelecimento**:

a) **remetente** de mercadoria, correspondente à **operação tributada** pelo imposto, contratada com cláusula **CIF**;

b) **destinatário** de mercadoria, correspondente à **operação tributada** pelo imposto, contratada com cláusula **FOB**; [...] [Grifos Oportunos]

Note-se, no caso presente, que, se a operação interestadual tributada fosse e afirmando o sujeito passivo ser o frete contratado com cláusula CIF, apenas o remetente, situado em Minas Gerais, é que poderia aproveitar o crédito, nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 46, acima referido.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de decadência arguida pelo sujeito passivo e, quanto ao mérito propriamente dito, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 30 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Falta de estorno ref. à entrada de insumos - serviço transporte merc.internas e isentas (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02226/10

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: *Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, questionada pela defesa, por insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Decisão unanime .*

Deve ser considerada inócua a arguição de nulidade do auto de infração, quando desprovida do respaldo da legislação que rege a matéria.

ICMS. Crédito do imposto, referente a entrada de insumos, não estornado. Procedente. Decisão unânime.

A ausência de provas capazes de contrapor o trabalho exordial, é fator determinante para que o feito seja julgado procedente.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de julho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Elias Alves dos Santos e José Manoel Caixeta Haun. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração no valor inicial de R\$ 172.573,82 (cento e setenta e dois mil, quinhentos e setenta e três reais e oitenta e dois centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Elias Alves dos Santos e José Manoel Caixeta Haun.

RELATÓRIO

Em 31 de julho de 2006 as autoridades fiscais lavraram o presente auto de infração, formalizando nele a exigência do ICMS no valor de R\$ 172.573,82 (cento e setenta e dois mil, quinhentos e setenta e três reais e oitenta e dois centavos), multa e demais acréscimos legais, pelo fato da autuada, na condição de contribuinte, não ter estornado, no exercício de 2002, o crédito de ICMS referente a entrada de insumos, proporcionalmente às prestações internas de transporte rodoviário de cargas contempladas com isenção em relação ao total.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS e cópia do livro de Registro de Apuração do ICMS, consoante fls. 03 a 34.

A autuada, inconformada com o lançamento, apresenta impugnação em Primeira Instância (fls. 43 a 51), na qual alega erro na capitulação legal, pedindo a anulação do auto de infração.

Caso seja mantido o lançamento, pede a redução da multa para 2% (dois por cento) do valor arbitrado.

A julgadora singular, por meio do Despacho n° 1404/06-COJP (fls. 62), baixa os autos em diligência para que as autoridades lançadoras anexem ao processo os documentos fiscais que comprovam as saídas isentas e/ou não tributadas.

A diligenciadora revisa o trabalho fiscal, cujas peças foram juntadas ao processo (fls. 76 a 86), bem como cópias de CTCs (fls. 87 a 96) e de livros fiscais, dentre outros documentos (fls. 97 a 166).

Apresenta o valor total a ser estornado de R\$ 172.722,92 (cento e setenta e dois mil, setecentos e vinte e dois reais e noventa e dois centavos), levemente superior ao apontado na inicial, R\$ 172.573,82 (cento e setenta e dois mil, quinhentos e setenta e três reais e oitenta e dois centavos), conforme se vê no final do relatório (fls. 64 a 72).

O contribuinte foi regularmente intimado do resultado da revisão e não se manifestou no prazo concedido na intimação.

A julgadora singular decide pela procedência do auto de infração, condenando o sujeito passivo ao pagamento do ICMS no valor de R\$ 172.722,92 (cento e setenta e dois mil, setecentos e vinte e dois reais e noventa e dois centavos), apurado na diligência, consoante a Sentença n° 682/08-COJP (fls. 174 a 176).

A autuada, inconformada com a decisão singular, apresenta recurso voluntário (fls. 186 a 195), no qual pede a nulidade do auto de infração, por erro na capitulação legal.

No mérito, caso seja confirmada a decisão condenatória, pede a redução da multa para 2% (dois por cento) do valor arbitrado.

A Quarta Câmara, por meio da Resolução n° 279/2008 (fls. 199), anula a intimação feita ao sujeito passivo (fls. 178), relativa à decisão singular, pois o valor nela consignado (R\$ 172.573,82) é menor do que o da sentença de fls. 176 (R\$ 172.722,92), determina a remessa dos autos à GEPRE, para nova intimação do sujeito passivo.

A GEPRE, cumprindo a Resolução n° 279/2008, intima o sujeito passivo, mas este não comparece ao processo.

DECISÃO

Sobre a preliminar de nulidade desta lide, suscitada pela defendente, por insegurança na determinação da infração, não vejo como acolhê-la, tendo em vista ausência de afronta ao capítulo de lei que trata da nulidade dos atos processuais, inserto no artigo 20 da Lei n.º 16.469/09. A infração e a correspondente penalidade foram corretamente aplicadas, os prazos processuais respeitados, o trabalho revisional efetivado, com vista do feito à parte litigante, não tendo assim, havido qualquer prejuízo ao sujeito passivo, que pudesse comprometer o trabalho preambular ao ponto de ser passível de nulidade deste volume, rejeitada está a preliminar em análise.

Com a questão incidental resolvida, dirijo-me ao mérito desta demanda, onde busco guarida na orientação trazida a lume pelo §3º do artigo 58 do CTE, que leciona sobre as condições para utilização do crédito tributário para efeito de compensação com o débito do imposto, nos seguintes termos:

"Art. 58. É assegurado ao sujeito passivo, nos termos do disposto na legislação tributária, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações ou prestações resultantes:

[...]

§ 3º O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à:

I - idoneidade da documentação fiscal;

II - à escrituração nos prazos e condições, quando assim exigido pela legislação tributária."

Mediante as assertivas consignadas nos parágrafos imediatamente volvidos, seria fácil ao polo passivo ilidir a ação exordial, bastaria, tão somente, ter comprovado nos autos que efetivou o estorno do imposto creditado, em suas prestações isentas ou não – tributadas, conforme lecionado pelo , artigo 61, inciso I, alínea "a", CTE, "in verbis".

"Art. 61. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado, a mercadoria ou bem entrados no estabelecimento, quando:

I - imprevisível a ocorrência das circunstâncias seguintes, na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço que:

a) for objeto de saída ou prestação de serviço correspondente isenta ou não-tributada."

E que ainda instruisse sua defesa com a demonstração documental de que as prestações realizadas período de janeiro a junho e setembro/2002, o foram sem débito do imposto.

Em se considerando que os conhecimentos de transporte emitidos apontavam operações isentas do ICMS, deveria o autuado ter estornado cem por

cento dos créditos, tendo em vista que não houve prestações com débito nos períodos em destaque.

Nesse sentido o parágrafo 6º do artigo 46, do RCTE, norteia o aproveitamento de crédito decorrente de aquisição de combustível por prestador de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, nos termos que transcrevo:

"Art. 46. É assegurado ao sujeito passivo, nos termos do disposto neste regulamento, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações ou prestações resultantes (Lei n.º 11.651/91, [art. 58](#)):

[...]

"§ 6º Na apropriação do crédito decorrente de aquisição de combustível por estabelecimento prestador de serviço de transporte interestadual e intermunicipal deve ser observado o seguinte:

I - o crédito restringe-se ao combustível efetivamente consumido em prestação de serviço iniciada no território deste Estado;"

Portanto, o crédito decorrente da aquisição de combustível restringe-se ao efetivamente consumido em prestação de serviço iniciada neste Estado, e que nos períodos de julho a dezembro/2002 não ocorreu registro de movimento e seu estorno foi motivado pela inexistência de prestações de serviço posteriores.

Em face aos bens de uso e/ou consumo do estabelecimento, esses somente darão direito ao crédito a partir de 1º de janeiro de 2011, conforme determina o artigo 3º, inciso IV, Lei 12.972/96.

"Art. 3º Além dos créditos normalmente apropriáveis com base na legislação tributária anterior a esta lei, é assegurado ao sujeito passivo, atendidas as disposições da legislação tributária, o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado e destacado em documento fiscal idôneo, relativamente à entrada ou à utilização de:

[...]

IV - outras mercadorias para seu uso ou consumo.

[...]

Parágrafo único. Para os efeitos do direito ao crédito de que trata este artigo:

I - somente poderão ser consideradas as efetivas entradas de mercadorias ou utilização de serviços, ocorridas a partir de :

1º de janeiro de 2011, quanto às mercadorias adquiridas para uso ou consumo do estabelecimento."

Com as questões em sede de mérito devidamente fundamentadas, passo a discorrer sobre a solicitação da defesa, de que a multa fosse de 2% (dois por cento) para afirmar a minha convicção de que o percentual aplicado está em

consonância com o norma legal que rege a matéria, explicitada na alínea “c”, inciso IV do artigo 71 do CTE, tendo em vista que a empresa foi notificada a proceder o estorno dos créditos escriturados, nos exatos termos do diploma legal supramencionado, combinado com o artigo 147 – A do mesmo Código Tributário Estadual, que transcreverei:

"Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

IV - em razão do não-estorno de crédito, quando exigido, ou da escrituração indevida de valores a título de crédito do imposto, o equivalente aos percentuais de:

[...]

100% (cem por cento) do valor escriturado ou não estornado, sem prejuízo do pagamento da respectiva importância, quando o sujeito passivo possuir saldo credor na escrituração e não efetuar o estorno nos termos exigidos em notificação fiscal."

[...]

"Art. 147-A. Sem prejuízo de outras atribuições e competências funcionais e da aplicação da penalidade cabível, o Fisco Estadual deverá exigir, mediante notificação, o estorno de crédito nos casos em que o contribuinte não tenha procedido ao estorno exigido pela legislação tributária ou tenha efetuado a escrituração indevida de valores a título de crédito, desde que não tenha havido omissão do pagamento do imposto.

Parágrafo único. O prazo para que o contribuinte proceda ao estorno de crédito não poderá ser superior a 30 (trinta) dias."

Assim, não havendo nos elementos formalizadores deste tomo, qualquer prova que pudesse contrapor a decisão singular, que ratificou o trabalho da autoria do lançamento, evoco o brocardo jurídico na expressão latina “Dormientibus non succurrit jus”, cuja tradução: “A justiça não socorre aos que dormem”, para dizer uma vez mais que o polo passivo, embora comparecendo ao feito nas fases processuais que lhe foram por “ex legis”, ofertadas, não conseguiu contrapor a exigência vestibular.

Pelo exposto, voto, unanimemente, rejeitando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, também unanimemente, voto, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração no valor inicial de R\$ 172.573,82 (cento e setenta e dois mil, quinhentos e setenta e três reais e oitenta e dois centavos).

Sala das sessões, em 02 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento - aquisição energia elétrica - empresa de telecomunicação (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00515/10

Relator: Conselheiro José Manoel Caixeta Haun

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento de ICMS. Aproveitamento indevido de crédito. Aquisição de energia elétrica por empresa de telecomunicação. Procedência. Decisão unânime.

I - É indevida a apropriação de crédito do ICMS relativo à aquisição de energia elétrica por empresa cuja atividade econômica seja a prestação de serviço de telecomunicação, por força do disposto no art. 2º, I, b, da Lei nº 13.772/00, c/c art. 522, II, "a", do RCTE.

II - Comprovado nos autos que o sujeito passivo omitiu pagamento do ICMS em decorrência da apropriação indevida de crédito tributário relativo a aquisição de energia elétrica, a exigência contida na exordial deve ser mantida.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 07 de dezembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Narra o histórico do auto de infração que o sujeito passivo omitiu o pagamento do imposto, em razão do aproveitamento indevido de crédito do ICMS, sobre energia elétrica sem amparo na Legislação Estadual, no período de 01/04/2007 a 31/12/2007, lançado no Livro de Apuração do ICMS, conforme levantamento e documentos anexos. Em consequência, deverá pagar o ICMS omitido, juntamente com penalidade e acréscimos legais.

O fiscal autuante indicou como infringidos os arts. 58, § 3º, inciso II e 64 da Lei n.º 11.651/91 c/c os arts. 522, inciso II, do Decreto n.º 4.852/97. Como penalidade a esta falta, propôs-se aquela estabelecida na Lei n.º 11.651/91 que prevê a vigência do art. 71, inciso IV, alínea "a", com redação da Lei n.º 14.634/2003.

Contraditando o lançamento, o sujeito passivo alega, em síntese, que a energia elétrica revela-se como insumo para a prestação dos serviços de telecomunicações e que a impugnante se submete a um processo de

industrialização, sem o qual não seria possível viabilizar a prestação do serviço de telecomunicação, estando, assim, expressamente autorizado o respectivo creditamento de ICMS com base no artigo 33, II, "b" da Lei Complementar nº 87/96 e no artigo 2º, I, "b" da Lei Estadual n.º 13.772/2000.

Afirma que a não-incidência do IPI sobre a prestação dos serviços de telecomunicações não nega a natureza industrial da atividade; que os serviços de comunicações foram definidos como de indústria básica, para todos os efeitos legais, nos termos do Decreto Federal n.º 640, de março de 1962, e que os Estados não poderiam deixar de reconhecer a equiparação, sob o pretexto de que o ato federal não atingiria as empresas prestadoras de serviços ou invalidaria sua esfera de competência.

Ressalta que o direito ao crédito do ICMS oriundo de insumos, mormente de energia elétrica, sempre foi permitido pela Constituição Federal, pelo Convênio n.º 66/88, pela Lei Complementar n.º 65/91 e pela Lei Complementar n.º 87/96, que nunca os vedaram por serem essenciais à prestação do serviço; que, ainda que o período objeto da presente autuação fiscal esteja além daquele expressamente abarcado pelo artigo 12, inciso III do Anexo IX do Decreto Estadual n.º 4.852/97, a impugnante tem direito ao creditamento do ICMS sobre a aquisição de energia elétrica em percentual superior a 60%. Ao final, reclama que a multa aplicada é confiscatória.

O julgador monocrático decide pela procedência do lançamento de ofício, devendo o sujeito passivo efetuar o recolhimento do ICMS no valor originário constante da inicial, acrescido das cominações legais (fls. 629/631).

Inconformado, o contribuinte recorre da decisão às fls. 634/668, oportunidade em que expende as mesmas razões impugnatórias, inclusive os pedidos, acrescentando, apenas, que na hipótese de não ser acolhido o pedido de reforma da sentença, a recorrente pugna pela redução da multa a ela imputada, dada a sua flagrante inadequação, falta de razoabilidade e desproporcionalidade, sem esquecer do seu caráter confiscatório, em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças constitutivas desta ação, verifiquei que situação semelhante à que ora se apresenta foi objeto de apurado estudo por parte do ilustre Julgador Conselheiro Aldeci de Souza Flor. Refiro-me ao Auto de infração n.º 4010901036225, onde a polaridade passiva é a mesma deste volume, é o fato gerador, motivador daquela demanda, guarda consonância às ocorrências deste feito. Por esse motivo, peça vênia para fazer minhas as palavras exaradas no recurso voluntário n.º 2336/09 da lavra do Conselheiro supramencionado, com as devidas adequações, próprias de cada lide, nos termos seguintes:

A exigência preambular infere que o sujeito passivo omitiu pagamento do ICMS em decorrência do aproveitamento indevido de crédito de ICMS, referente à aquisição de energia elétrica, no período de 01/04/2007 a 31/12/2007.

A Lei nº 13.772/00 (art. 2º, I, b) estabelece que o direito à apropriação do crédito do ICMS está assegurado, durante o período de 1º de janeiro de 2001 até 31 de dezembro de 2010, se relativo à entrada de energia elétrica no estabelecimento, quando for consumida no processo de industrialização:

"Art. 2º O direito à apropriação do crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, previsto na Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, Código Tributário do Estado de Goiás - CTE, durante o período de 1º de janeiro de 2001 até 31 de dezembro de 2010, fica limitado às seguintes situações:

I - se relativo à entrada de energia elétrica no estabelecimento quando:

a) for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) for consumida no processo de industrialização;" (...).

No mesmo sentido o Decreto nº 4.852/97, no artigo 522, regulamentando a matéria, determina que a entrada de energia elétrica no estabelecimento, até o dia 31 de dezembro de 2006, somente dá direito ao crédito do ICMS, quando for utilizada por contribuinte enquadrado no código de atividade econômica de indústria:

"Art. 522. Somente dá direito ao crédito do ICMS:

(...)

II - relativamente à energia elétrica e ao serviço de comunicação, até o dia 31 de dezembro de 2006 (Lei nº 13.772/00, art. 2º):

NOTA: Redação com vigência de 30.12.03 a 27.12.06.

a) a entrada de energia elétrica no estabelecimento, quando:

1. for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2. for utilizada por contribuinte enquadrado no código de atividade econômica de indústria;" (...).

No caso em análise, os elementos de instrução da acusação estão a revelar que a autuada efetuou a apropriação de créditos do ICMS sobre aquisições de energia elétrica, nos meses de outubro a dezembro de 2006.

Ocorre que a autuada está enquadrada no código de atividade econômica de prestação de serviço de telecomunicação - CAE 60015 e não se insere dentre aqueles que têm direito ao referido crédito, indicando ser indevida a apropriação do crédito do ICMS em discussão.

A recorrente entende que sua atividade se enquadra nas hipóteses de industrialização, requerendo até perícia técnica para constatação do processo.

Sobre esse questionamento e pedido, o Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE), no artigo 5º traz a definição de industrialização, nos seguintes termos:

"Art. 5º Considera-se industrialização, qualquer processo que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoar para o consumo, tais como (Lei nº 11.651/91, art. 12, II, "b"):

I - transformação, o que, exercido sobre a matéria-prima ou produto intermediário, importe na obtenção de nova espécie;

II - beneficiamento, o que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto;

III - montagem, o que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto, ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal;

IV - acondicionamento ou reacondicionamento, o que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação de embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria;

V - renovação ou recondicionamento, o que, exercido sobre o produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização."

A atividade da autuada enquadra-se seguramente como prestação de serviço, conforme definição estabelecida no art. 2º, parágrafo único, III, do RCTE. Vejamos: *"Parágrafo único. É (Lei nº 11.651/91, art. 12): (...) III - prestação de serviço, o fato econômico, juridicamente relevado pela lei tributária, concernente a atividade produtiva humana que, não assumindo a forma de um produto material, satisfaz necessidade."*

Também nesse entendimento já se manifestou o STJ. É matéria sedimentada nos tribunais superiores que as empresas de telecomunicações são prestadoras de serviços. Confira-se o seguinte julgado:

"Ementa: TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTANTE DO ESTADO. INTIMAÇÃO PESSOAL. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM INDUSTRIALIZAÇÃO. ART. 33, II, "b", DA LC 87/1996. INAPLICABILIDADE.

(...)

4. O Princípio da Não-Cumulatividade por si só não permite o creditamento amplo e irrestrito de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica.

5. O consumo de energia somente gera direito a creditamento nos exatos termos e limites previstos pelo art. 33, II, "b", da LC 87/1996.

(...)

12. Prestação de serviço não se confunde com atividade industrial.

13. As empresas de telecomunicações prestam serviços (art. 1º da Lei Geral de Telecomunicações). Essa aceção é adotada pela Constituição Federal ao definir a competência tributária relativa ao ICMS (art. 155, II).

14. Os serviços de telecomunicações, que se submetem exclusivamente ao ICMS (e não ao IPI), não representam atividade industrial para fins da tributação.

15. É inviável o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica pelas concessionárias de telecomunicações, nos termos do art. 33, II, "b", da LC 87/1996, pois são prestadoras de serviço, e não entidades industriais.

16. Recurso Especial provido."

(RECURSO ESPECIAL 2007/0208971-9; Relator (a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132); Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento 18/12/2008; Data da Publicação/Fonte DJe 13/03/2009; RDDT vol. 164 p. 152).

Se a interpretação literal da Lei Complementar n° 87/96 (art. 33,II) afronta o princípio da não cumulatividade e se a multa aplicada pela autoridade fiscal tem caráter confiscatório, cabe assinalar que faltam competência a este Conselho Administrativo Tributário apreciar esses questionamentos, já que a matéria é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

É de se registrar que a multa aplicada é apropriada para a infração cometida pelo sujeito passivo, enquadra-se perfeitamente na infração praticada pela autuada.

Diante do exposto, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração."

Sala das sessões plenárias, em 09 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento - auditoria do programa FOMENTAR (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02272/10

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - NULIDADES: Preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Decisão unânime. Preliminar de nulidade da decisão cameral, por cerceamento do direito de defesa. Rejeitada por maioria.

1. Não é passível de nulidade o lançamento que contenha os elementos indispensáveis para determinar com segurança a infração denunciada e identificar corretamente o infrator. (artigo 20, parágrafo 3.º, da Lei 16.469/09);

2. O Acórdão cameral, exarado consoante determina o artigo 38, da Lei 16.469/09, cuja decisão contempla os fundamentos de fato e de direito, não comporta a arguição de nulidade, razão pela qual deve ser mantido.

II - SOLIDARIEDADE: Preliminar de exclusão do responsável solidário da lide. Não acatada. Decisão por maioria.

1. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente: com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervierem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, do CTE).

III - ICMS - Obrigação tributária principal. Auditoria do ICMS no programa Fomentar. Omissão de pagamento do imposto. Procedência. Decisão não unânime.

1. A utilização do estorno de crédito, para formação do saldo devedor do período, nas operações inseridas no programa Fomentar, infringe a legislação, quando o lançamento correto deveria ser o registro do referido estorno de crédito na formação do saldo devedor resultante apenas das operações comerciais que não integram o referido programa.

2. Não tendo o sujeito passivo apresentado provas ou elementos capazes de ilidir a ação fiscal, deve o auto de infração ser mantido.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 18 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Álvaro Falanque, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Aguinaldo Fernandes de Melo. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da decisão cameral, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, em razão de não ter sido anulada a decisão singular, arguição essa feita pelo relator na fase cameral. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Paulo Diniz, José Pereira D'abadia, Álvaro Falanque, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Aguinaldo Fernandes de Melo. E, também, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário [...] da lide, arguida pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Paulo Diniz, José Pereira D'abadia, Álvaro Falanque, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Aguinaldo Fernandes de Melo. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Paulo Diniz, José Pereira D'abadia, Álvaro Falanque, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Aguinaldo Fernandes de Melo que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que acusação formulada pelo Fisco, em desfavor do sujeito passivo, reporta-se à omissão do pagamento de ICMS, em razão da realização de procedimento irregular de estorno de créditos, em setembro de 2003, relativo às operações com produtos de industrialização própria do estabelecimento, inseridas no programa FOMENTAR, infringindo a

legislação e o TARE de número 101/95-GSF, pois o procedimento correto seria o registro do referido estorno de créditos na formação do saldo devedor apenas das operações comerciais que não integrem o referido programa, conforme demonstrado na Auditoria Básica do ICMS, livro Registro de Apuração ICMS 2.003, e DPI - Quadros Resultados da Auditoria e Abatimentos, em anexo.

Em consequência, deverá pagar o ICMS devido na importância de R\$ 542.589,29 (quinhentos e quarenta e dois mil, quinhentos e oitenta e nove reais e vinte nove centavos), mais as cominações legais.

Qualificou como responsável solidário o senhor [...].

A previsão legal do auto de infração está no Código Tributário Estadual - CTE, nos artigos 63 e 64, c/c o artigo 71, inciso I, do Decreto n.º 4.852/97; ainda, Decreto n.º 3.822/92; TARE 101/95-GSF, e Instrução Normativa n.º 155/94-GSF. Sendo indicada a penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea "c", do CTE.

Juntou-se ao processo os documentos de fls. 05/36, a saber: cópia da Auditoria Básica do ICMS e demonstrativos auxiliares; Ordem de Serviço; Portaria de Designação; cópias das Atas das Assembleias Gerais - Estatuto Social; cópias das DPI's; cópias das páginas do livro Registro de Apuração do ICMS; e, cópia do TARE n.º 101/95-GSF.

Intimado, o sujeito passivo, fls. 42/47, se faz representar pelas pessoas [...] e [...], que não são advogados e nem são diretores da empresa, conforme se confirma na folha 80. Assim, em face do disposto no artigo 12, da Lei n.º 13.882/01, o julgador singular, fls. 85/86, deixa de apreciar a peça defensiva para considerar revel a autuada, e julga procedente a exigência fiscal em comento.

Juntou-se naquela fase os documentos de fls. 48/73.

O responsável solidário foi declarado revel em Primeira Instância, fls. 74, e, do mesmo modo, continuou inerte na Segunda Instância, onde foi considerado perempto, fls. 91.

Devidamente intimado, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, fls. 93/102, no qual após detalhar os argumentos apresentados em Primeira Instância, aduz, em preliminar, que há vícios que macularam a lavratura do auto de infração. Diz: *"No caso em questão, entretanto, os dispositivos legais apontados na autuação não têm pertinência com a suposta infração ali apontada nem qualificam como irregular o procedimento da Recorrente. Outrossim, a autuação descreve de forma clara e específica quais teriam sido as supostas irregularidades existentes."* Argui, assim, a nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração.

No mérito, afirma que o procedimento de estorno foi praticado dentro da conformidade legal, sendo que tanto o estorno feito mês a mês, como aquele realizado de uma única vez, conduzem ao mesmo resultado numérico. Assim, por meio do procedimento de estorno, com subsequente compensação com créditos

existentes e utilização do benefício do FOMENTAR (redução do montante de 70% do imposto devido), além do pagamento dos 30% remanescentes, foi devidamente amortizado o valor de R\$ 775.127,57 cobrado no auto de infração, de modo que se afigura abusiva a cobrança de valor nesse mesmo montante.

Reproduz os procedimentos adotados em sua escrita dizendo que o valor financiado e o valor recolhido ao final do período são os mesmos, de acordo com o demonstrativo de fls.100/101.

Complementa: "*Tal exigência do auto de infração ocasiona, na prática, a cobrança em duplicidade do imposto devido. Isso porque, uma vez feito o estorno e contabilizado o débito, este já foi amortizado nos termos acima expostos. Assim, exigi-lo novamente na autuação configura verdadeira bitributação.*"

Ao final, requer a reforma da decisão singular, julgando improcedente o auto de infração. Ou, na remota hipótese de não ser acolhida a argumentação de mérito, reduza a autuação à montante compatível com a suposta infração (apenas cobrança de juros e multa de mora e correção monetária sobre as partes a serem estornadas mês a mês, nas competências anteriores à do estorno total e que geraram o crédito estornado), pois o total exigido como principal jamais poderia ser equivalente ao total do estorno.

Na sessão de julgamento o relator arguiu preliminar de nulidade da decisão singular por entendê-la contrária a Lei.

Representante Fazendário pediu a rejeição das preliminares, e, no mérito a manutenção da decisão singela.

A Quarta Câmara deste Conselho decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da Sentença singular, arguida pelo Conselheiro relator. Por maioria de votos, rejeitou as preliminares de nulidade do auto de infração, arguida pela atuada, por cerceamento do direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, em decisão majoritária, conheceu do Recurso Voluntário, negou-lhe provimento, para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Destacou o auto do voto vencedor, no Acórdão n.º 2.520/09, fls. 108/112: "*O trabalho fazendário está sustentado em levantamento de auditoria do ICMS e seus anexos, neles está perfeitamente configurada a omissão apontada na peça inicial, ressalto inclusive que a defesa tentou com um demonstrativo desconsiderar o trabalho fiscal, significando que a acusação foi perfeitamente entendida.*"

Continua: "*Na parte de mérito a defesa nada comentou, limitando-se a falar que os seus procedimentos não trouxeram prejuízo ao Estado. De acordo com o levantamento que ampara a peça inicial, a fala da defesa não corresponde à realidade dos fatos.*"

O polo passivo estornou indevidamente créditos que de consequência resultaram em um saldo a financiar, no programa Fomentar a maior do que estabelece o TARE 101/95-GSF.

O polo passivo, na verdade, só poderia estornar os créditos na formação do saldo devedor resultante apenas das operações que não integravam o programa Fomentar. Todos os valores envolvidos nas operações estão perfeitamente demonstrados na auditoria do ICMS que amparou a acusação."

O voto vencido, relacionado com a preliminar de nulidade da decisão singular, por cerceamento do direito de defesa, argumentou:

"De fato, a decisão monocrática baseia-se em premissa contraditória pois, ao invocar o artigo 12º da Lei 13.882/01, reconhece que o postulante - sujeito passivo - não pode se fazer representar pelas pessoas de [...] e [...], por não serem advogados ou diretores da empresa e por isto deixa de apreciar a peça defensiva para considerar a empresa atuada como revel. Logo em seguida, contraditoriamente, declara procedente o auto de infração.

Às fls 81, o sujeito passivo outorga às referidas pessoas citadas, mediante procuração pública lavrada em cartório, poderes para representá-lo perante quaisquer pessoas físicas ou jurídicas de Direito Público ou Privado, bem como junto a quaisquer repartições Públicas, Federais, Estaduais, Municipais e Autárquicas, e em seu nome praticar todos os atos da vida civil. Considero que tal formalidade está revestida de ampla legalidade e portanto podem os postulantes outorgados representarem o sujeito passivo junto quaisquer repartições públicas.

A questão é, como pode o julgador singular invocar o artigo 12º da Lei nº 13.882/01, para decretar a incompetência dos outorgados e de consequência da falta de legitimidade da peça defensiva para, ao mesmo, tempo prolatar decisão na qual julga procedente a pretensão fiscal? Entendo que tal não deveria ter ocorrido. Melhor teria feito o decisor se tivesse limitado-se a manifestar-se sobre a condição da revelia do sujeito passivo, como aliás o fez às fls 85, deixando entretanto de se manifestar sobre o mérito da questão. Já que não apreciou a peça defensiva por considerar que os representantes que a assinaram não podiam fazê-lo, como pode então julgar algo sobre o qual a parte não teve condições de se exprimir ?.

Ante todo o exposto, entendo que a decisão ora em análise está eivada de vício processual e deveria ser anulada em virtude das contradições apresentadas, com o retorno dos autos à Instância Inicial para a apreciação da impugnação. Com isto, atender-se-iam as formalidades legais, pois os postulantes outorgados detêm competência para a prática da representação junto a órgãos públicos, conforme atestam os documentos de fls. 81."

Intimada do "*decisum*" cameral, a recorrente interpõe Recurso para o Conselho Pleno, e, após historiar todo o procedimento, diz não se conformar com os argumentos da referida decisão.

Questiona, a priori, a decisão monocrática que a declarou revel, pelo fato de ter sido representada por pessoas que "*não são diretores ou advogados da empresa*".

Diz: "*Ora, se os representantes legais da ora Recorrente nomearam procuradores pessoas não inscritas na OAB, isso não lhes tira a capacidade postulatória, já que qualquer preposto da empresa munido de procuração pode representá-la administrativamente, e não houve limitação quanto a quem poderia representar a empresa.*"

Após destacar diversos artigos do Código Civil e do Código de Processo Civil, complementa: "*Ressalte-se, também, que não pode haver revelia por vício de representação. A revelia é ausência de apresentação de contestação. entretanto, por entender de forma enviesada, aplicou o Julgador o instituto da revelia quando, no caso, há somente o vício de representação que é sanável.*"

Requer, nesse sentido, a reforma da decisão cameral, a fim de considerar que não houve revelia, nos moldes decretados pelo Julgador de 1.ª Instância, nos termos do voto vencido.

Requer, também, a nulidade do decisão singular, argumentando que mesma não possui elementos suficientes, consoante a exigência legal.

Reitera a nulidade por insegurança na determinação da infração, alegando: "*No caso em questão, entretanto, os dispositivos legais apontados na autuação não têm pertinência com a suposta infração ali apontada nem qualificam como irregular o procedimento da Recorrente. Outrossim, a autuação não descreve de forma clara e específica quais teriam sido as supostas irregularidades existentes.*"

Quanto ao mérito, reafirma a regularidade do procedimento adotado no estorno realizado. Reitera todos os argumentos já expendidos nas fases anteriores, inclusive a tabela comparativa mês a mês já apresentada na fase cameral.

Assevera: "*Se houvesse qualquer capitulação de penalidade, deveria essa ser meramente formal, e não sobre todo o valor de ICMS, pois mantendo-se a autuação em seus termos, teríamos um locupletamento indevido por parte do FISCO.*"

Pugna, ao final, pela reforma da decisão cameral, anulando-se a decisão de Primeira Instância, em vista das nulidades formais da infração. Pede a improcedência do auto de infração. Ou, a redução da autuação para montante compatível com a suposta infração.

Este é o relatório.

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

Em proêmio, mister analisar as nulidades suscitadas pelo recorrente, a saber: (i) nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração; (ii) nulidade da decisão cameral, por cerceamento do direito de defesa, haja vista não ter os Conselheiros camerais atendido ao pedido de nulidade da decisão singular.

Rejeito ambas.

Relativamente à nulidade suscitada pelo sujeito passivo, de insegurança na determinação da infração, entendo que não resta configurada nesse processo. Há absoluta clareza quanto ao tipo de acusação que está sendo feita, houve perfeita assimilação da acusação por parte do sujeito passivo. Além disso, o conjunto probatório anexado aos autos guarda perfeita sintonia com a acusação feita.

Quanto á nulidade da decisão cameral, também, não vislumbro oportunidade para acatá-la. Todos os questionamentos apresentados pelo sujeito passivo foram apreciados, inclusive a nulidade suscitada pelo Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca, relacionada com suposto cerceamento do direito de defesa, contido na decisão monocrática, em razão da declaração de revelia do sujeito passivo por postulação processual incorreta, haja vista a representação do sujeito passivo ter sido patrocinada por pessoas não habilitadas para tal. Vê-se, ademais, na Sentença de fls. 85/86, que o julgador, inobstante o posicionamento retro descrito, manifestou e julgou o mérito da perlanga.

Assim, não há nenhuma irregularidade na decisão cameral que implique torná-la írrita.

Observo, por oportuno, que o Acórdão cameral foi prolatado nos precisos contornos estabelecidos pelo artigo 38, da Lei 16.469/09, que estabelece:

“Art. 38. A sentença e o acórdão, redigidos com simplicidade e clareza, conterão:

I – a referência ao número do processo e ao nome do sujeito passivo;

II – relatório com o histórico e fundamento do lançamento e as razões das impugnações, recursos e contraditas;

III – a decisão com os fundamentos de fato e de direito.

[...]”

Vejo, portanto, que o Conselheiro condutor do voto vencedor, manifestou-se a respeito de toda a matéria contida nos autos, analisando todos os argumentos expendidos pelo sujeito passivo, e sobre os mesmos se posicionou.

DA EXCLUSÃO DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO

Quanto ao pedido de exclusão da lide, do responsável solidário [...], formulado pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho, eu o rejeito, visto que, na condição de administrador, participou diretamente da situação de que decorreu a omissão objeto da ação fiscal, conduta que se subsume ao artigo 45, XII, da Lei nº 11.651/91, a seguir transcrito:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação **as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal**, especialmente:

[...]

XII – com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis

[...] “ (grifos oportunos).

Assim, com o consenso majoritário dos meus pares, não acolho o pedido de exclusão, na lide, do responsável solidário acima nominado.

QUESTÃO MERITÓRIA

Quanto ao mérito, na busca da verdade material, objetivo primeiro desta Casa Julgadora, analisei as peças processuais que compõem esta lide e verifiquei que o feito teve seu andamento pautado pelos rituais próprios estabelecidos pelo Código Tributário Estadual, estando pois, perfeitamente instruído com as provas documentais que auxiliam no posicionamento que norteará o meu entendimento, na forma que se segue:

Assim, entendo, com arrimo na auditoria realizada conjugada com os documentos juntados pelos autuantes, que o sujeito passivo efetivamente incorreu em infração à legislação que norteia a matéria tratada no processo, haja vista que promoveu a inclusão de parte do valor do estorno de crédito realizado (valores e rubricas contidas no documento de fls. 09), no benefício do programa Fomentar, situação que ali não se alberga.

Observo, por oportuno, que o valor de R\$ 775.127,57 (setecentos e setenta e cinco mil, cento e vinte e sete reais e cinquenta e sete centavos), lançado a débito na rubrica de estorno de créditos no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de setembro de 2003 (fls. 30), ocorreu em razão dos aproveitamentos serem indevidos, por tratarem de aquisições de mercadorias para uso, consumo e energia elétrica.

Ao promover o referido lançamento deduz-se, nitidamente, que parte do referido valor, ou seja 30% (trinta por cento), na importância de R\$232.538,28 (duzentos e trinta e dois mil, quinhentos e trinta e oito reais e vinte e oito centavos), foi devidamente pago no mês em questão. Restou, portanto, o valor de R\$ 542.589,29 (quinhentos e quarenta e dois mil, quinhentos e oitenta e nove reais e

vinte e nove centavos), que, indevidamente, foi incluído no benefício do programa Fomentar, gerando um saldo a financiar maior.

É indubitável que a sistemática correta deveria ser o registro do referido estorno de créditos na formação do saldo devedor, resultante apenas das operações comerciais que não integrem o programa Fomentar.

O procedimento adotado pelo sujeito passivo contraria a legislação que rege a matéria. O seu argumento de que não ocorreu prejuízo ao erário estadual não se sustenta, haja vista que no mês de setembro de 2003, a importância autuada, que deveria ser direcionada aos cofres estaduais, não se efetivou.

O fomento do valor autuado foi indevido.

Diante do exposto, em consenso unânime com meus pares, voto, para rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, suscitada pelo recorrente.

Rejeito, majoritariamente, a preliminar de nulidade da decisão cameral, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, sob o fundamento de que a decisão em questão não anulou o julgamento singular.

Por maioria de votos, rejeito o pedido de exclusão, da lide, do responsável solidário [...], formulado pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho.

No mérito, corretamente tipificada a infração ensejadora do lançamento, voto, em consenso majoritário com meus pares, para conhecer do Recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento, para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 03 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento - contribuinte impedido de utilizar o benefício PROTEGE GOIÁS (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01971/10

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: I - ICMS. Processual. Pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo para dirimir dúvidas. Rejeitado. Decisão unânime.

1 - Não é cabível pedido de diligência, quando restar comprovado nos autos que a instrução processual é suficiente para resolver o deslinde da questão.

II - ICMS. Processual. Preliminar de exclusão do solidário da lide. Rejeitada. Decisão não unânime.

1 - Comprovado por meio do estatuto social da empresa que o solidário é sócio-administrador da sociedade, não há falar na sua exclusão da lide.

III - ICMS. Obrigação principal. Auditoria Básica do ICMS. Omissão do pagamento do ICMS por aproveitamento indevido de crédito. Contribuinte possuía débito inscrito em Dívida Ativa e não recolheu o fundo PROTEGE. Procedência. Decisão unânime.

1 - A comprovação de que o sujeito passivo tinha crédito tributário inscrito em Dívida Ativa o impede de utilizar os benefícios fiscais cedidos pela legislação tributária, conforme prescreve o § 1º do art. 1º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97.

2 - Provado nos autos que o sujeito passivo escriturou ou aproveitou indevidamente valor relativo a crédito outorgado do imposto sem pagamento da contribuição ao Fundo de Proteção do Estado de Goiás - PROTEGE-GOIÁS, mister se faz proceder o auto de infração.

3 - O contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário (Art. 86, do Regulamento do Código Tributário Estadual).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 28 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência feito pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Célia Reis Di

Rezende e Itamar Alves Carrijo. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Célia Reis Di Rezende e Itamar Alves Carrijo. Vencido o Conselheiro Álvaro Falanque. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Célia Reis Di Rezende e Itamar Alves Carrijo.

RELATÓRIO

Tratam os autos de lançamento tributário, confeccionado em face de o sujeito passivo ter omitido o pagamento do ICMS, na importância de R\$ 105.597,24 (cento e cinco mil, quinhentos e noventa e sete reais e vinte e quatro centavos), no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, em razão da escrituração indevida de valores, a título de crédito outorgado, referente a utilização irregular do benefício previsto no artigo 11, inciso III, do Anexo XI, do Decreto 4.852/97, pois, além de possuir débito tributário exigível, inscrito em dívida ativa, deixou de contribuir com o fundo PROTEGE GOIÁS, estando, dessa forma, impedido de usufruir do benefício fiscal. Em consequência, deverá pagar o tributo omitido, juntamente com as penalidades e acréscimos legais. Constata-se a presença de sujeito passivo solidário.

Regularmente intimada, a empresa autuada queda-se inerte, conforme atesta o Termo de Revelia de folhas 85.

Novamente cientificada, a defendente, juntamente com o sócio solidário, ingressa com impugnação a Segunda Instância, de folhas 90/104, na qual, a priori, argui a ilegalidade formal do lançamento direcionado ao dito sócio, identificado na qualidade de sujeito passivo coobrigado. No mérito, também, identifica ilegalidade do lançamento, além de não ter sido considerada a dedução de 70% (setenta por cento), prevista no TARE nº 201/01-GSF, referente à parcela do imposto financiável pelo programa fomentar. Discorre sobre a inconstitucionalidade da suspensão e revogação do incentivo fiscal do FOMENTAR, como meio de coerção tributária. Pede, ao final, o afastamento do sócio da lide, a improcedência do auto de infração, diligência junto à Secretaria da Indústria e Comércio ou utilização do financiamento perante o Programa Fomentar.

É o relatório.

DECISÃO

A autuada requer, em sua peça impugnatória, a realização de diligência, o que mostra-se inteiramente desnecessária, haja vista a farta documentação que, por si só, apresenta-se suficiente para o julgamento do feito, sem a mínima necessidade de sua conversão em diligência.

Quanto a preliminar de exclusão da lide do solidário, arguido pelo sujeito passivo, votei pelo seu afastamento da lide, porém fui voto vencido neste quesito. O entendimento que prevaleceu foi o de que a permanência da solidariedade está

alicerçada no que prescreve o artigo 45, inciso XII da Lei 11.651/91, pelo fato do solidário concorrer para a prática da irregularidade apontada na inicial.

No tocante ao mérito, as provas carreadas ao feito não foram suficientes para ilidir o ilícito fiscal praticado. A questão exposta no presente processo pode ser reduzida de forma simples ao fato de se determinar se foram atendidas as premissas legais para a fruição do benefício fiscal ou não, conforme está expresso no art. 86 do CTE, que abaixo transcrevemos;

“Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário.”

Diante dessa determinação cabe a análise dos fatos de que o sujeito passivo à época da autuação possuía débito inscrito em dívida ativa. Portanto de fato está comprovado nos autos a existência desta situação impeditiva de fruição de qualquer benefício fiscal.

Não bastasse esta condição examinada não ser cumprida, observamos também que o sujeito passivo não contribuiu com o recolhimento do fundo PROTEGE GOIÁS.

Em resposta ao pedido de extinção do crédito tributário – Lei 16.150/07, fls. 74 -, a Superintendência de Administração Tributária – SAT, também emitiu despacho desfavorável. O entendimento que prevaleceu é de que a autuada não faz juz à extinção na referida legislação, pelas razões acima descritas, sendo o indeferimento proposto nos termos do art. 4º, inciso II da Lei 16.150/07. E, também, não foram atendidas pelo requerente as condições da Instrução Normativa nº 884/07-GSF, prevista na norma legal. De acordo com o art. 2º, inciso V, parágrafo 1º do inciso II e parágrafo 2º do art. 2º todos da Lei 11.150/07, foi votada pela Primeira Câmara Temporária com unanimidade de votos a procedência da acusação fiscal.

Portanto, quando o benefício fiscal for concedido sob condição e este não for atendido, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto, acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização indevida do benefício.

Sendo assim, o presente procedimento fiscal deve ser julgado procedente.

Ante todo o exposto, rejeito o pedido de diligência proposto pela autuada. Rejeito a preliminar de exclusão da lide do solidário, arguido pelo polo passivo. No mérito, voto por conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 15 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento - importação de mercadorias (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01542/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento de ICMS, pelo fato de importar mercadorias com redução indevida da base de cálculo. Procedência. Decisão unânime. Manutenção da decisão singular.

Quando o sujeito passivo não apresentar provas robustas, capazes de ilidir a pretensão fiscal, o auto de infração deverá ser julgado procedente.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Descreve o histórico do auto de infração que o sujeito passivo importou, no exercício de 2004, as mercadorias relacionadas nas diversas Declarações de Importação (DI) e notas fiscais de entrada, com utilização de base de cálculo do ICMS em valor inferior ao previsto para a operação, pois deixou de incluir todas as parcelas correspondentes aos impostos, taxas, despesas aduaneiras e outras despesas incorridas na importação. Em consequência, deverá pagar o imposto no valor de R\$ 9.214,41 (nove mil, duzentos e quatorze reais e quarenta e um centavos) juntamente com as cominações legais.

Foram infringidos os artigos 19, inciso I; 63, §3º; e 64, todos da Lei nº 11.651/91, aos quais aplica-se a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea "a", combinado com §9º, inciso I, do Código Tributário Estadual.

Intimado, comparece ao feito o sujeito passivo para impugnar o auto de infração onde alega que na planilha elaborada pela fiscalização, os valores pagos pela empresa a título de honorários de despachante entraram na base de cálculo do ICMS; que o §3º do art. 12 do RCTE declara que "entende-se como qualquer despesa aduaneira aquela efetivamente paga à repartição alfandegária até o momento do desembarço da mercadoria, tais como diferença de peso, classificação fiscal e multa por infração"; que, assim, os valores pagos a título de honorários de despachante não são pagos à repartição alfandegária, portanto, não

devem fazer parte da base de cálculo do ICMS. Requer a improcedência do auto de infração' (fls. 156 a 158).

O julgador singular conheceu da impugnação e negou-lhe provimento para julgar procedente o lançamento de ofício (fls. 167/168).

Inconformado, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário para argumentar que as taxas da Infraero e os honorários de despachante não são pagos a repartição alfandegária e que, portanto, não se caracterizam como despesas aduaneiras e não fazem parte da base de cálculo do ICMS; que a base de cálculo deve ser a soma do valor tributável, imposto de importação, imposto sobre produto industrializado, PIS e CONFINS; e que a decisão ora recorrida baseou-se no Convênio ICMS 07/05 quando o correto seria observar os termos do art. 97, inciso IV, do CTN, pois os convênios não modificam Decretos e Leis. Requer a improcedência do feito fiscal (fls. 171 a 173).

É o relatório.

DECISÃO

Em detida análise do presente processo, percebe-se, claramente, que a empresa autuada não trouxe qualquer elemento de prova capaz de desconstituir a infração cometida, isto é, a omissão do pagamento de ICMS, resultante da importação de mercadorias constantes nas diversas Declarações de Importação e notas fiscais de entrada, com base de cálculo inferior ao previsto na legislação tributária.

A tese defensiva apresentada mostra-se vazia, ineficiente, incapaz de atacar a inicial. Dessa forma, resta apenas considerar mantido o auto de infração em comento, que está devidamente amparado nas disposições legais contidas no art. 63, § 3º, inciso I, alínea "a" e 64, da Lei nº 11.651/91, que preconizam o seguinte:

"Art. 63. Ressalvadas as hipóteses expressamente contempladas com locais, formas ou prazos especiais, o pagamento do ICMS far-se-á nos locais, na forma e nos prazos fixados na legislação tributária.

[...]

§ 3º A obrigação tributária principal relativa ao ICMS vence, tratando-se do imposto devido:

I - pela importação de mercadoria, bem ou serviço do exterior:

a) no momento do desembarço aduaneiro da mercadoria ou bem ou no momento da entrega da mercadoria ou bem caso a entrega ocorra antes do desembarço aduaneiro;

Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária."

A base de cálculo que compõe o ICMS de importação é definida pelo art. 12 do RCTE, que assim prescreve:

"Art. 12. Nas seguintes situações específicas, a base de cálculo do imposto é (Lei nº 11.651/91, [art. 19](#)):

I - na importação do exterior, a soma dos seguintes valores:.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO À ALÍNEA "E" DO INCISO I DO ART. 12 PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 5.707, DE 27.12.02 - VIGÊNCIA: 01.01.02.

[...]

e) de quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e [despesas aduaneiras](#);

[...]"

Ante todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, nego-lhe provimento para manter a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 16 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento - mercadoria sujeita à substituição tributária - decadência (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02301/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: Processual e Tributário. Preliminares. Decadência do lançamento tributário, Cerceamento ao direito de defesa e Pedido de exclusão do sujeito passivo CERVEJARIAS KAISER BRASIL S/A. Rejeitadas. Decisão não unânime. ICMS. Obrigação Principal. Omissão de pagamento de ICMS substituição tributária. Procedência. Decisão não unânime.

I - O direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I e CTE, art. 182, I).

II - Deve ser rejeitada a alegação de decadência quando estiver provado nos autos que o sujeito passivo fora intimado do lançamento antes de decorrido o prazo decadencial.

III - A inexistência de limitação ou obstáculo a causar prejuízo ou impedir à parte de se defender, na forma legalmente permitida, afasta a alegação de nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa.

IV - Não há que se falar em erro de identificação do sujeito passivo, pois o industrial fabricante estabelecido nesta ou em outra unidade da Federação é substituto tributário, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelas operações internas subsequentes, nas operações com cerveja (Decreto nº 4.852/97, Anexo VIII, art. 34, II, "a").

V - Deve ser rejeitado o pedido de exclusão da lide do sujeito passivo quando configurada a relação material e processual do atuado com o fato gerador da obrigação tributária em questão.

VI - Comprovado que o sujeito passivo praticou a irregularidade constante da acusação fiscal, o auto de infração deve ser julgado procedente.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 06 de abril de 2010, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, em relação a preliminar de nulidade do auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo, arguida

pelo Conselheiro Relator, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcides de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Heli José da Silva, Carlos Andrade Silveira, Antônio Martins da Silva e José Pereira D'abadia. Vencido o Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do sujeito passivo Cervejarias Kaiser S/A da lide, arguida pelo Conselheiro Edson Abrão da Silva. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Edson Abrão da Silva, Delcides de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Carlos Andrade Silveira e José Pereira D'abadia. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento ao direito de defesa. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Heli José da Silva, Carlos Andrade Silveira, Antônio Martins da Silva e José Pereira D'abadia. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Delcides de Souza Fonseca, José Luiz Rosa e Nivaldo Carvelo Carvalho. E, também por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Edson Abrão da Silva, Delcides de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Carlos Andrade Silveira e José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Edson Abrão da Silva, Delcides de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Carlos Andrade Silveira e José Pereira D'abadia que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno em face da decisão proferida pela Segunda Câmara julgadora que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares, arguidas pela atuada, de cerceamento ao direito de defesa, de insegurança na determinação da infração e de erro na identificação do sujeito passivo e, também, a preliminar de decadência e que, em relação ao mérito, por maioria de votos, confirmou a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

A acusação constante da peça inicial é de que o sujeito passivo "Omitiu o pagamento do ICMS substituição tributaria pelas operações posteriores, referente às remessas de cervejas para o estado de Goiás, por meio das notas fiscais relacionadas no demonstrativo anexo, no período de 11/01 e 12/01, sem o destaque do ICMS retido. Em consequência, deverá pagar o imposto na importância de R\$ 1.181.105,43, mais as cominações legais."

Constam como infringidos os artigos 45, 51, 64, § 1º, da Lei n.º 11.651/91, c/c artigo 32, § 1º; 34 e 35 do Anexo VIII, do Decreto n.º 4.852/97, e o Protocolo ICMS 11/91.

A penalidade proposta foi a prevista no artigo 71, inciso III, alínea "a" do CTE, com a redação da Lei n.º 11.750/1992.

Os sujeitos passivos solidários foram relacionados na fl. 4 dos autos:

1) A empresa [...], na qualidade de destinatária das mercadorias, nos termos do art. 45, inciso XIII, da Lei nº 11.651/91;

2) [...], na qualidade de sócio-administrador da empresa atuada, nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91.

Em primeira instância foi excluído da lide o sujeito passivo solidário [...], tendo a Representação Fazendária concordado com a decisão singular, conforme despacho de fls. 192.

Em segunda instância, apenas a [...] manifestou-se no processo, com a apresentação do Recurso Voluntário de fls. 198/222.

A Recorrente, inconformada com a decisão cameral, interpõe o presente recurso ao Conselho Pleno, com fundamento no artigo 41, inciso I (decisão não unânime) e inciso II, alínea "a" (decisão divergente), da Lei nº 16.469/09.

A peça recursal está instruída com cópias dos acórdãos nºs 3098/2007, 1484/2007, 692/2007 (cerceamento ao direito de defesa) e 3210/2007, 2946/2008 (decadência), a fim de comprovar a existência de decisão divergente em relação ao acórdão recorrido (fls. 497/518).

A atuada apresenta os seguintes fundamentos no Recurso interposto ao Conselho Pleno (fls. 467 a 495):

(a) sustenta a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa, em razão da ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos, pois o auto de infração não fornece adequadamente os indispensáveis pressupostos fáticos e jurídicos que ensejaram a sua lavratura.

Afirma que os agentes fiscais não tiveram o cuidado de descrever satisfatoriamente as circunstâncias fáticas que teriam dado azo ao nascimento da obrigação tributária;

Acrescenta que a relação das notas fiscais abrangidas pela autuação deveria ter sido obrigatoriamente encaminhada à Recorrente, juntamente com o auto de infração, conforme determina a lei. Sem essa relação a recorrente ficou impedida de verificar se de fato houve, em cada caso específico, a falta de destaque e recolhimento do ICMS-ST alegados pela fiscalização;

Transcreve julgados camerais não reformados, objetivando comprovar o pleno cabimento do recurso.

(b) afirma que ocorreu a decadência do direito de a autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, diante do transcurso de mais de 5 (cinco) anos entre a ocorrência dos supostos fatos geradores do ICMS e a intimação da lavratura do auto de infração;

Também transcreve julgados camerais não reformados, objetivando comprovar o pleno cabimento do recurso.

(c) alega a ilegitimidade da Recorrente para responder pelos débitos tributários exigidos no auto de infração, por serem de responsabilidade exclusiva do contribuinte substituído [...];

Afirma inexistir qualquer infração, pois a recorrente agiu em estrito cumprimento à ordem judicial que determinou a não retenção na fonte do ICMS exigido no auto de infração;

Também insiste no afastamento da responsabilidade tributária atribuída à recorrente, com base na exceção ao regime de substituição tributária constante no Regulamento do Código Tributário de Goiás;

Afirma que, por força do artigo 34, parágrafo único, I, "a", 1, anexo VIII, do RCTE, foi excluída a responsabilidade da Recorrente. O distribuidor adquirente [...], estabelecido no Estado de Goiás, assumiu, excepcionalmente, a condição de substituto tributário.

Assegura que a interpretação sistêmica do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás conduz à inequívoca conclusão de que, no caso presente, a obrigação tributária deve ser imputada exclusivamente ao distribuidor adquirente, localizado no Estado de Goiás.

Ao final, a Recorrente solicita seja dado provimento ao presente recurso, a fim de que, reformada a decisão recorrida, seja cancelada a exigência contida no auto de infração.

Em seguida, em 30 de março de 2010, a autuada juntou aos autos o Memorial, de fls. 521/529, no qual reforça os argumentos apresentados anteriormente.

Volta a alegar a preliminar de nulidade do auto de infração por ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos, tendo em vista que o lançamento fiscal limitou-se a indicar os períodos de apuração dos supostos débitos tributários, sem remeter sequer a relação das notas fiscais abrangidas pela autuação, violando, assim, o disposto no artigo 23 da Lei n.º 13.882/01, o qual determina que o lançamento tributário deva estar obrigatoriamente acompanhado dos demonstrativos e documentos que fundamentem a exigência fiscal.

Alega, ainda, que o auto de infração não descreveu satisfatoriamente a situação fática que teria dado azo ao nascimento da obrigação tributária, o que lhe impediu de se defender amplamente, à luz do contraditório, conforme assegurado pela Constituição Federal.

Reitera a preliminar de decadencial, em razão do transcurso de mais de 05 (cinco) anos entre a ocorrência dos supostos fatos geradores do ICMS e a intimação do auto de infração.

Afirma: "(...) que os pretensos débitos de ICMS exigidos pela autoridade administrativa referem-se a fatos geradores supostamente ocorridos em novembro e dezembro de 2001. Portanto, considerando-se que a Impugnante foi intimada da lavratura do auto de infração apenas em 07 de dezembro de 2006, claro está que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento foi fulminado pela decadência, ao menos em relação ao período de novembro de 2001."

Relativamente ao mérito, assevera que demonstrou o inegável descabimento da acusação fiscal, seja em razão da inexistência de qualquer infração, pois agiu em estrito cumprimento à ordem judicial que determinou a não retenção na fonte do ICMS exigido, seja pela falta de responsabilidade tributária por substituição imputada, seja, ainda, porque tais débitos de ICMS já foram recolhidos ao Estado de São Paulo.

Volta a destacar manifestação exarada pelo ilustre professor Roque Carrazza, em Parecer anteriormente juntado aos autos, para demonstrar a impossibilidade de o Fisco de Goiás exigir ICMS sobre fatos geradores em relação aos quais o imposto já foi recolhido ao Estado de São Paulo.

Ao final, pede o acolhimento dos argumentos para o fim determinar o integral provimento ao recurso voluntário interposto e o pronto cancelamento da autuação ora questionada.

É o relatório.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Por ocasião do julgamento por este Conselho Pleno, foi arguida a preliminar de nulidade do auto de infração em face de erro de identificação do sujeito passivo. Essa preliminar fica inadmitida, tendo em vista que ela foi rejeitada, por unanimidade de votos na Câmara Julgadora, e não foi demonstrado o atendimento aos requisitos previstos no art. 41, inciso II, e seus §§ 1º a 2º, da Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009, conforme abaixo se transcreve:

"Art. 41. Cabe recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

(...)

II - unânime:

a) divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica;

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual;

2. prova inconteste, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão;

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

d) quando apresentada prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo.

§ 1º Na hipótese do inciso II do caput, a parte deve, sem a qual o recurso deve ser liminarmente inadmitido:

I - juntar cópia do acórdão objeto da divergência ou a prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento;

II - demonstrar, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, ou a falsidade da prova." (...).

Também devo registrar que a preliminar de erro de identificação do sujeito passivo não acarreta a nulidade do auto de infração quando existem outros sujeitos passivos, como ocorre no caso em tela.

No que concerne a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa, a Recorrente defende que teria ocorrido ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos, tendo em vista que o lançamento limitou-se a indicar os períodos de apuração dos supostos débitos

tributários, sem fornecer sequer a relação das notas fiscais abrangidas na autuação. Assim, teria sido violado artigo 23 da Lei nº 13.882/01, que determina que o lançamento deva estar obrigatoriamente acompanhado dos demonstrativos e documentos que fundamentam a exigência fiscal.

Acrescenta que o auto de infração não descreveu satisfatoriamente a situação fática que teria dado azo ao nascimento da obrigação tributária, o que o impediu de se defender amplamente, à luz do contraditório, conforme assegura a Constituição Federal.

Rejeito essa preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa, pois os autos estão devidamente instruídos com o Demonstrativo de fls. 21 a 28, no qual foram relacionadas as notas fiscais de remessa de cerveja para o Estado de Goiás e demonstrado o cálculo do ICMS-ST não recolhido. Não foram juntadas as cópias das notas fiscais, porque a própria empresa atuada informou por meio da correspondência de fls. 31 e 32, que os documentos foram destruídos.

O sujeito passivo recebeu a intimação do auto de infração, juntamente com a cópia da peça principal. Os demonstrativos e as demais provas ficam nos autos à disposição do atuado, no órgão próprio, para conferência, anotação, tirar fotocópias, desentranhamento. A legislação não determina que seja enviado ao sujeito passivo, juntamente com a intimação, todas as provas constantes dos autos. Seria totalmente inviável pretender remeter ao sujeito passivo, junto com a intimação, todas as provas constantes da acusação fiscal.

A acusação fiscal foi posta no auto de infração, de maneira clara e objetiva, de forma que o sujeito passivo não sofreu nenhum prejuízo para produzir a sua defesa.

Com essas considerações, afasto a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa.

No tocante a alegação de decadência do lançamento tributário, é de se alertar que o Fisco exige imposto não destacado no documento fiscal, não informado ao Fisco e muito menos pago, em relação à saída de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores para o Estado de Goiás, em operação na qual a atuada agia na condição de substituta tributária.

No caso em tela, não há que se falar em homologação. Nessa situação, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário obedece à regra estabelecida no artigo 173, I do CTN. Ademais, a acusação em tela enquadra-se também na exceção prevista no § 4º do artigo 150 do CTN. A atuada intencionalmente deixou de apurar, informar e pagar o ICMS substituição tributária para o estado de Goiás.

Registre-se, também, que na contagem do prazo decadencial, o primeiro dia do exercício seguinte não quer dizer primeiro dia do mês seguinte, como

pretende a autuada. O prazo decadencial não pode ser alterado em função do período de apuração do imposto. Ele é estabelecido nos termos do artigo 173 do CTN.

A exigência tributária em questão é relativa a imposto não pago, hipótese em que o prazo decadência começa a contar a partir do primeiro dia do exercício seguinte a aquele em o lançamento poderia ter sido efetuado. Como o levantamento fiscal em questão é referente ao período de novembro/2001 a dezembro/2001, o prazo decadência começou a fluir a partir de 1º de janeiro de 2002.

Em se tratando de lançamento de ofício, em decorrência de o sujeito passivo ter deixado de adotar as providências a que estava obrigado a realizar, o prazo decadencial a ser observado é aquele estabelecido no artigo 173 do CTN.

Assim, a intimação do lançamento tributário poderia ser feita até o dia 31/12/06. Como o sujeito passivo foi intimado do auto de infração em 07/12/06 (fl. 36), não ocorreu a decadência.

DO MÉRITO

O sujeito passivo [...] pede, em preliminar, a sua exclusão da lide. Esse pedido deve ser rejeitado, pois carece de fundamento.

A mercadoria CERVEJA está relacionada no inciso I, do Apêndice II, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, como mercadoria sujeita a substituição tributária, cujo regime é estabelecido por força de convênios ou protocolos firmados pelas unidades da Federação, aplicável a contribuinte estabelecido neste Estado ou em outra unidade da Federação. É substituto tributário o industrial fabricante ou o importador, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelas operações internas subsequentes, (art. 32, § 1º, inciso II e art. 34, inciso II, alínea "a", ambos do Decreto nº 4.852/97, anexo VIII).

A decisão judicial referida pela empresa autuada cuida de liminar em Mandado de Segurança nº 13981/2001, impetrado pela empresa [...], concedida em 22 de outubro de 2001 (fls. 86/102), e comunicada à empresa autuada por meio do Ofício de fls. 85, informando que estava suspensa a cobrança de ICMS antecipado da empresa impetrante.

A liminar concedida pelo Juiz de Direito da Comarca de Itumbiara não pode ser interpretada como uma ordem para que a empresa [...] vendesse cerveja para a empresa [...]. O comando da referida liminar é no sentido de suspender a cobrança de ICMS antecipado da impetrante, porém, em momento algum determinou que a [...] vendesse as mercadorias para a impetrante, muito menos que deixasse de adotar as cautelas necessárias.

A Recorrente tinha pleno conhecimento do caráter precário e temporário da medida liminar que, sendo revogada, voltaria à situação anterior, como se ela não tivesse existido. Assim, quem toma decisões como base em medida liminar,

sabe os riscos a que está sujeito e deve se precaver das consequências de uma possível cassação da medida liminar.

É ponto pacífico que uma vez cassada a medida liminar o que se tem é um retorno puro e simples à situação em que estava anteriormente. Da medida liminar não decorrem efeitos. Apaga-se tudo. É como se o tempo tivesse parado.

Também não prevalece a alegação da Recorrente de que sua responsabilidade ficou excluída por força do disposto no art. 34, parágrafo único, I, "a", 2, pois o distribuidor adquirente, estabelecido no Estado de Goiás, assumiu, excepcionalmente, a condição de substituto na vigência da medida liminar.

Vejamos o comando estabelecido no art. 34, parágrafo único, I, "a", 2 do Anexo VIII do RCTE:

"Art. 34. (...)

Parágrafo único. Assume a condição de substituto tributário, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso:

I - em relação à mercadoria constante do Apêndice I:

a) o contribuinte estabelecido neste Estado que adquirir mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária:

1. proveniente de outra unidade da Federação ou do exterior;

2. de contribuinte que tenha obtido medida judicial liminar suspendendo a aplicação desse regime; (...)."

O dispositivo acima citado trata de mercadoria do Apêndice I, e o produto em discussão (CERVEJA) é mercadoria do Apêndice II. Portanto, inaplicável ao caso em tela. Ademais, a medida liminar foi concedida ao destinatário da mercadoria e não ao remetente, conforme consta do referido dispositivo.

Cabe registrar que antes da concessão da liminar inexistiam notas fiscais de cerveja destinadas a empresa [...], e que após a sua revogação, cessaram as emissões de notas fiscais.

Ademais, a atuada [...], não trouxe aos autos a mais simples prova da realização das operações com a empresa destinatária consignada nos documentos fiscais.

Ao se analisar os dados cadastrais da suposta destinatária da mercadoria (fl. 5), verifica-se que a empresa [...], tinha capital social de R\$ 13.000,00 e que a área do seu estabelecimento era de 100 m². Portanto, capital social diminuto e área comercial insignificante para tamanha aquisição de cerveja.

Desnecessário afirmar de que quem realiza venda de mercadoria no valor comercial apurado neste auto de infração deve dispor de elementos para

comprovar a realização dessa venda. Inaceitável a alegação de que realizou as vendas e não trazer uma simples prova dessa operação realizada com o suposto destinatário.

As provas constantes dos autos são no sentido de que a [...], não realizou as operações com a empresa indicada nos documentos fiscais como destinatária, pois essa não tinha a menor capacidade para aquisição de tais quantidades de mercadorias e, tampouco, tinha mercado para vendê-las, tendo em vista ser estabelecida em pequena cidade do interior de Goiás e longe dos grandes centros consumidores.

Também devo informar que a suposta destinatária da mercadoria, a empresa [...], conforme dados cadastrais de fl. 5, iniciou suas atividades em 05/10/2001 e teve sua inscrição suspensa por desaparecimento em 15/04/2002. Portanto, logo em seguida a cassação da liminar, a empresa destinatária encerrou suas atividades sem providenciar a sua baixa cadastral.

A única certeza que se tem no processo é que as mercadorias saíram do estabelecimento da [...], e adentraram ao Estado de Goiás sem o pagamento do imposto devido, conforme informações fornecidas pela Recorrente ao Fisco goiano.

Considerando que a legislação tributária assevera, clara e objetivamente, que o industrial ou o fabricante de cerveja é o substituto tributário, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto pelas operações internas subsequentes, responsabilidade que não pode ser afastada por uma medida liminar concedida em processo do qual a empresa autuada não é parte, entendo como temerário e inoportuno o acolhimento da preliminar de erro de identificação do sujeito passivo arguida pela empresa [...], para excluí-la da lide, tendo em vista que ela é a única pessoa que tem conhecimento do real destino das mercadorias que adentraram ao Estado de Goiás sem o pagamento do imposto.

Ademais, acolher a preliminar de erro de identificação do sujeito passivo arguida pela [...] e, conseqüentemente, excluí-la da lide, significa inviabilizar por completo o recebimento do crédito tributário pelo Estado de Goiás, tendo em vista que a participação da solidária [...], ao que tudo indica, se resumiu em permitir que o seu nome fosse utilizado para pleitear a liminar e para figurar nos documentos fiscais como destinatária de mercadorias que nunca adquiriu.

Com essas considerações rejeito o pedido de exclusão da lide do sujeito passivo [...].

Em referência às alegações feitas pela autuada quanto ao caráter confiscatório da multa instituída pela lei, vejo que esse assunto é matéria cuja competência para apreciação falta a este órgão, ao qual compete fazer o controle da legalidade do lançamento, que consiste em analisar e verificar se o auto de infração está de acordo com as normas objetivamente postas e se foi assegurado ao sujeito passivo as garantias processuais na tramitação do processo administrativo tributário.

A penalidade aplicada é adequada para a acusação fiscal constante da peça inicial. Ademais, a atividade administrativa do lançamento tributário é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (CTN, art. 142, parágrafo único). Assim, o agente do Fisco ao tomar conhecimento de irregularidade tem a obrigação de lavrar o auto de infração e aplicar a penalidade prevista para o caso.

Devo, ainda, assinalar a existência de vedação legal, explícita, a este órgão julgador de apreciar as matérias aventadas pela atuada. Nesse sentido, vale conferir o disposto no artigo 6º, § 4º, Lei nº 16.469/09: "*Não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.*"

A alegação da Recorrente de que a exigência em tela configura bitributação, tendo em vista que o Estado de São Paulo imputou-lhe a inexistência de efetiva remessa interestadual das mercadorias e que o Estado de Goiás exige da Recorrente a substituição tributária plena, não pode prevalecer.

A exigência tributária em discussão está fundada nas notas fiscais emitidas pela atuada para destinatário estabelecido neste Estado. Entendemos que há provas suficientes nos autos a demonstrar que essas mercadorias vieram para este Estado Goiás sem a retenção do ICMS-ST. De forma que esse imposto pertence à fazenda pública do Estado de Goiás.

A definição do sujeito ativo da relação jurídico tributária é em face de lei, não pode a empresa escolher pessoa diferente do polo ativo para efetuar o pagamento do imposto devido, no caso em tela, a Recorrente emitiu notas fiscais para o Estado de Goiás e pretende pagar o ICMS-ST para o Estado de São Paulo.

O não pagamento do ICMS substituição tributária devido ao Estado de Goiás está sobejamente comprovado, fato não contestado por nenhum dos sujeitos passivos, razão pela qual entendo que a decisão cameral que considerou procedente o lançamento deve ser mantida.

Diante do exposto, conheço do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para rejeitar as preliminares exclusão do sujeito passivo [...], de cerceamento ao direito de defesa e de decadência e, quanto ao mérito, para confirmar a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração, ficando inadmitida a preliminar de nulidade do auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo.

Sala das sessões plenárias, em 05 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento - mercadoria sujeita à substituição tributária - operação anterior (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02890/10

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Aquisição de mercadoria sujeita à substituição tributária pela operação anterior. Omissão de recolhimento do imposto. Débito compensado com o saldo credor existente. Improcedência. Decisão unânime.

I - Conforme disposição do art. 11, XXI, "b", 3, do Anexo IX do RCTE, o saldo credor acumulado pelo contribuinte, em decorrência da utilização do benefício fiscal do crédito outorgado, pode ser compensado com o imposto de sua responsabilidade devido por substituição tributária relativamente à aquisição de bovino ou bufalino.

II - A constatação de que o contribuinte dispõe de saldo credor suficiente para compensar o débito do ICMS devido por substituição tributária, de sua responsabilidade, é suficiente para a declaração de improcedência do lançamento.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 16 de setembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Álvaro Falanque, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, José Paixão de Oliveira Gomes, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Elias Alves dos Santos, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Aguinaldo Fernandes de Melo.

RELATÓRIO

Nesse processo, a acusação fiscal é de que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS substituição tributária, no valor de R\$ 5.817.338,25, regularmente apurado e registrado em livro próprio, no período de janeiro de 2004 a 30 de abril de 2006, referente a operações internas de aquisição de gado bovino para abate, conforme demonstrativos e documentos anexos. Foi incluído como solidário, na condição de acionista controlador, [...].

Consta, ainda, na descrição da ocorrência, que a empresa escriturou os valores do imposto no campo OUTROS DÉBITOS (Cód. 40) e não possuía saldo credor suficiente para compensação, nos termos do art. 11, inciso XXI, alínea "b",

item 3, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, motivo pelo qual fica sujeito ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais.

Foram dados como infringidos os artigos 50 e 64, da Lei 11.651/91, c/c artigos 3º e 43, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97 e TARE nº 058/93-GSF. Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, inciso II, da Lei 11.651/91. O lançamento foi instruído com os demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS, de fls. 030 a 066, e cópias dos livros fiscais de fls. 069 a 234.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação à primeira instância, a empresa atuada compareceu ao processo, alegando que o lançamento é improcedente, tendo em vista que possuía saldo credor proveniente de crédito outorgado que foi indevidamente estornado por meio do Auto de Infração nº 3 0223973 663 77, também em fase de impugnação.

O não comparecimento do solidário, em qualquer das etapas do processo, está registrada nos Termos de Revelia e de Perempção de fls. 346 e 356 dos autos.

Por meio da Sentença nº 2.267/07, de fls. 348 a 351, o julgador singular considerou procedente o lançamento, afirmando que o auto de infração nº 3 0223973 663 77, também foi julgado procedente, por tratar de benefício condicionado à apresentação dos arquivos magnéticos, os quais não foram apresentados.

No julgamento cameral, a decisão proferida pelo julgador singular foi mantida, motivando o sujeito passivo a interpor recurso ao Conselho Pleno.

O julgamento previsto no Conselho Pleno foi sobrestado, tanto para que fosse pautado em conjunto com o Processo nº 3 0223973 663 77, quanto para aguardar a resposta da Administração Fazendária ao pedido de reanálise dos dois processos (deste e do de nº 3022397366377), referentes à extinção de crédito tributário fulcrado na reedição da Lei nº 16.150/2007, pela Lei 16.462/08, a qual criou novo prazo para o cumprimento das condicionantes ali estabelecidas.

Às fls. 563 a 565, a recorrente vem novamente ao processo e argumenta que a reanálise solicitada pela empresa resultou no reconhecimento do direito à convalidação do crédito tributário reclamado no Processo nº 3 0223973 663 77. Com isso, houve alteração nos saldos credores finais dos períodos, nos exercícios de 2004 a 2006, modificando totalmente os valores reclamados no auto de infração ora analisado, de forma a não apontar mais a existência de ICMS substituição tributária a recolher, conforme conclusão do auditor fiscal encarregado da reanálise do pedido feito pela empresa.

Às fls. 566 foi juntada cópia do Parecer (sem número), expedido pelo Auditor Fiscal encarregado pela reanálise do pedido de convalidação, acompanhado dos demonstrativos por ele elaborados, os quais não apontam a existência de ICMS substituição tributária a recolher.

Nessas condições, e após solicitação do Processo nº 3 0223973 663 77, para as devidas verificações, foi o processo novamente pautado para julgamento.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

DECISÃO

O crédito tributário reclamado neste processo está diretamente relacionado com o Processo nº 3 0223973 663 77, que resultou da desconsideração do crédito outorgado apropriado pelo contribuinte com base no art. 11, XXI, do Anexo IX do RCTE, sob o argumento de que não foi cumprida a condição estabelecida no Termo de Acordo de Regime Especial firmado com a Secretaria da Fazenda, qual seja, o de apresentar arquivo magnético de conformidade com a exigência da legislação específica.

Com a desconsideração dos valores correspondentes ao crédito outorgado o contribuinte passou à condição de omissor em relação ao recolhimento do ICMS substituição tributária de sua responsabilidade, pois deixou de ter saldo credor suficiente para realizar a compensação autorizada no próprio inciso XXI do artigo mencionado.

Essa situação, que prevaleceu durante toda a tramitação dos dois processos, somente foi alterada após a apreciação do pedido de reanálise de convalidação de crédito tributário formalizado pelo contribuinte, que se tornou possível a partir da reedição da Lei nº 16.150/2007, pela Lei 16.462/08, que fixou novo prazo para a convalidação da utilização de benefícios fiscais sem o cumprimento das condicionantes previstas no art. 2º da referida Lei.

Verifica-se, pela cópia do Parecer (sem número) anexada às fls. 566, que o Auditor Fiscal, encarregado da reanálise do pedido de convalidação apresentado pelo contribuinte, concluiu que o crédito tributário constituído por meio deste auto de infração “não se enquadra nos requisitos, estabelecidos na Lei nº 16.150/07, para convalidação da utilização de benefícios fiscais sem o cumprimento das condicionantes previstas no art. 2º da referida Lei, para extinção de crédito, pois a convalidação prevista neste é concedida no caso de utilização de benefício fiscal, mas o referido auto de infração é relativo a falta de recolhimento do ICMS substituição tributária pela operação anterior, não se referindo, portanto, à utilização de benefício [...] entretanto, como a convalidação do Auto de Infração nº 3 0223973 663 77 alterou os saldos credores finais dos períodos nos exercícios de 2004 a 2006, os valores deste auto de infração também ficam alterados. Conforme demonstrativos anexos, não há valores a recolher referentes a ICMS substituição tributária operação anterior”.

O referido Parecer está acompanhado dos demonstrativos do trabalho de auditoria fiscal, nos quais consta que, após a consideração dos valores correspondentes ao crédito outorgado, a fiscalização não apurou a existência de ICMS substituição tributária a recolher. Os saldos credores existentes em todos os

meses do período informado no auto de infração foram suficientes para a compensação do ICMS substituição tributária devido pelo contribuinte.

O crédito outorgado que a empresa autuada utilizou para compensação com o débito relativo ao ICMS substituição tributária pela operação interna anterior de aquisição de bovino para abate, bem como a autorização para a compensação, está previsto no art. 11, inciso XXI, “a” e “b”, 3, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 (RCTE), conforme redação atualmente em vigor:

“Art. 11. Constitui crédito outorgado:

[...]

XXI - para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, o valor equivalente à aplicação do percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da exportação que realizar com produto comestível resultante do abate ou desossa, realizados em seu próprio estabelecimento, de bovino, bufalino ou carne com osso, adquiridos em operação interna com os benefícios da redução da base de cálculo prevista no inciso XIV do art. 8º ou do crédito outorgado previsto no inciso V do art. 11, ambos deste anexo, ainda que submetido a outros processos industriais, observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 1º, I, “d”):

a) o benefício somente aplica-se ao contribuinte que:

1. estiver adimplente com o ICMS relativo à obrigação tributária vencida a partir de 1º de dezembro de 2000, exceto aquela com exigibilidade suspensa, correspondente a período de apuração anterior à operação de exportação, tanto em relação à obrigação própria quanto àquela em que for responsável ou substituto tributário;

2. for credenciado pelo órgão sanitário competente e pela Agência Goiana de Desenvolvimento Rural e Fundiário;

3. for habilitado pelo órgão competente a promover exportação com produto comestível resultante do abate de bovino ou bufalino, ainda que submetido a outros processos industriais;

4. celebrar termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

5. promover o estorno do valor equivalente à aplicação de 9% (nove por cento) sobre o valor da aquisição, na hipótese em que o estabelecimento frigorífico ou abatedor tenha adquirido carne para desossa;

b) o saldo credor acumulado em decorrência da aplicação deste benefício pode ser, na seguinte ordem:

[...]

3. compensado com o imposto de sua responsabilidade devido por substituição tributária relativamente à aquisição do bovino ou bufalino;

[...]” .

Nessas condições, pelo que foi considerado, voto, conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 14 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento - mercadorias destinadas prestação de serviço não sujeitas a ICMS (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02389/10

Relator: Conselheiro Domingos Caruso Neto

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento do diferencial de alíquotas. Aquisições interestaduais. Mercadorias destinadas a prestações de serviço não sujeitas ao ICMS. Improcedência. Decisão unânime.

Aquisições interestaduais de mercadorias, que tenham a finalidade de prestação de serviços sobre os quais não incide o ICMS, não sujeitam o adquirente ao recolhimento do diferencial de alíquotas.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 20 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Paixão de Oliveira Gomes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Álvaro Falanque, Elias Alves dos Santos e Edson Abrão da Silva. Em função do resultado da votação fica prejudicada a preliminar de reinclusão dos solidários na lide, arguida pela Representação Fazendária.

RELATÓRIO

Consta da descrição do lançamento que o sujeito passivo deixou de recolher, no prazo legal, o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido, sob o regime de substituição tributária pelas operações posteriores, no valor de R\$ 1.603,97 (um mil, seiscentos e três reais e noventa e sete centavos).

A ação fiscal é dirigida contra estabelecimento de locação de fitas e comerciante varejista de mercadorias em geral e contra sócios administradores e, como parte da instrução processual, foram anexados, pelo Fisco, ficha de identificação dos sujeitos passivos solidários (fls. 4); cópias de formulários de atualização cadastral (FAC) (fls. 6 e 7); cópias de contrato social (fls. 8 a 10); cópia do Parecer nº 175/2001-AST (fls. 13 a 15); relatório de DAREs e NF's por sujeito passivo (fls. 16 a 19); e cópias de notas fiscais (fls. 20 a 83).

O Parecer mencionado conclui que “o contribuinte do ICMS, que embora realize preponderantemente prestação de serviço sujeita ao ISS está sujeito em suas operações de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo e ativo imobilizado à aplicação da alíquota interestadual e ao recolhimento do imposto correspondente ao diferencial de alíquota”.

Regularmente intimada, a sociedade empresária apresenta Impugnação (fls. 95 a 107), na qual afirma que é inconstitucional o entendimento segundo o qual da prestação do serviço de locação decorreria a alienação de fitas de videocassete gravadas; que apesar de ser cadastrado como contribuinte de ICMS, adquire fitas gravadas no formato de VHS ou DVD, e as utiliza somente para locação, não tendo emitido nenhum cupom ou Nota Fiscal de venda destas mídias; e que o diferencial de alíquotas deveria ser cobrado somente dos estabelecimentos que adquirem as mídias para revenda, o que não é o caso da impugnante. Junta ao processo o Parecer nº 1173/99-AST, que conclui que “na distribuição de filme contido em fita de vídeo cassete e de programa de CD Rom para empresas de locação de fitas de vídeo ou de programas (vídeo-locadoras), ou destinadas à apresentação de filmes (cinemas), incide unicamente o ISS”.

Regularmente intimados, os sócios administradores deixaram de apresentar Impugnação, razão pela qual tornaram-se revéis.

Julgadora Singular, através da Sentença nº 3902/07-COJP (fls. 111 e 112), decide pela procedência do lançamento.

Inconformados, os sujeitos passivos sociedade empresária e [...] apresentam recurso voluntário conjunto (fls. 121 a 132), argumentando que o auto de infração é nulo porque a apuração da irregularidade descrita não condiz com a realidade; que a recorrente é locadora de filmes; que a atividade comercial que realiza é de máquinas e equipamentos eletrônicos; que em relação aos filmes realiza tão somente a prestação do serviço de locação, e não a venda.

Após correção de falha de intimação determinada por Resolução Cameral (fls. 134), o sujeito passivo [...] apresenta peça (fls. 140 a 147), com os mesmos argumentos apresentados no recurso voluntário dos demais sujeitos passivos.

Em apreciação dos argumentos trazidos (fls. 151 a 154), a Quarta Câmara decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo, a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. E, por maioria de votos, acolher o pedido de exclusão da lide dos solidários [...] e [...]. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

O fundamento da decisão foi de que, exercendo o sujeito passivo prestação de serviço sujeita a tributação municipal, não se sujeita a tributação pelo ICMS, que foi cobrado, na etapa em que era devido, à fazenda pública de circunscrição do remetente das notas fiscais, momento no qual o imposto foi corretamente destacado, com alíquota cheia.

Inconformada com a decisão cameral, a Fazenda Pública Estadual interpôs Recurso ao Conselho Pleno (fls. 156 e 157), clamando pela reinclusão na lide dos solidários e, no mérito, pela procedência do lançamento.

Quanto à reinclusão dos solidários, fundamenta o pedido com base no inciso II do art. 124 do CTN e no inciso XII do art. 45 do CTE.

Já no que se refere ao mérito, afirma que o Parecer nº 1173/99-AST, no ponto em que afirma incidir apenas ISS e não ICMS, aplica-se nas remessas a contribuinte exclusivo do ISS. No caso de o estabelecimento ser contribuinte dos dois tributos, aplicar-se-ia a disciplina constante do Parecer nº 175/2001-AST, que é posterior e mais específico, inclusive no que se refere à necessidade de repartição do ICMS entre as unidades federadas de origem e de destino das mercadorias.

Os sujeitos passivos apresentam contradita ao Recurso da Fazenda Pública (fls. 162 a 201), argumentando que o estabelecimento autuado exerce a atividade de locação de filmes e a de comércio de máquinas e equipamentos eletrônicos; que as atividades não se confundem; que o auto de infração é nulo por cerceamento e por insegurança na determinação da infração; que inexistente a condição de solidariedade dos sócios administradores apontada no lançamento; que as fitas de vídeo foram adquiridas pela autuada com a finalidade única e exclusiva de locação; prestação de serviços elencada na lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116, de 31 de Julho de 2003; e que a Súmula nº 135 do STJ declara que o ICMS não incide sobre a gravação e a distribuição de filmes e videotapes; razões pelas quais pede a confirmação da improcedência do lançamento.

Junta ao processo ficha de cadastro municipal (fls. 169 e 170); e cópias de Livro de Registro de Serviços Prestados (fls. 171 a 201).

DECISÃO

O recolhimento do diferencial de alíquotas, ora reclamado, é de previsão constitucional, instituído não em favor ou desfavor de determinados contribuintes, mas sim como forma de não penalizar as unidades da federação essencialmente consumidoras de produtos industrializados, como é o caso de nosso Estado.

Destaco que consta, do processo (fls. 6), prova de que o sujeito passivo é inscrito no CCE enquanto comerciante varejista de máquinas e equipamentos eletrônicos.

Além disso, constam cópias de ficha de cadastro municipal (fls. 169 e 170); e de Livro de Registro de Serviços Prestados (fls. 171 a 201). No cadastro municipal constam, como atividade do contribuinte, serviços de telecomunicações, provedor de acesso à internet e locação de fitas de vídeo/DVDs e similares.

O Parecer nº 175/2001-AST, dispõe sobre o recolhimento do diferencial de alíquota na aquisição de mercadorias, em operações interestaduais, por contribuinte que realize, preponderantemente, prestações de serviço não sujeitas ao ICMS, como se segue:

“(...) o contribuinte do ICMS, que embora realize preponderantemente prestação de serviço sujeita ao ISS está sujeito em suas operações de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo e ativo imobilizado à aplicação da alíquota interestadual e ao recolhimento do imposto correspondente ao diferencial de alíquota”.

Adoto o entendimento constante do parecer, com a ressalva de que, quando a aquisição interestadual for de bem destinado única e exclusivamente à prestação de serviços sobre os quais não incide o ICMS, a alíquota aplicável é a interestadual, e não há que se falar em recolhimento de diferencial de alíquotas.

Assim, como o contribuinte autuado realiza, em sua atividade empresarial, tanto operações de circulação de mercadorias, fatos geradores de ICMS; quanto prestações de serviços não tributados pelo estado, é necessário investigar se as mercadorias objeto do presente lançamento foram adquiridas com a finalidade de prestação de serviços ou realização de operações sobre as quais incide o ICMS.

Sabe-se que, sobre a comercialização de fitas de vídeo produzidas em série e ofertadas ao público em geral incide ICMS, pois em operações dessa monta, esse produto se qualifica como mercadoria. Entretanto, no lançamento não se comprova a realização, pelo sujeito passivo, de qualquer venda de fita VHS.

Logo, observando as provas, vislumbro que não se trata da aquisição de bens ou mercadorias destinados a uso, consumo ou integração ao ativo fixo, que poderiam também ensejar a obtenção de receitas tributáveis pelo Estado.

Ao contrário, diante do exame dos autos, em especial dos cadastros estadual e municipal do polo passivo, as fitas VHS adquiridas se destinam somente à locação, prestação de serviço não tributada pelo ICMS.

Aqui ressalto que caberia ao Fisco o ônus da prova. Nesse sentido, em situação semelhante, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no RESP 194.545, com a seguinte ementa:

“Demonstrando o contribuinte que a sua atividade social consiste na locação de fitas de vídeo cassete, caberia ao Fisco comprovar que, em verdade, a mercadoria apreendida destinava-se à comercialização, uma vez que tal circunstância constitui fato modificativo do direito do autor (art. 333, II, do CPC)”.

Posto isso, em consonância com a unanimidade de meus pares, conheço do recurso da representação fazendária e nego-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 12 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento - redução base de cálculo sem atendimento condicionante (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00061/10

Relator: Conselheiro Itamar Alves Carrijo

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Auditoria básica do ICMS. Não atendimento de condicionante para a redução da base de cálculo. Procedente. Decisão por maioria.

I - Na forma do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, responde solidariamente com o contribuinte, pelo imposto devido na operação, os administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis.

II - Não havendo previsão específica e expressa, é autônomo cada estabelecimento do contribuinte e encontra-se sujeito ao cumprimento individual da obrigação principal ou acessória imposta ao contribuinte, inclusive ao atendimento das condicionantes previstas para efeito de fluência do benefício fiscal.

III - A fruição do benefício fiscal contido no art. 8º, inciso XLI, do Anexo IX, do RCTE, na forma autorizada no Convênio ICMS nº 89/05, relativo a operação interestadual com produtos comestíveis resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos, está condicionada existência de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, celebrado entre o estabelecimento do contribuinte e a Secretaria da Fazenda.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 19 de novembro de 2009, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários [...],[...] e [...], da lide, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, Antônio Martins da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca e Gustavo Alberto Izac Pinto. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, Antônio Martins da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor e o Sr. Presidente,

Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcides de Souza Fonseca e Gustavo Alberto Izac Pinto que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Descreve a acusação fiscal que realizou saídas de mercadorias acobertadas pelas notas fiscais relacionadas e anexas, com utilização indevida da redução da base de cálculo prevista no art. 8º, inciso XLI, do Anexo IX, do RCTE, haja vista não ter celebrado TARE com a SEFAZ-GO. O CONFAZ, autorizou o referido benefício fiscal, via Convênio ICMS 89/05, mediante regras de controle próprias de cada legislação fiscal, que em Goiás, estabeleceu, uma delas, a obrigatoriedade do TARE, ficando sujeito ao pagamento do valor de R\$ 2.805.005,31, de ICMS devido, mais penalidade e acréscimos legais, relativo ao período de 01/2006 a setembro de 2006.

A infração encontra-se descrita nos art.(s) 15 e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c arts. 1º, § 1º; 5º e 8º, inciso XLI, alínea "c", do Anexo IX e arts. 82 e 86, do Decreto nº 4.852/97 e a penalidade no art. 71, inciso VIII, alínea "a" e § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91. Como sujeitos passivos co-responsáveis, são identificados Jelicoe Pedro Ferreira, Mauro Suaiden e Geraldo Antonio Prearo, na condição de administradores.

Os autos são instruídos com Anexo I - Notas Explicativas, de folhas 09 a 14, Planilha Resumo, folha 15, Relação das Notas fiscais, folhas 16 a 52, Relação de Notas Fiscais já autuadas e excluídas do AI 30302626 451 20, folhas 53 e 54, documentos constitutivos da empresa, folhas 55 a 132 e cópias das notas fiscais relacionadas, folhas 134 do vol. 1 à folha 2857 do volume 06.

Devidamente intimados, a empresa e os solidários comparecem em conjunto, solicitando a sua exclusão do polo passivo, visto decisões de tribunais superiores, declarando nulo o auto de infração.

Quanto ao mérito, argui que se vê prejudicada pela Secretaria da Fazenda, que não celebrou o TARE em tempo hábil e que a Portaria nº 166/2006-GSF, resolveu a situação somente dos que tinha o TARE e que por entender que carga tributária e alíquota de 7% fosse a mesma coisa, estornou parte dos créditos de direito e que não ha dúvida que sempre agiu dentro dos limites estabelecidos pela SEFAZ.

Argui superposição com os lançamentos dos Autos de Infração mencionados, em número de 10 (dez), que totalizam R\$ 146.252,10 de ICMS e finaliza pedindo nulidade do auto de infração por erro de identificação dos sujeitos passivos solidários e no mérito a improcedência em vista do equívoco cometido pela SEFAZ.

No julgamento singular em vista de estar configurada a responsabilidade dos solidários, face o poder de administração na 116ª alteração contratual, folha 109 a 132, decidem pela manutenção dos solidários na lide.

Quanto a duplicidade de lançamento, a planilha de exclusão de documentos fiscais, juntados pelos autuantes, efetuaram as exclusões dos documentos fiscais constantes dos lançamentos mencionados pela defesa.

No mérito, face a ausência de provas que ilidam a ação fiscal, decidem pela procedência do feito.

Intimados os sujeitos passivos, via representante legal, comparecem com Recurso Voluntário, sustentando a ausência de provas previstas no art. 135 do CTN e transcrevendo acórdão cameral, de lavra do Conselheiro José Manoel Caixeta Haun, que retira solidários da lide nesta situação, sustentam a exclusão dos solidários da lide.

Mantêm o argumento de mérito, que se vê prejudicada pela Secretaria da Fazenda, que não celebrou o TARE em tempo hábil e que a Portaria nº 166/2006-GSF, resolveu a situação somente dos que tinha o TARE e que por entender que carga tributária e alíquota de 7% fosse a mesma coisa, estornou parte dos créditos de direito e que não ha dúvida que sempre agiu dentro dos limites estabelecidos pela SEFAZ.

Sustentam também, que face a interdependência entre filiais, prevista no art. 25 da Lei Complementar n.º 87/96, poderia o TARE da filia de Rio Verde ser extensivo à esta filial, que nesta lógica não haveria redução indevida da base de cálculo.

Mantêm, também, o argumento de superposição de lançamento e o pedido de exclusão dos solidários da lide e a improcedência do feito.

Submetidos a julgamento na Quarta Câmara, decidiram por maioria de votos rejeitar e preliminar de exclusão dos solidários da lide e manter a sentença singular pela procedência do feito; não tendo sido acolhida a tese de dispensa de celebração do TARE e de extensão do TARE de Rio Verde para esta filial, em vista da autonomia dos estabelecimentos.

Intimados da decisão cameral, retornam com Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, sustentando a exclusão dos solidários da lide esopando os mesmos motivos já sustentados, acrescentando a citação da decisão do TRF, em que no item 4 da ementa, consta resumidamente, que a Fazenda Nacional não comprovou que o antigo sócio da pessoa jurídica, a prática de atos tipificados no caput do art. 135, do CTN a mesma tese de que se vê prejudicada pela Secretaria da Fazenda, que não celebrou o TARE em tempo hábil e que a Portaria nº 166/2006-GSF, resolveu a situação somente dos que tinha o TARE e que por entender que carga tributária e alíquota de 7% fosse a mesma coisa, estornou parte dos créditos de direito e que não ha dúvida que sempre agiu dentro dos limites estabelecidos pela SEFAZ e da interdependência de filiais e que a

legislação tributária de nível hierárquico inferior não contradizem a equiparação pretendida e conclui pedindo a exclusão dos solidários da lide e a improcedência do feito.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, analisando o procedimento à luz do art. 142 do Código Tributário Nacional, constata-se a competência legal da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim como a devida verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, foi determinada a matéria tributável, calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e o solidário e inclusive a proposição da penalidade cabível, portanto do ponto de vista legal, não incorre em nenhuma das preliminares de nulidades processual previstas.

Em relação ao pedido de exclusão de solidários e quanto ao mérito, em vista da inexistência de qualquer reforma do Acórdão Cameral n.º 1812/2009, contido às folhas 2.982 a 2.988, de lavrada do nobre Conselheiro Luiz Honório dos Santos, na forma permissiva contida no § 2º, do art. 38, da Lei n.º 16.469/09, adoto-o, *ipsis litteris*, na parte da fundamentação e decisão, tendo em vista comungar o mesmo entendimento, na forma que reproduzo abaixo:

“Como razões de decidir, considerei o seguinte:

1. A acusação fiscal é de que a filial de Jatai GO, inscrição no CCE n.º 103894527, do Sujeito Passivo, não tendo celebrado TARE, não fez jus ao direito de usufruir o benefício fiscal previsto no inciso XLI do art. 8º, do Anexo IX, do RCTE, benefício este concedido pelo Estado de Goiás e autorizado pelo CONFAZ, via Convênio ICMS 89/05. Consequentemente, o ICMS devido pela saída interestadual de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, secos ou temperados, resultantes do abate de ave, leporídeo e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino ou suíno, efetuada pelo Frigorífico Margem - filial Jatai GO, deve ser recolhido integralmente.

2. Apreciando a preliminar de exclusão da lide dos administradores incluídos como solidários, arguida pelo Sujeito Passivo, não a acolho. A inclusão e manutenção necessária dos administradores como solidários dá-se em estrito cumprimento de expressa disposição legal prevista no art. 45 da Lei n.º 11.651/91, falecendo competência a este Conselho para reformar esse comando legal.

3. Quanto ao mérito, considerei as condicionantes para a fruição do benefício fiscal, entre elas a exigência não cumprida da celebração de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE - prevista no inciso XLI do art. 8º do Anexo IX do Decreto n.º 4.852/97, transcrito em frente:

“Art. 8º A base de cálculo do ICMS é reduzida:

(Acrescido o inciso XLI ao art. 8º pelo art. 1º do Decreto n.º 6.343, de 29.12.2005 - vigência 01.01.2006):

XLI - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do percentual equivalente a 7% (sete por cento) na saída interestadual de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de ave, leporídeo e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino ou suíno, observado o seguinte (Convênio ICMS 89/05, cláusula primeira):

a) fica mantido o crédito relativo à entrada do animal para abate;

b) o benefício previsto neste inciso aplica-se cumulativamente com os créditos outorgados previstos nos incisos V e VI do art. 11, hipótese em que o percentual de 9% (nove por cento) previsto naqueles incisos deve ser reduzido para 4% (quatro por cento) sobre o valor da operação;

c) o contribuinte deve ser signatário de termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

d) o Secretário da Fazenda pode expedir ato que estabeleça o controle sobre a operação interestadual, com vistas a garantir o efetivo cumprimento das exigências para se fazer jus ao benefício fiscal.

4. Consta, ainda, do citado dispositivo, a seguinte nota:

"Nota: O art. 1º da Portaria n.º 166/2006-GSF, com vigência a partir de 10.07.06, estabelece:

"Art. 1º Ao estabelecimento frigorífico ou abatedor signatário de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE para o fim de fruição do benefício fiscal do crédito outorgado previsto no art. 11, inciso V, do Anexo IX do RCTE, aplica-se, também, a partir de 1º de janeiro de 2006, na operação de saída interestadual de carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de leporídeo e de gado bovino, bufalino, caprino ou ovino, o benefício da redução da base de cálculo do ICMS prevista no art. 8º, XLI, do Anexo IX, do RCTE, observado o seguinte:

a) fica mantido o crédito relativo à entrada de animal para abate;

b) o benefício previsto neste artigo aplica-se cumulativamente com o crédito outorgado previsto no referido inciso V do art. 11, do Anexo IX, do RCTE, hipótese em que o percentual de 9% (nove por cento) previsto naquele inciso deve ser reduzido para 4% (quatro por cento) sobre o valor da operação."

5. Não acolho a tese da pretendida dispensa da celebração de TARE para o benefício instituído pelo inciso XLI para o estabelecimento autuado, com fundamento na Portaria acima transcrita. De fato, a citada Portaria n.º 166/2006-GSF admitiu a cumulatividade dos créditos outorgados pelos incisos XLI do art. 8º, e V do art. 11, ambos do Anexo IX do RCTE, ao estabelecimento que já possuía TARE para o benefício previsto no art. 11, inciso V, do Anexo IX do RCTE. A Portaria citada não beneficiou a filial estabelecida em Jataí GO, porque esta não era signatária de TARE para o benefício do inciso V do art. 11 do Anexo IX do RCTE.

6. Não acolho também a tese exposta pelo Sujeito Passivo da interdependência entre filiais e de que o Termo de Acordo de Regime Especial - TARE - celebrado pelo Sujeito Passivo com a Secretaria da Fazenda estenda-se sem reserva aos demais estabelecimentos da empresa, primeiro, porque o TARE distinguuiu os

estabelecimentos autorizados; segundo, por contrariar a tese os próprios conceitos de estabelecimento e da sua autonomia, constantes das normas tributárias. O conceito de estabelecimento encontra-se nos art. 4º da Portaria n.º 1.483/89, e 11 da Instrução Normativa n.º 946/09-GSF; e o da autonomia dos estabelecimentos nos arts. 99 do Decreto n.º 4.852/97 e 12 da Instrução Normativa n.º 946/09, adiante transcritos:

a) conceito de estabelecimento:

Portaria n.º 1483/89, Art. 4º: "Entende-se por estabelecimento o local, privado ou público, edificado ou não, onde o contribuinte exerce suas atividades, em caráter temporário ou permanente, bem como aquele onde se encontram armazenadas mercadorias, ainda que o local pertença a terceiros."

Instrução Normativa n.º 946/09-GSF, Art. 11: "Entende-se por estabelecimento o local, privado ou público, edificado ou não, onde o contribuinte exerce suas atividades, em caráter temporário ou permanente, bem como aquele onde se encontram armazenadas mercadorias, ainda que o local pertença a terceiros."

b) conceito de autonomia dos estabelecimentos:

Decreto n.º 4.852/97, Art. 99: "Cada estabelecimento, seja matriz, sucursal, filial, agência, depósito ou representante, constitui uma unidade cadastral autônoma e deve ser identificado de forma distinta por um número próprio de inscrição."

Instrução Normativa n.º 946/09-GSF, Art. 11: "Cada estabelecimento, seja matriz, sucursal, filial, agência, depósito ou representante, constitui uma unidade cadastral autônoma e deve ser identificado de forma distinta por um número próprio de inscrição.""

Diante de toda a matéria exposta, com relação a pretendida extensão da aplicação do TARE da filial de Rio Verde para o estabelecimento autuado, resta esclarecer que a interdependência financeira e contábil, existente entre estabelecimentos da mesma empresa, inclusive a permissão legal para a transferência de valor financeiro, representado pelo saldo credor do ICMS, em valor máximo correspondente ao saldo devedor do estabelecimento recebedor, não afeta a autonomia fiscal exigida na legislação tributária, no tocante ao cumprimento da obrigação principal e acessória por estabelecimento, o que nos conduz a manutenção integral da decisão recorrida.

Com as razões e fundamentos acima, conheço do Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento, para manter a decisão cameral que confirmou a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 19 de janeiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento - remessa por conta e ordem de terceiro (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01593/10

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Remessa por conta e ordem de terceiro. Acusação de omissão de pagamento do imposto. Descaracterização. Improcedência. Decisão unânime.

I - Nas remessas por conta e ordem de terceiro, a nota fiscal emitida em nome do adquirente originário, referente à 'remessa simbólica - venda à ordem' (com destaque do imposto, quando devido) não acompanha as mercadorias, nem é mencionada na Nota Fiscal de 'remessa por conta e ordem de terceiros';

II - É improcedente o lançamento do crédito tributário, referente à omissão de pagamento do imposto, quando se comprovar que não existe a omissão apontada na inicial, ficando descaracterizada a infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 15 de junho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Aguinaldo Fernandes de Melo, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Paulo Diniz, Itamar Alves Carrijo, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Gustavo Alberto Izac Pinto.

RELATÓRIO

Narra o presente auto de infração que o epígrafado remeteu mercadorias tributadas, acobertadas pelas notas fiscais relacionadas na exordial, sem comprovação de emissão da nota fiscal de venda com destaque do imposto devido.

Impugnando o lançamento, o pólo passivo afirma que a fiscalização está incorreta, pois as mercadorias estavam acompanhadas das notas fiscais de transferência números 9304 (fls. 46) e 9307 (fls. 34) no total de 80.000 kg. de semente de soja, com o ICMS destacado, informando que as notas fiscais 208 (fls.30) e 209 (fls.31) de venda à ordem de sua filial de Rondonópolis - MT foram canceladas e substituídas pela sua nota fiscal 9298 (fls. 35), conforme fotocópias que acosta ao processo, pedindo a anulação do auto de infração.

O julgador monocrático aduz que "conforme o estado do processo, entendemos que os documentos trazidos pela defesa não são suficientes para provar que, no momento da ação fiscal, a operação estivesse amparada pelo destaque do imposto devido ao Estado de Goiás" e julga procedente a vestibular, cfe. fls. 50/51.

Inconformado com a decisão singular, o sujeito passivo recorre da decisão monocrática, ratificando "ipsis literis" as razões já alegadas na fase impugnatória, fls. 55 e 56.

Em decisão por maioria, a Terceira Câmara deste Conselho, considerou improcedente a autuação, sob o fundamento de que as notas fiscais de transferência números 9304 (fls. 46) e 9307 (fls. 34) acompanhavam as mercadorias autuadas quando da abordagem fiscal.

Irresignada, a Representação Fazendária interpõe recurso a este Pleno, alegando, essencialmente, não haver vinculação entre as notas fiscais 9304 (fls. 46) e 9307 (fls. 34) e as que acompanhavam a mercadoria quando da passagem pelo Posto Fiscal Ivapé, em Santa Rita do Araguaia - GO, pedindo, por isto, a reforma da decisão cameral, prevalecendo o voto vencido.

Contraditando, o polo passivo argumenta que o ICMS devido pela transferência da semente de soja para sua filial em Mato Grosso foi destacado nas notas fiscais de transferência números 9304 (fls. 46) e 9307 (fls. 34), conforme exige a legislação tributária goiana, pleiteando que não seja acolhido o pedido da Representação Fazendária.

É o relatório.

DECISÃO

Peço vênia ao eminente Conselheiro Jorge Antonio Bezerra Oliveira, autor do ACÓRDÃO DA I CJUL Nº 01057/09, para utilizar parte de suas razões de voto para fundamentar esta decisão, por se tratar de exigência tributária e sujeito passivo idênticos.

Analisando as questões postas em apreciação, também entendo que razão assiste ao sujeito passivo recorrido.

Com efeito, o ANEXO XII (DAS OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS APLICÁVEIS A DETERMINADAS OPERAÇÕES) do Decreto nº 4.852/97 - RCTE, em seu art. 32, estabelece os procedimentos a serem adotados no caso de *venda à ordem*, isto é, à operação de saída realizada por um estabelecimento por ordem de outro, que já realizou a venda do produto para um terceiro. Eis a regulamentação, *in verbis*:

"Art. 32. No caso de venda à ordem, por ocasião da entrega global ou parcial da mercadoria a terceiro, deve ser emitida nota fiscal:

I - pelo adquirente originário, com destaque do imposto, quando devido, em nome do destinatário da mercadoria, consignando-se, além dos requisitos exigidos, nome do titular, endereço e números de inscrição, estadual e no CGC, do estabelecimento que irá promover a remessa da mercadoria;

II - pelo vendedor remetente:

a) em nome do destinatário, para acompanhar o transporte da mercadoria, sem destaque do valor do imposto, na qual além dos requisitos exigidos, devem constar, como, natureza da operação, REMESSA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS, número, série e data da nota fiscal de que trata o inciso anterior, bem como o nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CGC, do seu emitente;

b) em nome do adquirente originário, com destaque do imposto, quando devido, na qual, além dos requisitos exigidos, devem constar, como natureza da operação, REMESSA SIMBÓLICA - VENDA À ORDEM, número e série da nota fiscal prevista na alínea anterior (Ajuste/SINIEF 01/87).”

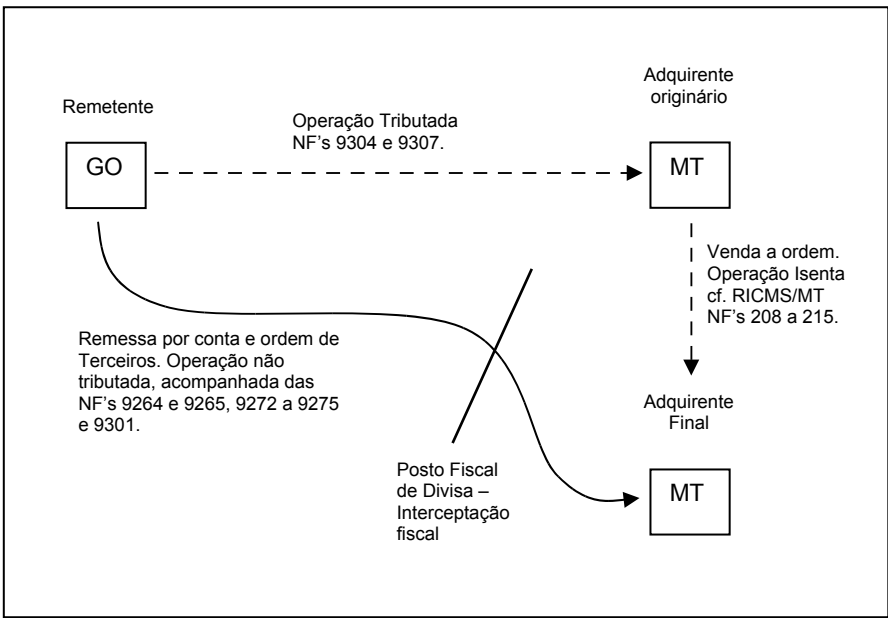
No presente caso, está confirmada a regularidade fiscal das operações realizadas pela autuada que, além de fazer constar das Notas Fiscais de ‘*remessa por conta e ordem de terceiros*’ (NF’s nºs 9264 e 9265, 9273 a 9275 e 9301) o número e data das notas fiscais emitidas pelo adquirente originário (inciso I), encaminhou (por deliberação própria, pois não há tal exigência na norma supratranscrita) junto com a mercadoria as fotocópias destes documentos (NF’s nºs 208 a 215). Tanto é verdade que os autuantes constaram seus números no auto de infração e colacionaram fotocópias das mesmas neste processo, á guisa de prova de sua acusação.

No entanto, o que invalida a acusação fiscal são as fotocópias das notas fiscais de transferência números 9307 e 9304 (fls. 34 e 46), com destaque do ICMS devido, da soja de propriedade do adquirente originário (filial de Rondonópolis – MT), onde a autuada cumpriu o exigido na alínea “b” do inciso II do artigo 32, do Anexo XII do RCTE.

Ademais, o dispositivo acima não exige que a nota fiscal com o destaque do ICMS, nestes casos, acompanhe a mercadoria. Portanto, a verificação do cumprimento desta obrigação só poderia ser constatada via auditoria fiscal na contabilidade do vendedor remetente e não quando da abordagem pela fiscalização de trânsito.

Assim, não prevalece a acusação de que não foi emitida a nota fiscal em nome do adquirente originário com destaque do ICMS, sendo certo que esta nota não acompanha as mercadorias e nem é mencionada na Nota Fiscal de ‘*remessa por conta e ordem de terceiros*’.

As operações podem ser visualizadas no esquema abaixo:



Desta forma, entendo que não subsiste a exigência contida na inicial, ante as fundamentações anteriores.

Diante do exposto, conheço do recurso “ex-officio”, nego-lhe provimento para manter a sentença singular, julgando improcedente a pretensão fiscal.

Sala das sessões plenárias, em 22 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão pagamento no período considerado - confissão espontânea (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01432/10

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: Processual. Nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração - cerceamento do direito de defesa. Preliminares arguidas pelo sujeito passivo e rejeitadas por unanimidade.

Inocorrendo nos autos quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 20 da Lei nº 16.464/09, mister se faz rejeitar a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo.

Processual. Exclusão do solidário da lide, arguida pela autuada. Preliminar rejeitada por unanimidade.

Mantém-se o solidário no polo passivo da lide quando presentes os requisitos do artigo 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual ou do 135, do Código Tributário Nacional.

ICMS. Obrigação principal. Confissão espontânea. Omissão do ICMS no período. Procedência. Decisão unânime.

Tratando-se de confissão espontânea relativa à omissão do imposto, é procedente o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento ao direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. E, por votação unânime, não acolher a preliminar de exclusão na lide dos solidários, arguida pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

Descreve o histórico do auto de infração que o sujeito passivo efetuou lançamento por confissão espontânea do débito pelo contribuinte. A penalidade indicada neste documento, enquanto não denunciado o acordo de parcelamento,

fica substituído pela multa de mora prevista na legislação tributária estadual, apurado o confronto entre compras, vendas, percentual médio de pagamentos e índice lucro bruto. Em consequência fica sujeito ao pagamento do ICMS no valor de R\$ 292.130,56 (duzentos e noventa e dois mil, cento e trinta reais e cinquenta e seis centavos), além das cominações legais nos termos do § 9º, item 0, alínea "L", inciso VII, do artigo 71 do Código Tributário Estadual. [...] e [...] são nomeados solidários na condição de administradores.

O lançamento está alicerçado nos artigos 25, § 1º, inciso IV e 64, da Lei nº 11.651/91 em combinação com o artigo 141 do Decreto nº 4852/97.

Integram a peça acusatória: a) Notificação relativa ao crédito tributário denunciado espontaneamente, às fls.03; b) consulta detalhada da pessoa jurídica de fls.06 e 07; c) o termo aditivo do auto de infração, de fls. 09 a 16 no qual são detalhadas todas as ocorrências, o fato gerador, os períodos de ocorrência, os artigos violados, as penalidades aplicáveis, os valores devidos, bem como as cópias do levantamento fiscal - Auditoria Básica do ICMS - a vistoria nos sistemas e equipamentos de automação bem como os comprovantes de alteração de uso de sistema informatizado para emissão de documentos fiscais de fls. 23 a 38 e levantamento efetuado através de memória de fita com o resumo das omissões de ICMS, tendo em vista o uso irregular da alíquota do ICMS, verificadas em cada caixa, contidas em 24 volumes, de fls. 39 a 11.590.

O fato gerador expresso no termo aditivo aponta que:" o sujeito passivo realizou saída interna de mercadoria através de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF com débito a menor do ICMS, pois utilizou alíquota menor que a prevista na legislação tributária para o respectivo produto, conforme demonstrativos e documentos anexos. Fica sujeito ao pagamento do imposto, correspondente à diferença na importância de R\$ 316.325,56, juntamente com penalidade e acréscimos legais."

Após a revelia, as partes devidamente representadas por advogados, comparecem ao feito em conjunto para opor-se à pretensão fiscal inicial em Segunda Instância. Arguem a preliminar de exclusão dos solidários do polo passivo da lide com fulcro no artigo 135 do Código Tributário Nacional por entender que não há nos autos quaisquer provas ou indícios que tenham agido com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos; citam julgados de corte superior e da Casa. No mérito, entendem que, em função do exíguo tempo, não foi possível a elaboração de levantamento fiscal, de própria lavra, para contrapor-se àquele de autoria do fisco. Requerem a improcedência do feito.

Tempestivamente, as partes comparecem ao feito e, no memorial de fls. 11.627 a 11.633, reiteram as preliminares de exclusão dos solidários do polo passivo da lide, com base na argumentação anterior e, de nulidade do termo aditivo e por incompatibilidade dos procedimentos. Entendem que o ato praticado pelo agente autuante fere dispositivos dos artigos 145 e 264, ambos do CTN, pois o termo foi aditivado após a notificação do sujeito passivo. Quanto à incompatibilidade dos procedimentos, é de se entender que o sujeito passivo confessou parte do crédito tributário portanto não há contencioso; que o crédito

proveniente do aditamento indevido promove lide inexistente; que os dois créditos tributário não poderiam ser exigidos em um único auto de infração o que enseja o cerceamento do direito de defesa. Requerem a exclusão do solidário da lide em concomitância com a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa.

É o relatório.

DECISÃO

É de se perguntar, como pode o sujeito passivo arguir oralmente, a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, se da análise do feito, conclui-se que a maioria absoluta do crédito reclamado pela Fazenda Pública, decorre de confissão espontânea do próprio sujeito passivo? De fato, da leitura do documento de fls. 05, depreende-se que o polo passivo reconhece a obrigação tributária para com o Estado de Goiás. O valor suplementar de R\$ 24.195,00 (vinte e quatro mil, cento e noventa e cinco reais), decorre, entretanto, de levantamento executado pelo próprio Fisco. À vista dos fatos e argumentos expostos, mister se faz rejeitar a aludida preliminar.

Quanto à aludida preliminar de cerceamento do direito de defesa, tenho plena convicção que tal não ocorreu e por isso rejeito-a de plano. Considerando-se que o próprio sujeito passivo confessa a omissão do imposto devido aos cofres públicos, é de se entender que referido argumento não pode prosperar. Ademais, o contribuinte teve acesso a toda documentação colacionada ao feito e compareceu a todas as etapas processuais para sustentar seus argumentos e exercer sua defesa. Por sua vez, o Termo Aditivo, de fls. 09, encontra-se amparado pelo artigo 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional face ao levantamento de fls. 42 a 11.590.

Outrossim, não dou guarida à preliminar de exclusão dos solidários do polo passivo da lide, por eles arguida, por entender estar demonstrado no feito, que os sócios tinham conhecimento da fraude perpetrada contra a Fazenda Pública e tentaram ainda saná-la espontaneamente. Tal situação está configurada no artigo 135 do Código Tributário Nacional e pelo artigo 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual.

No mérito, entendo que o feito deve seguir adiante pois, grupando-se o valor confessado pelo sujeito passivo, às fls.05 dos autos, de R\$ 292.130,53 (duzentos e noventa e dois mil, cento e trinta reais e cinquenta e três centavos) ao valor encontrado pelo Fisco no levantamento de fls. 42 a 11.590, de R\$ 24.195,03 (vinte e quatro mil, cento e noventa e cinco reais e três centavos), não contestado em levantamento de própria lavra do sujeito passivo, obtém-se o montante total do crédito tributário devido aos cofres públicos, que é de R\$ 316.325,56 (trezentos e dezesseis mil, trezentos e vinte e cinco reais e cinquenta e seis centavos). Ademais, considero que o levantamento executado pelo Fisco está tecnicamente correto e legalmente amparado pela legislação tributária vigente e portanto, não há dúvida quanto ao valor suplementar reclamado pelo erário. Quanto à não

contenciosidade do crédito, entendo que tal deixa de existir em virtude de confissão e dos levantamentos constantes nos autos.

Ante todo o exposto e com a devida vênia da ilustrada unanimidade em meu voto, em todos os quesitos, rejeito as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa como também deixo de acolher a preliminar de exclusão dos solidários do polo passivo da lide. No mérito, conheço da impugnação, nego-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 02 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA DA CONTA CAIXA - Sup. indevido de caixa - omissão registro de merc. tributadas/isentas e não tributadas (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01919/10

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: *ICMS. Auditoria das Disponibilidades concluída com suprimento indevido da Conta Caixa. Omissão no recolhimento do ICMS. Trabalho fazendário revisto por autoridade fazendária estranha à lide. Ausência parcial do ilícito fiscal. Procedência em parte. Decisão unânime.*

A instrução do recurso do sujeito passivo e do polo passivo solidário, indicado para responder pelo crédito tributário, capaz de provocar o deferimento dos exames diligenciais, cujo resultado aponta o real valor devido pelo contribuinte, respalda a parcial reforma da decisão proferida pela Primeira Instância e suporta a declaração da procedência do auto de infração sobre o valor da parte litigiosa do processo.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 10 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre o valor de multa formal de R\$ 158.322,72 (cento e cinquenta e oito mil, trezentos e vinte e dois reais e setenta e dois centavos), porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE, perfazendo um valor de multa formal de R\$ 79.161,36 (setenta e nove mil, cento e sessenta e um reais e trinta e seis centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Luis Antônio da Silva Costa e Domingos Caruso Neto.

RELATÓRIO

O auto de infração denuncia que o sujeito passivo omitiu saídas de mercadorias tributadas, isentas e submetidas ao regime de substituição tributária no valor de R\$ 1.252.770,20 (um milhão, duzentos e cinquenta e dois mil, setecentos e setenta reais e vinte centavos), no período de 01/01/2005 a 31/12/2005 caracterizado pelo suprimento indevido das contas contábeis do ativo do subgrupo disponível, que "juris tantum" indicam receitas obtidas a margem da fiscalização de tributos, conforme provam a Auditoria das Disponibilidades, Notas Explicativas, Extratos Bancários e demais documentos acostados ao trabalho fiscal. Em face a este fato gerador da obrigação tributária, a autoridade fazendária exige o recolhimento da multa acessória devida na importância de R\$ 168.552,65 (cento e sessenta e oito mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e sessenta e cinco centavos).

Em consequência ao ilícito fiscal supra descrito, a fiscalização identifica os arts. 25, § 1º, inciso III e § 2º da Lei nº 11.651/91; c/c o art. 141 do Decreto 4.852/97 para suporte da infração. E, propôs a penalidade de acordo com o disposto no art. 71, inciso VII, alínea "I" do Código Tributário Estadual.

O documento de fl. 04 identifica o sujeito passivo solidário da lide e repete a indicação com a expedição do documento de fl. 07.

Os documentos de fls. 08 a 787 instruem o trabalho fiscal.

O sujeito passivo e polo passivo solidário foram notificados do lançamento tributário pelos documentos próprios anexados aos autos.

Oportunamente ambos compareceram ao feito (fls. 794/811) e, ao exporem suas defesas, em peça única, arguíram a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração. Deixou claro o entendimento de que o trabalho fazendário necessita da realização de diligência para esclarecimento dos fatos.

O atuado alega que a base de cálculo arbitrada não é absoluta, comporta contestação, e que, pelos fatos e provas inclusas na peça de defesa, ficou evidenciada a inadequação do trabalho de auditoria efetuado pelas autoridades lançadoras.

Afirma que as autoridades fiscais examinaram, tão somente, as escriturações efetuadas no livro Diário, que não foram investigados outros fatos e situações que demonstram a impropriedade desses lançamentos e se tivesse realizado análise detalhada dos ingressos e das saídas de numerários, o resultado obtido teria descaracterizado o suprimento ilegal da Conta "Caixa".

Reconhece que os registros contábeis englobadamente inseridos na Conta Caixa não atendem aos princípios contábeis geralmente aceitos e às normas que disciplinam a escrituração contábil, tais equívocos configuram, quando muito, erro de escrituração contábil.

Todos os valores consignados como suprimentos indevidos tiveram como origem vendas de mercadorias devidamente registradas e tributadas pelo ICMS, os valores lançados a débito da Conta "Caixa" representam as importâncias recebidas por vendas à vista e valores sacados na conta corrente do BANCO BRADESCO, Agência 249.

Que somente a desclassificação da escrita contábil e com a elaboração de levantamentos fiscais adequados é que se alcançaria a verdade material do presente caso.

Em face do que foi relatado, o sentenciador entende que a impugnação não se mostrou eficaz no sentido de descaracterizar os valores apurados ou sua legitimidade, portanto, decide julgar procedente a exigência fiscal em comento (fls. 1267/1269).

No recurso voluntário, fls. 1273/1295, o autuado, novamente em peça única com o solidário, ratificou suas alegações anteriormente aduzidas. E, para finalizar, requereu a reforma da decisão singular e reitera os pedidos de outorga.

Posteriormente a este recurso, apresenta o Memorial de fls. 1300/1317 que, ao final, requereu a reforma das sentenças, com o fim de declarar a exclusão do polo passivo solidário da lide; declarar a nulidade dos autos de infração por insegurança na determinação da infração e, a improcedência das iniciais, por não haverem as autoridades fiscais autuantes caracterizado fatos jurídicos tributários sujeitos à incidência do ICMS ou da multa formal. E, ainda, a necessidade de realização de diligência para comprovar os fatos narrados.

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, na sessão realizada no dia 14/03/08, acata a proposição do Conselheiro Relator e resolveu, “por maioria de votos, converter o julgamento em diligência, para que o processo seja encaminhado à Delegacia de origem para que seja designado Auditor Fiscal estranho à lide, a fim de fazer uma revisão geral no levantamento efetuado pelos autuantes, devendo ser considerados os argumentos e documentos apresentados pelo representante legal da autuada e informando ainda qual o total das vendas registradas no livro de saídas, e qual o valor total dos pagamentos efetuados, referentes ao exercício de 2005, fazendo-o mensalmente para se avaliar a necessidade, ou não, de suprimento de caixa. Informar, também, se existe outra conta bancária em nome da autuada, seja a que título for (poupança, aplicação, etc.). Fornecer outros dados e informações que for possível, para o esclarecimento da questão.

Após o resultado, intimar o representante legal da autuada para, se quiser, manifestar.

Foram vencedores os Conselheiros Edson Abrão da Silva e Manoel Antônio Costa Filho. Vencido o Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa.”

O atendimento da solicitação expressa na Resolução nº 45/2008, encontra-se detalhado às fls. 1323/1338, de onde concluiu o revisor pela procedência do lançamento tributário.

Ciente e irresignada com o resultado da revisão fiscal os sujeitos passivos supra, em conjunto, apresentam sua manifestação através de extensa peça subscrita pelo mesmo procurador legal (fls. 1345/1366). Reiteram os pedidos formulados na peça recursal e, ainda, pugnam pela reforma da sentença com o fim de declarar a nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração e a improcedência da peça inicial, por não haverem as autoridades fiscais autuantes caracterizado fatos jurídicos tributários sujeitos à incidência da multa formal.

Solicitam a realização de nova diligência para que seja atendido, efetivamente, ao que restou determinado na resolução exarada por essa egrégia 4^a

Câmara Julgadora, em 14/03/2008, após o que ficará atestada a veracidade dos fatos carreados ao processo pela defesa.

A Câmara Julgadora do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12/12/2008, acatou a proposição do Conselheiro Relator e resolveu, "por maioria de votos, converter o julgamento em diligência, para que os autos sejam encaminhados à Gerência de Auditoria - GEAUD, para que auditor fiscal III, estranho à lide, faça uma revisão geral no levantamento efetuado pelos autuantes, fazendo cumprir os termos aprovados, constantes na Resolução de n.º 46/2008, às fls. 1322.

Após o cumprimento, dar ciência do resultado ao advogado, Dr. Paulo Adriano Elias Magalhães, no endereço constante nos autos, para, se quiser, manifestar.

As partes não manifestaram

Foram vencedores os Conselheiros Edson Abrão da Silva e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Vencido o Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa."

Depois de detalhar o procedimento revisional, a autoridade fazendária concluiu o seu trabalho com os cálculos contidos à fl. 1.412, onde evidenciou a existência de multa formal no valor de R\$ 158.322,72 (cento e cinquenta e oito mil, trezentos e vinte e dois reais e setenta e dois centavos) que aplicado a forma privilegiada do § 8º do art. 71 do CTE, o valor fica reduzido para R\$ 79.161,36 (setenta e nove mil, cento e sessenta e um reais e trinta e seis centavos). A instrução da revisão fiscal se fez com os demonstrativos integrados na peça explicativa dos resultados e com os documentos de fls. 1.413 a 1.499.

As partes retornaram ao processo, fundamentaram a peça contraditória e, ao finalizarem, requereram o acolhimento da preliminar de nulidade da peça exordial, por insegurança na determinação da infração e, caso não seja este o entendimento, no mérito, postularam pela declaração da improcedência do auto de infração.

Ao seu requerimento, acrescenta:

"Outrossim, pedem os recorrentes que o pedido formulado, no item "II" desta manifestação, consistente em que esses preclaros (as) Conselheiros (as) determinem a nulidade da diligência realizada para que seja atendido, efetivamente, ao que restou determinado na resolução exarada por essa egrégia 4ª Câmara Julgadora, em 14/03/2008, após o que ficará inexoravelmente, atestada a veracidade - como se fosse possível atestar o que já se provou de forma cabal - dos fatos aqui narrados." (fl. 1531)

Os documentos de fls. 1.534 a 1.584 instruem a defesa do contribuinte.

É o relatório.

DECISÃO

Depois do relato das peças formalizadoras deste volume e do estudo sobre os valores exigidos pela fiscalização, externo a minha conclusão e o meu convencimento de voto, o qual contou com a participação unânime dos Conselheiros presentes nesta sessão cameral composta para apreciar e julgar a defesa das partes autuadas, que, juntos, definimos a questão com a reforma parcial da decisão singular, para considerar procedente o auto de infração sobre o valor apurado no processo de revisão fiscal.

Em face ao que consta, é pacífica a jurisprudência desta Casa sobre a questão de diligência efetivada nos processo em julgamento, qual seja, prevalece o resultado apresentado por esta. Portanto, frente à conclusão apresentada às fls. 1.412, entendo que o valor reclamado na inicial sofre alteração para dar lugar ao valor apresentado pela autoridade fazendária revisora, qual seja:

Total da omissão apurada originalmente	R\$ 1.252.770,20
Total da omissão após a retificação	R\$ 1.185.937,98
* Proporção para cálculo do ICMS	53,40%
Base de Cálculo do ICMS	R\$ 633.290,88
Multa Formal	R\$ 158.322,72
Multa Formal com aplicação do § 8º do art. 71 do CTE	R\$ 79.161,36

Desta forma, voto conhecendo das razões recursais, dando-lhes parcial provimento para reformar o julgamento proferido pelo juízo monocrático em parte e considerar procedente o auto de infração sobre o valor da multa formal de R\$ 158.322,72 (cento e cinquenta e oito mil, trezentos e vinte e dois reais e setenta e dois centavos), que com a aplicação da forma privilegiada prescrita no § 8º do art.71 do CTE, resulta a importância devida de R\$ 79.161,36 (setenta e nove mil, cento e sessenta e um reais e trinta e seis centavos).

Sala das sessões, em 14 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA DA CONTA CAIXA - Suprimento indevido de caixa - auditoria das disponibilidades (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01285/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: *ICMS. Obrigação tributária principal. Preliminar. Insegurança na determinação da infração. Não apreciada nos termos do § 3º, do art. 18, do Decreto nº 6.930/09. Decisão unânime. Omissão de registro de saída de mercadoria tributada. Auditoria das disponibilidades. Insuficiência de caixa. Estorno de suprimentos indevidos. Improcedência. Decisão unânime.*

1. *Na auditoria das disponibilidades o termo "caixa" é utilizado no conceito amplo de caixa, ou seja, como sinônimo de "disponibilidades", englobando as contas "caixa" e "bancos";*

2. *A constatação de lançamento na contabilidade relativo a depósito não comprovado na conta "banco" oriundo da conta "caixa" não caracteriza fato econômico fictício passível de ser considerado decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, tendo em vista que constitui apenas um fato permutativo entre contas componentes do subgrupo DISPONÍVEL;*

3. *Reformada a decisão singular para declarar improcedente o lançamento.*

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 24 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a respeito da preliminar de nulidade da peça básica, levantada pela autuada e, no mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, José Luiz Rosa e Sérgio Reis Crispim.

RELATÓRIO

Nesse processo o fisco formaliza exigência de crédito tributário decorrente da omissão do registro de saída de mercadoria tributada, nos períodos e valores constantes dos campos próprios do auto de infração, caracterizada pela ocorrência de saldo credor na conta caixa em razão de estornos de ingressos não comprovados apurado por meio da Auditoria das Disponibilidades.

Foram indicados como infringidos o artigo 25, § 1º, inciso VII e art. 64 da Lei nº 11.651/91, c/c art. 141 do Decreto nº 4.852/97.

Foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I" c/c § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com os Demonstrativos da Auditoria das Disponibilidades (fls.04 a 10); cópia do livro Diário Contábil nº 006 (fls. 17 a 43) e cópias dos extratos das contas bancárias no Banco Itaú e Banco do Brasil (fls. 44 a 164).

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação à primeira instância a empresa atuada compareceu ao processo por meio da peça impugnatória de fls. 168 a 171, alegando que a auditoria foi elaborada com base na escrita contábil elaborada sem observância aos princípios da contabilidade, motivo pelo qual está sendo reprocessada por orientação da Receita Federal.

Informa que os valores dos lançamentos a débito da conta banco constantes do livro Diário não foram encontrados nos extratos bancários porque o contador agrupou vários depósitos em um único lançamento.

Ao final pede a improcedência ou nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração.

Por meio da Sentença nº 824/09, de fls. 192 a 194 o julgador singular rejeitou a preliminar de insegurança e considerou procedente o lançamento afirmando que os demonstrativos da auditoria não foram contestados eficazmente pela empresa atuada.

Inconformada a empresa atuada interpôs o recurso voluntário de fls. 197 a 202, repetindo as mesmas alegações feitas na primeira instância e acrescentando que o atuante elaborou o demonstrativo de auditoria analisando os lançamentos relativos a transferência de recursos da conta caixa para a conta banco, fato que não alteram o valor do ativo circulante da empresa, tendo em vista que as contas pertencem ao grupo disponível.

Ao final pede a reforma da decisão singular para considerar improcedente o lançamento ou declarar a sua nulidade por insegurança na determinação da infração.

Por meio da Resolução nº 219/2009, de fls. 205 e 206 a Terceira Câmara converteu o julgamento em diligência solicitando a juntada ao processo os comprovantes dos depósitos efetuados e do livro Registro de Saída de Mercadorias.

Atendida a resolução o processo retornou para julgamento.

É o relatório. .

DECISÃO

A ferramenta utilizada pelo autor do procedimento para demonstrar a irregularidade noticiada no auto de infração foi a Auditoria das Disponibilidades encontrada no Roteiro 06 do Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais, de 05 de agosto de 1993 (versão atualizada).

Referida auditoria consistente na verificação da regularidade das contas do subgrupo “disponível” do Ativo Circulante, por meio da análise e reconstituição dos lançamentos contábeis próprios, tendo como finalidade apurar anomalias no movimento de numerário, que se verificam na ocorrência de saldos credores, também chamados de insuficiência ou “estouro de caixa”; suprimentos indevidos e saldo das disponibilidades existentes ou constante na contabilidade a maior que o reconstituído pelo fisco, fatos que autorizam a presunção *juris tantum* de falta de registro de operações ou prestações tributadas, com a conseqüente sonegação do imposto.

O referido roteiro determina que na elaboração da referida auditoria, deve ser observado o seguinte:

“1 - As contas básicas e usuais do subgrupo “disponível” são: “conta caixa”; “bancos conta movimento” e “aplicações financeiras de liquidez imediata”. Pode, ainda, conforme as necessidades de cada empresa, ser criada dentro deste subgrupo a conta “numerário em trânsito, para o registro de operações decorrentes de remessas para filiais, depósitos ou semelhantes, através de cheques, ordens de pagamento e recebimentos dessa mesma espécie, ou ainda de clientes ou terceiros, quando conhecidos até a data do balanço;

2 - O conceito de numerário abrange o dinheiro em notas e moedas e o que diretamente o representa, de forma líquida e certa, tais como cheques bancários, saldos bancários ou de instituições financeiras autorizadas, disponíveis e livres para saques imediatos;

3 - Assim como a “conta caixa”, a conta “banco conta movimento” tem natureza devedora. Portanto, seu saldo é sempre devedor ou nulo. De modo algum essa conta poderá apresentar saldo credor, a não ser na ocorrência de fatos extraordinários, a exemplo de depósito de cheque sem fundos; ou no caso em que o banco tenha efetuado um débito maior que o saldo disponível. Tais fatos devem ser regularizados, conforme o caso, por meio de um lançamento transferindo a dívida para uma conta própria do passivo;

4 - “Estouro de caixa” ou “estouro de numerário”. O termo “caixa”, por ser já de uso consagrado, foi aplicado neste roteiro dentro do conceito amplo de caixa, ou seja, como sinônimo de “disponibilidades”. Assim, quando nos referimos de modo particular às contas “caixa” e “bancos”, usamos os termos “conta caixa” e “conta bancos”, respectivamente.”

No caso vertente, observa-se que ao analisar os lançamentos efetuados a débito da conta “banco” e a crédito da conta “caixa” no livro Diário, o autor do procedimento não encontrou, nas datas correspondentes, os respectivos depósitos registrados nos extratos bancários. Referida situação foi interpretada como ingressos de recursos não comprovados na conta “banco” (suprimento indevido), tendo referido valores sido expurgados (estornados) da conta “banco”, redundando na conclusão, ao meu sentir equivocada, no sentido de que ocorreu insuficiência de CAIXA.

De Plácido e Silva (in Vocabulário Jurídico – Ed. Universitária – RJ, Forense, 1990, volumes I e II, pág. 538), lecionando sobre a conta ESTORNO, afirma o seguinte:

“Estorno é a denominação que se dá ao lançamento promovido na escrita, no sentido de acertar ou desfazer um lançamento anterior, errado ou indevido.

Consiste a conta de estorno em se efetuar um lançamento, que anula o lançamento anterior, com a menção deste e a inversão dos títulos, isto é, o credor passa a devedor e o devedor a credor. Com essa inversão o lançamento anterior se desfaz.”

Destarte, o expurgo (estorno) dos valores lançados a débito da conta “banco” e a crédito da conta “caixa”, pressupõe o desfazimento do lançamento por meio de ajuste consistente no lançamento dos valores dos depósitos não comprovados a crédito da conta “banco” e a débito da conta “caixa”. Assim, como ambas as contas pertencem ao subgrupo “Disponível” do Ativo Circulante, é óbvio que o ajuste feito pelo autor do procedimento por meio do estorno não altera o valor do CAIXA (disponibilidades) e tampouco revela suprimento indevido passível de ser considerado decorrente de omissão de saída tributada.

Para obter êxito na verificação da ocorrência de saldo credor na conta “caixa” (considerada no conceito amplo, como sinônimo de DISPONIBILIDADE), em razão de suprimentos indevidos que pudessem ser interpretados como decorrentes de omissão de saída de mercadoria tributada, o procedimento correto seria analisar a origem dos recursos, ou seja, as contas que foram creditadas no momento em que a conta “caixa” foi debitada pelo recebimento dos referidos recursos, vale dizer, a análise teria que ser feita não em relação ao depósito do numerário na conta bancária que constitui mera transferência de valores entre contas do subgrupo DISPONÍVEL, mas sim, em relação à entrada do numerário no “caixa” da empresa (considerado no conceito amplo, como sinônimo de DISPONIBILIDADE, repita-se).

Em outras palavras, o suprimento indevido ocorre no momento da contabilização da entrada de valores em uma das contas componentes do subgrupo DISPONÍVEL, geralmente nas contas CAIXA e BANCOS, e não no momento de meras transferências de valores entre as referidas contas que

caracteriza tão-somente FATOS PERMUTATIVOS entre contas da mesma natureza.

Quando o autor do procedimento afirma no histórico do auto de infração que *“a insuficiência de caixa apurada em saldo reconstruído pelo fisco, em decorrência de estorno de ingressos de recursos não comprovados pela empresa”* fica patente que a acusação é de suprimento indevido de caixa, fato reconhecido pelo julgador singular quando afirma que *“a auditoria realizada pelo fisco evidencia a prática continuada de suprimento ilegal de caixa”*.

Nesse ponto, é oportuno ressaltar que SUPRIMENTO INDEVIDO constitui na injeção de recursos respaldados em fatos econômicos fictícios ou de procedência duvidosa, presumivelmente obtidos por meio de vendas de mercadorias ou prestações tributadas realizadas à margem da contabilidade.

Com essas considerações, entendo que ainda que não fosse verdadeira a afirmação da empresa no sentido de que os depósitos na conta BANCO dos valores que se encontravam no CAIXA foram realmente efetivados e que os lançamentos na contabilidade não conferem em datas e valores com os extratos bancários porque ocorreu agrupamento de depósitos por parte do contador no momento da contabilização, a situação não caracteriza suprimento indevido de CAIXA, tendo em vista que os lançamentos contábeis que registram depósitos na conta “banco” oriundos da conta “caixa” não representam um fato econômico modificativo. Representa tão-somente um fato permutativo entre duas contas (caixa e banco) pertencentes ao subgrupo disponível.

Ao analisar os lançamentos contábeis registrando a transferência de recursos da conta CAIXA para a conta BANCO (fato permutativo) e concluir que a transferência não ocorreu, sendo, portanto, o lançamento contábil considerado fictício, o autor do procedimento cuidou de promover o ajuste (estorno) somente em relação ao débito na conta BANCO esquecendo-se de promover o ajuste (estorno) em relação ao crédito na conta CAIXA, afrontando, assim, o princípio segundo o qual “para cada débito deve existir um crédito de igual valor”.

Ora, o valor expurgado (estornado) da conta BANCOS em razão da não comprovação do depósito, teria, obrigatoriamente, que ser compensado com o mesmo valor pelo qual a conta CAIXA havia sido creditada no momento da contabilização do depósito não efetivado.

Assim, a análise feita pelo fisco consubstanciada nos demonstrativos de auditoria que dão sustentação ao lançamento, não tem o condão de revelar à ocorrência de fato econômico passível de ser caracterizado como ingresso de recursos fictícios que possa ser caracterizado como decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, nos termos do inciso III, do § 1º, do art. 25, da lei nº 11.651/91.

Em uma auditoria independente contratada pela empresa atuada para verificar a correção dos seus procedimentos, certamente a sua contabilidade seria

reprovada sumariamente. Fato, aliás, admitido pela própria defesa quando afirma que não foram obedecidos os princípios norteadores da contabilidade.

Há que se admitir, no entanto, que os erros na contabilidade apontados pelo fisco na auditoria que dá sustentação ao presente lançamento, quais sejam, contabilização de transferências inexistentes de recursos da conta CAIXA para a conta BANCOS não caracteriza suprimento indevido do CAIXA (disponibilidades), tendo em vista que essa espécie de lançamento, por envolver contas da mesma natureza, não altera os saldos das disponibilidades.

Posto isso, entendo que razão assiste à empresa autuada quando pleiteia a reforma da decisão singular para considerar improcedente o lançamento, tendo em vista que como foi amplamente demonstrado a análise da escrituração contábil da empresa apenas em relação às transferências de recursos da conta “caixa” para a conta “banco”, ambas representativas das DISPONIBILIDADES da empresa, não atingiu a finalidade noticiada no auto de infração no sentido de comprovar o suprimento indevido de caixa.

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões, em 20 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA DA CONTA CAIXA - Suprimento indevido de caixa - omissão do registro de saídas de mercadorias tributadas (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 03131/10

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: I - Processual. Preliminar. Exclusão dos sujeitos passivos solidários, arguida pelo conselheiro relator. Rejeitada. Decisão não unânime.

1 - Estando provado nos autos que as pessoas físicas indicadas como solidárias exercem o cargo de administradores da empresa atuada, devem mantê-los na lide.

II - Processual. Preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Decisão unânime.

1 - Provado nos autos que o lançamento de ofício está em perfeita sintonia com o previsto na legislação tributária estadual, mister se faz rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, nos moldes do art. 20, inciso IV da Lei 16.469/09.

III - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de registro de saída de mercadoria tributada. Suprimento indevido de caixa. Auditoria das Disponibilidades. Procedência. Decisão unânime.

1 - Presume-se decorrente de operação ou prestação não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao saldo credor na conta caixa e ao suprimento de caixa sem a devida comprovação de sua origem, inclusive fornecido à empresa por administrador, sócio, titular da firma individual, acionista controlador da companhia, ou por terceiros, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem satisfatoriamente demonstrados (Lei nº 11.651/91, art. 25, § 1º, incisos I e III).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20 de outubro de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelo Relator. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Heli José da Silva. Vencido o Conselheiro Carlos Andrade Silveira. E, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Heli José da Silva. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou

procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Heli José da Silva.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo omitiu o registro de operação de saída tributada, no período de 01.01.2003 a 31.12.2003, conforme apurado por meio de Auditoria das Disponibilidades, deixando de recolher o ICMS no valor de R\$ 32.293,39 (trinta e dois mil, duzentos e noventa e três reais e trinta e nove centavos).

Foram apontadas como infringidas as disposições dos artigos 25, § 1º, III, e 64 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91), c/c o art. 141 do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97), sendo proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, VII, “I”, combinado com o § 9º, inciso I do CTE.

Como elementos embasadores do lançamento foram juntados ao auto de infração, lavrado em 28.11.2007:

- i) Nota Explicativa (fls. 06/10);
- ii) Identificação dos sujeitos passivos solidários (fls. 11/13);
- iii) Termo de ocorrências (fls. 26/27);
- iv) Auditoria das Disponibilidades (fls. 28/42);
- v) Planilha do cálculo da alíquota média (fls. 45/46);
- vi) Planilha de débitos de ofício (fls. 51/61);
- vii) Cópias de notas fiscais de aquisição, CTRC, extratos bancários, recibos, Livro Registro de Apuração de ICMS, Diário, Balanço e outros documentos correlatos (fls. 62/594).

Os solidários [...] e [...] são declarados revéis (fls. 603/604).

A impugnação apresentada pelo sujeito passivo direto não surtiu o efeito almejado, pois o julgador singular decidiu pela procedência do crédito tributário na Sentença nº 1061/08-COJP (fls. 613/616), fundamentando sua decisão no art. 25, § 1º, III, do CTE.

Irresignados, atuado direto e solidários apresentam o recurso e a impugnação em peças apartadas, respectivamente (fls. 625/627) e (fls. 633/640).

No recurso a atuada direta contesta o relatório dos autuantes e descreve que todos os lançamentos relacionados nas fls. 34/39, não foram pagos com os recursos da empresa e por isso não foram contabilizados. Refuta os desembolsos

postergados de fls. 40/41, relacionados pela auditoria, por não estarem contemplados pela presunção do parágrafo 1º do art. 15 do CTE. Quanto à acusação de suprimento indevido de caixa menciona ser fruto de atraso na escrituração, mas que não se refere com a suposta saída de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal. Requer a improcedência ou diligência do auto de infração.

Já na impugnação, os solidários dizem que as vendas são realizadas a prazo e que a empresa utiliza empréstimos contraídos pelas pessoas físicas dos sócios para saldar compromissos da empresa em suas operações habituais. Afirma que o fisco não apresentou provas de quais mercadorias saíram de seu estabelecimento sem a devida cobertura de notas fiscais e que o ICMS só pode incidir sobre fatos reais - princípio da verdade material. Discordam dos desembolsos não contabilizados, pagamentos postergados e suprimentos indevidos, nos termos do recurso apresentado. Requerem a nulidade por incompetência funcional, insegurança na determinação da infração ou diligência, com a discriminação das mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

A Primeira Câmara do CAT decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, que argui, na condição de relator. O entendimento que prevaleceu foi o de que a sociedade, gerida pelos sócios administradores [...] e [...], a representaram, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, com amplos e limitados poderes para a prática de todos os atos de gestão inerentes aos negócios sociais, podendo assinar em conjunto ou isoladamente. E nesses moldes, os sócios são solidários nos termos do art. 45, inciso XII do CTE.

Rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, insegurança na determinação da infração, arguida pela autuada, sendo o meu voto acompanhado pela unanimidade dos presentes.

Tenho convicção de que não existe qualquer ato praticado neste procedimento administrativo fiscal que lhe pudesse provocar a nulidade, pois a constituição de crédito foi efetuado por autoridades fiscais competentes e correta está a determinação da infração, bem como a identificação do fato gerador; com plena e inequívoca sustentação legal; corretamente também encontra-se identificado o sujeito passivo, assim como a base de cálculo e alíquota e, finalmente, nos autos encontram-se toda a documentação que lhe deu origem à disposição do sujeito passivo, para que pudesse ele exercer seu amplo direito constitucional de defesa. Dessa maneira, não prospera a argumentação do sujeito passivo relativa à nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração. Corroborar este entendimento o próprio teor da defesa apresentada, onde é atacado todo o fundamento do lançamento.

Quanto ao mérito, cumpre ressaltar que a Auditoria das Disponibilidades ou Auditoria da Conta Caixa consiste na reconstituição dos lançamentos contábeis relativos às disponibilidades, com a finalidade de verificar a ocorrência de saldos credores, popularmente conhecidos como “estouros de caixa”, e suprimentos

ilegais, que autorizam a presunção de omissão de registro de saída de mercadorias.

A Lei nº 11.651/91, em seu art. 25, § 1º, inciso III, determina de maneira clara e objetiva que se presume decorrente de operação ou prestação não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao suprimento de caixa sem a devida comprovação de sua origem, inclusive fornecido à empresa por administrador, sócio, titular da firma individual, acionista controlador da companhia, ou por terceiros, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem satisfatoriamente demonstrados.

“Art. 25. A base de cálculo do imposto será arbitrada pela autoridade fiscal, podendo o sujeito passivo contraditá-la no correspondente processo administrativo tributário, sempre que, alternativa ou cumulativamente:

[...]

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

I - ao saldo credor na conta caixa;

II - ao saldo credor fictício ou em montante superior ao comprovado, em sua escrita contábil;

III - ao suprimento de caixa sem a devida comprovação de sua origem, inclusive fornecido à empresa por administrador, sócio, titular da firma individual, acionista controlador da companhia, ou por terceiros, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem satisfatoriamente demonstrados;”

No caso vertente, constatou-se a ocorrência dos desembolsos não contabilizados, desembolsos postergados e suprimentos indevidos de caixa, conforme demonstrativos analíticos anexados ao processo e que não foram convincentemente contestados pela polaridade passiva.

Dessa forma, não foram apresentados nos autos elementos capazes de invalidar o procedimento fiscal que seguiu todas as formalidades processuais inerentes e deve ser corroborado na íntegra.

À conta do exposto, rejeito a preliminar de exclusão da lide dos solidários e a preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração. E, quanto ao mérito, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 11 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO - Escrituração de valores inferiores aos constantes nos documentos fiscais emitidos (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00423/10

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de recolhimento do imposto. Revisão do trabalho fiscal. Improcedência. Decisão unânime.

I - Nos termos da legislação tributária estadual, os contribuintes do ICMS, entre outras obrigações, devem registrar em livros próprios, pelos valores corretos, as operações, tanto de entradas quanto de saídas, que promoverem.

II - Constatando-se, por meio de revisão do trabalho fiscal, a inexistência da omissão inicialmente apurada, deve o lançamento ser declarado improcedente.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, José Pereira D'abadia e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo, no período referenciado no auto de infração, omitiu o pagamento do ICMS em razão da totalização a menor do imposto debitado referente aos documentos fiscais escriturados no livro Registro de Saídas, conforme apurado por meio da Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido.

O auto de infração encontra-se instruído com cópia de parte do livro Registro de Saídas e do livro Registro de Apuração do ICMS e com os demonstrativos da Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido, que se compõem da conclusão, relação de documentos fiscais emitidos, discriminados nota por nota e totalizados mês a mês.

Nas suas razões de impugnação, o sujeito passivo alega que a diferença detectada refere-se às notas fiscais emitidas em "Manifesto", onde o fiscal, em sua planilha, debitou e não estornou o ICMS destacado no manifesto, caracterizando recolhimento a menor. Diz que o procedimento correto é debitar o ICMS destacado nas notas fiscais Manifesto e estornar o valor no último dia do mês. Afirma que o valor cobrado no auto de infração é o mesmo valor do ICMS do Manifesto não

estornado, valor esse que está corretamente lançado em “estorno de débitos” no livro Registro de Apuração do ICMS.

Em razão das alegações apresentadas pela impugnante, de que nos autos de infração lavrados em seu desfavor houve erro quanto à alíquota aplicável para o cálculo do imposto devido nas operações internas com mercadorias sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores e quanto à inclusão indevida, na relação de saídas, de notas fiscais (manifesto) emitidas para acobertar venda fora do estabelecimento (art. 28, § 2º, Anexo XII do RCTE), o julgamento do processo foi, por duas vezes, convertido em diligência para revisão do trabalho fiscal, sendo que a segunda revisão deveu-se ao fato de a primeira ter sido realizada pelo próprio autor do lançamento.

Na primeira revisão o valor da omissão de saídas foi reduzido. Na segunda, não foi constatada omissão de recolhimento do ICMS normal nem do ICMS substituição tributária.

O sujeito passivo foi intimado para tomar conhecimento do resultado da revisão, mas não se manifestou mais no processo.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

DECISÃO

O trabalho da fiscalização está embasado na comparação entre os documentos fiscais emitidos e os registros efetuados pelo contribuinte no livro fiscal próprio, sendo constatada omissão de recolhimento do imposto devido, no valor apontado no auto de infração. Segundo previsto na legislação tributária, o contribuinte do ICMS deve emitir documentos fiscais, registrar em livro próprio as operações que realizar, apurar o imposto devido e efetuar o seu pagamento no prazo fixado. Nesse sentido, assim dispõe o art. 64, §§ 1º e 2º, do Código Tributário Estadual – CTE:

“Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

§ 1º O regulamento disciplinará, também, a criação, a espécie, o modelo, o prazo e a forma de escrituração, a impressão, a autenticação, a emissão, a utilização e demais formalidades extrínsecas ou intrínsecas relativas a livros e documentos fiscais.

§ 2º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais.

[...]”.

O sujeito passivo contestou o lançamento inicial, apontando erros relacionados com a inclusão indevida, na relação de saídas, de notas fiscais

(manifesto) emitidas para acobertar venda fora do estabelecimento (art. 28, § 2º, Anexo XII do RCTE). Na primeira revisão, realizada pelo próprio autuante, foi corrigido o erro verificado na relação de notas fiscais de saídas e na segunda revisão, desta vez realizada por auditor fiscal estranho à lide, feita a partir da Auditoria Básica do ICMS, o resultado apontou inexistência de omissão de recolhimento do imposto.

Esclareceu o revisor que o contribuinte atua na atividade de indústria de calçados e, nessa condição, é substituto tributário, responsável pela apuração, retenção e pagamento do ICMS substituição tributária pelas operações posteriores. Os produtos comercializados estavam sujeitos ao recolhimento do ICMS normal e do ICMS substituição tributária, por estarem relacionados no Apêndice I, do Anexo VIII do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, em vigor à época da realização das operações. A alíquota aplicável, conforme art. 4º, § 4º, I, da Instrução Normativa nº 572/2002-GSF, deve ser a menor entre a prevista para a mercadoria e a aplicável à empresa, nos termos do art. 6º da Lei nº 13.270/98. De forma coerente, conclui o revisor que a alíquota do produto calçado é 17%, porém a alíquota aplicável à empresa autuada é de 12%, devendo esse último percentual ser adotado, por ser o menor deles.

Ainda, de acordo com os esclarecimentos do revisor, foi realizada Auditoria Básica do ICMS para microempresa, pela necessidade de conferir os créditos e os débitos do imposto e os documentos e livros fiscais pertinentes, com vistas a verificar o efetivo cumprimento das obrigações tributárias referentes ao recolhimento do ICMS devido - normal, retido e substituição tributária. Esse procedimento envolve as informações dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, enquanto que a Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido serve, apenas, para verificar a regularidade dos registros dos documentos fiscais emitidos.

O resultado obtido com a realização da Auditoria Básica do ICMS, aplicável à microempresa, permitiu concluir que não houve omissão de recolhimento nem do ICMS normal e nem do retido, conforme demonstrativos que foram juntados aos autos pelo revisor.

Diante disso, voto, conhecendo da impugnação, dando-lhe provimento para considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões, em 25 de fevereiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO - Escrituração de valores inferiores aos constantes nos documentos fiscais emitidos (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00516/10

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento do imposto. Lançamentos, nos livros Registro de Saídas e Apuração do ICMS, de valores inferiores aos constantes nos documentos fiscais. Procedência. Decisão não unânime.

1. Comprovando-se que os valores das operações e do imposto devido, constantes dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, foram registrados a menor nos livros fiscais, o auto de infração que cobra referida diferença deve ser mantido;

2. Inexistindo, na legislação tributária goiana, o instituto denominado "estorno de débito", e não comprovado, nos autos, a existência do próprio direito à anulação do débito, deve o auto de infração ser mantido.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 24 de setembro de 2009, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Álvaro Falanque, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, Gustavo Alberto Izac Pinto, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Itamar Alves Carrijo, Nivaldo Carvelo Carvalho e Manoel Antônio Costa Filho. Vencidos os Conselheiros José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva e Aguinaldo Fernandes de Melo, que votaram pela reforma da decisão cameral para considerar improcedente o lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 05 de dezembro de 2.007, o Fisco lavrou o presente lançamento, com a seguinte descrição do fato: "*Registrou ICMS nos livros Registros de Saídas e Apuração do ICMS, em valor inferior ao constante do documento fiscal, conforme Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido, demonstrativos e documentos anexos. Em consequência, deverá pagar a diferença do imposto, juntamente com os acréscimos legais.*"

O lançamento reporta-se ao período de fevereiro a novembro de 2.006, e implica na importância de R\$ 166.056,61 (cento e sessenta e seis mil, cinquenta e seis reais e sessenta e um centavos).

Indicou como infringido o artigo 64, da Lei n.º 11.651/91, c/c o artigo 316, inciso IV, alínea "c", do Decreto n.º 4.852/97, propondo, outrossim, a penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea "e", da mesma lei.

Juntou-se ao processo os documentos de fls. 03/229, a saber: Ordem de Serviço; Portaria de designação; Notificação Fiscal; Nota Explicativa da fiscalização; Conclusão da Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido; Demonstrativo Analítico, por período mensal; Demonstrativo das Prestações de Serviços de Telecomunicações que foram registradas somente no Livro Registro de Apuração do ICMS, em "*Outros Débitos*"; Descrição das Prestações de Serviços de Telecomunicação, que foram registradas somente no Livro Registro de Apuração do ICMS, em "*Outros Débitos*"; Informações prestadas pelo Sujeito Passivo; Recibos de Entrega de Arquivo - Convênio ICMS 115/03; Comparativo dos valores constantes das segundas vias das Notas Fiscais séries B1 e B2, emitidas eletronicamente (Convênio ICMS 115/03), com os valores dos Recibos de Entrega de Arquivos - Convênio ICMS 115/03, por períodos mensais; CD contendo relação dos documentos fiscais emitidos em texto; Termos de Autenticação dos livros fiscais de Registros de Saídas, e da Apuração do ICMS, e páginas escrituradas desses livros, do período autuado.

Devidamente intimado, o sujeito passivo, representado por advogados constituídos, interpôs impugnação em Primeira Instância, fls. 233/250, arguindo, em preliminar, a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, em razão da falta de especificação do dispositivo legal que fundamentou a aplicação da atualização monetária e dos juros moratórios, haja vista os autos indicarem, tão somente, que os valores serão atualizados na data do pagamento, o que impediu a verificação da correção dos cálculos pela Impugnante.

Alega, ainda, a inexistência do cometimento de ato ilícito decorrente de ter migrado da tecnologia TDMA para GSM, o que ocasionou equívocos na emissão de faturas em duplicidade, e recolhimento a maior de ICMS em alguns meses, com o ajuste realizado nos meses seguintes.

Assevera a não incidência do ICMS sobre prestações de serviços não-onerosas, e sobre os lançamentos realizados em duplicidade. Entende que não ocorreu o fato gerador do ICMS sobre faturamento decorrente de fraude por telefones clonados, que deverá ser cancelado, ou por duplicidade de faturamento por um mesmo serviço.

Menciona a respeito da não ocorrência do fato gerador e do direito ao crédito do ICMS - Convênio ICMS 39/01 – resultando que, não ocorrida a prestação do serviço por erro do sistema, os valores pagos a título de ICMS o foram indevidamente.

Ressalta quanto à necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a infração cometida.

Requer, ao final, a improcedência do lançamento, ou, subsidiariamente, a exclusão da multa imposta, ou sua redução ao patamar máximo de 2%, diante de seu caráter confiscatório.

O Julgador monocrático prolatou a Sentença de n.º 2.313/08-COJP, fls. 271/273, pela qual apreciou as razões da defesa, rejeitando a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa. Quanto ao mérito, por entender que inexistem provas nos autos de que a diferença autuada decorra das situações previstas no Convênio ICMS 39/01, julga procedente o lançamento.

*Destaca: “o convênio ICMS 39/01 diz que nas hipóteses de estorno de débito do imposto **admitidas em cada unidade federada**, será adotado, por período de apuração e de forma consolidada, seguindo determinado procedimento. Portanto, a impugnante deve fazer prova do direito ao estorno permitido em Goiás e, ainda, cumprir a forma nos termos da norma tributária. Entretanto, nada disso consta dos autos.” (destaque no original).*

Intimado para pagar a quantia exigida, ou apresentar Recurso Voluntário à Segunda Instância, o sujeito passivo, atempadamente, apresenta a peça defensiva de fls. 276/292, reiterando a nulidade arguida na fase singular. No mérito, ratifica que observou o Convênio ICMS 39/01, quanto ao procedimento do estorno de valores; que o ICMS não incide sobre prestações de serviços não onerosas e sobre as cobranças realizadas em duplicidade; destaca a não ocorrência do fato gerador do ICMS, e o direito ao estorno de débito de ICMS, que lhe são assegurados pelo Convênio ICMS 39/01; alega a violação aos princípios do não-confisco e da proporcionalidade, no que tange à multa exigida.

Pugna, ao final, pela reforma da decisão singular, e, conseqüentemente, pela improcedência do lançamento. Subsidiariamente, requer a exclusão da multa proposta ou sua redução ao patamar máximo de 2%, diante do caráter confiscatório.

A Primeira Câmara deste Conselho aprovou a Resolução n.º 317/2008, fls. 297, pela qual converteu o julgamento em diligência à Delegacia Especial de Fiscalização de Substituição Tributária, para seu titular designar funcionário fiscal estranho à lide para conhecer do estado do processo e refazer os levantamentos da auditoria, no que for pertinente.

O resultado da revisão encontra-se consubstanciado no Relatório Diligencial n.º 14/09-GESCO, fls. 300/309, tendo sido juntado os documentos de fls. 310/330. O revisor, auditor estranho à lide, analisou as razões da sentença recorrida; referiu-se ao Convênio ICMS 39/01; analisou o CD apresentado pela Recorrente e que foi considerado na revisão fiscal; extraiu e imprimiu relatórios dos ajustes realizados pelo sujeito passivo. Após, concluiu:

(i) que a empresa não questionou o objeto da autuação e reconheceu que os registros constantes de seus livros fiscais são menores do que os consignados nos documentos emitidos;

(ii) que não há nexo algum entre o objeto da autuação - escrituração em valores inferiores ao do documentário emitido, e as razões da defesa - suposto estorno de débito;

(iii) são insuficientes os relatórios apresentados para fundamentar a legitimidade dos estornos;

i(v) que o procedimento adotado pelo sujeito passivo encontra-se inteiramente em desacordo com a legislação goiana, que não adotou a previsão de estorno de débitos facultada pelo Convênio ICMS 39/01, e mesmo que superada a questão, o procedimento não atendeu aos próprios pressupostos do referido convênio.

Intimado do resultado da revisão, fls. 334, o sujeito passivo apresentou manifestação, documento de fls. 335/340, na qual destacou:

(i) Que não concorda com os termos do Relatório Diligencial;

(ii) que refuta a afirmação do revisor de que a recorrente ao invés de se defender da acusação, trouxe aos autos uma relação de estornos de débitos;

(iii) que o estorno de débitos de ICMS foi realizado com base no Convênio ICMS 39/01 e refuta integralmente os termos da autuação fiscal;

(iv) que o procedimento dos registros Líquidos do estorno do ICMS no livro de Apuração do ICMS explicam o registro a menor nos livros, contestado pela fiscalização;

(v) sobre o Convênio ICMS 39/01, contraditou por entender descabida a afirmação do revisor de que não haveria possibilidade técnica e jurídica de aplicação do referido convênio - pois então o convênio, embora ratificado, não teria função alguma, a não ser prever abstratamente regras jurídicas inaplicáveis;

(vi) quanto aos relatórios anexados pelo revisor, constatou que a partir da análise de apenas 5 dos 41 motivos de estornos de débitos, não seria possível o revisor afirmar que todo o procedimento de estorno adotado pela recorrente foi ilegítimo.

Diante disso, ratificou todas suas razões de defesa, requerendo a improcedência do auto de infração.

Por termo, foi juntado o Memorial de fls. 343/346, no qual a recorrente reiterou que a razão dos livros fiscais apresentarem registros a menor das operações, decorreu do procedimento de registrar as operações com valores líquidos de estornos de débitos, com fundamento no Convênio ICMS 39/01, sendo, portanto, com fundamento nesse convênio que elaborou e apresentou os relatórios internos. Assim, reitera ser indevido o lançamento por meio do presente auto de infração.

O julgamento cameral trilhou o entendimento, unânime, de inexistência de nulidade por insegurança na determinação da infração. No mérito, por maioria de votos, os Conselheiros camerais conheceram do Recurso Voluntário, negaram-lhe provimento, para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

A decisão cameral encontra-se definida no Acórdão n.º 1.657/2009, de fls. 348/355, que, de forma minudente, descreve as regras de escrituração violadas pelo sujeito passivo, evocando-as, juntamente com a falta de adoção das hipóteses de estorno de débito do imposto relacionadas no Convênio ICMS 39/01, pelo Estado de Goiás, como razões para a manutenção do auto de infração.

Irresignado com o “*decisum*” cameral, o sujeito passivo interpõe Recurso para o Conselho Pleno, reiterando os argumentos expendidos nas fases anteriores, notadamente, quanto ao seu entendimento da aplicabilidade do Convênio ICMS 39/01, pelo Estado de Goiás. Assim, rememora as disposições da Lei Complementar n.º 24/75, no que tange à tramitação temporal para fins de ratificação dos Convênios entre os entes federados, para asseverar que o Estado de Goiás ratificou o Convênio ICMS 39/01 em 15/10/2001, ao publicar o Decreto n.º 5.494/01, não existindo, portanto, dúvidas sobre a aplicação integral do referido Convênio no Estado de Goiás.

Tergiversa, ainda, sobre a extensão do referido Convênio. Autorizativo ou Determinativo? Conclui ser o mesmo Determinativo, e, nesse sentido, obriga todos os Estados e o Distrito Federal, independentemente de sua ratificação pela legislação interna dos entes federativos.

Diz: “Ainda assim, o voto vencedor no v. acórdão alega que o procedimento só poderá ser adotado nas hipóteses de estorno de débito ‘admitidas em cada unidade federada’ e como não existe previsão de regra de estorno no Estado de Goiás, não haveria que se falar em aplicabilidade do Convênio ICMS n.º 39/01.” Verbera: “Neste caso, se não existia a previsão de estorno de débitos no Estado de Goiás, evidente que este passou a existir a partir da ratificação tácita e posteriormente expressa do Convênio ICMS 39/01.”

Destaca que diversos Estados incluíram em suas legislações o procedimento próprio a ser feito para o estorno de débitos pelas empresas de telecomunicação, tais como Mato Grosso, Tocantins, São Paulo, Santa Catarina o Distrito Federal.

Requer que seja reconhecida a plena aplicabilidade do Convênio ICMS 39/01, no território do Estado de Goiás, bem como que seja devidamente analisada a impugnação à diligência realizada, a fim de que reste cabalmente comprovada a inconsistência do lançamento realizado.

Juntou-se o Memorial de fls. 369/373, contendo o mesmo discurso já declinado em linhas pretéritas.

É o relatório.

DECISÃO

Em proêmio, mister destacar que, nesta fase de julgamento, inexistem preliminares para serem analisadas.

QUESTÃO MERITÓRIA

Adentrando ao exame do mérito do processo, observo, em preâmbulo, que a descrição do fato contido na peça inicial, reporta-se à cobrança de ICMS, cuja apuração ocorreu por intermédio da Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido, tendo sido detectado o registro de ICMS nos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, em valor inferior ao constante dos documentos fiscais.

Esta espécie de auditoria compara os valores das operações e do imposto devido constantes dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte com os valores lançados nos livros de Saída e Apuração do ICMS, aplicável a qualquer estabelecimento contribuinte do ICMS, devendo ser executada em períodos correspondentes ao da apuração do imposto;

Analisando todo o contido nos autos, concluo pelo não acolhimento das razões ofertadas pela recorrente, pois, verificando o trabalho realizado, observo que a autoridade autuante procedeu aos cálculos corretamente, mencionando e historiando os dispositivos legais que norteiam a matéria, inclusive detalhando todo o procedimento adotado em Nota Explicativa. Observo, outrossim, que o trabalho realizado submeteu-se a revisão por autoridade fiscal estranha à lide.

A recorrente, em sua defesa, entre outras razões, alega, precipuamente, que registrou em seus livros fiscais as operações que realizou em valores líquidos dos estornos de débitos de ICMS, escrituração que assevera ter efetuado com fundamento no Convênio ICMS n.º 39/01, e que o fato não implicou recolhimento a menor do imposto.

Os argumentos elencados pela recorrente visando o entendimento de que as irregularidades detectadas pelo fisco não ocasionaram qualquer prejuízo aos cofres estaduais, haja vista que a sua escrituração foi realizada com supedâneo no enunciado pelo Convênio ICMS 39/01, a meu ver, não se sustenta, face ao fato, inconteste, de que o Estado de Goiás, embora signatário do mesmo e tendo ratificado-o, não possuía, e tampouco promoveu a inserção, em sua legislação, da hipótese de estorno de débito.

O Convênio ICMS 39/01 alterou o Convênio ICMS 126/98, de 11 de dezembro de 1998, que dispõe sobre concessão de regime especial, na área do ICMS, para prestações de serviços públicos de telecomunicação, ao acrescentar os parágrafos 3.º e 4.º à sua cláusula terceira, “*in verbis*”:

“Cláusula primeira. Ficam acrescentados os §§ 3.º e 4.º à cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98, de 11 de dezembro de 1998, com a seguinte redação:

“§ 3.º Nas hipóteses de estorno de débito do imposto admitidas em cada unidade federada, será adotado, por período de apuração e de forma consolidada, o seguinte procedimento:

I – elaboração de relatório interno, que deverá permanecer à disposição do Fisco pelo mesmo prazo previsto para a guarda dos documentos fiscais, contendo, no mínimo, as informações referentes:

a) ao número, à data de emissão, ao valor total, a base de cálculo e ao valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno;

b) ao valor da prestação de serviço e do ICMS correspondentes ao estorno;

c) os motivos determinantes do estorno;

d) a identificação do número do telefone para o qual foi refaturado o serviço, quando for o caso;

II – com base no relatório interno de que trata o inciso anterior deverá ser emitida Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST), para documentar o registro do estorno do débito, cujos valores serão iguais aos constantes no referido relatório.

§ 4.º O relatório interno de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverá estar acompanhado dos elementos comprobatórios.” (grifo necessário).

Da análise do dispositivo em questão, depreende-se, incontestemente, que ao acrescentar os referidos parágrafos ao Convênio ICMS 126/98, o Convênio ICMS 39/01, especificou uma condição indispensável para que o contribuinte pudesse adotar os procedimentos ali descritos, qual seja, a necessidade de previsão legal da hipótese de estorno de débito do imposto em cada unidade da Federação.

O Estado de Goiás, embora seja signatário do referido Convênio e o tenha ratificado, não possui em sua legislação tributária qualquer previsão de estorno de débito, ou seja, não há possibilidade técnica e jurídica de aplicação do referido Convênio.

Complemente-se que, na hipótese de haver indébito tributário, a via prevista na legislação tributária estadual goiana, é o pedido de restituição, por meio de processo administrativo tributário próprio, devidamente instruído com os documentos comprobatórios ensejadores do pedido, conforme previsto nos artigos 172 e 173 do Código Tributário Estadual – CTE, em destaque:

“Art. 172. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo e seus acréscimos, seja qual for a modalidade do seu pagamento, nas seguintes hipóteses:

I – pagamento, espontâneo ou sob protesto, de tributos, multas e outros acréscimos, indevidos ou maiores que o devido, em face da legislação aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II – erro de identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

[...]"

“Art. 173. O conhecimento do pedido de restituição de indébito tributário compete ao órgão determinado na legislação processual específica.

§ 1.º o pedido de restituição do indébito tributário deve estar instruído com o documento de arrecadação ou com outro documento comprobatório do pagamento efetivado.

§ 2.º a exigência prevista no parágrafo anterior poderá ser suprida por certidão expedida pelo órgão competente da Secretaria da Fazenda.

§ 3.º o reconhecimento do direito à restituição é subordinado à comprovação de que o indébito tributário não produziu efeito fiscal.”

O trabalho revisional contido no Relatório Diligencial n.º 0014/09 – GESCO, de fls. 300/309, dissecou, de forma pormenorizada, todos os questionamentos apresentados pela recorrente, não lhe cabendo qualquer ressalva, razão pela qual fundamento minha decisão em seu conteúdo. O revisor destacou, ao final do seu trabalho:

“O procedimento adotado pela [...] encontra-se inteiramente em desacordo com a legislação goiana, vez que nesta não constam as premissas para a aplicação do Convênio ICMS 39/01, ou seja, a previsão de estorno de débitos. Além do mais, ainda que pudesse ser superada esta questão, não são atendidos os próprios pressupostos do referido Convênio.”

Destaque-se, portanto, que os procedimentos de escrituração adotados pelo sujeito passivo merecem reparos, porque ocultaram do controle da fiscalização estornos irregulares, não albergados na legislação goiana, e que contrariaram frontalmente os princípios da escrituração fiscal.

Em face do exposto, em respeito ao preconizado pela legislação tributária estadual, voto, em consenso majoritário com meus pares, para conhecer do Recurso ao Conselho Pleno, negar-lhe provimento, para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 09 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão de vendas de mercadorias tributadas (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 02234/10

Relator: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: *Processual. Preliminar de nulidade parcial da sentença singular, questionada pela autuada, por ausência de fundamentação legal. Rejeitada. Decisão unânime.*

Estando devidamente demonstrado nos autos que o sentenciador "a quo" agiu de acordo com a orientação contida no inciso II do artigo 458 do CPC, torna-se inócua tal inquirição.

Processual. Preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pela defesa. Inadmitidas. Decisão unânime.

Estando a formalização do processo efetivada de acordo com a norma que rege a matéria, não se pode admitir quaisquer inquirições advindas das partes em face a incidentais de nulidade da lide, por falta de amparo legal para tais acatamentos.

ICMS - Auditoria do Movimento Financeiro. Déficit Financeiro. Omissão de saída de mercadorias tributadas. Procedente em parte. Decisão unânime.

O julgador do processo tem a faculdade de ajustar a alíquota do ICMS e, como exercício da prática da justiça tributária, proceder a ação fiscal com a aplicação de alíquota do imposto de forma benéfica ao sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 14 de julho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial da sentença singular. Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Manoel Antônio Costa Filho e Antônio Martins da Silva. Também por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Manoel Antônio Costa Filho e Antônio Martins da Silva. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida por ele mesmo. Foram vencedores os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho e Antônio Martins da Silva. Vencido o Conselheiro José Luiz Rosa. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de

cálculo de R\$ 436.004,94 (quatrocentos e trinta e seis mil, quatro reais e noventa e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 8.526,55 (oito mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e cinco centavos), em decorrência do reajuste da alíquota para 12,75%. Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Manoel Antônio Costa Filho e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

A constituição do presente crédito tributário é decorrente da constatação de que o sujeito passivo, no exercício de 2007, omitiu o registro de saída de mercadoria na importância de R\$ 445.996,30 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, novecentos e noventa e seis reais e trinta centavos), conforme déficit apurado na Auditoria do Movimento Financeiro. Em consequência, foi reclamado o pagamento da multa formal correspondente a 25% sobre a omissão detectada, bem como, de acordo com a proporcionalidade de comercialização das mercadorias tributadas (97,76%), o pagamento do ICMS no valor de R\$ 74.120,83 (setenta e quatro mil, cento e vinte reais e oitenta e três centavos), mais cominações legais.

Com fundamento no art. 45, XII, do Código Tributário Estadual - CTE, foi incluída na lide como solidária, na condição de sócia-gerente, [...].

Instruindo a exordial, lavrada em 09/02/09, a autoridade lançadora acostou ao processo cópia de notificação para apresentação de documentos; Demonstrativos da Auditoria do Movimento Financeiro; relação de notas fiscais com tributação normal não registradas no livro próprio; e comprovantes de despesas (fls. 5 a 177).

Impugnando o lançamento os sujeitos passivos apresentam defesa, em peça única, na qual pleiteiam a exclusão da lide da solidária, sob a justificativa de que o simples inadimplemento de obrigação tributária não caracteriza infração à lei, condição para que a responsabilidade seja atribuída ao sócio-gerente; arguem em preliminar a nulidade da lide, por cerceamento do direito de defesa, em virtude da existência de vícios insanáveis relacionadas com a falta de indicação da alíquota correspondente ao lançamento e falta de comprovação documental do valor correspondente ao item 31 do demonstrativo "Conclusão" - notas fiscais de aquisição de mercadorias ou serviços não registradas. Ao adentrarem no mérito da questão alegam que não foi comprovado o valor correspondente às notas fiscais de aquisição não registradas; no demonstrativo da auditoria fiscal, não há referência aos saldos inicial e final de "caixa"; não há identificação da existência de empréstimos, financiamentos ou créditos emergenciais. E mais, que o valor das aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária não poderia constar do levantamento, por já ter sido objeto do Auto de Infração n.º 4010900137206, com a exigência do ICMS e multa correspondentes. Trata da não cumulatividade do ICMS e pedem a improcedência do auto de infração, fls. 187/217.

O ilustres sentenciador "a quo" conhece da impugnação, nega-lhe provimento, para, não acolher a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela impugnante, por cerceamento do direito de defesa, e mantendo na lide a solidária, julgar procedente a exigência inicial, fls. 218/221.

Dirigindo-se a Segunda Instância os defendentes pedem a nulidade da decisão singular, por ter sido elaborada sem fundamentação; continuam reafirmando as razões impugnatórias, fls. 226/243.

É o relatório.

DECISÃO

Sobre a preliminar de nulidade parcial da sentença monocrática, suscitada pela defesa, por ausência de fundamentação da dita decisão, não vejo como acolhê-la, tendo em vista que, o motivo determinante para tal questionamento, ou seja, a ausência de fundamentação da mencionada decisão é inexistente. Basta volver os olhos às fls. 218/221 deste volume para aferir a presença da fundamentação legal, onde o sentenciador se ampara na orientação contida no §1º, inciso IV e §2º do artigo 25 do CTE e também, no artigo 71, inciso VII letra “L” do §9º, I do CTE, para em sede de mérito julgar procedente a preambular. Portanto está a exigência lecionada pelo inciso II do artigo 458 do CPC, “*verbis*”:

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

[...]

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.”

Em face às preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela atuada, por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração, também não há motivo para seu acatamento, pois, todos os atos desenvolvidos pelo autor do lançamento o foram em consonância com as normas do processo tributário. A infração e a correspondente penalidade aplicadas corretamente, os prazos processuais respeitados, com vista dos autos às partes litigantes, a instrução processual em efetivada com esmero, portanto, rejeitadas estão as preliminares em estudo.

Quanto à preliminar de exclusão da solidariedade passiva, arguida pelo próprio, o meu juízo diverge do externado pelo autor do voto vencedor, cujo convencimento é que os sócios, gerentes, administradores, etc., podem figurar no processo administrativo tributário como sujeitos passivos solidários da relação processual.

Nesse aspecto, comungo com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Resp 898168/SP – Recurso Especial 2006/0238668-1, julgado no dia 21/02/2008, elimina a possibilidade da inclusão que pronunciou: *“É dominante no STJ a tese de que o não-recolhimento do tributo, por si só, não constitui infração à lei suficiente a ensejar a responsabilidade solidária dos sócios, ainda que exerçam gerência, sendo necessário provar que agiram os mesmos dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.”*

Destaco este convencimento e o acato em todos os processos em que registram a inclusão de tais pessoas na sujeição passiva solidária da lide que exige recolhimento de crédito tributário lançado de ofício.

Com todas as incidentais resolvidas, volvo-me às razões de direito desta ação e ressalto que a peça exordial se baseia na modalidade de trabalho intitulada Auditoria do Movimento Financeiro que é um levantamento que consiste no balanceamento das receitas e despesas de uma empresa em um determinado período, sendo que a importância excedente da receita constitui o caixa final do período e a importância excedente em despesas, constitui omissão de registro de saídas de mercadorias tributadas.

Além do conceito supra, a base legal dada pelo autuante como infringida, está inserta no §1º, inciso IV e §2º do artigo 25 do CTE, que transcrevo:

“Art. 25. A base de cálculo do imposto será arbitrada pela autoridade fiscal, podendo o sujeito passivo contraditá-la no correspondente processo administrativo tributário, sempre que, alternativa ou cumulativamente:

[...]

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

[...]

IV - ao deficit financeiro existente no confronto do saldo das disponibilidades no início do período, acrescido dos ingressos de numerários, e deduzidos dos desembolsos e do saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, as despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas, tais como:

- a) salários e retiradas;*
- b) aluguel, água, luz, telefone e outras taxas, preços ou tarifas;*
- c) tributos;*
- d) outras despesas gerais;*

[...]

§ 2º Na hipótese de o contribuinte comercializar também mercadorias isentas ou não tributadas no período fiscalizado, a base de cálculo deve ser obtida por meio da multiplicação do valor apurado em procedimento fiscal pela fração obtida da divisão do valor das entradas tributadas, exceto aquelas sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores, pelo valor correspondente ao total das entradas de mercadorias destinadas à comercialização ou industrialização.”

Mediante a orientação exarada e noticiada nos parágrafos imediatamente anteriores, bastaria tão somente que o sujeito passivo comprovasse nos autos, de maneira cabaz, que não omitiu o registro de saída de mercadorias, conforme já inferido no relatório que integra este “decisum”.

Porém, esse cuidado ele não teve, fato já reconhecido pelo sentenciador singular que julgou procedente a vestibular.

Entretanto, o objetivo de justiça no julgamento processual, sempre respeitado por essa Casa Julgadora, levou-me a apurar uma média percentual de alíquota de 12,75% (doze, setenta e cinco por cento) e, sobre a base cálculo registrada na peça basilar, encontrei o valor do imposto devido de R\$ 436.004,94 (quatrocentos e trinta e seis mil, quatro reais e noventa e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é R\$ 8.526,55 (oito mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e cinco centavos). Devendo tal “quantum” prevalecer para feito de recolhimento do imposto.

Assim, voto, unanimemente, rejeitando a preliminar de nulidade parcial da sentença singular. Também voto, unanimemente, rejeitando as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Por maioria de votos foi rejeitada a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida por ele mesmo. Quanto ao mérito, voto, unanimemente, conhecendo do recurso voluntário, dando-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 436.004,94 (quatrocentos e trinta e seis mil, quatro reais e noventa e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é R\$ 8.526,55 (oito mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e cinco centavos), em decorrência do reajuste da alíquota para 12,75%.

Sala das sessões, em 02 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão de vendas de mercadorias tributadas (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02414/10

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de vendas de mercadorias tributadas. Auditoria do Movimento Financeiro. Procedência. Decisão unânime.

I - Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao déficit financeiro existente no confronto do saldo das disponibilidades no início do período, acrescido dos ingressos de numerários, e deduzidos dos desembolsos e do saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, as despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas. (art. 25, § 1º, IV, CTE);

II - Na hipótese de o contribuinte comercializar também mercadorias isentas ou não tributadas no período fiscalizado, a base de cálculo deve ser obtida por meio da multiplicação do valor apurado em procedimento fiscal pela fração obtida da divisão do valor das entradas tributadas, exceto aquelas sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores, pelo valor correspondente ao total das entradas de mercadorias destinadas à comercialização ou industrialização. (art. 25, § 2, CTE).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de junho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. E, por maioria de votos, acatar a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide, arguida pelo Conselheiro Relator. Foram vencedores os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho. Vencido o Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Quanto ao mérito, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

Em 29 de maio de 2009, as autoridades fiscais lavraram o auto de infração, formalizando a exigência do ICMS no valor de R\$ 73.382,51 (setenta e

três mil, trezentos e oitenta e dois reais e cinquenta e um centavos), juntamente com a respectiva penalidade e acréscimos legais, pelo fato do contribuinte epigrafado ter omitido registro de saída de mercadorias tributadas no valor de R\$ 431.661,84 (quatrocentos e trinta e um mil, seiscentos e sessenta e um reais e oitenta e quatro centavos), nos meses de janeiro a dezembro de 2007, apurada em Auditoria do Movimento Financeiro.

Aplicada a multa prevista no art. 71, inc. VII, letra "I" do CTE, agravada pelo § 9º, inc. I, do mesmo artigo e diploma legal.

Identificada como sujeito passivo solidário a pessoa de [...], na condição de administradora da firma autuada.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexado à peça básica demonstrativos da Auditoria do Movimento Financeiro (fls. 5 a 10), acompanhados de cópias de farta documentação (fls. 14 a 158).

Os sujeitos passivos comparecem ao processo apresentando conjuntamente impugnação em Primeira Instância (fls. 168 a 170), alegando, preliminarmente, que o auto de infração está confuso, pois não deixa clara a sua motivação, esclarecendo que a autuação não indica o que gerou o desequilíbrio financeiro, uma vez que as saídas registradas suportam as despesas realizadas.

No mérito, pedem a improcedência do lançamento, afirmando que o déficit financeiro teve origem na inclusão, no levantamento, de despesas referentes a notas fiscais não registradas, que não chegaram à empresa, e se a auditoria considerou essa despesa deve considerar as receitas das saídas das mercadorias dessas notas fiscais. Argumentam que a falta de registro dessas notas fiscais não acarreta descumprimento de obrigação principal.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões das defesas apresentadas, decide pela procedência do lançamento, inclusive mantendo na lide o solidário, consoante a Sentença nº 7614/2009 – JULP (fls. 180 a 181).

Inconformados com a decisão singular, os sujeitos passivos apresentam conjuntamente recurso voluntário (fls. 185 a 187), no qual pedem em preliminar a nulidade do auto de infração, relacionando as hipóteses de cerceamento do direito de defesa e de insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito, pedem a reforma da sentença e a improcedência da autuação, afirmando que o déficit só ocorreu porque foram incluídas nas despesas as Notas Fiscais consideradas pelo Fisco como não registradas; que ao incluir as notas de entradas nas despesas deveria colocar seu valor acrescido do lucro presumido nas saídas; que não podem concordar que se considere as entradas de notas não registradas a crédito de caixa sem a contrapartida de jogar no débito de caixa as saídas relativas à essas notas; que não houve omissão do imposto; que a fiscalização não demonstrou o lançamento dessas saídas não registradas no

respectivo livro fiscal, para se concluir que houve omissão de registro de Notas Fiscais de Saídas de Mercadorias.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Formulo em preliminar arguição de exclusão do solidário da lide, considerando que nos autos não há prova de que o administrador tenha praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social e estatutos, que implicasse na sua responsabilidade pessoal pelo crédito tributário, e, conforme decisões de tribunais superiores, os bens de particulares não poderão ser incluídos em dívidas de sociedade limitada. Desta forma, em consonância com a maioria dos meus pares, excluo da autuação o solidário [...].

Apreciando as preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo, manifesto-me pela rejeição de ambas as preliminares, por não existir no processo nenhuma falha formal que implicasse na invalidação do procedimento fiscal.

QUESTÃO MERITÓRIA

Dirigindo-me ao mérito do processo, ressalto inicialmente que o Código Tributário Estadual – CTE (art. 25, § 1º, IV), estabelece que o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao déficit financeiro existente no confronto do saldo das disponibilidades no início do período, acrescido dos ingressos de numerários, e deduzidos dos desembolsos e do saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, as despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas, presume-se decorrente de operação ou prestação tributada:

“Art. 25.

[...]

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

[...]

IV - ao déficit financeiro existente no confronto do saldo das disponibilidades no início do período, acrescido dos ingressos de numerários, e deduzidos dos desembolsos e do saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, as despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas, tais como:

a) salários e retiradas;

b) aluguel, água, luz, telefone e outras taxas, preços ou tarifas;

c) tributos;

d) outras despesas gerais;

[...].”

Na hipótese de o contribuinte comercializar também mercadorias isentas ou não tributadas no período fiscalizado, o § 2º do mesmo art. 25 estabelece a metodologia de cálculo para obtenção da base de cálculo do imposto:

“Art. 25.

[...]

§ 2º Na hipótese de o contribuinte comercializar também mercadorias isentas ou não tributadas no período fiscalizado, a base de cálculo deve ser obtida por meio da multiplicação do valor apurado em procedimento fiscal pela fração obtida da divisão do valor das entradas tributadas, exceto aquelas sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores, pelo valor correspondente ao total das entradas de mercadorias destinadas à comercialização ou industrialização.”

A omissão de vendas de mercadorias tributadas, irregularidade fiscal denunciada, foi apurada em conformidade com as regras reproduzidas em linhas anteriores, consoante a Auditoria do Movimento Financeiro (fls. 5 a 10).

No curso do processo, o contribuinte não trouxe nenhum elemento de prova que aumentasse o total de ingressos ou que diminuísse o total de desembolsos ou demonstrasse a existência de saldos inicial e final das disponibilidades, que implicasse em redução ou eliminação do déficit financeiro apurado no procedimento fiscal e afastasse a presunção de operação tributada não registrada, motivando a conclusão de procedência do lançamento.

Ante o exposto, acatada a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide, por mim arguida, rejeito as preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo. Quanto ao mérito, em uníssono com os meus pares, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 16 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão de vendas de mercadorias tributadas (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 02899/10

Relator: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: I - Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Decisão unânime.

A ausência de afronta à prescrição do art. 20 da Lei nº 16.469/2009, impõe a rejeição das preliminares arguidas pelas partes que se sentirem prejudicadas e enseja a continuidade do processo para que o mérito da ação seja apreciado e julgado pela autoridade competente.

II - ICMS. Auditoria do Movimento Financeiro. Omissão no registro das operações de saídas de mercadorias tributadas. Parcial Procedência. Decisão unânime.

O princípio do contraditório permite que o resultado do trabalho de auditoragem seja reexaminado pela autoridade julgadora, que tem o suporte legal para ajustar o valor exigido no auto de infração ao seu real valor, e, que a justiça fiscal se faça sobre o valor litigioso do processo administrativo tributário.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de julho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, Allen Anderson Viana e Antônio Martins da Silva. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo Conselheiro Allen Anderson Viana. Foram vencedores os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho e Antônio Martins da Silva. Vencido o Conselheiro Allen Anderson Viana. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 1.860.491,24 (um milhão, oitocentos e sessenta mil, quatrocentos e noventa e um reais e vinte e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 214.700,68 (duzentos e quatorze mil e setecentos reais e sessenta e oito centavos), em função da adequação da alíquota para 11,54%. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, Allen Anderson Viana e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

O auto de infração trouxe a seguinte descrição:

"Omitiu registro de saída de mercadoria, no período visto de 01/01/2004 a 31/12/2004, na importância de R\$ 2.040.907,46 conforme déficit financeiro apurado na Auditoria do Movimento Financeiro. Em consequência, fica sujeito a multa formal de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da omissão detectada, bem como, de acordo com a proporcionalidade das entradas tributadas, no pagamento do ICMS no valor de R\$ 316.283,51 juntamente com a penalidade e acréscimos legais, consoante demonstrativos e documentos em anexo."

Para completar a descrição do fato, a fiscalização após a seguinte observação no auto de infração:

"As informações contidas na Auditoria do Movimento Financeiro foram extraídas da Declaração Periódica de informações (DPI), visto que a fiscalização não teve acesso aos demais comprovantes de receitas e despesas, haja vista que o contribuinte se encontra suspenso no cadastrado CCE SEFAZ, motivo desaparecimento endereço domicílio tributário COD. 388."

A infração aos artigos 25, § 1º, inciso IV e 64 da Lei nº 11.651/91 abriga a exigência do imposto devido com os acréscimos legais cabíveis.

O art. 71, inciso VII, alínea "I", agravado com a aplicação do § 9º do CTE abriga a penalidade proposta pela autoridade fazendária.

Os documentos de fls. 04 e 05 identificam as indicações dos sujeitos passivos solidários da lide.

Os documentos de fls. 30 e 37 revelam que o contribuinte não compareceu nas fases de defesa.

Entretanto, ele impugna o lançamento, documentos de fls. 39 a 41, com a tese de que:

A diferença reclamada na peça exordial resulta de presunção e a certeza acontecerá "depois de apurada todas as informações relativas aos recursos disponibilizados à empresa, o que não ocorreu no caso presente, vez que a autuação da fiscalização consistiu apenas nas informações extraídas de DPI, e não a partir da notificação do contribuinte para, em conjunto com o fisco, empreender todos os esforços para a efetiva demonstração financeira da empresa." (fl. 40).

Deixa claro que os fatores representativos da disponibilidade da Conta Caixa, inicial e final, os ingressos de empréstimos, a verificação do volume de operações efetivadas sob o abrigo da isenção, não incidência, substituição tributária, a situação financeira dos sócios, que quase sempre socorrem a empresa, acontecidas no período examinado pela fiscalização, ao serem considerados resultariam resultados diferenciados aos exigidos neste lançamento tributário.

Vê que o trabalho fazendário peca pela imprecisão, o que o torna nulo do início.

Além do mais, os sócios, identificados solidariamente para responderem pela exigência do crédito, não foram notificados do lançamento tributário que deu início a este feito.

Após os questionamento preliminares de ausência de suporte à pretensão fiscal, no mérito, requer, pelas razões desenvolvida, a improcedência do auto de infração, pois a fiscalização não demonstrou a real posição do movimento financeiro da empresa.

Na sessão cameral realizada no dia 30/09/2009, embora a Câmara Julgadora tenha deferido a proposta de diligência do processo, esta não se efetivou, visto a informação contida no documento de fl. 51.

É o relatório.

DECISÃO

Rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, com o entendimento de que o ato administrativo foi expedido por autoridade administrativa competente, que cumpriu as normas ditadas pelas normas procedimentais vigentes, cuja omissão no recolhimento do ICMS adveio dos exames do Movimento Financeiro em avaliação das declarações do contribuinte apostas na Declaração Periódica de Informações – DPI, que, presumidamente, o contribuinte mantém perfeito controle. O infrator, a infração e a penalidade foram identificados com segurança pelos autores do lançamento de ofício, o direito de defesa não foi cerceado no curso da ação fiscal, não houve insegurança na determinação da infração e nem a ocorrência de outro incidente de nulidade, motivo pelo qual o ato administrativo tem o seu andamento pautado pelas normas do processo administrativo tributário.

Observei, pela análise procedida na questão primeira, que ela não se enquadra na regra do art. 20 da Lei nº 16.469/2009, motivo pelo qual numa harmonia de convencimento dos pares presentes na sessão de julgamento do processo, ela foi rejeitada por unanimidade de votos.

Em seguida, analiso, estudo e decido o mérito da atuação nos fundamentos seguintes:

Ao considerar os argumentos despendidos na fase administrativa de defesa, sobretudo pela observância do resultado apostado no próprio demonstrativo do trabalho de auditoria, verifiquei que o valor exigido neste lançamento sofreria a redução que demonstro a seguir:

Valor da omissão no total das saídas de mercadorias
R\$ 2.040.907,46

Menos o valor da omissão das mercadorias isentas e não tributadas
R\$ 180.416,22

Total da omissão das saídas das mercadorias tributadas
R\$ 1.860.491,24

Sobre o valor total das saídas de mercadorias tributadas com a base de cálculo de R\$ 1.860.491,24 (um milhão, oitocentos e sessenta mil, quatrocentos e noventa e um reais e vinte e quatro centavos), apliquei a média da alíquota encontrada no percentual de 11,54%, correspondente à operação de saída de mercadorias realizada pelo contribuinte com omissão no recolhimento do ICMS e encontrei o valor de imposto devido na importância de R\$ 214.700,68 (duzentos e quatorze mil, setecentos reais e sessenta e oito centavos).

De acordo com a Auditoria do Movimento Financeiro, fl. 12, os valores considerados nos cálculos efetivados nos parágrafos volvidos representam a realidade da conta contábil posta sob análise e que considero correto, pois a variação de alíquota dos bens comercializados com incidência do imposto está demonstrada nas Declarações Periódicas de Informações – DPls anexadas ao trabalho de auditoria e que deveriam ter sido consideradas pela autoridade lançadora.

Os ajustes efetivados, neste momento, foram considerados eficazes para a redução do valor do ICMS devido pelo sujeito passivo e recebeu o aval dos demais Conselheiros presentes na sessão de julgamento do dia.

O procedimento adotado sintoniza com a previsão do art. 25 da Lei nº 11651/91, pois ela facultou, ao julgador, adequar o cálculo do ICMS devido com observância na proporção declarada no documento de controle fazendário, visto que dispõe:

"Art. 25. A base de cálculo do imposto será arbitrada pela autoridade fiscal, podendo o sujeito passivo contraditá-la no correspondente processo administrativo tributário, sempre que, alternativa ou cumulativamente:

§ 2º Na hipótese de o contribuinte comercializar também mercadorias isentas ou não tributadas no período fiscalizado, a base de cálculo deve ser obtida por meio da multiplicação do valor apurado em procedimento fiscal pela fração obtida da divisão do valor das entradas tributadas, exceto aquelas sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores, pelo valor correspondente ao total das entradas de mercadorias destinadas à comercialização ou industrialização.".
(Grifado).

A adoção desta norma legal no julgamento do processo, resultou uma base de cálculo declarada nos parágrafos passados, e prevalece para efeito de decisão do mérito desta questão.

Ao votar esta questão, eu conheço da impugnação, dou-lhe parcial provimento para reformar o trabalho da fiscalização e considerar procedente em parte o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 1.860.491,24 (um milhão, oitocentos e sessenta mil, quatrocentos e noventa e um reais e vinte e quatro

centavos), cujo ICMS devido passa a ser R\$ 214.700,68 (duzentos e quatorze mil, setecentos reais e sessenta e oito centavos).

Sala das sessões, em 15 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA DO PREJUÍZO DA CONTA MERCADORIAS - Falta de estorno de crédito proporcional ao prejuízo apurado (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 02175/10

Relator: Conselheiro Itamar Alves Carrijo

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Auditoria do prejuízo da conta mercadorias. Falta de estorno de créditos proporcional ao prejuízo apurado. Procedência. Decisão unânime.

I - É lícita a exigência de estorno de créditos proporcionais ao prejuízo apurado na conta mercadorias Art. 61, IV, do CTE).

II - A apuração do valor a estornar deve levar em consideração o ICMS contido no Estoque Inicial, acrescido do ICMS contido nas entradas do período considerado e deduzido do ICMS contido no estoque final, apurando-se as alíquotas médias das entradas nos períodos respectivos recomendados, para a apuração do ICMS contido nos estoques inicial e final (Art. 58, § 3º, do RCTE).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de maio de 2010, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelo Conselheiro Álvaro Falanque. Foram vencedores os Conselheiros Álvaro Falanque e Carlos Andrade Silveira. Vencido o Conselheiro Itamar Alves Carrijo. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, Álvaro Falanque e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento acusa que o sujeito passivo omitiu pagamento do ICMS, na importância de R\$ 26.072,80, em razão de não ter estornado o crédito do ICMS apropriado anteriormente, em decorrência do prejuízo bruto na conta mercadorias, no exercício de 2006, apurado na Auditoria de Prejuízo na Conta Mercadorias, que instrui os autos à folha 05, juntamente com cópias dos livros 005E e 006E, de Registro de Inventário, e do Livro de Registro de Apuração do ICMS de n.º 006E, acostados às folhas 06 a 40, e outros documentos.

Como sujeito passivo coobrigado são identificados [...], CPF [...] e [...], na condição de sócios gerentes.

Intimados, somente a empresa comparece em Primeira Instância, arguindo que o lançamento não foi lavado dentro do espírito de justiça em vista do ICMS ser não cumulativo e periódico de que a empresa encontra-se impossibilitada

de detectar quais as mercadorias que efetivamente deram prejuízo, para efeito do estorno proporcional e que fazendo o estorno, o prejuízo da empresa ainda é maior. Que a lei que faz tal exigência é leonina ou seja confiscatória, contrariando os mandamentos constitucionais e pedem a improcedência do lançamento.

O Julgador Singular, após fundamentar a segurança jurídica do processo e a impossibilidade de apreciar possível inconstitucionalidade da legislação tributária, em vista da previsão legal para o estorno dos créditos apropriados, demonstrados em auditoria própria e encontrando perfeitamente caracterizada a infração, conclui pela procedência do lançamento.

Regularmente intimados da decisão singular, interpõem recurso voluntário, reconhecendo a previsão legal para a exigência do estorno, com a qual alega não concordarem por ser inconstitucional por ferir a liberdade da livre concorrência e considerando que o ICMS é não cumulativo, prejuízo de um exercício o crédito pode ser aproveitado em outro exercício onde haver venda com margem de lucro maior e recolhimento a maior e finaliza reafirmando os argumentos de Primeira Instância e pedindo a improcedência do lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

Analisando o procedimento à luz do art. 142 do Código Tributário Nacional, constata-se a competência legal da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim como a devida verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, foi determinada a matéria tributável, calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e inclusive a proposição da penalidade cabível, portanto do ponto de vista legal, não incorre em nenhuma das preliminares de nulidades processual previstas.

Dirigindo-me ao mérito do processo, em vista da inexistência de razões relativa a preliminares de nulidades terminativas ou parciais e conforme a defesa reconhece a exigência do estorno do crédito anteriormente apropriado, quando constatado o prejuízo na conta mercadorias, citando o Art. 58, inciso IV e seu § 3º, do RCTE, ressalto inicialmente que o Código Tributário Estadual – CTE, estabelece que o sujeito passivo deve efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, quando a conta mercadoria apresentar prejuízo, na proporção do que se verificar no final de cada exercício ou no encerramento das atividades do estabelecimento:

“Art. 61. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado, a mercadoria ou bem entrados no estabelecimento, quando:

[...]

IV - a conta mercadoria apresentar prejuízo, na proporção do que se verificar no final de cada exercício ou no encerramento das atividades do estabelecimento”.

O momento e a forma de apuração do ICMS, base para o estorno, vem esculpido no Art. 58, inciso IV e §§ 1º e 3º, do Decreto nº 4.852/97, Regulamento do Código Tributário Estadual, onde exige a anulação do crédito, no próprio exercício da constatação do prejuízo, composto pelo valor resultante do somatório do imposto apropriado relativo às mercadorias do inventário inicial, adicionado do imposto decorrente das entradas no período, menos o imposto apropriado relativo às mercadorias do inventário final, conforme texto legal que abaixo transcrevo:

“Art. 58. O sujeito passivo deve efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado, a mercadoria ou bem que entraram no estabelecimento, quando (Lei nº 11.651/91, [art. 61](#)):

[...]

IV - a conta mercadoria, no final do exercício ou no encerramento da atividade do estabelecimento, por seu valor bruto, apresentar prejuízo, hipótese em que o estorno é proporcional ao percentual do prejuízo apresentado, aplicado sobre o montante dos créditos apropriados.

§ 1º A anulação do crédito de imposto deve ser efetuada dentro do mesmo período em que ocorrer o registro da operação ou prestação ou em que ficar evidenciada a situação que lhe der causa.

[...]

§ 3º na situação prevista no inciso IV deste artigo, o ICMS base para o estorno, no final do período de apuração, é composto do valor resultante do somatório do imposto apropriado relativo às mercadorias do inventário inicial, adicionado do imposto decorrente das entradas no período, menos o imposto apropriado relativo às mercadorias do inventário final.”

Mediante a previsão legal acima, os argumentos de defesa de que no exercício seguinte poderia ocorrer lucro maior com possibilidade de ocorrer também recolhimento a maior, é irrelevante para o presente caso e não exclui a obrigatoriedade do fato de ter ocorrido prejuízo anteriormente, onde é exigido o referido estorno de crédito.

Quando ao argumento de inconstitucionalidade da legislação que exige o estorno, o assunto constitui matéria em que há vedação legal de ser apreciada neste instância administrativa, conforme assim dispõe o § 4º, do art. 6º, da Lei nº 16.469/09, quando do julgamento de processos Contencioso Fiscal, de Restituição e ou de Revisão Extraordinária, conforme texto legal abaixo:

“Art. 6º Compete ao Conselho Administrativo Tributário -CAT- apreciar:

I - o Processo Contencioso Fiscal;

II - o Processo de Restituição;

III - o Processo de Revisão Extraordinária.

[...]

§ 4º Não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.”

Portanto, com as razões e fundamentos acima, considero os argumentos apresentados pelo sujeito passivo, insuficientes para a reforma da sentença singular, impondo sua manutenção.

Em relação aos sujeitos passivos solidários, no que pese o entendimento meritório unânime pela infração à disposição de lei e a disposição contida no art. 45, caput e em seu inciso XII, por arguição de um de meus pares, onde fui voto vencido, decidiram por retirá-los da lide, sob argumento da decisão encontrar em conformidade com decisões superiores.

Nestas condições, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para manter a decisão singular que considerou procedente o auto de infração acostado na inicial, porém, com exclusão dos solidários da lide.

Sala das sessões plenárias, em 22 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS - Omissão de saída de mercadoria tributada - indústria (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01745/10

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Exigência de imposto em razão de omissão de saída de mercadoria tributada apurada através de auditoria específica de mercadorias. Improcedência. Decisão unânime.

I - No caso de auditoria específica em indústria, deve ser levado em consideração aspectos relevantes para a definição do que de fato seja omissão de saídas.

II - Havendo a produção de fragmentos de arroz, deve ser considerado por auditoria específica de mercadorias, o fato de que há a mistura da quirera de arroz ao próprio arroz.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20 de maio de 2010, decidiu, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a preliminar de nulidade da sentença singular, levantada pela autuada, e no mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Aguinaldo Fernandes de Melo e Domingos Caruso Neto.

RELATÓRIO

Acusação é de que realizou saída de quirera de arroz sem emissão de documentação fiscal no valor de R\$ 100.469,22 (cem mil quatrocentos e sessenta e nove reais e vinte e dois centavos), no período de 01/01/2.004 a 31/12/2.004, conforme demonstrativos de auditoria específica de mercadorias em anexo. Em consequência deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 17.079,77 (dezesete mil, e setenta e nove reais e setenta e sete centavos) mais as cominações legais.

Foi colocado como solidário na lide [...], na qualidade de representante legal da empresa, conforme procuração cuja cópia foi anexada aos autos (fls. 5).

Também foi anexado aos autos declaração da empresa [...], esclarecendo a forma como trabalhava na obtenção dos produtos objeto de seu comércio. Foi informado que houve injeção de quirera no arroz nos exercícios de 2.003, 2.004, e 2.005, e que essa ocorreu nos percentuais de 17,15% (2.003), 32,81%(2.004) e 25,57%(2.005). Informa que os percentuais de rendimento da limpeza do arroz é 63% do arroz beneficiado, 3% de quirera, 7% de farelo. Os restantes, palha de

arroz, impurezas, quebras, devidamente permitidos pela receita estadual, somam 27%.

No período de 2.004, que é o exercício abarcado pelo presente auto de infração, esclarece que houve a seguinte situação:

- i) Estoque inicial: 103.980 Kgs.
- ii) Compras do período: 2.180.415 Kgs.
- iii) Produção: 116.342 Kgs.
- iv) Estoque Final: 234.736: Kgs.
- v) Quantidade de quirera injetada: 710.874 Kgs.

Foram anexados aos autos os seguintes documentos:

- i) Conclusão da auditoria específica de mercadorias (fls. 24 a 64);
- ii) Cópias do livro registro de inventário de 31/12/2.003 (fls.65 e 66), e de 31/12/2.004 (fls. 67 a 70);
- iii) Cópias do livro registro de entradas (fls. 71 a 136);
- iv) Cópias do livro registro de saídas (fls.137 a 237).

Houve correta intimação das partes para a fase singular.

Tanto o autuado como o solidário vieram e trouxeram suas razões.

Nessa fase foi anexado levantamento contraditório pelo sujeito passivo.

Julgamento foi convertido em diligência para investigação dos argumentos defensórios.

Resultado do trabalho revisional consta às folhas 289/290. Ele manifestou o entendimento de que, em relação à informação de que a empresa injeta quirera em arroz beneficiado, não existe comprovação desse fato, e não foi apresentado nenhum laudo, firmado por órgão competente, que ateste esse procedimento em quais proporções.

O trabalho, diante dessa lógica, apresentou um resultado de parcial procedência sobre o valor de R\$ 100.467,69, com o ICMS correspondente de R\$ 17.079,51. Demonstrativos foram anexados aos autos (fls. 291 a 331).

Sujeito passivo e solidário foram corretamente notificados do resultado do trabalho revisional e preferiram não se manifestar.

Após, foi anexado aos autos nova peça apresentada pela autuada (fls 338 a 342). Nela, reiterou-se o argumento de que há a mistura da quirera com o arroz, e que esse fato jogaria por terra a tese do fisco.

Decisão singular rejeita argumentos defensórios e confirma o auto nos valores e quantidades encontradas no trabalho revisional.

Houve intimação do autuado e do solidário na fase cameral.

Foi declarada a perempção do solidário.

Na peça apresentada pelo autuado, houve inicialmente a narrativa dos fatos. Foi repetida a tese de que a omissão de entrada de arroz e a omissão de saída da quirera se explicam pelo fato de que há a injeção de quirera no arroz.

Também foi arguida a nulidade da decisão singular. A rejeição do pedido de reunião dos processos seria o seu fundamento. Pede a anulação da sentença singular e o retorno dos dois processos àquela fase para nova apreciação.

Quanto ao aspecto de direito. Reiterou o aspecto de que inexistiu qualquer omissão em razão da sistemática adotada pela empresa de misturar quirera com o arroz.

Reitera que a empresa venda fragmentos de arroz. E que tal produto foi analisado e aprovado pelo único órgão competente para oferecer qualquer objeção, a Clavego, que fez constatar nos documentos fiscais que acompanhavam as mercadorias, a legalidade da operação.

Essa consistiria na mistura dos produtos quirera e arroz quebrado, que unidos em determinadas proporções, prontamente atendidas pelo recorrente, dão origem ao arroz fragmentado. Sendo assim o único papel do fisco é conferir se as notas fiscais foram emitidas e se estariam devidamente preenchidas com os parâmetros legais.

Reitera que existe norma sobre produção de meio arroz, emanadas do Ministério da Agricultura e que a definição de meio arroz é de competência estranha à fiscalização.

Explica que o produto vendido pelo contribuinte passa por uma verificação prévia efetuada por autoridade competente. Lembra que a omissão de entradas de arroz se compensa com a omissão de saída da quirera.

Reitera o pedido de nulidade da sentença singular, pede o retorno à primeira instância para apreciação em conjunto com o processo 3 0226019 090 19, e requer a improcedência do trabalho fiscal.

Houve resolução repautando o presente processo junto ao de número 3 0226019 090 19.

No julgamento cameral houve a declaração de nulidade parcial por vício na intimação do solidário [...].

Fazenda concordou com o tal julgamento.

Após nova intimação do solidário, o processo retornou à fase singular para nova apreciação.

Nova decisão foi exarada entendendo pela procedência parcial do auto, da mesma forma como se deu na decisão anulada.

Fazenda Pública concordou com tal decisão (fls. 383).

Após nova intimação, ambos os ocupantes do pólo passivo da lide ofereceram única peça defensória (fls. 386 a 394).

Inicialmente fez a narrativa dos fatos. Repete o mesmo argumento da necessidade de apreciação em conjunto desse auto com o de número 3 0226019 090 19.

Pediu a exclusão da lide do solidário.

Em relação ao direito aplicável, traz os mesmos argumentos postos. Repete a situação de produção de fragmentos de grãos. Falou sobre a variação da proporção do percentual de quirera nos exercícios fiscalizados. Reitera que os produtos comercializados pelo contribuinte passam por verificação prévia efetuada por entidade competente. Afirma que o Estado de Goiás é beneficiado pela produção do arroz da forma como se dá, pois há a agregação de valor à quirera.

Destaca a correlação do presente trabalho com o de número 3 0226019 090 19. Fez quadro que demonstra que a omissão de entradas do arroz é compensada com a omissão de saídas da quirera.

Encerra sua peça pedindo a apreciação em conjunto desse auto com o de número 3 0226019 090 19, e pede a improcedência do auto.

Em memorial apresentado, traz informação de que processo semelhante teve decisão pela improcedência, seria o de número 3 0143211 767 38.

É o relatório.

DECISÃO

Para que se chegue à uma decisão justa, é imprescindível que se faça a análise do presente processo em conjunto com o de número 3 0226019 090 19. O trabalho consistiu em realização de levantamento específico, que apurou, no mesmo exercício, em 2.004, omissão de saídas de quirera de arroz, que é tratada no presente processo, e omissão de entradas de arroz, que é a matéria tratada no auto 3 0226019 090 19.

A tese apresentada pelo sujeito passivo para justificar o tal resultado é a prática adotada pela empresa de produzir o que se chama de fragmento de arroz. Faz-se a mistura do arroz com quirera, gerando um produto que tem a tal classificação. Também foi informado pelo sujeito passivo que o percentual de mistura da quirera de arroz ao arroz, depende da qualidade desse último. Portanto, quanto melhor o arroz, menos se mistura quirera, e o contrário também é verdadeiro, quanto pior o arroz, mais se mistura a quirera.

Através de declaração, a empresa informou os percentuais de quirera que foram misturadas ao arroz nos três exercícios onde ocorreu a mistura. A postura do fisco diante dessa informação foi de rejeitá-la. No momento da realização da revisão, o agente que a efetuou trouxe a seguinte declaração:

“Deixamos de considerar a alegação da defesa quanto à injeção de quirera no arroz beneficiado, pois a auditoria fiscal trabalha com dados obtidos em livros e documentos; assim, não podemos aceitar números sem nenhuma comprovação. Admitimos que existe este procedimento de mistura da quirera com o arroz beneficiado a fim de obter um arroz de qualidade inferior, mas não nos foi apresentado nenhum laudo, firmado por órgão competente, que ateste este procedimento e em quais proporções.”

Divergimos desse entendimento. Os documentos emitidos pelo sujeito passivo atestam a realização dessas operações, não há como ignorá-los simplesmente. Não se faz necessária a intervenção de qualquer órgão competente para que se permita ao contribuinte fazer mistura de quirera de arroz ao arroz e, posteriormente, vender o produto resultante da forma que o mercado absorver.

Esse é o cerne da nossa análise, se não concordarmos com o posicionamento exarado pelo revisor, a eficácia do presente trabalho fica irreversivelmente comprometida, o que justamente ocorreu.

Acolhendo os argumentos defensórios, passamos a perceber uma clara coerência entre os resultados obtidos pelo fisco quando da realização da auditoria específica de mercadorias. No item quirera de arroz, o resultado foi de omissão de saídas. O que é absolutamente lógico, pelo fato de que foi misturado ao arroz. E no que diz respeito ao arroz, se detectou uma omissão de entradas, o que também é normal, pois saiu mais arroz do que entrou, pelo fato de que lhe foi adicionada a quirera.

As quantidades das omissões encontradas são muito próximas, a omissão de entrada de arroz foi de 662.314 (seiscentos e sessenta e dois mil trezentos e quatorze) quilos de arroz, e a omissão de saídas de quirera foi de 655.055 (seiscentos e cinquenta e cinco mil e cinquenta e cinco) quilos. Elas praticamente se compensam, formando um raciocínio absolutamente lógico e pertinente.

A diferença entre as duas quantidades é de apenas 7.259 (sete mil duzentos e cinquenta e nove) quilos, que certamente é irrelevante, face à

quantidade de entradas de arroz que chega a mais de 2.000.000 (dois milhões) de quilos.

Diante disso, entendo que a acusação fiscal não pode prosperar.

Portanto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 30 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS - Omissão de saída de mercadoria tributada - substituto tributário (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01122/10

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Omissão do registro de saídas de mercadorias. Auditoria Específica de Mercadorias. Decisão Unânime.

I - É lícito ao Fisco Estadual exigir do substituto tributário o recolhimento do imposto devido em relação a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cuja saída tenha sido omitida, conforme apurado em Auditoria Específica de Mercadorias;

II - Deve ser declarado parcialmente procedente o Auto de Infração que exigir ICMS, quando ficar provado que o critério de apuração adotado pelo Fisco resultou em exigência de valor a maior do imposto.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 26 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para manter a sentença singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração no valor de ICMS de R\$ 94.051,45 (noventa e quatro mil e cinquenta e um reais e quarenta e cinco centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

Trata-se de acusação fiscal feita em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciada na seguinte 'descrição do fato' constante do auto de infração:

Realizou saída de mercadoria sujeita a substituição tributária pelas operações posteriores, no valor comercial de R\$ 1.791.750,27 sem a emissão de documentos fiscais e sem efetuar a retenção do imposto, referente ao período de 01/01/2003 a 31/12/2003, conforme demonstrativo em anexo. Em consequência fica sujeito ao pagamento do ICMS na importância de R\$ 465.855,07 mais as cominações legais, incidente sobre a omissão de saída, apurada mediante a integração do imposto a sua própria base de cálculo, acrescido do respectivo Índice de Valor Agregado - IVA

Apreciando impugnação apresentada em primeira instância, o julgador monocrático decide julgar parcialmente procedente a exigência fiscal, reduzindo o do ICMS devido para R\$ 94.051,45 (noventa e quatro mil e cinquenta e um reais e quarenta e cinco centavos), com fundamento do relatório diligencial de fls. 165/207.

Inconformada com a decisão singular, a autuada interpõe o presente recurso voluntário no qual alega a nulidade da sentença recorrida, sob a alegação de que não foi atendido o pedido de diligência solicitado e, quanto ao mérito, requer a declaração de improcedência da inicial.

Por deliberação da Primeira Câmara deste Conselho Administrativo Tributário (Resolução nº 129/2007, fl. 243), em sessão realizada no dia 11/05/07, em razão da correlação material existente entre o presente processo (relativo à omissão de saídas de AEAC) e os processos 3 0179854 536 65 (relativo à omissão de entradas de Gasolina A) e o processo nºs 3 0065454 083 30 (relativo à omissão de entradas de Gasolina C), todos referentes ao exercício de 2003, o julgamento foi convertido em diligência junto à Delegacia Especializada de Combustíveis (DECOM) a fim de que fosse designado Auditor Fiscal estranho à lide para proceder à revisão do trabalho fiscal, considerando a possível comunicação entre as diferenças apuradas nos três processos.

Atendido o solicitado, com a manifestação de fl. 245, favorável à manutenção do resultado obtido na revisão efetuada pelo próprio autor do procedimento fiscal por solicitação do julgador singular, a Segunda Câmara, por meio da Resolução nº 016/2009, determina o encaminhamento do processo à Gerência de Preparo Processual - GEPRE, para que o sujeito passivo fosse intimado do resultado da diligência, através de seu procurador legal no endereço de fl. 240.

Após, é anexado ao presente (fl. 261) o resultado de diligência conjunta do presente processo com os processos nºs 3006545408330 e 3017985453665, com o seguinte teor:

Em atenção ao Despacho nº1287/09-GECOM , e à Resolução nº130/2007 da Primeira Câmara do CAT, foi procedida a revisão da auditoria que fundamentou as cobranças nos três processos acima referidos, levando-se em consideração a comunicação entre as diferenças apuradas em cada um deles.

A revisão, no intuito de atender ao que pede a referida resolução, teve-se à análise das cobranças feitas nos três Processos Administrativo Tributários em relação à Auditoria Específica que serviu de base para os lançamentos correspondentes, bem como a conferência dos relatórios apresentados pela recorrente com os da auditoria específica, sendo que as divergências encontradas se resumiram ao relatório de saídas de gasolina C. À vista dessa discrepância, a empresa foi notificada para apresentar a documentação que indicava as diferenças por ela alegadas, e, uma vez confirmadas, foram procedidas as devidas correções nas saídas de Gasolina C. De consequência ocorreram alterações proporcionalmente, nas quantidades de Gasolina A e Álcool Etilíco Anidro que saíram na Gasolina C, naquele período. Esse procedimento já havia sido feito anteriormente pelo próprio autuante conforme se vê às fls. 167 do Pat 3 0066295 019 26, e ficou confirmado nesta revisão que, além da conferência, incluiu nos

presentes autos as cópias dos documentos fiscais que causaram a alteração aqui referida. Ante o exposto, o resultado que se apresenta, depois da revisão feita conforme o solicitado na Resolução , é o seguinte:

PAT 3 0066295 019 26 - A omissão de saída de AEAC passou a ser de 366.538 lts, e o valor cobrado R\$128.208,30 (cento e vinte e oito mil, duzentos e oitenta e oito reais e trinta centavos)

PAT 3 0179854 536 65 - A omissão de entrada de Gasolina A passa a ser de 174.566 lts, e o valor cobrado R\$92.145,01 (noventa e dois mil, cento e quarenta e cinco reais, e um centavo).

PAT 3 0065454 083 30- Não foi analisado nesta revisão, uma vez que a cobrança é indevida, ou seja, do resultado da Auditoria Específica de Mercadorias só coube as duas cobranças acima.

Devidamente diligenciado, retorno os autos ao gabinete desta gerencia, para as providencia que o caso requer. (*grifamos*)

Manifestando-se a respeito do resultado da diligência e do documento posteriormente juntado aos autos, a autuada alega que “as conclusões quantitativas (volumes de movimentação)” pertinentes ao processo nº 3006629501926 “não mais são objeto de questionamento após esta última revisão procedida”, porquanto a indignação da autuada “agora, resume-se aos reflexos e conseqüências da análise promovida”, uma vez que não se admite que da movimentação de comercialização de Gasolina ‘C’, resulte uma autuação pertinente à Gasolina ‘A’ e outra ao AEAC, na medida em que esses, misturados, compõem o produto final vendido, qual seja, a Gasolina ‘C’.

Entende que a revisora ao apurar “uma omissão de entradas de Gasolina ‘A’ e uma omissão de saídas de AEAC, deveria ela ter procedido a verificação percentual de tais conclusões”, cabendo a revisora “levar em consideração o art. 9º da Lei Federal nº. 8.723/93, que admite uma variação de até 1% (um por cento), para mais ou para menos, no percentual da referida mistura”.

Assim, entende que “a omissão de entradas de Gasolina ‘A’ nunca existiu, e que a omissão de saídas de AEAC foi de 191.972 litros (366.538 - 174.566), diferença esta que se refere ‘ganho’ decorrente da variação de temperatura”.

Ao final, reitera seu pedido de improcedência do PAT 3006629501926, e pede a exclusão da aplicação das penalidades agravadas.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

De início, é de se ressaltar que não há insegurança na determinação da infração.

Para se chegar a esta conclusão basta se considerar que o trabalho fiscal decorre de Auditoria Específica de Mercadorias e que a defesa trata com absoluto domínio e clareza a matéria colocada em apreciação e que consta da inicial.

Quanto ao mérito, é de se dizer que parte da diferença apontada na peça recursal tem origem exclusivamente no lançamento de quantidades a título de *estoque final* de AEAC nos levantamentos contraditórios apresentados (fls. 93 e 235), os quais não foram confirmados pela autora da revisão que fez constar a seguinte observação no relatório diligencial de fl. 245: “ressalvamos que os estoques iniciais e finais só podem ser considerados aqueles registrados no livro próprio”.

Por outro lado, não faz sentido acolher o resultado da última diligência efetuada (fl. 261), a qual apurou (em quantidade) a mesma omissão já detectada por ocasião da diligência realizada por determinação do julgador de primeira instância (fl. 167), isto é: 366.538 litros de AEAC. A diferença em relação à primeira diligência diz respeito a fixação do valor unitário do AEAC, tendo sido considerado pelo primeiro revisor o valor de R\$ 0,9869, ao passo que a segunda revisora adotou o valor unitário de R\$ 1,40.

Desta forma, na presente apreciação não cabe o acolhimento do valor indicado na segunda revisão, *primeiro*, porque já foi proferida a decisão singular (a mudança implicaria supressão de instância), *segundo*, porque não há recurso da Fazenda Pública Estadual quanto aos valores considerados na decisão singular, vindo, ao contrário, a constar do processo a manifestação do Representante Fazendário (fl. 227), expressa nos seguintes termos: “Somos pela manutenção da decisão singular, e consoante à disposição do art. 33, § 3º, da Lei nº 13.882/01, nos moldes do prescrito no art. 15, intime-se o sujeito passivo”.

Quanto ao mais, a discussão encetada nos autos acabou sendo conduzida para a questão do aumento de volume do combustível em razão da variação positiva da temperatura ambiente.

A respeito desta matéria, é de se considerar as reiteradas manifestações deste egrégio Conselho Administrativo Tributário, conforme assentado em diversos julgados, de que é exemplo o Acórdão nº 04334/08 da 2ª Câmara Julgadora, que trouxe os seguintes fundamentos:

No caso em análise, é razoável a admissão de que a diferença constatada no levantamento fiscal tenha ocorrido em razão do aumento de volume do combustível, ocasionada pelo fato de a temperatura ser, em média, superior a 20º C, no Estado de Goiás.

Todavia, ainda que essa premissa seja verdadeira, o contribuinte, constatando a existência de mercadorias em estoque sem a cobertura de documentação fiscal, deveria ter emitido notas fiscais de entrada e, a seguir, ter apurado e recolhido o imposto devido, pois o certo é que todas as mercadorias, combustíveis ou não, em clima seco ou úmido, a baixas ou altas temperaturas, deverão estar sempre acompanhadas de documentação fiscal, conforme estabelecem os arts. 64 e 66 da

lei 11.651, de 26 de dezembro de 1.991, que institui o Código Tributário do Estado de Goiás - CTE, nestas palavras:

"Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

.....

§ 2º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais.

.....

Art. 66. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos."

Assim, tendo sido constatado pelo Fisco a existência de mercadorias do sujeito passivo em estoque, sem documentação fiscal, foi corretamente lavrado o presente auto de infração.

Ademais, destaco que esta questão já foi exaustivamente estudada no âmbito deste órgão julgante, que reiteradamente vem decidindo por maioria, no Conselho Pleno, pela procedência do lançamento.

Ipsa facto, fica reforçada rejeição do argumento de nulidade *ab initio* do feito por insegurança na determinação da infração, cuja materialidade acabou por não ser discutida pela autuada, que não negou a existência da diferença apurada, tendo se firmada a tese defensora no sentido que a referida diferença decorreria da variação de temperatura.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e, quanto ao mérito, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração no valor de ICMS de R\$ 94.051,45 (noventa e quatro mil e cinqüenta e um reais e quarenta e cinco centavos).

Sala das sessões, em 06 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - Crédito relativo ao serviço utilizado na preparação do gado para abate (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 02485/10

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Redução de base de cálculo. Improcedência. Decisão unânime.

Considerando que não houve aproveitamento de crédito relativo à entrada e ao serviço utilizado na preparação do gado para o abate é que se sustenta o benefício fiscal de redução da base de cálculo.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 28 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a preliminar de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração, arguida pela autuada, e, no mérito, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Álvaro Falanque e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS devido nas operações de venda de gado bovino destinado a estabelecimento frigorífico em decorrência da utilização indevida da redução da base de cálculo prevista no art. 8º, inciso XIV, alínea "f", do Anexo IX, do Decreto 4.852/97, referente ao exercício de 2003, observando que se trata de reatuação referente ao processo 3 0093975 726 70, considerado nulo por insegurança na determinação da infração.

O crédito tributário foi considerado procedente em primeira instância.

Por meio do recurso voluntário, o sujeito passivo argumenta sobre a validade da autuação, considerando que "o auto do procedimento apenas copiou os dados que constavam na autuação anterior, sem levar em conta que todo o procedimento havia sido declarado nulo pelo CAT." Entende que o fisco deve realizar um novo trabalho, transcrevendo decisões desta Casa a esse respeito.

No mérito, sustenta que a utilização de crédito pela aquisição de mercadoria não está permitido para o caso de redução da base de cálculo, segundo disposto no regulamento, contudo, conforme razões do voto que anulou o procedimento anterior, a observação contida na auditoria está relacionada ao crédito outorgado.

Se não acatada a preliminar, pede a improcedência do auto de infração.

Por meio de resolução foi determinado pelo então Conselheiro Josué Lima dos Santos, esclarecer quanto à formação da base de cálculo, haja vista a divergência entre a indicada no auto de infração e a das notas fiscais juntadas aos autos, além de examinar a natureza do crédito existente na escrituração do contribuinte, bem como esse crédito está relacionado à aquisição do gado remetido para o abate.

O revisor informa que as cópias das notas fiscais que faltaram para compor a base de cálculo tiveram o imposto recolhido antecipadamente, esclarecendo que a atividade principal do produtor é de plantio de eucalipto e o respectivo comércio de lenha e carvão. O crédito aproveitado refere-se à operação com combustível e insumos agropecuários, observando que não houve aproveitamento de crédito quando da aquisição do gado remetido para abate, pois trata-se de gado de produção própria.

O feito foi, novamente, convertido em diligência, com intuito de certificar quanto à possibilidade de aproveitamento do crédito relativo à aquisição de combustível, insumo e transporte o gado, pois apenas para essa operação é que há vedação à prática da redução da base de cálculo.

A resposta do auditor em relação à diligência requerida é de que o combustível é utilizado no plantio do eucalipto.

O sujeito passivo não foi intimado do resultado da diligência.

DECISÃO

A preliminar argüida deixa de ser apreciada em virtude do que dispõe o § 3º, do art. 18, do Decreto 6.930/09 assim:

§ 3º Quando puder decidir sobre o mérito, a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade ou órgão julgador não devem pronunciá-la e nem mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

A redação do art. 8º, inciso XIV, do Anexo IX, do Decreto 4.852/97, diz o seguinte em relação à redução da base de cálculo aplicável ao presente caso:

Art. 8º A base de cálculo do ICMS é reduzida:

XIV - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do percentual equivalente a 3% (três por cento), na saída interna com gado bovino e bufalino destinado ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor, devendo ser observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 1º, II, "a", 1):

4. Redação com vigência de 01.01.00 a 24.08.04.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO CAPUT DO INCISO XIV DO ART. 8º PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 5.998, DE 20.08.04 - VIGÊNCIA: 25.08.04.

XIV - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do percentual equivalente a 3% (três por cento), na saída interna com gado bovino, bufalino, asinino, eqüino e muar destinado ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor, devendo ser observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 1º, II, "a", 1):

NOTA: Redação com vigência de 24.08.04 a 30.06.05.

ACRESCIDA A ALÍNEA "F" AO INCISO XIV DO ART. 8º PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 5.175, DE 29.02.00 - VIGÊNCIA: 01.04.00. _

Dentre os requisitos exigidos para fruição do referido benefício, foi acrescida a alínea "f" ao dispositivo, pelo Decreto 5.175/00, com vigência a partir de 1º.04.00, da seguinte forma:

f) o contribuinte não pode aproveitar créditos do ICMS relativos à entrada e ao serviço utilizado;

A interpretação da legislação quando envolve benefício fiscal é a literal, mas de maneira sistemática.

Nesse sentir, o que melhor se tem é de que para fruição do benefício, ora pronunciado, a vedação ao crédito está apenas àquele relativo à entrada e ao serviço relacionado ao gado.

Desse modo, diante dos resultados das diligências realizadas, observa-se que para a situação retratada nos autos, de fato, o sujeito passivo poderia reduzir a base de cálculo do imposto, considerando que não houve aproveitamento de crédito relativo à entrada e ao serviço utilizado na preparação do gado para o abate, senão vejamos o que dizem os diligenciadores às fls. 94 e 102 dos autos, respectivamente:

"quando da aquisição do gado remetido para o abate não houve aproveitamento de crédito em face do produto ser de produção própria do produtor conforme pode se verificar na DIR - declaração de informações rurais no período de 2002 e 2003."

"... tenho a esclarecer sobre o crédito do combustível; que este foi adquirido pelo produtor rural e utilizado no plantio de eucalipto."

Portanto, por último, a parcela do crédito que não esteja relacionada à operação realizada com gado mantém incólume na escrituração fiscal da empresa.

Posto isso, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para considerar improcedente o crédito tributário, reformando a decisão singular.

Sala das sessões plenárias, em 26 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - Despesa emergentes de financiamento integram a base de cálculo (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01924/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: Preliminares. Cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração. Rejeitadas. Decisão unânime. Pedido de diligência. Rejeitado. Decisão unânime. Pedido de exclusão do solidário da lide. Rejeitado. Decisão não unânime. ICMS. Obrigação principal. Utilização de base de cálculo do ICMS em valor inferior ao efetivamente praticado na operação. Procedência. Decisão unânime.

I - O processo sem vícios ou anomalias, de acordo com as normas procedimentais, devidamente instruído, com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não padece de vício de nulidade.

II - O pedido de diligência deve ser rejeitado quando solicitar produção de prova desnecessária para o esclarecimento da lide.

III - Os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica são solidariamente obrigados ao pagamento do imposto, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis (CTE, art. 45, XII).

IV - Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I, II e XV do art. 19, o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como bonificações e descontos concedidos sob condição (CTE, art. 20, II).

V - Comprovado que o sujeito passivo praticou a irregularidade constante da acusação fiscal, o auto de infração deve ser julgado procedente.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 26 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Carlos Andrade Silveira. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário [...] da lide, arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor e

Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos. Vencido o Conselheiro Carlos Andrade Silveira. E, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de revisão solicitado pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Carlos Andrade Silveira. Quanto ao mérito, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, com adequação da penalidade à prevista no art. 71, inciso VIII, alínea "a" do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Notícia a peça inicial que o sujeito passivo "Emitiu documentos fiscais com valor inferior ao efetivamente realizado na operação, resultando na diferença de ICMS a ser recolhida, conforme demonstrado na auditoria básica do ICMS relativa ao exercício de 2007, nota explicativa, relatórios e documentos anexos. Em consequência, deverá pagar o referido imposto no valor de R\$ 55.776,39 (cinquenta e cinco mil, setecentos e setenta e seis reais e trinta e nove centavos), juntamente com as cominações legais."

No polo passivo, na condição de sujeito passivo solidário, está relacionado o senhor [...], com fundamento no artigo 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos:

(a) nota explicativa sobre o procedimento fiscal (fls. 13/15);

(b) Demonstrativos da auditoria básica do ICMS (fls. 17/22);

(c) 3 (três) relatórios, sendo dois elaborados a partir dos dados extraídos dos registros dos arquivos eletrônicos copiados, o primeiro (RELATÓRIO I, fls. 24/255) expondo os valores reais das operações, correspondentes às duplicatas (faturas) emitidas. O segundo (RELATÓRIO II, fls. 257/507) colocando em destaque os valores correspondentes de emissão de documentos fiscais, e o terceiro (RELATÓRIO III, fls. 509/568) cotejando os dados dos dois relatórios anteriores e acusando a diferença de valores e de ICMS que constitui o objeto do presente processo;

(d) cópias de duplicatas (fls. 569/2486), cupons fiscais; cópias do livro registro de apuração do ICMS (fls. 2467/2600);

(e) Procuração, termos de copiagem (fls. 2601/2606), CD (fls. 2607/2608) contendo o registro dos arquivos eletrônicos que foram copiados dos computadores do sujeito passivo e autenticados eletronicamente;

Intimados da autuação (fls. 2609 a 2613), os sujeitos passivos apresentam a peça impugnatória de fls. 2614 a 2640.

A acusação fiscal foi submetida à apreciação em Primeira Instância e o julgador singular, por meio da Sentença nº 630/09-COJP (fls. 2666/2672), rejeitou as preliminares e considerou procedente o lançamento tributário, com a manutenção do solidário na lide.

Inconformados com a decisão de Primeira Instância, o contribuinte e o solidário, em peça única, interpõem o recurso voluntário de fls. 2677/2701, com as seguintes alegações:

a) que a inclusão na lide do solidário foi indevida, na medida em que não se fez prova dos eventos previstos no caput do art. 135 do CTN. Transcreveram-se acórdãos de decisões judiciais e de julgamentos administrativo-tributários;

b) que as provas acostadas ao processo são ilícitas, na medida em que não houve prévia notificação ao contribuinte a fim de que os documentos inerentes à fiscalização lhe fossem disponibilizados;

c) que há nulidade processual por cerceamento à ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que não foram juntados ao feito as notas fiscais referentes às operações objeto de autuação. Sustenta que a ausência de tais documentos cerceia o direito a ampla defesa da Recorrente;

d) que as duplicatas nominadas não trazem qualquer número de nota fiscal/cupom fiscal, ou outra identificação, que possa dar certeza e segurança de que os valores ali descritos referem-se aos cupons fiscais/notas fiscais relacionadas no Relatório da Auditoria, tratando-se apenas de presunção;

e) que há erro na tipificação legal do auto de infração, que traz como fundamento o descumprimento de obrigação acessória, diversa da hipótese de omissão de imposto a pagar. Afirmam, também, que se vinculou a infração à emissão de documento fiscal com valor inferior ao da operação realizada, enquanto a tipificação legal traz como fundamento o erro na base de cálculo do imposto e a inclusão de juros e seguros na apuração do mesmo. Assevera-se, por último, que a penalidade também não é a que corresponde à suposta infração. Pede a alteração da penalidade para a prevista no artigo 71, inciso VIII, "a", do CTE;

f) que falta motivação para a autuação, visto que não ocorreu pagamento a menor de imposto. Sustenta que a motivação é inexistente já que o suposto recolhimento do imposto a menor não ocorreu, tampouco é devido o valor indicado no auto, daí segue-se que esse ato não tem motivação adequada, idônea ou não se baseia em motivos existentes, por isso resta nulo;

g) ausência de comprovação da omissão. Afirmam que ao deixar de instruir a peça vestibular com cópia dos documentos fiscais citados no demonstrativo da auditoria, o auto de infração restou carente de prova essencial da omissão ensejadora do lançamento do crédito tributário;

h) que a situação descrita no auto de infração não é hipótese de incidência do ICMS;

Afirmam que a compra e venda é negócio distinto do financiamento, cujas despesas emergentes do financiamento não integram o valor da operação mercantil, por se tratar de operação de crédito, correspondente ao preço do dinheiro mutuado e não ao preço da mercadoria, não podendo, portanto, serem alcançados pelo ICMS;

Alegam que "No caso dos autos, a venda financiada está nitidamente comprovada, através da emissão de cupom fiscal do preço da mercadoria. Em ato contínuo, o contrato de financiamento é consolidado pela emissão dos carnês de pagamento com o preço fixo de cada uma das parcelas a pagar, ou seja, o valor de cada parcela mensal fixa igual ao montante do financiamento, de modo que não há como se falar em venda a prazo."

i) que está ocorrendo bitributação, tendo em vista que os valores por serem relativos à venda financiada estão submetidos a tributação por tributos federais;

j) que a multa proposta tem caráter confiscatório;

l) solicita a conversão do julgamento em diligência para ser realizada revisão fiscal;

Ao final, é solicitada a exclusão do sujeito passivo solidário, o acolhimento das preliminares suscitadas, ou, no mérito, seja declarada a insubsistência do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

Das preliminares

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo emitiu documentos fiscais com valor inferior ao efetivamente praticado na operação, resultando na diferença de ICMS a ser recolhida, conforme a auditoria básica do ICMS, relativa ao exercício de 2007, e conjunto probatório anexo.

As provas acostadas ao processo decorrem da aplicação aos arquivos magnéticos contidos nos microcomputadores apreendidos do sujeito passivo dos procedimentos de copiagem e autenticação mediante utilização pelo fisco do programa "Authenticator", que possibilita a certeza de não alteração dos dados registrados no microcomputador após sua aplicação.

Para segurança e legitimidade do trabalho da fiscalização foram emitidos os documentos Termo de Copiagem e Autenticação de Arquivos Magnéticos e o correspondente termo "Declaração/Recibo" com assinatura do responsável legal do sujeito passivo, conforme documentos de fls. 2604/2606 dos autos.

A contestação do trabalho realizado pelo Fisco mediante a utilização do programa "Authenticator" não é impossível de ser feita, desde que o sujeito passivo comprove que houve alteração de dados mediante comparação entre os arquivos colocados à sua disposição, pelo agente do fisco, e os arquivos manipulados pela fiscalização, o que não se verificou nos presentes autos.

A afirmação dos impugnantes de que as provas foram obtidas de forma ilícita é destituída de amparo legal, pois o Fisco Estadual pode apreender, mediante lavratura de termo próprio, documentos destinados a comprovar infrações à legislação tributária, ou para instruir o processo administrativo tributário, como no presente caso (art. 147 do Código Tributário Estadual).

Esse poder não se restringe aos documentos e livros fiscais, abrangendo os mais diversos documentos necessários ao atendimento da finalidade da fiscalização, tais como documentos contábeis, financeiros e outros documentos de controle paralelo, inclusive arquivos magnéticos. Assim, não há que se falar em apreensão de documentos de forma ilícita.

De fato, para cada nome de cliente arrolado nos relatórios que instruem o auto de infração, há a identificação, por número e data do documento fiscal respectivo no Relatório II. Portanto, pode-se fazer sem erros a correlação entre cada "fatura" (duplicata), pelo nome do cliente, e o documento fiscal correspondente, que também traz o nome do cliente.

Assim, não é fundamental para a defesa do sujeito passivo que se tivesse anexado ao processo cada documento fiscal, visto que as notas fiscais e cupons fiscais estão na posse dos impugnantes que, pelo número e data mencionados no Relatório II, podem perfeitamente identificá-los e, se for de suas conveniências, trazê-los ao processo como elementos de prova para oporem-se às juntadas ao feito pelo autuante.

Dessa forma, rejeito a alegação de ocorrência de nulidade processual, seja por cerceamento do direito de defesa, ou, ainda, por insegurança na determinação da infração. No presente processo contam elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator (Lei nº 16.469/09, art. 20, § 3º), podendo, assim, ser analisado o mérito da acusação fiscal.

Do mérito

Os Recorrentes sustentam que a compra e venda é negócio distinto do financiamento, cujas despesas emergentes do financiamento não integram o valor da operação mercantil, por se tratar de operação de crédito, correspondente ao preço do dinheiro mutuado e não ao preço da mercadoria, não podendo, portanto, serem alcançados pelo ICMS.

Esse assunto está bem delimitado no artigo 20, inciso II, do Código Tributário Estadual, e no artigo 14, inciso II, parágrafo único, do Decreto nº 4.852/97 (Regulamento do Código Tributário Estadual), conforme se pode ver a seguir:

"Art. 20. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I, II e XV do art. 19, o valor correspondente:

(...)

II - a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como bonificações e descontos concedidos sob condição; (...)."

"Art. 14. Não integra a base de cálculo do imposto o montante do (Lei nº 11.651/91, art. 21):

(...)

II - acréscimo financeiro pago à empresa financiadora, na intermediação de venda a prazo.

Parágrafo único. Considera-se empresa financiadora, a instituição financeira, pública ou privada, como tal definida e regulada pela legislação federal específica."

Conforme se depreende dos dispositivos acima citados, os juros e demais importâncias cobradas do destinatário integram a base de cálculo do ICMS, salvo o acréscimo financeiro cobrado pela empresa financiadora, assim entendida a instituição financeira definida nos termos da legislação federal específica. Sem dúvida que o sujeito passivo não se constitui em empresa financeira, tratando-se de comerciante varejista de móveis e eletrodomésticos que promove vendas a prazo.

Destarte, a base de cálculo do ICMS nas vendas a prazo (financiamento pela própria loja) e financiada (financiamento através de instituição financeira) são distintas em razão da inclusão ou não dos juros (encargos financeiros) para a incidência do imposto.

Assim, se o consumidor adquire uma mercadoria, mas o financiamento não se dá diretamente pelo estabelecimento que a vende, mas por um terceiro, a base de cálculo será o preço da mercadoria sem os encargos decorrentes do financiamento.

Já na venda a prazo, o comprador empreende relação jurídica única e exclusivamente com o estabelecimento vendedor da mercadoria, como é o caso do presente processo, situação em que deve incluir na base de cálculo do ICMS o montante correspondente aos juros cobrados ao adquirente da mercadoria.

Nesse sentido, decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ, como se pode ver a seguir:

"TRIBUTÁRIO - ICMS - VENDA A PRAZO SEM INTERMEDIÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - ART. 13 DA LC 87/96 - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DE ENCARGOS DA VENDA NO VALOR DA OPERAÇÃO - PRECEDENTES DO STJ - SUCUMBÊNCIA - FIXAÇÃO.

1. Sobre a venda a prazo sem intermediação de instituição financeira

incide ICMS. Precedentes das Turmas da 1ª Seção.

2. A discussão sobre a incidência ou não de ICMS sobre o valor acrescido pela venda a prazo é exclusivamente de direito, estranha à análise de fatos e provas, e restou devidamente requestionada na origem.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 848723 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0110299-7 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 16/10/2008).

A tentativa dos Recorrentes de caracterizarem as vendas a prazo como vendas financiadas por instituição financeira é destituída de sustentação, inclusive o próprio exemplo de contrato anexado ao processo pela defesa diz respeito a "Contrato para Desconto de Títulos", e não contrato de mútuo ou financiamento. Nesse caso, o contrato é feito entre o sujeito passivo atuado e a instituição financeira, para desconto de títulos, e não se trata de financiamento feito pelo banco para o cliente.

Assim, entendo como suficientemente provado que houve vendas de mercadorias tributadas com emissão de documentação fiscal com valor da base de cálculo inferior ao valor efetivo da operação.

De fato, o procedimento fiscal é robusto e constitui prova segura da infração que os impugnantes não contestaram de maneira eficiente, visto que a defesa não trouxe elementos de confirmação de possível emissão dos documentos fiscais correspondentes à diferença encontrada pela fiscalização.

A legislação tributária estabelece a presunção de operação tributada não registrada quanto ao valor apurado em procedimento fiscal referente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadoria, consoante inciso VI do § 1º do art. 25 da Lei nº 11.651/91 - CTE, que transcrevo abaixo:

"Art. 25.

(...)

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

(...)

VI - ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias ou prestação de serviços, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real; (...)."

Portanto, a presunção da ocorrência do fato gerador decorre da lei, e não da fiscalização. Tratando-se de presunção "juris tantum" admite prova em contrário, que a defesa não conseguiu produzir no presente feito.

Em relação ao sujeito passivo solidário, entendo que ele deve ser mantido na lide, pois esse solidário exercia a administração da sociedade no período objeto da autuação, conforme cláusula primeira do contrato social (fls. 05/06).

O legislador estadual, fundado no artigo 124, inciso II do CTN, atribuiu responsabilidade solidária aos diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica com o contribuinte em face dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis, conforme se depreende do comando inserto no artigo 45, XII do CTE.

Eis o que estabelece esse dispositivo legal:

"Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

(...)

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis; (...)."

Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizados pessoalmente, não por serem sócios, quotistas ou acionistas da pessoa jurídica, mas pelo fato de exercerem a sua administração e possuírem poderes de gerência, por meio dos quais cometem abusos, excessos ou infrações à lei, estatuto ou contrato social.

Relativamente às alegações feitas pelos Recorrentes quanto ao caráter confiscatório da multa instituída aplicada, devo registrar que esse assunto é matéria cuja competência para apreciação falta a este órgão, ao qual compete fazer o controle da legalidade do lançamento, que consiste em analisar e verificar se o auto de infração está de acordo com as normas objetivamente postas e se foi assegurado ao sujeito passivo as garantias processuais na tramitação do processo administrativo tributário. Questões de natureza constitucional fogem são próprias de apreciação pelo Poder Judiciário

Devo, ainda, assinalar a existência de vedação legal, explícita, a este órgão julgador de apreciar as matérias aventadas pela autuada. Nesse sentido, vale conferir o disposto no artigo 6º, § 4º, Lei nº 16.469/09: "*Não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.*"

Também, não se pode esquecer que a atividade administrativa do lançamento tributário é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (CTN, art. 142, parágrafo único). Assim, o agente do Fisco ao tomar conhecimento de irregularidade tem a obrigação de lavrar o auto de infração e aplicar a penalidade prevista para o caso.

A respeito da solicitação de diligência feita pelos Recorrentes, ela fica rejeitada, pois entendo ser dispensável. A lide tratada nos presentes autos diz respeito à questão essencialmente de direito. De forma que a diligência não acrescentaria informações úteis ao julgamento. É de se registrar que o processo está devidamente instruído com demonstrativos e com as provas necessárias a sustentar a acusação fiscal.

Quanto à penalidade, a autoridade fiscal propôs a pena prevista no artigo 71, inciso XII, "a", 4, do CTE: "*emissão ou utilização de documento fiscal no qual se consigne valor diverso ao que efetivamente corresponder ao da operação*".

Entendo que a penalidade mais apropriada à infração apurada no auto de infração é a prevista no artigo 71, inciso VIII, "a": "*diferença entre o valor da base de cálculo do imposto que deveria ter sido utilizada e o valor da base de cálculo efetivamente utilizada na operação ou prestação*", pois se verifica, no caso em tela, que o sujeito passivo interpretou erroneamente a legislação tributária ao não incluir na base de cálculo do ICMS o valor dos acréscimos decorrente de suas vendas realizadas a prazo.

Na infração apurada neste auto de infração não fica patente o dolo, a vontade de realizar venda por um valor e emitir o documento em valor inferior, situação comumente chamada de subfaturamento. Repito, a irregularidade aqui ocorrida decorreu em face de interpretação equivocada da legislação tributária. Nesse caso, entendo que a penalidade mais adequada é prevista no artigo 71, inciso VIII, "a" do CTE.

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário para rejeitar as preliminares de nulidade por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração e, no mérito, para confirmar a decisão singular que considerou PROCEDENTE o auto de infração, ficando mantido, também, na lide o sujeito passivo solidário.

Sala das sessões, em 14 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - Redução indevida de base de cálculo (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03269/10

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Redução indevida da base de cálculo. Importação de mercadorias do exterior, sem a devida integração do imposto na base de cálculo. Não aplicação do parágrafo único do art. 100 do CTN. Procedência parcial. Decisão não unânime.

I - A simples oposição de carimbos nas notas fiscais, objeto de autuação, não implica em anuência obrigatória do Fisco para o valor apurado pelo sujeito passivo nos documentos para efeito de recolhimento do ICMS e por isso mister se faz acolher a argumentação da Fazenda Pública.

II - Provado nos autos que o sujeito passivo deixou de integrar, na própria base de cálculo do imposto a recolher, parte do valor do ICMS incidente em operação de importação de mercadorias do exterior, deve ser mantido o lançamento em relação aos documentos fiscais em que tal providência era devida e não se observou a recomendação legal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de setembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública, dar-lhe provimento para afastar a aplicação do parágrafo único do art. 100 do CTN. Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Cláudio Henrique de Oliveira, Célia Reis Di Rezende, Carlos Andrade Silveira, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, José Paixão de Oliveira Gomes, Edson Abrão da Silva e Domingos Caruso Neto. E, por maioria de votos, conhecer do recurso do Contribuinte, dar-lhe parcial provimento, para reformar em parte a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o lançamento no valor da base de cálculo de R\$ 246.069,34 (duzentos e quarenta e seis mil e sessenta e nove reais e trinta e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 41.831,79 (quarenta e um mil, oitocentos e trinta e um reais e setenta e nove centavos). Foram vencedores os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Cláudio Henrique de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana e Edson Abrão da Silva. Vencidos os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Antônio Martins da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes e Domingos Caruso Neto, que votaram conhecendo do

recurso da Fazenda Pública, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Descreve o histórico do auto de infração que o sujeito passivo importou as mercadorias relacionadas nas Declarações de Importação (DI) e notas fiscais de entrada, em anexo, com utilização de base de cálculo do ICMS em valor inferior ao previsto para a operação, pois deixou de incluir todas as parcelas correspondentes aos impostos, taxas, despesas aduaneiras e outras despesas incorridas na importação. Em consequência, deverá pagar o imposto no valor de R\$ 532.898,82 (quinhentos e trinta e dois mil, oitocentos e noventa e oito reais e oitenta e dois centavos) juntamente com as cominações legais.

Foram infringidos os artigos 19; 20, incisos I e IV; 63 e 64, todos da Lei nº 11.651/91, c/c arts. 12; 13, incisos I e IV; e 88 do Decreto nº 4.852/97 e cláusula terceira do TARE 221/99. E a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea "a", com o agravante do § 9º, inciso I, do Código Tributário Estadual.

Intimado, comparece ao feito o sujeito passivo para impugnar o auto de infração onde alega o fato de ter agido com boa-fé e, ressaltando, ainda, que se houvesse alterado a base de cálculo, como quer a fiscalização, ainda assim, teria direito a um valor maior de crédito, pois os valores pagos são utilizados como crédito, em face da cláusula segunda, § 1º do TARE 221/99 - GSF; que não foi considerada a IN 030/95, que regulamentou o acordo do GATT, nas importações para redução de tributos em favor do mesmo tratamento tributário dado aos similares nacionais nas operações internas; e que não se considerou, também, em outro grupo de produtos, as importações para seu ativo imobilizado. Ao final, requer seja declarada a inexistência do ICMS sobre algumas operações citadas e a exclusão total das penalidades, juros e correção monetária sobre a parcela que reconhece ser devida do imposto nas operações de importação para seu uso e consumo, por força da aplicação do art. 100 do CTN (fls. 681 a 703).

O julgador singular conheceu da impugnação e negou-lhe provimento para julgar procedente a pretensão inicial do Fisco (fls. 713 a 721).

Inconformado, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário momento que alega não ter ocorrido prejuízo ao erário estadual e reitera os argumentos impugnatórios (fls. 724 a 748).

Posteriormente, o sujeito passivo apresenta memoriais onde reafirma os argumentos do recurso (fls. 754 a 761).

A Segunda Câmara Julgadora decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre o ICMS no valor de R\$ 528.649,33 e, ainda, aplicando o parágrafo único do art. 100 do CTN (fls. 780 a 788).

A Representação Fazendária apresenta os motivos de sua inconformidade com a decisão cameral alegando que o TARE firmado entre a SEFAZ e a autuada lhe permitia lançar, a débito, o imposto devido no caso em questão no seu Livro Registro de Apuração do ICMS, porém, a autuada procedeu à apuração do imposto a menor, em desacordo com o disposto no art. 19 do CTE. E que o contribuinte não agiu impulsionado por nenhuma orientação escrita emanada de autoridade competente, portanto não há que se cogitar da aplicação do Parágrafo Único do art. 100 do CTE. Requer a reforma do acórdão cameral, prevalecendo, no caso em tela, o teor do voto vencido que concluiu pela procedência na íntegra do lançamento (fls. 790/791).

O sujeito passivo invoca o art. 38, § 5º, inciso II, da Lei nº 16.469/09 alegando que “não obstante acatar a tese de defesa do contribuinte, estendendo a aplicação da cláusula da ‘nação mais favorecida’ para as operações CFOP 3551 (bens adquiridos para o ativo fixo permanente), há de se ressaltar que a exclusão dos valores exigidos a este título do auto de infração se procedeu de maneira equivocada, exigindo-se novamente ICMS sobre pagamento já efetuado”. Afirma que o tributo relativo às operações constantes das Notas Fiscais nºs 3490, 3233 e 3304, já fora pago pelo contribuinte (fls. 794/795).

Em peça apartada, apresenta Recurso ao Conselho Pleno onde aduz que “ao dar parcial provimento à sentença singular, a decisão de segunda instância violou o Art. 1º da IN nº 030/95 - DRE (GATT) c/c o Art. 6º, XLIX do Anexo 09 do RCTE, pois alterou o conceito de produto hortifrutícola da legislação goiana. Requer a reforma da decisão, considerando aplicação do benefício às operações CFOP 3101, em nome da cláusula da nação mais favorecida (fls. 794 a 801).

O sujeito passivo, novamente em peça apartada, apresenta Contradita ao Recurso Fazendário, momento que aduz que para a aplicação da “cláusula da nação mais favorecida”, basta que o produto se enquadre no tratamento tributário, conforme análise dos códigos NCM/SH dos produtos, como no caso em tela. E, ainda, que a sentença cameral não aplicou o Parágrafo único do art. 100 do CTN em razão da ocorrência de atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, mas sim em razão das autoridades fiscais sempre vistarem as NF's de entrada das mercadorias importadas pelo contribuinte, ao invés de apontar o seu desacordo com a legislação e proceder o lançamento (fls. 802 a 806).

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e considero que o feito é procedente em parte. De fato, razão assiste à Fazenda Pública ao não concordar com a aplicação do Parágrafo único, do artigo 100, do Código Tributário Nacional – CTN. Fundamenta a discordância com o argumento de que, a simples aposição de carimbos nas notas fiscais, objeto de autuação não implica na anuência obrigatória do Fisco para com o valor apurado pelo sujeito passivo nos documentos, para efeito de recolhimento de ICMS, o que julgo correto. Com efeito, o valor apurado pelo sujeito passivo é da própria lavra e por isso não pode contar com a confirmação imediata por parte da

Fazenda Pública. Assim, considero que não pode o sujeito passivo invocar a atenuante do retrocitado instituto.

No mérito, a Fazenda Pública não logra demonstrar, através de provas ou documentos, que o julgamento cameral possa ter sido realizado ao arrepio da lei.

Em decorrência, e com a devida vênia da ilustrada maioria em meu voto, conheço do recurso da Fazenda para o Conselho Pleno, dou-lhe parcial provimento para rejeitar a aplicação do Parágrafo único do artigo 100 do Diploma Tributário Nacional.

Quanto ao recurso do contribuinte para este Conselho Pleno – CONP, este invoca a aplicação do artigo 1º da Instrução Normativa 030/95 da DRE, em combinação com o artigo 6º, inciso XLIX, do Anexo IX do Regulamento, os quais transcrevo abaixo, a título de fundamentação, *ipsis litteris*:

“Art.1º Para efeito de aplicação da norma tributária, fica firmado entendimento de que nas operações de importação de mercadorias e serviços de países signatários do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio), diretamente para o território goiano, o tratamento tributário deverá ser o mesmo aplicado para os similares nacionais nas operações internas”.

[...]

“XLIX – a saída interna de produto hortifrutícola destinada à industrialização.”

[...]

“XCIX - a saída de produto hortifrutícola relacionado no inciso XI do caput deste artigo, simplesmente embalado, descascado ou cortado sem cozimento ou conservante (Lei nº [13.453/99](#), [art. 2º](#), V, “a”).”

Compulsando-se os autos, verifiquei que a grande maioria das notas fiscais glosadas trazem, discriminadas em seu bojo, mercadorias que gozam dos benefícios constantes dos institutos retrocitados. Em face do exposto, não há que se falar na não inclusão do ICMS na base de cálculo, haja vista tratarem-se de mercadorias que gozam de isenção nos termos do artigo 6º, incisos XLIX e XCIX, ambos do Regulamento do Código Tributário Estadual, o que infirma a acusação fiscal.

Considerando-se o total de notas fiscais objeto de autuação, verifico que as de nºs 3230, 3231, 3402, 3490, 3828 e 3829, constantes nestes autos às fls. 370, 371, 457, 609, 629 e 630, respectivamente, trazem discriminadas em seu bojo, mercadorias para uso ou consumo e portanto não se enquadram nas isenções previstas em lei. Para estas, a acusação fiscal deve prosperar. Transcrevo abaixo, quadro demonstrativo com os respectivos períodos e valores da base de cálculo e do ICMS relativos às notas fiscais retrocitadas:

Período	Base de cálculo	Alíquota	ICMS a recolher
----------------	------------------------	-----------------	------------------------

02/2004	22.807,78	17%	3.877,33
03/2005	20.044,51	17%	3.407,56
12/2006	196.730,16	17%	33.444,13
02/2007	6.486,89	17%	1.102,77
TOTAL	246.069,34	17%	41.831,79

Ante o exposto retifico a base de cálculo para R\$ 246.069,34 (duzentos e quarenta e seis mil, sessenta e nove reais e trinta e quatro centavos) à qual, aplicando-se a alíquota interna de 17% (dezesete por cento), obtém-se o valor do ICMS a recolher no valor de R\$ 41.831,79 (quarenta e um mil, oitocentos e trinta e um mil, e setenta e nove centavos).

Dessarte, à guisa de outros questionamentos, provas ou elementos capazes de infirmar o trabalho elaborado pelo Fisco ou afastar a irregularidade detectada é que conheço de ambos os recursos, dou-lhes parcial provimento, para reformar em parte a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o lançamento no valor da base de cálculo de R\$ 246.069,34 (duzentos e quarenta e seis mil, sessenta e nove reais e trinta e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 41.831,79 (quarenta e um mil, oitocentos e trinta e um mil, e setenta e nove centavos), porém sem a aplicação do Parágrafo Único do art. 100 do CTN.

Sala das sessões plenárias, em 23 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - Vendas com cartão de crédito (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01923/10

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ICMS. Omissão no recolhimento do imposto incidente sobre as mercadorias tributadas e vendidas sob o controle de cartão de crédito. Procedente. Decisão unânime.

A ausência de contraprovas no contraditório do contribuinte implica a ratificação do trabalho fazendário, que executado de acordo com as normas da função de fiscalizar, impõe a declaração da procedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Luis Antônio da Silva Costa e Domingos Caruso Neto.

RELATÓRIO

Consta do processo que o contribuinte omitiu registro de saída de mercadoria, demonstrada pelos extratos de vendas fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, cópias dos Livros de Apuração de ICMS, planilha de cálculo das diferenças de vendas e demais documentos. Em consequência, de acordo com a Base de Cálculo apurada em função da proporcionalidade de comercialização das mercadorias tributadas, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 141.035,21 (cento e quarenta e um mil, trinta e cinco reais e vinte e um centavos), juntamente com os acréscimos legais.

A base legal do auto de infração são os arts. 25, §1º, inciso IV, e § 2º; e 64 c/c art. 141 do Decreto nº 4.852/97, e a penalidade proposta pelas autoridades administrativas atende ao prescrito no art. 71, inciso VII, alínea "I", agravada com a forma qualificada do § 9º, inciso I, do CTE.

O atuado não se manifestou em Primeira Instância, conforme Termo de Revelia inserido na folha 469.

Impugna o lançamento em segunda instância no qual alega que utiliza o sistema de emissão fiscal e controle gerencial ECF e que, portanto, todas as suas operações são imediatamente registradas no sistema do Fisco Estadual; que nunca utilizou mecanismo paralelo de certificação de cartão de crédito e débito; que se, por hipótese, existisse registro de saída de mercadorias outras que não aquelas já sabidas, ainda, assim, não seria o caso de se considerar operação ou

prestação tributária não registrada, uma vez que em nenhum momento a fiscalização estadual demonstrou alguma das situações previstas no art. 25, § 1º do CTE; que para a quebra do sigilo dos dados deve o Fisco não só ter que justificar a indispensabilidade das informações solicitadas, como, também, utilizar-se dos argumentos expedidos em lei para que essas informações sejam consideradas indispensáveis; e que as informações obtidas junto às operadoras de cartão de crédito/débito estão em desacordo com as transações efetuadas pelo ECF, único mecanismo utilizado para efetuar as operações. Requer seja declarada a improcedência do lançamento com o conseqüente arquivamento do processo (fls. 474 a 483).

É o relatório.

DECISÃO

A fiscalização balanceou o universo das operações mercantis realizadas no estabelecimento comercial do sujeito passivo e forma clara separou as saídas de bens sob o título de venda com cartão de crédito das vendas normais no período posto sob análise fiscal, apurou a proporcionalidade entre elas e sobre a diferença constatada, reclamou o tributo na forma denunciada na peça vestibular.

Todas as operações de vendas de mercadoria com cartão de crédito foram informadas pela empresa gerenciadora de cartão de crédito e constam dos autos, documentos de fls. 08 a 356.

Os dados fornecidos foram averiguados pela fiscalização, que comparados com as escriturações contábeis/fiscais, o resultado distanciou da realidade da contabilidade fiscal da empresa e causou a exigência fiscal descrita no auto de infração de acordo com a proporcionalidade das vendas com cartão de crédito.

A formalização do processo e as razões defensórias, ao serem estudadas, demonstram que razão assiste ao sujeito ativo, visto que a peça impugnatória se apresenta destituída de contraprova de que o trabalho fiscal não atinge o seu objetivo. Portanto, ausente o pressuposto probatório de que as informações das gerenciadoras de operação mercantil com cartão de crédito não se apresentam exatas, prevalece a receita tributária a favor do erário estadual.

Lamentavelmente o contribuinte não instruiu a sua defesa com documentos substanciais de prova contrária à presunção estabelecida entre a fiscalização e a pessoa jurídica do contribuinte autuado.

À míngua de contraprovas capazes de finalizar a questão de modo favorável ao autuado, o lançamento tributária alcança o seu objetivo e caminha para a cobrança do valor reclamada na peça substancial do processo.

Com isto e ao finalizar este voto, o faço para conhecer das razões impugnatórias, negar-lhes provimento para considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 14 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: CANCELAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL - Nota fiscal cancelada após surtir os efeitos fiscais (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01298/10

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de recolhimento do imposto. Cancelamento de nota fiscal em desacordo com a previsão legal. Procedência. Decisão unânime.

I - Segundo dispõe o artigo 144 do Regulamento do Código Tributário Estadual, ao proceder o cancelamento de documento fiscal, o contribuinte deve conservar no bloco, no jogo solto, no formulário contínuo ou no formulário de segurança todas as suas vias, com declaração do motivo determinante do cancelamento e referência, se for o caso, ao novo documento emitido (Convênio SINIEF SN/70, art. 12).

II - No retorno de mercadoria, devido à recusa no recebimento ou ao desencontro de endereço, a devolução poderá ser efetuada com cobertura da 1ª (primeira) via da própria nota fiscal originária, desde que no seu verso seja feita indicação contendo carimbo da empresa ou órgão, conforme o caso, e assinatura do responsável pela observação, dos motivos da não entrega, cuja declaração poderá ser feita pelo destinatário, que se recusou a receber as mercadorias; pela empresa de transporte de cargas (pessoa jurídica), encarregada da entrega; pelo Chefe da AGENFA da localidade da devolução; pelo agente do Fisco em serviço no Posto Fiscal de divisa interestadual, quando se tratar de mercadoria devolvida por contribuinte de outra unidade da Federação, para este Estado ou com trânsito obrigatório pelo mesmo; e pelo agente do Fisco em serviço no primeiro Posto Fiscal por onde transitarem as mercadorias devolvidas, quando fora dos dias úteis ou do horário normal de expediente das AGENFAs. (art. 15, I, do Ato Normativo - AN - nº 138/90).

III - De acordo com o art. 15, II, do AN 138/90, ocorrendo a devolução de mercadoria, após o seu recebimento, o estabelecimento adquirente deverá emitir Nota Fiscal, modelo 1, em nome do remetente da mercadoria, nela citando o número, a série e a data do documento fiscal originário, declarando, ainda, o motivo da devolução.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial do processo a partir da sentença singular, inclusive, arguida pela autuada, por cerceamento ao direito

de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Itamar Alves Carrijo e Álvaro Falanque. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Itamar Alves Carrijo e Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo realizou saída de 44.604 litros de álcool etílico anidro carburante, no valor comercial de R\$ 88.155,34, por meio da Nota Fiscal nº 7716, emitida em 19/12/2006, cancelada indevidamente, após haver surtido os efeitos fiscais, conforme se apurou no processo administrativo nº 200700004000492, de 09/01/2007(cópia anexa). Em consequência, deverá pagar o ICMS no valor de R\$ 25.565,05, mais as cominações legais.

Foi destacado, ainda, na descrição da ocorrência, que a referida nota fiscal acobertava operação de saída interestadual não comprovada, e que, para a autuação, a mercadoria foi considerada saída deste Estado e a ele destinada, por presunção legal, nos termos do art.12, II, do CTE. Foram incluídos na lide, como solidários, [...], na condição de diretor presidente da empresa autuada, e [...], na condição de transportadora da mercadoria.

Indicou-se como infringidos os artigos 12, II, "d", 2; 27; 45, XIII; 64; e 67, IV, da Lei nº 11.651/91(Código Tributário Estadual – CTE) e, também, os artigos 134, III, e 166, I, "a", do Decreto nº 4.852/97 (Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE). Foi proposta a penalidade estabelecida no art. 71, inciso VII, "d", e § 9º, II, do CTE, com a redação da Lei nº 14.634/03.

O auto de infração, lavrado em 12.09.07, tem como elementos embasadores da acusação fiscal:

- Termo de Apreensão da Nota Fiscal nº 7716, para a qual foi pedido o cancelamento por meio de processo administrativo (fls. 06);
- 1ª a 5ª vias da Nota Fiscal nº 7716, juntamente com o canhoto de recebimento, destacado da primeira via, no qual consta a data e assinatura de recebimento por parte do motorista Orlando Alves de Souza (fls. 09 a 15);
- Espelhos Cadastrais e relatório do quadro societário das empresas apontadas para o pólo passivo (fls. 17 a 23);
- Requerimento de substituição da Nota Fiscal nº 7716, pela Nota Fiscal nº 7721, justificada por erro na informação da destinatária;
- Declaração da empresa [...] de que o Sr. [...] foi motorista da empresa durante o período de 01.10.03 a 01.08.07 (fls. 70);
- Declaração da Transportadora [...] de que não efetuou a operação de transporte e que [...] não é e nem foi motorista da empresa (fls. 72 e 73);

- Análise e indeferimento da solicitação de cancelamento da referida nota fiscal (fls. 77 a 79).

Intimados para pagamento do crédito tributário reclamado ou para apresentação de impugnação em primeira instância, o sócio diretor da empresa atuada, incluído na lide como solidário, deixa de tomar quaisquer das providências, sendo lavrado o Termo de Revelia de fls. 93. Os demais sujeitos passivos apresentam suas razões de impugnação.

Nessa oportunidade, a empresa transportadora exibiu relatório dos Passes Fiscais emitidos com números distintos para as Notas Fiscais 7716 e 7721, contendo nos dois a assinatura de motoristas diferentes.

Na instância singular o auto de infração foi considerado procedente, com a exclusão da empresa transportadora do pólo passivo da obrigação tributária. Antes de proferir sentença, o julgador, por meio de despacho, solicitou que a atuada comprovasse a capacidade de representação dos seus nomeados e, como nada foi trazido ao processo, com esse objetivo, deixou de apreciar suas razões de defesa, sob a justificativa de que a peça defensiva foi assinada por pessoas que não são advogados e nem diretores da empresa.

A Representação Fazendária concordou com a exclusão da empresa transportadora (fls. 170). Foram, então, procedidas as intimações dos demais sujeitos passivos, para apresentação de recurso. Novamente não houve o comparecimento do sujeito passivo solidário, sendo lavrado o Termo de Perempção de fls. 175.

Nas suas razões de recurso, a atuada afirma que já na Primeira Instância alegou que os cancelamentos ocorreram em razão de erro na indicação do destinatário, e que os produtos foram remetidos à [...], embora a Nota Fiscal nº 7716 indicasse como destinatária a empresa [...]. Manifesta o entendimento de que, mesmo com a assinatura aposta no canhoto da nota fiscal, o conjunto documental acostado aos autos demonstra que não houve a circulação da mercadoria.

Insiste que o erro não foi intencional e que solicitou o “cancelamento” do passe fiscal nº 3 06 0219193-0, por meio do Processo nº 200700004000492, providência essa que se deu antes de qualquer procedimento fiscal, o que elide a aplicação de qualquer sanção, pelo instituto da espontaneidade.

Pede a nulidade da sentença singular, alegando que o julgador não conheceu dos argumentos expostos na impugnação e que a decisão não foi suficientemente fundamentada. Também argumenta que a referida decisão não lhe foi entregue, juntamente com a respectiva intimação.

Quanto ao mérito, refuta o entendimento do Fisco de que a nota fiscal teria sido cancelada após haver surtido os efeitos fiscais, e volta a alegar que o conjunto documental deixa claro que não houve a circulação da mercadoria – transferência de propriedade – não sendo a mercadoria entregue ao destinatário

informado. Como não poderia alterar informações já inseridas na nota fiscal, a opção foi cancelá-la.

Transcreve o art. 155, II, da Constituição Federal, para afirmar que o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadorias. Não a circulação física, mas, sim, a circulação patrimonial, caracterizada pela transferência de titularidade sobre o bem. Conclui que, no caso analisado, não pode o fisco exigir tributo, diante da prova da inexistência de circulação da mercadoria e que a cobrança do ICMS caracteriza dupla tributação sobre a mesma operação. Entende que, por não haver fato gerador, não cabe reclamação de multa, admitindo, quando muito, a cobrança de multa formal por erro de preenchimento de nota fiscal.

Também alega que, ainda que o cancelamento tenha produzido efeitos jurídicos, não poderia o Fisco exigir o imposto relativo a tal operação haja vista o que está previsto nos §§ 5º e 6º do artigo 12, Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97, combinado com o disposto no Convênio ICMS nº 03/99, que estabelecem que as saídas de álcool etílico anidro combustível das usinas, diretamente para os distribuidores de combustíveis devidamente autorizados pela ANP, são beneficiadas com o diferimento do ICMS, em decorrência do instituto da Substituição Tributária do ICMS pela refinaria de Petróleo, que é feita com base no preço da bomba de gasolina, incluído todo o valor agregado.

Além desses fatos, argumenta que tem direito à redução da base de cálculo em 51,72%, conforme art. 9º do Anexo IX do RCTE e que, no caso de recolhimento do ICMS, o valor devido deveria ser calculado com a redução prevista. Também alega que é beneficiária do FOMENTAR, conforme TARE 101/95, o que determina que o ICMS deve ser recolhido com redução de 70%. Com esses benefícios, calcula que, partindo do montante original de R\$ 88.155,34, considerando a alíquota de 29%, a redução de 70%, decorrente do FOMENTAR, e a redução da base de cálculo em 51,72%, o tributo a ser pago é da ordem de R\$ 3.966,67.

Pede, por fim, que: seja afastada qualquer aplicação de sanção, pela não ocorrência do fato gerador do tributo, por não ter havido circulação jurídica de mercadoria; seja afastada a declaração de inidoneidade dos documentos fiscais cancelados; seja afastada qualquer cobrança do ICMS, porque ele já foi recolhido por substituição tributária; e, no caso de prevalecer a cobrança do imposto, que ele seja calculado com os benefícios mencionados.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

DECISÃO

A preliminar de nulidade da sentença singular, pretendida pela recorrente, não merece acolhimento. Argumenta, para sustentar o seu pedido, que as suas razões de impugnação não foram apreciadas pelo julgador e que a decisão não está devidamente fundamentada.

Ao contrário do alegado, verifica-se que a sentença proferida traz, de forma clara, as razões de decidir, especificamente quando o julgador assim destaca: “a infração é comprovada principalmente com o original da nota fiscal (doc.fl.s.09). Observa-se nesse documento que houve a assinatura do recebimento do produto no ‘canhoto’. Como não há contestação eficaz que refute a acusação entendo que deve prosperar a exigência fiscal” (sic).

Com relação à peça impugnatória, o julgador oportunizou à impugnante demonstrar que os seus nomeados possuíam capacidade para representá-la. Como nenhuma providência foi tomada, deixou de apreciar as suas razões de impugnação, com fundamento no art. 12 da Lei n 13.882/01, que assim dispõe:

“Art. 12. Todo sujeito passivo tem capacidade para estar no Processo Administrativo Tributário, em qualquer fase, postulando em causa própria ou representado por advogado”.

Como a legislação processual, em vigor na data em que foi proferida a sentença singular, admitia que, no caso de representação, apenas advogado legalmente constituído pleiteasse a causa do sujeito passivo, foi acertada a decisão do julgador de não apreciar as razões de impugnação apresentadas em nome do sujeito passivo.

Na questão de mérito, o sujeito passivo buscou a administração fazendária para ver convalidado o seu procedimento de cancelamento de diversos documentos fiscais, entre eles a Nota Fiscal nº 7716. Contudo, o auditor fiscal designado para análise do requerimento formulado não acolheu a solicitação feita, sob o argumento de que houve a circulação das mercadorias, constantes da referida Nota Fiscal, comprovada pela entrega do produto, conforme canhoto de recebimento devidamente assinado.

A discussão oportunizada neste processo administrativo não trouxe argumentos ou fatos novos que pudessem modificar o entendimento da administração. No Processo Administrativo nº 200700004000492, de 09/01/2007, o auditor fiscal, encarregado de apreciar o pedido de cancelamento, concluiu que a Nota Fiscal nº 7716, de 09.12.06, foi indevidamente cancelada, por duas razões:

1 – já havia surtido os efeitos fiscais, conforme assinatura de recebimento dos produtos, com o destaque do canhoto da 1ª via;

2 – o contribuinte não comprovou, inequivocamente, o motivo determinante do cancelamento, nos termos do art. 144 do RCTE.

Ao expor as razões que o levaram a concluir que o cancelamento foi indevido, o representante do Fisco apresenta diversas justificativas, entre elas as seguintes:

- Caso houvesse erro na emissão da nota fiscal, constatado após o recebimento das mercadorias, deveria o contribuinte agir de acordo com o Ato Normativo nº 138, ou seja, exigir uma nota de recusa do destinatário dos produtos

no verso da 1ª via do documento fiscal ou, caso a mercadoria já se encontrasse na posse do destinatário, exigir uma nota fiscal de devolução dos produtos, o que não ocorreu;

- Os motivos declarados para o cancelamento não se confirmam: primeiro foi alegado equívoco na emissão da Nota Fiscal 7716, pela consideração errônea do pedido do cliente, e que, para a correção foi emitida a Nota Fiscal nº 7721. Depois foi alegado erro na informação do destinatário. As notas fiscais em destaque referem-se a pedidos distintos: a Nota Fiscal 7716 refere-se ao Pedido de nº 72498, de 01.12.06 e a Nota Fiscal nº 7721 ao Pedido de nº 72499, também de 01.12.06;

- Os pedidos evidenciam que as notas fiscais fazem correta referência aos destinatários neles mencionados, não sendo possível identificar o alegado erro na informação do destinatário;

- Os produtos foram recebidos por pessoas diferentes.

Esses argumentos permanecem como fator de decisão, diante da clara e óbvia contrariedade aos dispositivos legais que tratam de cancelamento de documentos fiscais. Nesse sentido, a recorrente insiste que atendeu à exigência legal, por manter em seu poder todas as vias da referida nota fiscal. Contudo, qualquer que seja a hipótese de cancelamento considerada, não houve observância das regras previstas na legislação tributária para tal procedimento.

O Regulamento do Código Tributário Estadual, especificamente em seu art. 144, estabelece os procedimentos a serem observados para o cancelamento de documento fiscal. A exigência é de que todas as vias do documento cancelado permaneçam em poder do emitente e que **haja a declaração do motivo do cancelamento acompanhada da informação do número do novo documento emitido, quando assim se proceder**. É o que se depreende da leitura do referido dispositivo legal:

“Art. 144. O [contribuinte](#) deve conservar no bloco, no jogo solto, no formulário contínuo ou no formulário de segurança todas as vias do documento fiscal, quando este for cancelado, com declaração do motivo determinante do cancelamento e referência, se for o caso, ao novo documento emitido (Convênio [SINIEF SN/70, art. 12](#)).”

Considerando que a primeira via da Nota Fiscal nº 7716 teve o seu canhoto de recebimento destacado, é oportuno lembrar, também, as disposições do art. 15 do Ato Normativo nº 138/90 – GSF, que serão aqui transcritas:

Art. 15. São os seguintes os procedimentos a serem observados na ocorrência de devoluções de mercadorias:

I - no retorno, devido à recusa no recebimento ou ao desencontro de endereço, a devolução poderá ser efetuada com cobertura da 1ª (primeira) via da própria nota fiscal originária, desde que no seu verso seja feita indicação contendo carimbo da empresa ou órgão, conforme o caso, e assinatura do responsável pela observação, dos motivos da não entrega, cuja declaração poderá ser feita:

a) pelo destinatário que se recusou a receber as mercadorias;

b) pela empresa de transporte de cargas (pessoa jurídica), encarregada da entrega;

c) pelo Chefe da AGENFA da localidade da devolução;

d) pelo agente do Fisco em serviço no Posto Fiscal de divisa interestadual, quando se tratar de mercadoria devolvida por contribuinte de outra unidade da Federação, para este Estado ou com trânsito obrigatório pelo mesmo;

e) pelo agente do Fisco em serviço no primeiro Posto Fiscal por onde transitarem as mercadorias devolvidas, quando fora dos dias úteis ou do horário normal de expediente das AGENFA;

II - na devolução, após o seu recebimento, o estabelecimento adquirente deverá emitir Nota Fiscal, modelo 1, em nome do remetente da mercadoria, nela citando o número, a série e a data do documento fiscal originário, declarando, ainda, o motivo da devolução“ (destaque acrescentado nesta transcrição).

A assinatura de recebimento da mercadoria e o destaque do canhoto da primeira via do documento fiscal, bem como a constatação de que as Notas Fiscais nºs 7716 e 7721 tratam de pedidos distintos, formulados por adquirentes também distintos, são fatos determinantes da convicção de que ocorreu o fato gerador, materializado no faturamento e entrega da mercadoria ao adquirente.

Os argumentos do contribuinte de que tem direito ao benefício do FOMENTAR e à redução da base de cálculo do imposto, redução esta, conforme alega, prevista no art. 9º, do Anexo IX, do RCTE, não podem ser acolhidos. A operação de que trata a Nota Fiscal nº 7716 é de saída interestadual não comprovada – a fiscalização não aceitou o pedido de cancelamento do correspondente passe fiscal -, portanto a autuação se deu pela saída deste Estado e a este destinada, por presunção legal, nos termos do art. 12, II, “d”, 2, do CTE. Assim, nos termos em que foi realizada, e pelas suas próprias características, não cabe ao contribuinte a consideração de nenhum benefício relativo à operação, os quais, se confirmados, somente se aplicariam às operações regularmente realizadas.

Quanto à espontaneidade, aplicável pela solicitação de baixa do passe fiscal, justificada pelo cancelamento da Nota Fiscal 7716 e sua substituição pela Nota Fiscal nº 7721, ela se encerrou com a solução dada pela fiscalização, que foi de não acolhimento do pedido formulado, pelas razões constantes do Processo Administrativo nº 200700004000492, de 09/01/2007. Assim, a penalidade decorrente da infração noticiada está correta e devidamente calculada de acordo com a legislação tributária específica.

Nessas condições, voto, rejeitando a preliminar de nulidade da sentença singular, argüida pela autuada, e, no mérito, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 20 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: CANCELAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL - Nota fiscal cancelada após surtir os efeitos fiscais (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 02038/10

Relator: Conselheiro Itamar Alves Carrijo

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Documento fiscal que surtiu os efeitos fiscais próprios. Cancelamento indevido. Procedência. Decisão unânime.

I - Na devolução, após o seu recebimento, o estabelecimento adquirente deverá emitir Nota Fiscal, modelo 1, em nome do remetente da mercadoria, nela citando o número, a série e a data do documento fiscal originário, declarando, ainda, o motivo da devolução (Art. 15, II, AN 138/90-GSF);

II - É devido o imposto incidente na operação relativo a documentos fiscal cancelado ao arrepio da legislação aplicável e não haver prova inequívoca do efetivo retorno das mercadorias ao estabelecimento.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial do processo a partir da sentença singular, inclusive, arguida pela atuada, por cerceamento ao direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, Álvaro Falanque e Célia Reis Di Rezende. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide, arguida pelo próprio sujeito passivo solidário. Participaram do julgamento os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, Álvaro Falanque e Célia Reis Di Rezende. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, Álvaro Falanque e Célia Reis Di Rezende.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é que realizou saída de 44.730 litros de álcool anidro combustível no valor comercial de R\$ 59.465,83, já acrescido do IVA de 21,41%, através das Notas Fiscais n.º 6864 e 6865, datadas de 05/08/2006, canceladas após terem surtidos os efeitos fiscais, apurado através do processo n.º 200600004017833 de 29/08/2006 e Termo de Apreensão n.º 11000976349 anexo e vias originais das notas fiscais acima, que comprova a infração, devendo recolher o ICMS devido no valor de R\$ 17.245,09 (dezesete mil, duzentos e quarenta e cinco reais e nove centavos).

Descreve a infração nos art. 64, 67, IV da Lei n.º 11.651/91 c/c art. 134, III e 166, I, "a" do Decreto n.º 4.852/97 e Ato Normativo n.º 138/90-GSF e a

penalidade sugerida é a do art. 71, inciso VII alínea “d” com parágrafo 9º, inciso II, da Lei n.º 11.651/91.

Identificam como sujeitos passivos coobrigados, [...], na condição de Diretor da empresa, [...], como destinatário e [...], como transportador.

O lançamento encontra-se instruído com a Primeira via do Termo de Apreensão acima mencionado e das vias originais das notas fiscais n.º 6864 e 6865 e cópia do processo capa branca n.º 200600004017833 de 29/08/2006.

Intimados os sujeitos passivos, [...], apresenta impugnação firmada pelos procuradores [...], CPF [...] e [...], CPF [...], justificando o cancelamento em virtude de erro na emissão dos documentos que foram substituídas por outras notas fiscais, questiona o valor da multa e argui a não aplicação da forma privilegiada e o não cabimento da cobrança do ICMS que foi pago pela substituição tributária pela Petrobrás, nos termos do Convênio ICMS 03/99. Ao final, argumentam a possibilidade de afastar a inidoneidade dos documentos fiscais e pedem a procedência parcial no valor de R\$ 7.433,23, de multa após aplicar a forma privilegiada, instruindo a impugnação com documentos de folhas 136 a 164.

À folha 165, foi lavrado o Termo de Revelia do sujeito passivo solidário [...].

Às folhas 167 a 170, instruída com documentos de folhas 171 a 193, encontra-se juntada a impugnação da solidária [...], arguindo erro de eleição solidária, arguindo não ter tomado conhecimento do cancelamento das Notas Fiscais n.º 6864 e 6865, que o único responsável é a emitente destes, que as notas fiscais canceladas foram substituídas pelas notas fiscais n.º 6872 e 6873 e finaliza pedindo a improcedência do lançamento.

E as folhas 194 a 198, instruída com documentos de folhas 199 a 214, encontra-se a impugnação do sujeito passivo solidário [...], pedindo a exclusão do pólo passivo, em virtude de ausência de provas nos autos da realização do transporte das mercadorias, que não contribuiu para o cancelamento e não existe interesse econômica na supracitada operação, pedindo ao final sua exclusão do pólo passivo.

No julgamento singular, inicialmente, por Despacho, o processo retorna ao órgão preparador, para juntada de cópia da Carteira da OAB dos procuradores [...] e [...], que após intimados, retornam com impugnação à exigência do julgador singular, com base nos art. 653 e 654 do CC, finalizando com pedido de reconsideração do despacho, com normal seguimento do processo e a procedência da impugnação apresentada.

Após analisados pelo Julgador Singular, a impugnação do sujeito passivo [...], não foi apreciada, por não atender os pressupostos do art. 12, da Lei n.º 13.811/01, declarando-a revel.

Considerado que há comprovação suficiente de que as mercadorias circularam até o estabelecimento da destinatária com as notas fiscais canceladas, foi mantido a solidário [...] na lide e considerando que as mercadorias foram entregues no destinatário, antes do cancelamento, foi retirado da lide o sujeito passivo solidário [...].

No mérito considerando que o procedimento encontra-se ricamente instruído com cópia do processo n.º 200600004017833 e que as provas e argumentos de defesa são insuficientes para ilidir a acusação, mantém o lançamento em vista de ter atendido aos requisitos do art. 160 do CTE.

Dado ciência à Representação Fazendária, há concordância com a decisão que determina a intimação dos sujeitos passivos para pagamento ou interposição de recurso voluntário.

Intimados da decisão singular, é lavrado o Termo de Perempção do sujeito passivo solidário [...], folha 235.

Anicuns S.A. Álcool e Derivados, comparece com recurso voluntário solicitando reforma da decisão singular para abrir prazo para a recorrente sanar o suposto vício processual, dando prosseguimento ao feito após sanado o suposto vício.

Argui ilegalidade da responsabilização do Diretor [...], sem a observância das formalidade do art. 135 do CTN e após transcrição de vasta jurisprudência sobre o assunto, conclui que ausentes os pressupostos específicos, deve ser excluído da lide o diretor acima mencionado.

No mérito sustenta a inexistência de prejuízo ao FISCO do Estado, pois as notas substitutivas geraram todos os efeitos fiscais em relação à sistemática do ICMS. Contesta a inidoneidade das notas fiscais, justificando a afastamento da idoneidade vez que as notas fiscais substitutivas geraram os efeitos fiscais necessários das Notas Fiscais 6864 e 6865 canceladas em decorrência de erro quantitativo, havendo tão somente correção da situação jurídica, que no máximo geraria uma mera multa por erro de preenchimento de nota fiscal.

Argui ser indevida a exigência de ICMS da usina, vez que o ICMS devido é pago por substituição tributária, nos moldes do Convênio ICMS 03/99, que é ilícito o locupletamento sem causa, sendo inoportuna a cobrança efetuada via autuação fiscal. Argui a não aplicação do parágrafo oitavo do art. 71 do CTE, que houve falha na sistemática de cálculo do valor exigido que, após a reduções de direito, teria um valor a ser pago de apenas R\$ 4.261,20, o que demonstra erro de procedimento da Autoridade Fiscal, pugnando pela adequação da multa e finaliza pedindo:

1 – Anulação do julgamento proferido em Primeira Instancia;

2 – No mérito:

2.1 - Afastamento de qualquer sanção em vista que as notas substitutivas surtiu os efeitos fiscais relacionados à circulação da mercadoria;

2.2 – Afastamento da inidoneidade dos documentos fiscais cancelados.

3 – Subsidiariamente:

3.1 – Não afastada a infração, não seja cobraso ICMS em vista que o mesmo foi pago por substituição tributária;

3.1 – Persistindo a existência da infração, seja a multa reduzida nos termos proposto neste recurso voluntário.

Também comparece com recurso voluntário o sujeito passivo solidário [...], em que no item 12 e 13, argui não ter recebido as mercadorias mas que cometeu o equívoco de carimbar com o “recebido” as notas fiscais em referência, percebido posteriormente e no item 22, argui que as notas fiscais foram canceladas pela usina, antes de surtirem os efeitos fiscais e que não chegou a ocorrer a circulação física das mercadorias, razão pela qual pede a sua exclusão da lide.

O mérito sustenta que ao caso caberia somente multa moratória aplicável à usina, falta de prejuízo ao erário – locupletamento ilícito, e que não agiu dolosamente ou com má-fé e ao final pede a improcedência do feito e havendo entendimento que subsiste matéria fática controversa, pede sua exclusão da lide, instruindo seu recurso com cópia do Livro de Registro de Entradas em que consta o registro fiscal das Notas Fiscais n.º 6872 e 6873.

É o relatório.

DECISÃO

Apreciando a preliminar de nulidade do sentença singular por ausência de apreciação, registra-se que os signatários da impugnação singular, após oportunizado a comprovação de sua condições de advogados, não restou comprovado, e considerando que a capacidade para estar no processo, era somente do sujeito passivo ou representado por advogado, nos termos e fundamentos do art. 12 da Lei n 13.882/01, que assim dispõe:

“Art. 12. Todo sujeito passivo tem capacidade para estar no Processo Administrativo Tributário, em qualquer fase, postulando em causa própria ou representado por advogado”.

O fato de da impugnação estar firmada por seus procuradores, não advogados, a peça defensiva é considerada com inexistente, portanto, é considerado como se o sujeito passivo não tenha apresentado impugnação, impondo serem considerados revéis os sujeitos passivos, na forma prevista no § 3º do art. 28, da Lei n.º 13.82/01, nos termos abaixo:

Art. 28. A impugnação, em primeira ou em segunda instância, instruída com os documentos que a fundamentarem, será apresentada, conforme o caso, ao Núcleo de Preparo Processual da circunscrição do domicílio fiscal do sujeito passivo ou ao Centro de Controle e Preparo Processual.

[...]

§ 3º Será considerado revel, na primeira instância, o sujeito passivo que não apresentar impugnação no prazo ou em órgão previsto nesta lei.

Ainda, o Julgador Singular, ao analisar o presente processo, constatou a regularidade do lançamento e que a infração está perfeitamente identificada, demonstrada e com comprovada suficiente de que as mercadorias circularam até o estabelecimento destinatário, tendo ocorrido o fato gerador, demonstrando suas razões de decidir em relação a exclusão do sujeito passivo solidário [...], manter os demais solidários na lide e no mérito manter o auto de infração.

Portanto, conforme a legislação processual, em vigor na data em que foi proferida a sentença singular, admitia que, no caso de representação, cabia somente à advogado legalmente constituído, foi acertada a decisão do julgador singular, portanto rejeito a preliminar de nulidade processual por cerceamento ao direito de defesa, pela não apreciação de impugnação apresentada por pessoas não autorizadas legalmente a estar no processo.

Em relação ao pedido de exclusão da lide do sujeito passivo solidário [...], o mesmo argui não ter recebido as mercadorias mas que cometeu o equívoco de carimbar com o "recebido" as notas fiscais em referência, percebido posteriormente e no item 22, argui que as notas fiscais foram canceladas pela usina, antes de surtirem os efeitos fiscais e que não chegou a ocorrer a circulação física das mercadorias, razão pela qual pede a sua exclusão da lide.

Analisando toda a matéria constata-se que seus argumentos são conflituosos, visto que se após o seu visto de recebimento é porque a mercadoria adentrou ao seu estabelecimento, com agravamento, pela tentativa fraudulenta de esconder a verdade material quanto ao recebimento, com o tapa texto inserido nas informações, inclusive fazem correção no total de produtos recebidos com sobras detectadas, apesar do texto tapado, mas visíveis pelo verso do documento fiscal.

Estando devidamente comprovado que as mercadorias adentraram ao estabelecimento do destinatário e com posterior cancelamento do documento fiscal que acobertou a operação, impõe a manutenção do solidário [...], na lide, por constituir interesse comuns no situação que constitui o fato gerador, na forma do art. 45, inciso XII, da Lei n.º 11.651/91, na forma abaixo:

Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XIII - com o contribuinte ou o substituto tributário, a pessoa que por seus atos ou omissões concorra para a prática de infração à legislação tributária.

Quanto ao pedido de exclusão do solidário, Diretor Presidente, [...], com termo de perempção à folha 235, carece o representante legal da empresa, de documento de representação, outorgado pela pessoa física do sujeito passivo solidário, para pronunciar em seu nome, permanecendo o mesmo na lide na forma do inciso XII, também do art. 45 da Lei n.º 11.651/91 (XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;).

Adentrando ao mérito, o sujeito passivo buscou a administração fazendária na busca do cancelamento dos Passes Fiscais de n.ºs. 4 06 0162249-8 e 4 06 0162250-1, relativos às Notas Fiscais n.ºs. 6864 e 6865, afirmando operação cancelada e no fluxo do processo, conforme notícia às folhas 106 a 112.

Após solicitação de informes ao requerente, concluiu-se que as notas fiscais, retro mencionadas, já tinham surtido os seus efeitos fiscais antes de serem cancelados, pela visualização de carimbo ocultado em nome da destinatária e outro carimbo com dados ocultados que indica quantidade do volume embarcado e recebido aposto nas 1ªs. vias das notas fiscais de n.º 6864 e 6865.

De fato, às folhas 08 e 13, primeiras vias das notas fiscais n.º 6864 e 6865, se faz presentes os decalques de carimbos mencionados pelo autuante, ocultados com tampa texto, mas visível pelo verso do documento fiscal, conferindo certeza de que as mercadorias adentraram ao estabelecimento destinatário.

O recurso do contribuinte não acresce matéria nova, desenvolve sobre os argumentações e não traz prova efetiva do retorno das mercadorias ao estabelecimento remetente.

Ao expor as razões que o levaram a concluir pelo não cancelamento dos passes fiscais n.º 4060162249-8 e 4060162250-1, relativo às notas fiscais n.º 6864 e 6865 de 05/08/2006, o representante do Fisco apresenta diversas justificativas, se referindo ao processo n.º 200600004017833, entre elas as seguintes que reproduzo resumidamente:

- "Que a ao analisar outros processos em nome da requerente (200600004021960 e 200600004021954), constatou neste, situações semelhantes de pedido de cancelamento de passes fiscais, envolvendo o mesmo destinatário e as mesmas notas fiscais substitutas (6872 e 6873);

- Em análise das notas fiscais 6864 e 6865, solicitou os originais da requerente e constatou nestas ocultamento de dados de recebimentos, semelhante à nota fiscal n.º 6918, relativo ao processo 200600004021960, que apontam para que os referidos documentos fiscais já tinham surtido seus efeitos fiscais antes de serem cancelados, demonstrando dados das notas fiscais relativamente ao volume embarcado e ao recebido pelo destinatário, constantes dos carimbos ocultados.

- Que notificada a empresa [...], esta apresentou cópia da nota fiscal n.º 6204, folha 75, e comparando o carimbo apostado nesta com os das notas fiscais n.º 6864 e 6865, verificou-se a semelhança dos carimbos e salvo prova em contrário, os carimbos ocultados são da [...].

- Além disso, os motivos da requerente de faturamento errado e de que foram substituídas pelas notas fiscais 6872 e 6873, também não subsiste, em vista de que no processo 200600004021954, também utilizou estas notas fiscais (6872 e 6873) como substitutas da nota fiscal n.º 6858,

- E apresenta outras evidências e sugere o encaminhamento do processo analisado juntamente com o de n.º 200600004021960, no final de sua apreciação administrativa, à Delegacia de Crimes Conta a Ordem Tributária para apuração dos fatos e esclarecimentos quanto aos carimbos ocultados.”

Para análise meritória da matéria legal aplicável ao presente caso, buscamos a legislação aplicável, relativamente ao cancelamento de documento fiscal, conforme art. 116 e 144, do Decreto n.º 4.852/97, que abaixo os transcrevo:

Art. 116. Somente surte o respectivo efeito fiscal neste Estado o documento fiscal emitido de acordo com as disposições contidas neste regulamento e normas complementares, mantida, todavia, sua validade a favor do fisco, como prova de infração, se for o caso.

[...]

“Art. 144. O [contribuinte](#) deve conservar no bloco, no jogo solto, no formulário contínuo ou no formulário de segurança todas as vias do documento fiscal, quando este for cancelado, com declaração do motivo determinante do cancelamento e referência, se for o caso, ao novo documento emitido (Convênio [SINIEF SN/70, art. 12](#)).”

E ainda, considerando a prova do recebimento contida no canhoto da primeira via da Nota Fiscal nº 6858, é importante transcrever o disposto no art. 15 do Ato Normativo nº 138/90 – GSF:

“Art. 15. São os seguintes os procedimentos a serem observados na ocorrência de devoluções de mercadorias:

I - no retorno, devido à recusa no recebimento ou ao desencontro de endereço, a devolução poderá ser efetuada com cobertura da 1ª (primeira) via da própria nota fiscal originária, desde que no seu verso seja feita indicação contendo carimbo da empresa ou órgão, conforme o caso, e assinatura do responsável pela observação, dos motivos da não entrega, cuja declaração poderá ser feita:

a) pelo destinatário que se recusou a receber as mercadorias;

b) pela empresa de transporte de cargas (pessoa jurídica), encarregada da entrega;

c) pelo Chefe da AGENFA da localidade da devolução;

d) pelo agente do Fisco em serviço no Posto Fiscal de divisa interestadual, quando se tratar de mercadoria devolvida por contribuinte de outra unidade da Federação, para este Estado ou com trânsito obrigatório pelo mesmo;

e) pelo agente do Fisco em serviço no primeiro Posto Fiscal por onde transitarem as mercadorias devolvidas, quando fora dos dias úteis ou do horário normal de expediente das AGENFA;

II - na devolução, após o seu recebimento, o estabelecimento adquirente deverá emitir Nota Fiscal, modelo 1, em nome do remetente da mercadoria, nela citando o número, a série e a data do documento fiscal originário, declarando, ainda, o motivo da devolução” (destaque acrescentado nesta transcrição).”

Conforme exposto, não havendo a observância das normais legais aplicáveis, procedimentos paralelos, sem previsão legal, desprovido de provas materiais seguras, que comprove a efetividade da operação noticiada, não oferecem a necessária segurança para comprovar a regularidade das referidas operações e possuem validade somente a favor do Fisco.

Em relação a consideração de inidoneidade das notas fiscais descritas no lançamento, para afastar a ocorrência da operação de saída do estabelecimento remetente e o recebimento pelo destinatário, o fato é inconteste. Consta carimbos diversos que atestam a entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário, portanto surtiu os efeitos fiscais próprios de saída da mercadoria da usina de álcool e sem os elementos pertinentes à devolução, e assim, torna a nota fiscal nesta situação, inidônea para acobertar o transporte da mercadoria em retorno ao estabelecimento remetente, e as ações do sujeito passivo e suas justificativas, não acatadas, quanto ao pedido de cancelamento do passe fiscal, não deferido, não possui as características necessárias para afastar a inidoneidade do documento fiscal, na forma apresentada.

Quanto a mencionada exigência indevida do ICMS, em vista da substituição tributária, havendo a entrega da mercadoria e o cancelamento indevido do documento fiscal de remessa, não há pagamento comprovado do imposto devido, em vista de ficar caracterizada a entrega de mercadoria em situação fiscal irregular e o mencionado diferimento do imposto, que passa a ser devido em substituição tributária, juntamente com a gasolina tipo “A”, somente ocorre quando a operação se der em situação fiscal regular com o álcool anidro combustível.

Isto posto, considerando a prova constante nas Notas Fiscais n.ºs 6864 e 6865, de que ocorreram a entrega das mercadorias no destinatário que após os carimbos ocultados e as controversas quanto as notas fiscais substitutivas, direciona o entendimento, de que não há segurança necessária para afirmar que as mercadorias retornaram ao estabelecimento, portanto, as razões apresentadas não ilidem a acusação fiscal.

Quanto ao pedido de aplicação da forma privilegiada contida no § 8º do art. 71 do CTE, não há cabimento do pedido em vista da exigência de imposto, vez que havendo o cancelamento irregular do documento fiscal relativo a mercadoria entregue, o fato constitui infração que exige a multa respectiva e o imposto omitido no operação.

Em relação aos benefícios fiscais mencionados, os mesmos somente são concedidos quando respaldados mediante a operação em situação fiscal regular, a escrituração dos livros fiscais na forma regulamentar, além do pagamento do imposto devido no prazo legal, entre outras exigências, além de que, as disposições do inciso XXVI do art. 9º, do Anexo IX, do RCTE, inserida pelo Decreto n.º 6.446/96, é aplicável ao álcool etílico hidratado carburante – AEHC enquanto que no presente processo trata-se de álcool anidro combustível.

Nessas condições, com as razões e fundamentos acima expostos, rejeito a nulidade da sentença singular, por cerceamento ao direito de defesa, por ausência de apreciação da impugnação subscrita pelos procuradores da empresa [...], arguida pela autuada, e quanto ao mérito, conheço do recurso voluntário do contribuinte, nego-lhe provimento, para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, mantendo na lide, os sujeitos passivos solidários [...] e [...].

Sala das sessões plenárias, em 20 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: CONTROLE PARALELO (CAIXA 2) - Comercialização de mercadoria sem a cobertura de documentos fiscais (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00300/10

Relator: Conselheiro Sérgio Reis Crispim

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: I - Solicitação de exclusão da lide de solidário. Solidariedade corretamente atribuída ao administrador e ao responsável técnico por programa aplicativo. Não acolhimento. Decisão não unânime.

1 - Tendo os solidários sido corretamente nomeados na lide na qualidade de administrador, gerente ou representante de pessoa jurídica e que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 45, inciso XII do CTE devem ser responsabilizados pelo pagamento do imposto devido.

2 - O responsável técnico do programa aplicativo que promover qualquer alteração indevida que propicie manipulação ou alteração do programa por terceiros tem a sua responsabilidade configurada nos termos do art. 100 do Anexo XI do RCTE, sendo solidário com o contribuinte pelo pagamento do imposto devido.

II - Preliminar por incompetência funcional, arguida pela defesa. Não acolhida. Decisão unânime.

1 - O processo em conformidade com as normas procedimentais, sem vícios ou anomalias, com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não padece de vício de nulidade.

III - ICMS. Obrigação principal. Comercialização de mercadorias sem a cobertura de documentos fiscais. Controle paralelo de vendas. Procedência. Decisão unânime.

1 - Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real, sobre o qual é correta a cobrança do ICMS, com os acréscimos legais, por omissão de saídas de mercadorias tributadas

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 16 de junho de 2009, decidiu, inadmitir a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, por ter sido rejeitada por unanimidade na fase cameral. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide, arguida pelo advogado, Drº Érico Rafael Fleury de Campos Curado. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Arnaldo Machado, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia e Edson Abrão da Silva. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por incompetência funcional da autoridade lançadora, arguida pelo sujeito passivo - [...]. Participaram do julgamento os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Luiz Rosa, Levi Silva Filho, Arnaldo Machado, Antônio Martins da Silva, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva e Domingos Caruso Neto. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide, arguida pelo mesmo. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Arnaldo Machado, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia e Edson Abrão da Silva. Quanto ao mérito, por votação unânime, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Luiz Rosa, Levi Silva Filho, Arnaldo Machado, Antônio Martins da Silva, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva e Domingos Caruso Neto.

RELATÓRIO

Neste processo, a motivação para o lançamento de crédito tributário está na constatação de que, nos exercícios de 2005 e 2006, o sujeito passivo omitiu saída de mercadorias tributadas, no valor de R\$ 3.575.802,10 (três milhões, quinhentos e setenta e cinco mil, oitocentos e dois reais e dez centavos), apurada pelo confronto entre os valores registrados nos livros fiscais próprios e os valores das saídas encontradas no banco de dados que o contribuinte utilizava para registrar suas operações reais. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 429.096,25 (quatrocentos e vinte e nove mil, noventa e seis reais e vinte e cinco centavos). Foram incluídos como solidários [...], na condição de sócio administrador, e [...] - responsável técnico pelo programa aplicativo.

Ao auto de infração, lavrado em 30.06.07, foram juntados os documentos de fls. 13 a 125. Foi nomeado um responsável solidário para compor a lide, às fls. 02-A e 02-B.

Na instância singular, o julgador rejeita as preliminares de nulidade do auto de infração, por incompetência funcional da autoridade lançadora e por cerceamento do direito de defesa, arguidas pela autuada, e, mantendo na lide os solidários, confirma a procedência do lançamento (fls. 167/171).

O sujeito passivo direto e o sócio, incluído na lide como solidário, comparecem com recurso, em peça única, no qual insistem na nulidade do auto de infração, por incompetência funcional da autoridade lançadora, justificando que a Ordem de Serviço não está assinada pelo Delegado Fiscal e nela não consta nenhum Auditor III. Pedem, também, a nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, sob a justificativa de que o Termo de Lacração não foi acompanhado pelos sócios ou seus representantes e que desconhecem a assinatura constante no referido Termo.

Ainda para justificar o cerceamento alegam impropriedade nos procedimentos da fiscalização, pois não foram notificados para o início do procedimento fiscal e que os sócios não têm conhecimento dos arquivos copiados. Pedem a exclusão do sócio eleito como responsável solidário, justificando que não há vestígios ou identificação de que ele praticou atos com excesso de poderes ou infração, e, também, a improcedência do lançamento.

O responsável técnico pelo programa aplicativo, também recorre da decisão singular para alegar que a sua atividade é eminentemente técnica e consiste em instalar os micros e dar condições de operacionalização e sistemática de utilização das máquinas. Alega, ainda, que a utilização indevida dos equipamentos é de inteira responsabilidade da autuada; e que não há fundamento na presunção do fisco de que o sistema de processamento de dados instalado possibilitou o registro de dados de forma não concomitante, que resultou em não emissão de documento fiscal. Pede a sua exclusão da lide.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por incompetência funcional da autoridade lançadora. E, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários referenciados. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

O Acórdão lavrado traz a seguinte Ementa:

"I - São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto ou da penalidade pecuniária as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente, com o contribuinte, os

acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis(art. 45, XII, do Código Tributário Estadual).

II - Nos termos do art. 100 do Anexo XI do Regulamento do Código Tributário Estadual, é de responsabilidade do responsável técnico por programa aplicativo qualquer alteração indevida no aplicativo, devendo este providenciar a manutenção e as proteções que se fizerem necessárias para impedir qualquer manipulação ou alteração do programa por terceiros. No caso de utilização indevida de programa aplicativo, o responsável técnico é considerado solidário com o contribuinte pelo pagamento do imposto devido.

(...)

Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real, sobre o qual é correta a cobrança do ICMS, com os acréscimos legais, por omissão de saídas de mercadorias tributadas".

O sujeito passivo principal e o solidário indicado às fls. 02-A interpõem, em conjunto, Recurso ao Conselho Pleno às fls. 205/216, pugna pela improcedência do auto de infração e, caso este não seja o entendimento, requer que este solidário (recorrente) seja excluído da lide.

Consta às fls. 217/223 o Recurso do outro solidário indicado às fls. 02-B, o qual solicita sua exclusão do litígio, "visto que sua responsabilidade como técnico do programa aplicativo somente poderia ser admitida no caso de interesse comum ou expressa prova de que tenha agido com dolo ou infração a lei, com desconhecimento por parte do proprietário da empresa".

Sendo este o relatório, passo a decidir.

DECISÃO

Com relação à preliminar de exclusão do solidário [...], na qualidade de programador técnico responsável pelo programa aplicativo, o entendimento que prevaleceu foi o de que a sua responsabilidade está configurada nos autos, sendo solidariamente responsável pelo fato gerador que motivou a cobrança do imposto na inaugural. Isso porque não houve o acolhimento de que é apenas um mero prestador de serviços que realiza a escrituração fiscal e contábil de empresas.

A norma jurídica que respalda a inclusão dos solidários na lide está preconizada pelo artigo 45, XIII, do Código Tributário Estadual – CTE, bem como pelo art. 100 do Anexo XI do RCTE e estabelecem o seguinte:

"Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

(...)

XIII - com o contribuinte ou o substituto tributário, a pessoa que por seus atos ou omissões concorra para a prática de infração à legislação tributária”.

“Art. 100. É de responsabilidade do responsável técnico por programa aplicativo qualquer alteração indevida no aplicativo, devendo este providenciar a manutenção e as proteções que se fizerem necessárias para impedir qualquer manipulação ou alteração do programa por terceiros.

Parágrafo único. O responsável técnico por programa aplicativo é considerado solidário com o contribuinte, nos termos dos arts. 45, XIII do CTE e 252 deste anexo, no caso de utilização indevida de programa aplicativo”.

A utilização de programa que permitiu o controle paralelo de vendas está fartamente demonstrada nos levantamentos e demonstrativos. Este fato torna o recorrente, solidariamente obrigado ao pagamento do imposto reclamado neste processo.

Este não é meu entendimento pois no caso está havendo nítida transferência de responsabilidade sem justa causa e sem provas nos autos da acusação, o que a torna fictícia. No entanto, fui voto vencido pela maioria de meus pares.

Com relação a preliminar de nulidade por incompetência funcional, arguida pelo sujeito passivo, a unanimidade dos presentes desta Casa rejeitou-a, considerando não estarem presentes os condicionantes de anulação de acordo com os item 1 e 2 da alínea a do inciso II do art. 4º da Lei 13.266/98, com alterações posteriores, que determina a competência da constituição do crédito tributário, abaixo transcrito:

“Art. 4º As atribuições conferidas, privativamente, aos funcionários fiscais, integrantes do Quadro de Pessoal do Fisco da Secretaria da Fazenda, são as seguintes:

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO inciso ii do ART. 4º PELO ART. 1º DA LEI Nº 14.663, DE 01.08.04 - VIGÊNCIA: 01.01.04.

II – ao Auditor-Fiscal da Receita Estadual II – AFRE II:

a) constituir o crédito tributário relativo aos tributos estaduais, decorrente de:

NOTA: Redação com vigência de 01.01.04 a 28.06.06.

1. procedimento de auditorias referentes a estabelecimentos que mantenham somente escrita fiscal ao tempo do fato objeto do lançamento, independente de seu porte;

2. procedimento de auditorias realizadas por meio de exame de livros fiscais e contábeis, documentos ou mercadorias referentes a estabelecimentos considerados microempresa, empresa de pequeno porte e empresa de médio porte;

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO à alínea "A" do inciso II DO ART. 4º PELO ART. 1º da lei nº 15.729, DE 29.06.06 - vigência: 29.06.06.

a) constituir o crédito tributário relativo aos tributos estaduais, decorrente do exercício de quaisquer tarefas de controle ou fiscalização, observado o disposto na alínea "c", especialmente procedimento de auditorias:

realizadas por meio de exame de livros fiscais e contábeis, documentos ou mercadorias referentes a estabelecimentos considerados microempresa, empresa de pequeno porte e empresa de médio porte;

referentes a estabelecimentos que mantenham somente escrita fiscal ao tempo do fato objeto do lançamento, independentemente de seu porte;"

Com esse embasamento, os procedimentos fiscais realizados pelo Fisco estão plenamente justificados, dentro da área de sua competência, considerando que o AFRE II é competente para a constituição do crédito de empresa que não mantém escrita fiscal e não é enquadrada como empresa de grande porte.

Quanto a preliminar de exclusão da lide do solidário [...] também foi rejeitada pela maioria dos votantes, por figurar como administrador da empresa, no que também fui voto vencido por entender pela aplicação do art. 135 do CTN e não do art. 45 do CTE.

Por último, em relação ao mérito da autuação, temos que na decisão plenária prevaleceu o entendimento de que o sujeito passivo não comprovou a inoccorrência do fato gerador do imposto, fartamente demonstrado pelos documentos que instruem o processo.

Diante do exposto, inadmito a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Por maioria de votos restou rejeitada a preliminar de exclusão da lide do sujeito passivo solidário Sr. [...], arguido pelo advogado, na qual fui voto vencido. Rejeito a preliminar de incompetência funcional, arguida pela autuada. Por maioria de votos, restou rejeitada a preliminar de exclusão do solidário [...], pelo mesmo arguido, na qual fui voto vencido. Quanto ao mérito, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para considerar procedente a exigência tributária consubstanciada no lançamento de ofício, mantendo a decisão cameral, que confirmou *in totum* a decisão singular.

V O T O V E N C I D O

A causa do nascimento da exigência tributária e constitutiva deste processo acha-se relatada nos parágrafos volvidos, motivo pelo qual passo a decidir.

Início este voto vencido para externar o meu acolhimento da preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário [...] da lide, pois entendo que a sua indicação, para responder pelo crédito fazendário, deve vir acompanhada da comprovação de

que os seus atos ou omissões concorram para a prática de afronta à letra da legislação tributária.

Considero que nenhum interesse comum na situação constitutiva do crédito tributário ficou demonstrada no curso da ação fiscal e não comprovou, também, que o recorrente solidário tenha incorporado qualquer dispositivo capaz de modificar a execução do programa aplicativo para a operacionalização do software, que instalou no sistema mecanizado do estabelecimento.

Vejo, ainda, que a operacionalização do sistema mecanizado é de responsabilidade do contribuinte e das pessoas ligadas à empresa comercial que emite os documentos fiscais pelo sistema eletrônico de dados no momento da saída das mercadorias do estabelecimento mercantil. Portanto, o registros de dados incorretos nos documentos fiscais, ou a falta de concomitância, caso tenha ocorrido depois do atendimento do contrato de prestação de serviço de instalação do programa aplicativo ao sistema computadorizado se efetivou alheia a vontade do recorrente solidário identificado no primeiro parágrafo deste voto.

Ademais, nos termos do art. 45, inciso XIII do CTE, as autoridades lançadoras não demonstraram que o polo passivo solidário, que excluí neste julgamento plenário, concorreu para a prática de qualquer ato fiscal ilícito, conforme edição deste artigo que transcrevo.

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

(....)

XIII - com o contribuinte ou o substituto tributário, a pessoa que por seus atos ou omissões concorra para a prática de infração à legislação tributária.”

No caso em discussão, o próprio trabalho fazendário resguardou o recorrente solidário da relação processual, visto que não houve demonstração segura de que ele tenha concorrido para a utilização indevida do sistema computadorizado, que resultou omissão no recolhimento do ICMS em consequência do confronto entre os valores das saídas de mercadorias escriturados nos livros fiscais próprios e os encontrados no banco de dados que o contribuinte utilizava para registrar as suas operações reais.

Por isso, entendo que a indicação do prestador do serviço que instalou o programa de aprovação do setor fiscal competente para operacionalizar o sistema de computação da empresa, no polo passivo solidário não deve prevalecer, visto que nos autos não ficou provado que sujeito passivo solidário recorrente tenha concorrido para a prática da infração e quais foram as razões consideradas para a sua indicação na solidariedade passiva da lide.

Portanto, faço este voto com o entendimento dos Conselheiros Classistas, firmado nesta Casa em processos que discutem esta questão e cuja razão do acolhimento da preliminar de exclusão do polo passivo solidário da lide se

conserva de acordo com o meu entendimento externado na sessão de julgamento deste volume.

Vale ressaltar que a participação do recorrente na empresa é puramente técnica e consiste em produzir, instalar os micros, oferecer condições operacionais e sistemática de utilização de máquinas. A operacionalização do micro é de responsabilidade do sujeito passivo e, caso ocorra utilização do maquinário com afronta da legislação tributária, o técnico e ora solidário, não pode ser responsabilizado por ato que não cometeu, visto que a pena não passa do infrator para terceiros.

Estes esclarecimentos me motivaram a acolher a preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário [...] da lide e, ao finalizar este voto, mantenho o meu entendimento e o excludo da relação processual.

Sala das sessões plenárias, em 09 de fevereiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: CONTROLE PARALELO (CAIXA 2) - Omissão de saída de mercadorias tributadas - confronto doc.e comprovantes vendas (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02831/10

Relator: Conselheiro Domingos Caruso Neto

EMENTA: ICMS. Saídas de mercadorias não registradas. Controle paralelo de vendas. Procedência. Decisão unânime.

É procedente o auto de infração quando o sujeito passivo omite saída de mercadorias, conforme apurado pelo confronto entre as saídas escrituradas nos Livros Fiscais e os controles paralelos de vendas.

Sujeição passiva. Sócio administrador. Exclusão da lide. Não acolhimento. Decisão não unânime.

São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, tais como os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis.

Nulidade. Cerceamento ao direito de defesa. Alegada falta de organização dos elementos probatórios. Não acolhimento. Decisão unânime.

Não deve ser acolhida a arguição de preliminar de nulidade processual, por cerceamento ao direito de defesa, quando o trabalho fiscal for organizado de forma a garantir o seu melhor entendimento e o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 22 de dezembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, José Luiz Rosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva e Edson Abrão da Silva. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de

Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho e Heli José da Silva. Vencidos os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia e Edson Abrão da Silva. Quanto ao mérito, por votação unânime, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, José Luiz Rosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

Narra a acusação fiscal que o sujeito passivo omitiu saídas de mercadorias tributadas, no valor comercial de R\$ 187.039,66 (cento e oitenta e sete mil, trinta e nove reais e sessenta e seis centavos), no período de Janeiro a Dezembro de 2006, omissão apurada mediante o confronto entre os documentos fiscais emitidos e o controle paralelo de vendas apreendido, conforme descrito no Termo de Apreensão e demonstrativos anexos. Em consequência, é exigido ICMS na importância de R\$ 22.444,76 (vinte e dois mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e setenta e seis centavos), mais as cominações legais.

Informa-se que os documentos (controles de fichas de clientes/vendas) apreendidos, referentes a este processo estão anexos ao de número 30283560868.

A ação fiscal é dirigida contra: 1) estabelecimento comercial varejista; 2) [...], na condição de sócia; e 3) [...], na condição de sócia administradora.

Como parte da instrução processual, foram anexados à peça básica: 1) Termo de Apreensão nº 1100094798-0 (fls. 7 e 8); 2) Nota Explicativa (fls. 11); 3) Levantamento Demonstrativo de Vendas para Apuração de CX-02 fichas apreendidas (fls. 12 a 27); 4) cópias de Livros Registro de Saídas (fls. 28 a 29); e 5) cópias de Notas Fiscais de Venda (fls. 30 a 48).

Regularmente intimada, a sociedade empresária apresenta Impugnação (fls. 58 a 68), por meio de advogado constituído, na qual argui, preliminarmente, a exclusão da lide das sócias e, no mérito, pugna pela improcedência do Auto de Infração.

O Julgador Singular, através da Sentença nº 889/08 (fls. 73 a 76), exclui da lide a sócia solidária [...], mantém na lide a sócia solidária [...] e, no mérito, decide pela procedência do Lançamento.

A Representação Fazendária, através do Despacho nº 114/2008 (fls. 77), manifesta concordância com a Sentença.

Já o sujeito passivo, inconformado, apresenta Recurso Voluntário (fls. 81 a 94), arguindo, preliminarmente, a exclusão da lide da sócia administradora solidária, sob o argumento de que o simples inadimplemento de obrigação tributária não caracteriza infração legal, e inexistindo prova, no processo, de que o administrador tenha agido com excesso de poderes ou infração de contrato social ou estatuto, não há que se falar em responsabilidade tributária.

Argui, ainda em preliminar, a nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa, argumentando que todas as fichas apreendidas constam do processo nº 3028356060868, autuação referente ao exercício de 2003. Acrescenta que as 2.049 fichas apreendidas objetivam instruir os Autos de Infração dos diversos exercícios fiscalizados, e que tais fichas deveriam ter sido separadas, por processo, de acordo com o período de referência, circunstância que, no seu entender, caracterizaria a nulidade da peça básica, por cerceamento ao direito de defesa.

Quanto ao mérito, afirma que as fichas apreendidas referem-se a dados cadastrais, com anotações de pedidos e não de vendas de mercadorias, razão pela qual pugna pela improcedência do Lançamento.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, apreciando o Recurso Voluntário (fls. 97 a 102), decidiu, por maioria de votos, rejeitar as preliminares de exclusão da lide da sócia administradora e de nulidade da peça básica por cerceamento ao direito de defesa. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conheceu do Recurso e negou-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o Auto de Infração.

Já em Recurso ao Conselho Pleno (fls. 106 a 116), o sujeito passivo reitera os argumentos apresentados em seu Recurso Voluntário para, novamente, pugnar pela exclusão da lide da sócia administradora, nulidade da peça básica por cerceamento ao direito de defesa e pela improcedência do Auto de Infração.

DECISÃO

O sujeito passivo argui, preliminarmente, a nulidade desde o início do processo, por cerceamento ao direito de defesa.

Alega-se que o levantamento fiscal funda-se em 2.049 fichas apreendidas, as quais não foram separadas por exercício fiscalizado, e nem separadas cronologicamente, o que impossibilitaria o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Analisando os autos, observo que o Lançamento foi instruído com planilha denominada “Levantamento Demonstrativo de Vendas para Apuração de Caixa 2 – Fichas apreendidas”.

Isso significa que todo o conteúdo das 2.049 (duas mil e quarenta e nove) fichas foi digitado, e a seguir classificado por período de referência da infração, a fim de que pudessem ser visualizados de forma a garantir a perfeita identificação das operações objeto do presente lançamento.

O fato de ter sido utilizado, pelo sujeito passivo, uma ficha para cada cliente, e efetuado registros de vendas referentes a diversos períodos, impossibilitou a separação de fichas por período de referência, e determinou a inserção das fichas em um único processo.

Por isso, o trabalho fiscal foi organizado de forma a garantir o seu melhor entendimento e o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório, razões pelas quais rejeito a preliminar de nulidade arguida.

É pleiteada exclusão da lide da solidária Maria Helena da Fonseca Borges.

No que se refere à responsabilidade solidária da pessoa natural, verifica-se que a inclusão, pelo Fisco, se deu em razão de ser administradora da pessoa jurídica autuada.

A responsabilidade solidária de fato, de administradores, é definida no art. 124, I da Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional (CTN) c/c art. 45, XII Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, que instituiu o Código Tributário do Estado de Goiás (CTE), como se segue.

CTN:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;”

CTE:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

(...)

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;”

Não ignoramos que o mero inadimplemento não caracteriza responsabilidade dos sócios, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Aqui, todavia, não se trata de simples inadimplência, mas de saídas de mercadorias tributadas, sem a emissão de documentação fiscal. Ora, a falta de emissão de documentação fiscal e as consequentes faltas de apuração e de

pagamento de tributo devido são fatos relevantes na atividade empresarial, pelos quais o contribuinte se responsabiliza, de acordo com a legislação, e que não podem ocorrer sem o conhecimento da administração do estabelecimento.

Logo, por ter agido com violação à lei e por possuir interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, a pessoa natural solidária deve ser mantida na lide, com fundamento nos dispositivos transcritos.

Quanto ao mérito, o sujeito passivo alega que as fichas apreendidas se referem a dados cadastrais e pedidos dos clientes, e não a vendas de mercadorias, e que o valor das vendas apurado pelo Fisco é incompatível com a movimentação real da empresa. Defende que a fiscalização deveria ter realizado um trabalho mais técnico e seguro para a apuração da alegada omissão de vendas, tais como um levantamento específico ou financeiro. Sustenta a fragilidade da prova.

Sobre a qualidade da prova das vendas, destaco que as fichas apreendidas foram emitidas pelo próprio sujeito passivo e delas contam os seguintes campos: nome e outros dados de identificação do cliente; número de parcelas do pagamento; data da venda; valor da venda; vencimento; forma de pagamento; e data de pagamento das parcelas.

Por isso, a meu ver, o material apreendido constitui-se num detalhado controle das operações efetivamente realizadas.

E no levantamento fiscal foi realizado cotejamento criterioso das operações registradas nas fichas com as registradas em documentos fiscais, considerando-se nome do cliente, data e valor das vendas.

Tal procedimento não determina a necessidade de realização de auditoria específica ou financeira.

Ao contrário, os valores constantes de controles de vendas determinam a presunção legal de saídas tributadas, conforme disposto na Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, que instituiu o Código Tributário do Estado de Goiás (CTE), nestas palavras:

“Art. 25. [...]

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

[...]

VI - ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias ou prestação de serviços, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real(...).”

Dessa forma, foi descumprida a importante obrigação acessória, relativa ao ICMS, de emissão de documentos fiscais, conforme preceitua o art. 64 do CTE, nestas palavras:

“Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

[...]

§ 2º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais”.

No caso, a não emissão de documentos fiscais é fato determinante para a não apuração do imposto devido e a consequente omissão de seu recolhimento.

Posto isso, conheço do recurso do sujeito passivo ao Conselho Pleno e nego-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou procedente o Auto de Infração.

Sala das sessões plenárias, em 30 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: CONTROLE PARALELO (CAIXA 2) - Omissão de saída de mercadorias tributadas conf. arq. extraído de microcomputadores (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 03227/10

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Saída de mercadorias mediante a utilização de controle paralelo de vendas. Procedência. Decisão unânime.

1 - Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias ou prestação de serviços, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real. (art. 25, § 1º, VI, CTE);

2 - É lícito ao Fisco exigir crédito tributário relativo a vendas efetuadas pelo contribuinte e registradas apenas em controles paralelos.

3 - O Fisco pode apreender mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos e outros objetos, com a finalidade de comprovar infrações à legislação tributária ou para efeito de instruir o processo administrativo tributário (artigo 147 da Lei nº 11.651/91)

4 - O aplicativo denominado "authenticator" assegura, mediante assinatura digital gerada para cada arquivo copiado, a fidelidade e integridade das cópias dos arquivos magnéticos extraídos dos microcomputadores em uso no estabelecimento.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 22 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Heli José da Silva.

RELATÓRIO

A acusação fiscal neste processo é de que a empresa omitiu saída de mercadoria tributada sem emissão de documentação fiscal no valor de R\$ 579.793,88 (quinhentos e setenta e nove mil, setecentos e noventa e três reais e oitenta e oito centavos) e ICMS correspondente no valor de R\$ 98.564,96 (noventa e oito mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e noventa e seis centavos) relativo

ao período de agosto a dezembro de 2006 e janeiro a junho de 2007, conforme arquivo de banco de dados copiado e autenticado dos microcomputadores lacrados e apreendidos por meio de Termo próprio de n.º 1100095570-2.

Incluídos como coobrigados ao pagamento do crédito tributário os administradores, identificados às fls. 04 e 05, e o analista de sistemas e programador responsável técnico pelo programa aplicativo, fls. 06, considerado perempto pelo não comparecimento os autos, fls. 144.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexada à peça básica a comunicação de prisão e termo de qualificação e interrogatório procedidos pela Delegacia Estadual de Repressão a Crimes Contra a Ordem Tributária da Polícia Civil do Estado de Goiás, Termo de Apreensão, Termo de Lacração dos equipamentos apreendidos no estabelecimento, demonstrativo das vendas de mercadorias tributadas sem emissão de documento fiscal, disco de dados (CD) contendo os arquivos extraídos do computador, chaves de autenticação dos arquivos magnéticos copiados, no qual foi utilizado o programa "autenticador plus" e relatório detalhando a sistemática de utilização do programa aplicativo FOXPDV 3000 que possibilitava apagar da memória fiscal os dados relativos a vendas no período e cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, entre outros documentos.

A empresa e seus administradores, através de representantes legais, devidamente constituídos, comparecem ao feito, com peça de impugnação única, na qual pedem a improcedência do feito sob alegação de que o procedimento adotado pelo fisco foi realizado de forma unilateral em seu favor, com base apenas em declarações e que não concordam com os demonstrativos que os fiscais autuantes dizem terem sido extraídos da memória da CPU (Unidade Central de Processamento) apreendida, sustentam que não foram consideradas as vendas com o ICMS retido.

O julgador singular decidiu a questão favoravelmente à Fazenda Estadual, consoante a Sentença n° 5191/08-COJP (fls. 120/121).

Inconformados, apresentam recurso voluntário no qual reiteram as razões da impugnação e que não há uma auditoria comparativa entre as supostas vendas por meio do controle paralelo e as vendas documentadas, assim como, também não se tratou das vendas de mercadorias com ICMS retido.

Sustentam que ocorreram procedimentos policiais coercitivos, inclusive com a detenção de sócios da empresa, visando a lavratura do lançamento fiscal em exame.

Em razão da existência de falha na intimação de um dos solidários na segunda fase processual, os autos foram encaminhados ao órgão preparador para expedição de nova intimação, retornado para julgamento sem nova manifestação.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente deve-se destacar que foram anexados os documentos necessários à comprovação da irregularidade denunciada e que a autuação se reveste de toda legalidade exigida, contendo todos requisitos formais necessários para validade do lançamento e para o pleno conhecimento da exigência fiscal.

O método de obtenção dos dados da empresa autuada é bastante simples, se constituindo basicamente da cópia das informações armazenadas no disco rígido com utilização de um programa gerador de assinatura digital para garantia da integridade da cópia dos arquivos magnéticos.

No caso, o programa utilizado foi o “authenticator”, largamente empregado pelos Fiscos estaduais para assegurar que a cópia juntada aos autos é idêntica aos arquivos que foram apreendidos.

As informações obtidas nos bancos de dados da empresa autuada e gravadas no CD revelam que ela não emitia documentação fiscal para todas as operações que realizava.

Aos contrário do que indicou a defesa, no levantamento fiscal só foram consideradas as vendas realizadas sem documentação fiscal, sendo, por isso, desnecessário abater as vendas realizadas.

Quanto a alegação da defesa de que também comercializaria produtos sujeitos a substituição tributária, deve-se mencionar que a análise do verso da DPI (Declaração Periódica de Informação), juntada agora ao feito, fls. 147/148, não confirmam tal informação.

Nos documentos mencionados pode-se facilmente verificar que a totalidade das saídas realizadas pela empresa no período autuado são de produtos sujeitos a tributação normal.

A recorrente também afirma que os dados obtidos pelo Fisco não correspondem a vendas de mercadorias, contudo os arquivos, obtidos no microcomputador em funcionamento no estabelecimento da autuada, são muito específicos quanto à discriminação de cada venda realizada e são eles que fazem prova em desfavor do sujeito passivo e não a confissão dos administradores.

A quantificação das vendas sem emissão de documentação fiscal foi possível, porque o sujeito passivo mantinha planilha na qual discriminava as vendas com e sem emissão de cupom fiscal. Somente o montante de vendas realizadas sem emissão de cupom fiscal foi objeto de exigência fiscal.

Não se pode deixar de mencionar, entretanto, que as declarações prestadas pelos administradores e pelo responsável técnico do sistema informatizado da empresa são claras ao admitirem que o sistema utilizado não emitia cupom fiscal em todas as operações, permitindo a utilização de uma tecla de atalho para desviar as operações da impressora fiscal.

Confessaram que periodicamente uma parte das vendas era apagada da memória e, ainda, que todas as vezes que os clientes efetuavam pagamento com cartão de crédito o cupom fiscal não era emitido

Por todo o exposto, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para manter a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

É o meu voto.

Sala das sessões, em 17 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: CONTROLE PARALELO (CAIXA 2) - Saída de mercadorias tributadas com utilização de controle paralelo (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02392/10

Relator: Conselheiro José Manoel Caixeta Haun

EMENTA: I - ICMS. Obrigação principal. Saída de mercadorias tributadas mediante a utilização de controle paralelo de vendas, sem a respectiva emissão de documento fiscal. Procedência. Decisão unânime.

1- Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias ou prestação de serviços, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real. (art. 25, § 1º, VI, CTE);

2 - É lícito ao Fisco exigir crédito tributário relativo a vendas efetuadas pelo contribuinte e registradas apenas em controles paralelos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 24 de junho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Gustavo Alberto Izac Pinto, José Paixão de Oliveira Gomes, Cláudio Henrique de Oliveira, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz e Heli José da Silva.

RELATÓRIO

Em procedimento realizado em 02/07/2007, o fisco constatou que o sujeito passivo omitiu saída de mercadorias tributadas, apurado pelo confronto entre os valores registrados e os relatórios de comissões de vendas realizadas conforme demonstrativos de saídas reais de mercadorias. Em decorrência, deve pagar o imposto acrescido das cominações legais, nos termos do § 91, alínea "I", do inciso VII, do artigo 71 do Código Tributário Estadual.

O lançamento de ofício está fundamentado no artigo 66 e 64, § 2º, ambos da Lei nº 11.651/91.

Ciente, o sujeito passivo comparece ao feito para opor-se à pretensão fiscal. Argumenta que a acusação foi lavrada em informações fictícias, feitas para promoção de vendas; que os valores são alterados para proporcionar condições de passar descontos de 30% a 40%; que o relatório de comissões que fundamentou o auto de infração, não estavam sendo usados; que não tinham valor para efeito de comissões; que tais relatórios não espelham a realidade e por isso requer a improcedência do auto de infração.

O julgador singular não dá guarida aos argumentos do sujeito passivo. Entende que as informações coletadas dizem respeito a controle paralelo de vendas; que espelham as vendas efetuadas por cada vendedor pois discriminados os valores, datas, nome do cliente e percentual de comissões; que a empresa trabalha com cosméticos e que o agente autuou elaborou demonstrativo comprovado a omissão do imposto; que provada a ocorrência de vendas sem correspondente emissão de documento fiscal; que não prospera o argumento do sujeito passivo quando afirma tratar-se de anotações fictícias; que foram juntadas ao feito cópia dos livros Registros de Saídas e Registro de Apuração do ICMS; que tais registros comprovam os valores que receberam registros fiscais; que foram deduzidos dos valores encontrados em controle paralelo para totalizar a base de cálculo. Invoca dispositivo de lei e conhece da impugnação, nega-lhe provimento para considerar procedente o lançamento de ofício.

O sujeito passivo insurge-se contra a decisão singular. Reitera que a autoridade fiscal não observou a verdade dos fatos; que fundamentou-se em informações fictícias, apenas para promoção de vendas; que não há controle paralelo; que o dito relatório de comissões é fictício; que a cobrança do suposto imposto e multas inviabilizaria o negócio do contribuinte; que as planilhas foram criadas para a concessão de descontos; que não pode o Fisco arbitrar infração com base nos documentos apresentados; que tal relatório decorre de programa feito para simular descontos e vendas; que o auto de infração é nulo; que não foram usados pela empresa. Requer a reforma da decisão singular para considerar improcedente o feito.

Decisão cameral de fl. 176, por maioria de votos, mantém a pretensão fiscal inicial. O douto Conselheiro Relator argumentou que o sujeito passivo praticou a infração estampada na basilar, pois é de se presumir que as vendas realizadas por meio de controles paralelos, sem emissão documentos fiscais, constituem-se em omissões de saídas de mercadorias tributadas nos termos do § 1º, do inciso VI, do artigo 25 do Código Tributário Estadual e que o trabalho fiscal não foi devidamente contestado, pois não se apresentou documento diferente daqueles considerados pela fiscalização; que a comparação dos controles de vendas, apreendidos no estabelecimento, com os valores registrados no livro Registro de Saídas é suficiente para fundamentar a exigência fiscal para se confirmar a hipótese de vendas realizadas sem emissão de nota fiscal e, por isso, mantém o lançamento de ofício.

Inconformado, o sujeito passivo interpõe recurso para o Conselho Pleno desta Casa. Reitera que a autoridade fiscal não observou a verdade dos fatos; que fundamentou a acusação em anotações fictícias, feitas apenas para a promoção de

vendas; que não há controle paralelo de vendas mediante a utilização de "Relatório de Comissões"; que estes relatórios não foram postos em funcionamento; que são peças fictícias e não existem; que a multa e o imposto vão inviabilizar o negócio do contribuinte; que os relatórios foram feitos para a promoção de vendas e foram alterados para proporcionar condições de passar ao cliente descontos de 30% a 40%; que tal relatório é um programa de testes e não funcionou; que os carimbos constantes nos relatórios foram obtidos por meio de ameaças, inclusive de prisão da esposa do proprietário se dificultassem a fiscalização; que inexiste controle paralelo de vendas e reafirma que o auto de infração é nulo; que a Sefaz não tem interesse em inviabilizar a sobrevivência das empresas comerciais; que o acórdão não foi unânime. Requer a reforma da decisão cameral para considerar improcedente o auto de infração.

DECISÃO

Nesta oportunidade de análise dos presentes autos, em que pesem as alegações recursais de que a autuação trata-se de operações fictícias, tal argumentação não pode ser confirmada, pois o relatório de comissões de vendas anexado ao processo foi relacionado em ordem cronológica e numérica, sendo indicado de forma analítica o valor correspondente a cada operação com totalização das vendas realizadas. A própria legislação tributária autoriza a presunção de que as vendas realizadas por meio de controles paralelos, sem a emissão de documento fiscal, constituem-se em omissão de saídas de mercadorias tributadas, conforme estabelecido no § 1º, VI, art. 25, do Código Tributário Estadual, a seguir transcrito:

“Art. 25.

[...]

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

[...]

VI - ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias ou prestação de serviços, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real;

[...]”.

A exigência legal é de que nenhuma operação de circulação de mercadoria seja realizada sem o controle formal estabelecido na legislação tributária, segundo dispõe o art. 66, § 2º, do Código Tributário Estadual – Lei nº 11.651/92:

“Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

[...]

§ 2º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais”.

Verifica-se, na presente situação, que o trabalho fiscal não foi objetivamente contestado pela recorrente nas oportunidades que lhes foram apresentadas.

Assim, não havendo nos autos nenhum elemento suficiente para provocar a reforma do lançamento, não disponho de respaldo legal para pugnar pela sua improcedência.

Pelo exposto, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 12 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: DECADÊNCIA - DPI - omissão recolhimento (Decadência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03317/10

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Omissão de recolhimento. Decadência. Decisão unânime.

1. O direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I e CTE, art. 182, I);

2. Deve ser acatada a alegação de decadência quando estiver provado nos autos que o sujeito passivo foi intimado do lançamento após decorrido o prazo decadencial.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de novembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para reconhecer a ocorrência da decadência, informada pela Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP. Participaram do julgamento os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Gustavo Alberto Izac Pinto, Heli José da Silva, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

O histórico do presente auto de infração descreve que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS, consignado na Declaração Periódica de Informações - DPI, de acordo com os períodos, vencimentos e valores discriminados, tendo sido lavrado em 01/12/2008.

Em consequência, deverá recolher o imposto devido no valor de R\$157,00 (cento e cinquenta e sete reais) conforme Relatório Comparativo DPI/SARE, mais as cominações legais.

O sujeito passivo foi notificado do presente auto de infração em 07/01/2009, consoante Edital de intimação de fls. 16.

A Gerência de Cobrança e Programas Especiais fez Pedido de Revisão Extraordinária, com fundamento no art. 43, I, a, da Lei n.º 16.469/2009, c/c art.182, I da Lei 11.651/91 - CTE, de acordo com o Despacho n.º 0578/2010-GCOP (fls.

13/14), solicitando o pronunciamento acerca da ocorrência da caducidade do crédito tributário.

O Pedido de Revisão Extraordinária foi admitido de acordo com o Despacho nº 2517/2010-CAT (fl. 15).

É o relatório.

DECISÃO

No presente processo, razão assiste a Gerência de Cobrança e Programas Especiais para solicitar a extinção do crédito tributário, face ao instituto da decadência, que está previsto em nosso direito positivo brasileiro na norma contida no art. 173 do Código Tributário Nacional - CTN, sendo que tal norma geral de direito tributário está incorporada à legislação tributária estadual do Estado de Goiás, no art. 182 do Código Tributário Estadual – Lei nº 11.651/91, que prescreve:

“Art. 182. O direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

A Fazenda Pública, como sujeito ativo na relação tributária, tem o direito de constituir o crédito tributário dentro do prazo estipulado no inciso I do artigo 173 do CTN. Da interpretação desse dispositivo legal, e da própria doutrina da decadência, não constituído o crédito no prazo fixado ocorre a caducidade do direito ao lançamento por absoluta inércia do ente tributante.

O prazo decadencial encontra-se regido pelo lapso de tempo quinquenal, razão pela qual deve ser declarada nos casos em que a Fazenda Pública quedar-se inerte, não cientificando, tempestivamente, ao sujeito passivo a ocorrência do lançamento do crédito tributário, dentro do período prescrito legalmente.

O fato gerador do ICMS, no presente processo, refere-se ao exercício de 2003, portanto, a contagem do prazo para a decadência começa a partir de 1º de janeiro de 2004, por ser ele o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sendo eficaz o lançamento efetuado até 31 de dezembro de 2008.

Compulsando os autos, verifico que o sujeito passivo foi notificado do presente lançamento tributário somente em 07 de janeiro de 2009, conforme Edital de Intimação de fls. 16. Portanto, após ter ocorrido a decadência.

Destarte, neste limite de análise, a conclusão torna-se pacífica. Para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, a Fazenda Pública teria até o dia 31 de dezembro de 2008 para formalizar a constituição do crédito tributário, que se completa com a notificação do lançamento e como esta só se efetivou em 07 de janeiro de 2009, está materializada a decadência.

Com estas fundamentações, voto conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe provimento para reconhecer a ocorrência da decadência informada pela Gerência de Cobrança e Programas Especiais.

Sala das sessões plenárias, em 23 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: DECADÊNCIA - IPVA - omissão recolhimento (Decadência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00784/10

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: IPVA. Falta de recolhimento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. Parte do período foi alcançado pelo instituto da decadência, conforme despacho proferido pela GECOPE. Procedência em parte. Decisão unânime.

Deve ser analisado e atendido o pedido da parcial decadência do crédito, questionado pela Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GECOPE, quando houver a comprovação de que parte do ilícito fiscal teve o alcance da decadência, razão por que o pedido de revisão extraordinária é julgado em instância única pelo Conselho Pleno para obtenção da declaração da procedência do auto de infração sobre a parte litigiosa do lançamento tributário.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 19 de janeiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do IPVA a recolher de R\$ 317,42 (trezentos e dezessete reais e quarenta e dois centavos), reconhecendo a decadência em relação ao exercício de 2003, de conformidade da manifestação da Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Itamar Alves Carrijo, José Manoel Caixeta Haun, Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia, Célia Reis Di Rezende, Paulo Diniz e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

No auto de infração, a fiscalização acusa o sujeito passivo de omissão no recolhimento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA do veículo HONDA/C100 BIZ placa [...], CHASSI 9C2HA07002R002588 e RENAVAM 771465646, no período de janeiro de 2003 a 2008. Em consequência desta ocorrência, exige o recolhimento do imposto omitido, acrescido das cominações legais do contribuinte.

A instrução do trabalho fazendário se fez com os documentos de fls. 05 a 70 dos autos.

Em decorrência deste fato, indica a infração descrita nos arts. 90; 91; inciso V; 92, inciso V; 99; e 100 da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 408 do Decreto nº 4.852/97.

Para a reparação do ilícito fiscal denunciado, a fiscalização propôs a penalidade prescrita no art. 106, inciso I do CTE.

Antes do processo subir para inscrição do crédito em Dívida Ativa do Estado, a Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GECOPE aventa a possibilidade de ocorrência do instituto da decadência de parte do crédito, visto que a fiscalização expediu o auto de infração para exigir cumprimento de obrigação tributária relativa ao exercício de 2003 e o contribuinte foi notificado do lançamento somente em junho de 2009.

Afirma que a contagem do lapso decadencial está prevista no inciso I, do art. 182 do CTE, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito pelo lançamento de ofício extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetivado.

Após estudo da formalização dos autos pela Assessoria Jurídica deste egrégio Conselho, a Presidência desta Casa formula o despacho de fl. 77 com a conclusão de ocorrência da decadência do fato gerador ocorrido no ano de 2003 e determina a remessa do processo ao Setor de Apoio à Segunda Instância para ser pautado a julgamento pelo Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

O direcionamento do Pedido de Revisão Extraordinária da GECOPE justifica a abertura das discussões sobre a matéria autuada, visto que o requerente, ao sanear o processo, verificou que este lançamento tributário se efetivou no dia 19/05/2009 e, diante disso, observou a possibilidade da parcial caducidade do crédito, visto que o fato gerador descrito na peça basilar alcançou o exercício de 2003 e a intimação do sujeito passivo, sobre o lançamento inicial deste feito, somente se concretizou em 10 de junho de 2009, portanto, com prazo superior a cinco anos para a Secretaria da Fazenda Estadual reclamar o crédito de direito.

Com esta informação, o presente processo é remetido a este Conselho para a verificação da possibilidade de decadência parcial do crédito.

Entretanto, para a busca da segurança na decisão do Conselheiro Relator e depois do estudo realizado no processo pela assessoria jurídica deste egrégio Conselho, a Presidência do Conselho Administrativo Tributário expediu o despacho de fl. 77 com a conclusão:

“Pelo exame dos autos constata-se que restou demonstrado o vício de legalidade apontado no pedido de revisão extraordinária, uma vez que com relação

ao crédito tributário originado do fato gerador ocorrido em **2003** a notificação do sujeito passivo teria que ser procedida até 31/12/2008, nos termos prescritos pelo inciso I, art. 182 do Código Tributário Estadual, conforme entendimento jurisprudencial majoritário, bem como posicionamento externado pela Procuradora Geral do Estado.”

Em face a esta existência e com a exclusão do fato gerador ocorrido no ano de 2003, o valor a ser exigido do autuado, depois da exclusão do imposto devido no exercício de 2003 no valor de R\$ 65,07 (sessenta e cinco reais e sete centavos) o IPVA remanescente passa a ser de R\$ 317,42 (trezentos e dezessete reais e quarenta e dois centavos), valor sobre o qual recai a parcial procedência do auto de infração.

Com a exposição supra, eu profiro o meu voto e, ao acatar o pedido de decadência parcial do crédito, questionado pela GECOPE, declaro procedente o auto de infração sobre o valor litigioso do processo, ou seja, R\$ 317,42 (trezentos e dezessete reais e quarenta e dois centavos).

Sala das sessões plenárias, em 13 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Bens destinados ao ativo imobilizado - construção de granja de suinocultura (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01323/10

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: ICMS. Diferencial de alíquota dos bens adquiridos no mercado interestadual e destinada à construção de granja de suinocultura. Improcedente. Decisão unânime.

O recurso do sujeito passivo, estribado em prova inequívoca de erro de fato substancial e com poderes para provocar a alteração do lançamento, é conhecido pelo Conselho Pleno, em instância única para deliberar sobre o pedido formulado por quem de direito, oportunidade em que processo recebe decisão definitiva, visto a reforma do lançamento tributário e a declaração da improcedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Neste auto de infração, a fiscalização acusa o sujeito passivo de omissão no recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota pela aquisição de bens do comércio interestadual e destina ao atendimento de projeto de construção agroindustrial de suinocultura, cuja operação de compra se fez sob cobertura dos documentos fiscais identificados nos DAREs emitidos no Posto Fiscal de fronteira de unidade federada. Em consequência, a autoridade fazendária exige o recolhimento do ICMS no valor de R\$ 9.150,39 (nove mil, cento e cinquenta reais e trinta e nove centavos), acrescido das cominações legais prescritas na legislação tributária estadual.

A previsão legal relativa à infração encontra-se no Código Tributário Estadual em seus arts. 51, § 3º; e 63 c/c art. 32, § 1º do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97, e art. 5º, da Instrução Normativa nº 428/00-GSF. O art. 71, inciso III, alínea "a", do referido CTE corresponde à penalidade proposta pela autoridade lançadora.

O pólo passivo não impugnou o lançamento em nenhuma instância julgadora e motivou a expedição dos Termos de Revelia e de Perempção de fls. 14 e 17.

Posteriormente, apresenta Pedido de Revisão Extraordinária onde solicita a desconstituição do crédito tributário (fls. 21 a 26).

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário examina o Pedido de Revisão Extraordinária e, conforme o Despacho n° 0908/2008-CAT (fl. 31), constata a ocorrência de erro que resultou em ineficácia de intimação feita ao sujeito passivo, uma vez que foi expedido edital de intimação (fl. 13) sem que o sujeito passivo fosse procurado em seu domicílio tributário, embora a sua situação cadastral estivesse regular. Aponta, também, que resultou indevida a lavratura do Termo de Revelia (fl. 14), bem como os demais atos subsequentes, razão por que entende que cabe à Administração anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, conforme determina o art. 53 da Lei n° 13.800/01.

Diante do exposto, e com amparo no art. 41, § 2° da Lei n.º 13.882/01, admite o pedido de revisão extraordinária e determina o encaminhamento dos autos à Gerência de Cobrança e Programas Especiais, para que seja procedido o cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa e, se for o caso, oficie a Procuradoria Geral do Estado para fins de extinção da ação judicial respectiva. Após, à SEAPRI, para que o processo seja distribuído para julgamento pelo Corpo de Julgadores de Primeira Instância.

O julgador singular conheceu da impugnação e negou-lhe provimento para julgar pela procedência da exigência fiscal (fls. 32 a 34).

O pólo passivo foi declarado preempto (fl. 37).

O autuado apresenta novo Pedido de Revisão Extraordinária para solicitar a desconstituição do crédito tributário (fls. 40/41).

O Presidente do CAT analisa os autos e constata que o pedido não foi instruído com prova inconteste de erro de fato substancial no lançamento, conforme requisito exigido por lei para admissibilidade do pedido de revisão extraordinária (fl. 88).

O sujeito passivo apresenta outro Pedido de Revisão Extraordinária onde pugna pela reconsideração do Despacho que inadmitiu o pedido de revisão extraordinária interposto anteriormente. Alega, em síntese, que as mercadorias adquiridas através das notas fiscais autuadas se destinaram às obras vinculadas a projeto agroindustrial de suinocultura, portanto isentas do diferencial de alíquotas nos termos do art. 6º, inciso CV, anexo IX, do RCTE. Formula outras considerações e acosta aos autos, a título de prova, cópias das notas fiscais autuadas, declarações do engenheiro responsável técnico pela obra, fotos de galpões, cópias de contrato de prestação de serviço, contrato de parceria com a Perdigão e de cédula rural hipotecária. (fls. 96 a 157).

O Presidente do CAT solicita o encaminhamento dos autos a Delegacia Regional de Fiscalização de Rio Verde para confirmar a pretensão do autuado, pois a admissibilidade do pedido de revisão extraordinária exige prova incontestes (fl. 159).

O resultado da diligência aponta que foi comprovada a aplicação das mercadorias na obra da granja de suínos, assim como a parceria com a Perdigão Agroindustrial S.A. (fl. 161).

O Presidente do CAT examinando a documentação constante do presente processo, constata a existência de erro de fato substancial que implica alteração total no lançamento. Diante disso, e com amparo no art. 43, inciso II, § 4º da Lei nº 16.469/09, admite o presente Pedido de Revisão Extraordinária e determina o encaminhamento dos autos à Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GECOPE para que, caso não tenha sido ajuizada a ação de execução fiscal, seja procedido o cancelamento do ato de inscrição em dívida (fl. 164).

A GECOPE esclarece que a execução fiscal do crédito não se encontra ajuizada e que já procedeu ao cancelamento da inscrição em dívida ativa (fl. 166).

DECISÃO

O requerimento do sujeito passivo sintoniza com as determinações do art. 43, § 3º da Lei nº 16.469/2009, motiva a reabertura das discussões processuais, visto que o requerente demonstrou que o valor exigido na peça exordial refere-se à aquisição de bens destinados à construção de obras vinculadas a projeto agroindustrial de suinocultura, os quais compõem o ativo imobilizado de sua propriedade rural. Afirma que a operação respalda no benefício fiscal prescrito no artigo 6º, inciso CV do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97.

Comprova o alegado com a juntada das cópias das notas fiscais, fls. 110/113, da declaração do engenheiro responsável técnico pela obra, fls. 115/117, das fotos dos galpões, fls. 119/120, da cópia do contrato de prestação de serviço e de parceria com a Perdigão e, ainda cópia de cédula rural hipotecária e pignoratícia, fls. 129/157 e manifestação da autoridade lançadora nas folhas 161.

Portanto, o contribuinte, ao formular o seu requerimento, atentou para a determinação do artigo mencionado no primeiro parágrafo deste discurso, cujo ato procedimental, devidamente instruído com provas essenciais da inexistência do crédito, motiva o seu reconhecimento e a declaração da improcedência do auto de infração.

Entretanto, para a busca da segurança na decisão do Conselheiro Relator e depois do estudo realizado no processo pela assessoria jurídica deste egrégio Conselho, a Presidência do Conselho Administrativo Tributário expede o despacho de fls. 164, onde conclui:

“Examinando a documentação constante do presente processo, constata-se a existência de erro de fato substancial que implica alteração total no

lançamento procedido pelo Fisco, uma vez que ficou provada a inexistência da omissão suscitada inicialmente, conforme se deduz, de forma inconteste, da manifestação do autuante às fls. 161. Observa-se que, embora tenha ocorrido divergência quanto à digitação dos números das notas fiscais autuadas, vê-se que o autuante cita as páginas que as contém (fls. 79/82), que são as mesmas constantes de fls. 110/113.”

Após análise das peças que compõem a instrução deste recurso, conclui que o crédito registrado no auto de infração não é devido.

Sobre a discussão iniciada com o pedido do requerente, a minha conclusão se harmonizou com a unanimidade dos Conselheiros presentes na sessão de julgamento, com a qual houve o consenso de que o procedimento administrativo contido na constituição deste crédito, instruído pelas contraprovas da inexistência do ato fiscal ilícito, tornou-se inconsistente e alcançou a improcedência do lançamento tributário na sua totalidade.

Com a exposição supra, eu profiro o meu voto e, ao conhecer das razões do pedido de revisão extraordinária e de dar-lhes provimento, considero improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 25 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01578/10

Relator: Conselheiro Domingos Caruso Neto

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento do diferencial de alíquotas. Bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial. Improcedência. Decisão unânime.

Ficando comprovado, no curso do processo administrativo tributário, que as mercadorias em relação às quais se exige ICMS foram destinadas ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial, o auto de infração deve ser declarado improcedente.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Narra a acusação fiscal que o sujeito passivo deixou de se debitar do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido, a título de diferencial de alíquotas, quando da aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento.

Em consequência, é exigido ICMS na importância de R\$ 89.691,81 (oitenta e nove mil, seiscentos e noventa e um reais e oitenta e um centavos) mais as cominações legais.

A ação fiscal é dirigida contra estabelecimento industrial e contra sócio administrador e, como parte da instrução processual, foram anexados, pelo Fisco, ficha de identificação do sujeito passivo solidário (fls. 4); cópias de contrato social da sociedade empresária (fls. 9 a 16); planilha de notas fiscais em relação às quais não houve o recolhimento de diferencial de alíquota (fls. 17); cópias das notas fiscais (fls. 18 a 52); cópias de Livro Registro de Entradas (fls. 53 a 124); cópias de Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 125 a 142); e cópia do Parecer n.º 661/2005, da Gerência de Orientação Tributária (fls. 143 a 150).

Regularmente intimados, os sujeitos passivos apresentam Impugnações em Primeira Instância (fls. 156 a 187 e 189 a 229), nas quais argumentam que

somente os produtos destinados ao uso e consumo dos estabelecimentos industriais e agropecuários estão sujeitos ao diferencial de alíquotas; que o estabelecimento autuado é uma indústria em fase de montagem, sem previsão para o início de suas atividades; que o material destinado a montar a infraestrutura, a produção e a armazenagem dos produtos não é produzido em Goiás; que esse material consiste de partes e peças novas ou usadas e suas junções, emendas, acabamentos, etc.; que os componentes de uma usina de álcool apresentam grandes dimensões e são constituídos por partes e peças transportados de outros estados para Goiás com a finalidade de montar o ativo imobilizado da indústria; que assim materiais como chapas de aço, perfis, tubos, vigas, calhas, chavetas, conexões, eletrodos, tintas e outros produtos, constantes do Laudo Técnico de Construção de usinas de açúcar e álcool anexado ao processo têm como única destinação o ativo imobilizado; que mesmo materiais que aparentemente seriam destinados ao uso e consumo, como eletrodos e tintas, na verdade são indispensáveis à montagem da estrutura, como solda de liga e proteção; que o Laudo Técnico de Construção esclarece que o material pesado adquirido destina-se a montar e compor o ativo imobilizado; e que como a indústria sequer está funcionando, o material de uso e consumo adquirido restringe-se a material de escritório. Pede, ao final, a improcedência do Auto de Infração.

Juntam ao processo relações de notas fiscais de compras de materiais destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, contendo os campos “descrição do material” e “aplicação” (fls. 163 e 205); Laudos Técnicos de Construção e projetos de execução (fls. 164 a 187 e 206 a 229), nos quais se destacam a capacidade e as dimensões, o material utilizado, o método de soldagem, o esquema de pintura e a vida útil estimada dos seguintes equipamentos: tanque para armazenamento de álcool, mesa alimentadora e esteira metálica, suportes tubulares para sustentação de tubulações de utilidades (*pipe racks*), dornas e cubas metálicas para caldo de cana e fermento; e fotos de colunas de destilação, tubulação de água e moendas.

A Julgadora Singular, considerando que a defesa trazia argumentos e provas coerentes quanto à aplicação dos bens adquiridos no ativo imobilizado, decide converter o julgamento em diligência para que se informe o momento de conclusão da edificação e montagem da usina (fls. 231).

Em atendimento à diligência determinada, o agente fiscal Cristiano Márcio Caixeta constatou, em 5 de Março de 2008, que as edificações do empreendimento foram iniciadas em Julho de 2006, e ainda não haviam sido concluídas; e que as mercadorias constantes das notas fiscais objeto do lançamento foram utilizadas no processo de edificação do empreendimento (fls. 233).

A Julgadora Singular, através da Sentença nº 841/09 (fls. 239 e 240), decidiu pela improcedência da pretensão inicial do Fisco.

A Representação Fazendária decide interpor recurso (fls. 241 e 242) a Câmara Julgadora, destacando que a análise das notas fiscais que instruíram o trabalho evidencia que as partes e peças adquiridas destinaram-se ao consumo do destinatário, e não ao seu ativo imobilizado. Ressalta que o Acórdão nº 2247/2005

retrata a posição majoritária deste Conselho, no sentido de que essas mercadorias devem ser qualificadas como material de reposição ou de construção civil, pois “embora adentrem o estabelecimento como coisa móvel, corpórea e de existência autônoma, perdem, em sua utilização, essa condição, seja por sua integração física a outro bem (peças ou material elétrico, por exemplo), seja por sua destruição ou transformação física irreversível (material de alvenaria)”.

Os sujeitos passivos apresentam contradita conjunta (fls. 248 a 255) ao Recurso da Fazenda Pública, na qual repetem as teses apresentadas na Impugnação em Primeira Instância. Acrescenta-se que o Auto de Infração foi lavrado em 17 de Setembro de 2007, momento no qual as mercadorias, adquiridas no segundo semestre de 2006, não eram mais unidades avulsas ou isoladas, pois já se encontravam incorporadas ao complexo industrial que compõe o ativo imobilizado da indústria; que nesse entendimento materiais como chapas, parafusos e eletrodos já haviam perdido suas individualidades, tornando-se partes de elementos integrantes do ativo imobilizado da empresa, tais como tanques, escadas e caldeiras, não se sujeitando, por isso, ao diferencial de alíquota; que mercadoria destinada a uso e consumo é aquela que não é suscetível de qualquer transformação no estabelecimento a que se destina, não podendo ser reutilizada e estando normalmente sujeita a prazo de validade, tais como materiais de escritório, bebidas e alimentos e materiais de proteção individual; que o Código Civil, no art. 86, define como bens consumíveis ou materiais de consumo aqueles cujo uso importa na destruição imediata da própria substância; que ativo imobilizado é a parcela do ativo permanente composta por bens e direitos vocacionados à manutenção da atividade da empresa, como terrenos, edificações, máquinas e equipamentos de transporte; que a disciplina constante do art. 43 do Código Civil de 1.916, utilizada como fundamento do Parecer nº 661/2005 foi alterada para a enunciada no art. 79 do código atual, sendo excluída a expressão “...de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano”; que a definição de bens consumíveis ou material destinado ao uso e consumo e imobilizado ou bem imóvel, contida no Código Civil, está acima de qualquer outra definição, seja ela um conceito contábil ou um parecer fiscal; e que não pode prevalecer uma exigência de crédito tributário quanto ao recolhimento de ICMS sobre diferencial de alíquotas relativo a materiais que já integram o ativo imobilizado de estabelecimento industrial.

DECISÃO

O recolhimento do diferencial de alíquotas, ora reclamado, é de previsão constitucional, instituído não em favor ou desfavor de determinados contribuintes, mas sim como forma de não penalizar os estados essencialmente consumidores de produtos industrializados, como é o caso de nosso Estado.

Cumpre determinar, entretanto, se a operação, objeto do presente lançamento, se refere a aquisição de mercadoria destinada ao ativo imobilizado, hipótese na qual aplicar-se-ia o benefício fiscal da isenção, instituída no inciso XCII do art. 6º do Anexo IX do Decreto nº 4.852, de 29 de Dezembro de 1997, que instituiu o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (RCTE).

Adoto parcialmente as razões do Parecer n° 661/2005, da Gerência de Orientação Tributária, no sentido de que: 1) as partes e peças ou mercadorias adquiridas, tais como parafusos, porcas, tijolos, quadros elétricos, e tomadas elétricas, destinadas à construção de galpões e suas bases de instalação, são considerados materiais de uso e consumo, sujeitando-se em consequência ao pagamento de diferencial de alíquotas, nas operações interestaduais; e 2) as partes e peças destinadas a montagem de caldeiras, moendas e outros equipamentos e máquinas que integrarão o ativo imobilizado de estabelecimentos industriais e agropecuários estarão isentas do pagamento do diferencial de alíquotas, com fundamento no Inciso XCII do art. 6° do Anexo IX do RCTE, nos casos em que se puder identificar efetivamente a finalidade das mesmas.

Na ação, fiscal, as autoridades da Gerência de Combustíveis, diante da análise das Notas Fiscais juntadas a este processo, concluíram pela não comprovação de que as partes e peças adquiridas em outras unidades da federação destinavam-se a montagem de máquinas ou equipamentos que integrariam o ativo imobilizado do sujeito passivo. Assim, diligentemente efetuaram o lançamento de ofício do ICMS devido por diferencial de alíquotas, visto que as mercadorias foram consideradas como materiais destinados ao uso e consumo do sujeito passivo.

De qualquer forma, é função do processo administrativo aperfeiçoar o lançamento do crédito tributário, apreciando inclusive novas provas trazidas aos julgadores, pelo sujeito passivo e pelo fisco através de manifestações diligenciais. Cumpre verificar se as notas fiscais de aquisição, objeto do presente lançamento, referem-se a partes e peças destinados à montagem de equipamento ou máquina integrante do ativo imobilizado, pois nesse caso aplicar-se-ia, à operação, a isenção prevista no art. 6°, XCII, Anexo IX, RCTE.

Pela análise das Notas Fiscais, dos demonstrativos de aplicação do material adquirido (fls. 163 e 205), dos Laudos Técnicos produzidos por Engenheiro (fls. 164 a 187 e 206 a 229), bem como do relatório diligencial produzido pela Delegacia Regional de Fiscalização de Firminópolis (fls. 233), concluo que, no caso, não se trata da aquisição de material de uso e consumo.

Os tubos, as vigas e as chapas de aço, bem como as conexões e os demais materiais adquiridos não se caracterizam como peças de reposição. Ao contrário, embora adquiridos e transportados separadamente, montados integram estruturas autônomas, com vida útil estimada entre 5 (cinco) e 10 (dez) anos. Vale dizer, não se trata aqui de estruturas administrativas, mas caldeiras, moendas e outros equipamentos e máquinas que integram o ativo imobilizado - a função essencialmente produtiva de estabelecimento industrial.

Assim, foi prudente a Representação Fazendária ao submeter a apreciação da matéria a Câmara deste Conselho, mas tal como a Julgadora Singular, entendo que no caso assiste razão ao pólo passivo.

Posto isso, em consonância com a unanimidade de meus pares, voto conhecendo do Recurso da Fazenda Pública e negando-lhe provimento para confirmar a decisão singular que julgou improcedente o Auto de Infração.

Sala das sessões, em 16 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Mercadoria destinada a atividade agroindustrial de avicultura (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03005/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão do ICMS diferencial de alíquotas. Mercadoria destinada a atividade agroindustrial de avicultura. Revisão Extraordinária. Improcedência. Decisão unânime.

É improcedente o auto de infração quando provado nos autos que não houve omissão do recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas em virtude de aquisição de mercadoria destinada a atividade agroindustrial de avicultura, por força do disposto no Art. 6º, inciso CV, do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 07 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Gustavo Alberto Izac Pinto, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Célia Reis Di Rezende e José Manoel Caixeta Haun.

RELATÓRIO

Cuida-se de Pedido de Revisão Extraordinária pleiteando a improcedência do lançamento que exige o pagamento de ICMS diferencial de alíquotas decorrente da aquisição interestadual, conforme nota fiscal nº 185266 (fls. 04/05).

O rito processual indicado pelo autuante foi Instância Única.

Por meio da Sentença nº 9.367/09-JULP, de fls. 24 e 26, o julgador singular considerou procedente o lançamento, afirmando que a empresa [...], com a qual a autuada mantém contrato de parceria agrícola é situada no Estado de Minas Gerais, portanto, não tem direito ao benefício fiscal da isenção previsto no art. 6º, inciso CV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97.

Inconformada a autuada interpôs o Pedido de Revisão Extraordinária de fls. 32, afirmando que a empresa [...], possui filiais no Estado de Goiás. Assim, entende que está amparada pelo benefício fiscal da isenção.

Por intermédio do Despacho nº 1.231/2010-CAT, de fls. 54, o Presidente do Conselho Administrativo Tributário inadmitiu o pedido, afirmando que a empresa [...], alterou a sua atividade para abate de aves somente em 27/10/09, portanto, em data posterior a assinatura do contrato de parceria.

Inconformada a autuada formulou o pedido de reconsideração de fls. 61 e 62, promovendo a juntada de documentos relativos a criação da filial no Estado de Goiás e protocolo de intenção de implantação de um complexo industrial no Estado de Goiás.

Por meio do Despacho nº 1797/2010-CAT de fls. 98 e 99, o Presidente do Conselho Administrativo Tributário solicitou a manifestação da Superintendência de Administração Tributária, que exarou o Despacho nº 2154/2010-SAT, de fls. 145, adotando o Parecer nº 1000/2010-GEPT, de fls. 143 e 144, informando que a empresa [...], foi cadastrada no Estado de Goiás em 15/03/05, com o código de atividade econômica 3.17.24 - Abate de Animais.

Diante da nova realidade o Presidente do Conselho Administrativo Tributário admitiu o Pedido de Revisão extraordinária por meio do Despacho nº 2.073/2010-CAT de fls. 148 e 149, reconhecendo que a empresa autuada faz jus ao benefício fiscal da isenção previsto no art. 6º, inciso CV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852, portanto, entende que o lançamento é improcedente.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a julgar e considero que a pretensão fiscal não deve prosperar pelas razões abaixo delineadas:

O sujeito passivo adquiriu mercadorias de outra unidade da federação para a construção de uma granja avícola integrada ao projeto agroindustrial a ser implantado pela empresa [...].

O processo foi convertido em diligência pela presidência do CAT, após ter sido julgado procedente em instância singular. As alegações da polaridade passiva são de que suas atividades produtivas são destinadas às filiais da empresa [...], do estado de Goiás, estando amparadas pelo benefício da isenção constante do inciso CV do art. 6º do Anexo IX do RCTE.

O pedido de esclarecimento da presidência também abarcou a abrangência do Protocolo de intenções, celebrado entre a SEFAZ e a empresa supra citada em 21/02/05, bem como a alteração do CNAE, firmada em 23/12/09, para o abate de aves, uma vez que o fato gerador ocorreu em 12/10/08.

O relatório conclusivo da diligência consubstanciado no Parecer nº 1000/10-GEPT (fls. 143/144), adotado pela presidência do CAT, no Despacho nº 2073/10-CAT (fls. 148/149), esclarece que o estabelecimento Rio Branco Alimentos S/A., é signatário do TARE 185/05-GSF em Anápolis em 15/03/2005, sob a

inscrição estadual 10.685.861-0, e alterou o endereço para Palmeiras de Goiás, mas manteve o mesmo CNAE fiscal de abate de aves.

No caso em comento, assiste razão ao contribuinte ao invocar a Lei nº 12.955/96 e o Decreto nº 6.769/08, cuja inteligência é a de que as mercadorias destinadas à construção de granjas avícolas vinculadas a projetos agroindustriais são isentas da diferença de alíquota do ICMS.

Outrossim, a corroborar tal entendimento está o Art. 6º, inciso CV, do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, o qual transcrevo abaixo, *ipsis litteris*:

“Art. 6º São isentos do ICMS:

[...]

CV – a operação que destine a contribuinte abrangido por projeto agroindustrial de avicultura ou de suinocultura, nos termos da Lei nº 12.955, de 19 de novembro de 1996, mercadorias para uso exclusivo na construção de granjas e aviários, observado o seguinte”

[...]”

Diante do acima exposto e considerando que estão atendidas as condições do dispositivo citado é que conheço do Pedido de Revisão Extraordinário, dou-lhe provimento e julgo improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 09 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Mercadoria destinada ao ativo imobilizado (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02336/10

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Diferencial de alíquotas incidente na aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento. Procedência parcial. Decisão unânime.*

Declara-se procedente em parte o auto de infração quando constatar-se no curso do processo ser devida apenas parte da respectiva exigência fiscal.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16 de julho de 2010, decidiu, por maioria de votos, não acolher a preliminar de exclusão da lide do solidário, Srs. [...] e [...], arguida pelo Conselheiro Relator. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Célia Reis Di Rezende. Vencido o Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo. No mérito, por votação unânime, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte auto de infração no valor de R\$ 9.703,62 (nove mil, setecentos e três reais e sessenta e dois centavos), referente ao período de fevereiro/03 a maio/04, considerando, ainda, o pagamento feito por meio do parcelamento de fls. 183. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Célia Reis Di Rezende.

RELATÓRIO

A presente autuação decorreu do fato do contribuinte não ter debitado no livro Registro de Apuração do ICMS o diferencial de alíquotas no valor de R\$ 16.382,25 (dezesesseis mil, trezentos e oitenta e dois reais e vinte e cinco centavos) incidente na aquisições de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento, ocorridas nos meses de fevereiro, maio, junho, setembro e novembro de 2002 e maio de 2004.

Identificadas como sujeito passivo solidário as pessoas de [...] e [...], na condição de administradores da firma autuada.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica demonstrativos fiscais (fls. 06 a 09, 22 a 24 e 54 a 60), cópias de notas fiscais (fls. 10 a 21 e 25 a 53) e cópia do livro Registro de Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente - CIAP (fls. 75 a 97).

Revéis em Primeira Instância, a autuada e os solidários apresentam conjuntamente impugnação em Segunda Instância (fls. 115 a 119), na qual pedem a improcedência do lançamento, afirmando que parte da exigência já foi reclamada anteriormente, conforme relatório incluso (fls. 116). Apontam ainda que a cobrança indevida também decorre de exigência em duplicidade, de notas fiscais de devolução e mercadorias não sujeitas ao diferencial de alíquotas. Citam os Autos de Infração n°s 3 0080072 480 42 e 3 0227204 060 70.

Afirmam ter efetuado o parcelamento do crédito tributário remanescente, recolhendo a primeira parcela, consoante o DARE 2.1 de fls. 147.

Juntam elementos de prova (cópias de notas fiscais, DARE 2.1, demonstrativo Atualização dos Parcelamentos, carta de correção de documento fiscal, Auto de Infração n° 3 0227204 060 70 e demonstrativo de Parcelamento Diferencial de Alíquotas de ICMS dos Caminhões), conforme fls. 120 a 135.

A pedido da GECOP, juntou-se ao processo comprovantes do parcelamento da parte não litigiosa do crédito tributário (fls. 150 a 152).

A Segunda Câmara, por meio da Resolução n° 46/2009 (fls. 153), converte o julgamento em diligência à Delegacia Especializada de Combustíveis - DECOM, para que auditor fiscal estranho à lide refaça o trabalho fiscal levando em consideração os argumentos apresentados pelo sujeito passivo (fls. 116 a 118), devendo o auditor se manifestar sobre cada um dos argumentos ali expostos.

O diligenciador, cumprindo a Resolução n° 46/2009, revisa o levantamento fiscal, juntando-o ao processo (fls. 116), em relatório (fls. 167 a 169), manifesta-se acerca dos argumentos formulados na impugnação (fls. 115 a 118), concluindo que o valor originário do ICMS deve ser alterado para R\$ 10.803,62 (dez mil, oitocentos e três reais e sessenta e dois centavos).

O sujeito passivo, intimado do resultado da revisão fiscal, manifesta-se intempestivamente acerca deste procedimento, consoante fls. 177 a 179.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, por meio do Despacho n° 3399/2009-CAT (fls. 181), determina o encaminhamento dos autos à Segunda Câmara Julgadora deste Conselho para apreciação.

D E C I S Ã O

QUESTÃO PRELIMINAR

Formulo em preliminar arguição de exclusão da lide dos solidários [...] e [...], por não haver nos autos provas de que os administradores tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN, que implicasse na responsabilidade pessoal deles pelo crédito tributário, preliminar esta rejeitada pela maioria dos meus pares.

QUESTÃO MERITÓRIA

A presente autuação decorreu do fato do contribuinte não ter debitado no livro Registro de Apuração do ICMS o diferencial de alíquotas no valor de R\$ 16.382,25 (dezesesse mil, trezentos e oitenta e dois reais e vinte e cinco centavos) incidente na aquisições de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento, ocorridas nos meses de fevereiro, maio, junho, setembro e novembro de 2002 e maio de 2004.

O contribuinte, na impugnação (fls. 116 a 118), formula argumentos que motivaram o órgão julgador, por meio da Resolução nº 46/2009 (fls. 153), a baixar os autos em diligência, para que auditor fiscal estranho à lide refaça o trabalho fiscal.

O diligenciador, cumprindo a Resolução nº 46/2009, revisa o levantamento fiscal, juntando-o ao processo (fls. 116), constatando ser devido o ICMS no valor de R\$ 10.803,62 (dez mil, oitocentos e três reais e sessenta e dois centavos).

A revisão confirmou a existência de autuações anteriores, relativas a parcela da exigência fiscal, bem como devolução de mercadoria da Nota Fiscal nº 16611 e o recolhimento do diferencial de alíquotas da Nota Fiscal nº 133098 anterior ao presente auto de infração.

O sujeito passivo, ao se manifestar sobre a revisão fiscal, formula vários argumentos, sendo pertinente o de que o produto constante da Nota Fiscal nº 016873 (fls. 126 e 127) enquadra-se na alíquota de 12% (doze por cento) prevista no art. 27, II, alínea g, do CTE, devido portanto o diferencial de alíquotas apenas de R\$ 1.100,00 (um mil, cem reais).

O Código Tributário Estadual – CTE (art. 12, inc. II, letra “g”) prevê a alíquota interna de 12% (doze por cento) para produto automotor relacionado no Anexo IV deste mesmo diploma legal:

“Art. 27. As alíquotas do imposto são:

[...]

II - 12% (doze por cento), nas operações internas com os seguintes produtos:

[...]

g) veículo automotor relacionado no [anexo IV](#) desta lei;

[...].”

No Anexo IV do CTE, na nova redação que lhe fora dada pelo art. 3º da Lei nº 13.453/99 (vigente à época da ocorrência da operação), consta o código NBM/SH 8704.32.90, sendo que o produto constante da Nota Fiscal nº 016873 possui este código fiscal, estando portanto sujeito à alíquota de 12% (doze por cento) e não à alíquota de 17% (dezesete por cento), conforme a planilha fiscal (fls. 24), anotando esta ser devido o diferencial de alíquotas no valor de R\$

2.200,00 (dois mil, duzentos reais) à alíquota de 10% (dez por cento), mantido na planilha revisada (fls. 166).

Mas, sendo o total da referida nota fiscal de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), aplicada a alíquota de 5% (cinco por cento), obtém-se o diferencial de alíquotas no valor de R\$ 1.100,00 (um mil e sem reais), efetivamente devido, devendo ser deduzido R\$ 1.100,00 (um mil e sem reais) de R\$ 10.803,62 (dez mil, oitocentos e três reais e sessenta e dois centavos), apurado na revisão, porque esta manteve o diferencial incidente na operação desta nota fiscal à alíquota de 10%, adequando-se o diferencial de alíquota da Nota Fiscal nº 016873 à alíquota de 5% (cinco por cento).

Feita a dedução, remanesce exigível o ICMS no valor de R\$ 9.703,62 (nove mil, setecentos e três reais e sessenta e dois centavos), para o qual deve ser alterado o lançamento.

O pagamento feito por meio do parcelamento de fls. 183 deve ser considerado para efeito de quitação do auto de infração.

Ante o exposto, não acolhida a preliminar de exclusão da lide do solidário, Srs. [...] e [...], por mim arguida, voto, no mérito, conhecendo da impugnação, dando-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte auto de infração no valor de R\$ 9.703,62 (nove mil, setecentos e três reais e sessenta e dois centavos), referente ao período de fevereiro/03 a maio/04, considerando, ainda, o pagamento feito por meio do parcelamento de fls. 183.

Sala das sessões, em 06 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - Mercadoria estocada em estabelecimento sem cadastro estadual (Nulidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02665/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: I - ICMS. Processual. Preliminar de inadmissibilidade do recurso, arguida pelo Representante Fazendário. Rejeitada. Decisão não unânime.

1 - A lide que se apresentar de acordo com o especificado na legislação que rege a matéria questionada, inviabiliza o acolhimento da preliminar de inadmissibilidade do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno.

II - ICMS. Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, questionada pelo sujeito passivo, por erro na identificação do sujeito passivo. Acolhida. Decisão não unânime.

1 - O lançamento tributário é considerado nulo "ab initio", quando houver a comprovação de que o trabalho fazendário foi realizado com afronta do artigo 20 da Lei nº 16.469/2009.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 27 de abril de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do recurso, arguida pela Representação Fazendária, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Foram vencedores os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Vencidos os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Célia Reis Di Rezende, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Washington Luis Freire de Oliveira. E, também por maioria de votos, acatar a preliminar de nulidade do auto de infração, por erro na identificação do sujeito passivo, arguida pela atuada, declarando, de consequência nulo "ab initio" o processo. Foram vencedores os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Vencidos os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Célia Reis Di Rezende, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Washington Luis Freire de Oliveira.

RELATÓRIO

Neste processo, a fiscalização acusa o sujeito passivo com a seguinte descrição aposta no auto de infração: "mantinha em estabelecimento não cadastrado, situado à rodovia BR 040, QD. 182, LT. 02/03, Parque Estrela Dalva III, Luziânia, mercadorias tributadas, no valor comercial de R\$ 4.990.101,21 (quatro milhões, novecentos e noventa mil, cento e um reais e vinte e um centavos) já acrescido do Índice de Valor Agregado (IVA) de 50% (cinquenta por cento), acobertadas por notas fiscais diversas, conforme Termo de Apreensão 1100080774-1, anexo. Em consequência deverá pagar o ICMS correspondente no valor de R\$ 247.448,06 (duzentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e seis centavos), já descontados os créditos destacados nas notas fiscais constantes do termo de apreensão supracitado, conforme relatório anexo, mais as cominações legais."

O trabalho fazendário foi instruído pelo demonstrativo de imposto devido, fls. 05 a 08, com os Termos de Apreensão das mercadorias e das notas fiscais listadas nos Termos de Apreensão nºs 1100080774-1 e 1100085020-1, fls. 09 a 14 e com as 4ªs vias da documentação fiscal motivadora do lançamento tributário. As notas fiscais foram emitidas pela empresa goiana com destino ao estabelecimento do sujeito passivo e com a informação da natureza da operação - CFOP - "remessa para armazenagem", documentos de fls. 19 a 78.

O sujeito passivo contesta o lançamento tributário a uma das Câmaras Julgadoras do Conselho Administrativo Tributário e alega que é detentor dos direitos sobre o imóvel, local em que as mercadorias foram encontradas, conforme Contratos de Locação e de Sublocação Comercial que apresenta. Afirma que o contrato firmado com a proprietária das mercadorias e emitente das notas fiscais não a autoriza a utilizar seu nome como depositário das mercadorias, mas apenas lhe permite utilizar o prédio para fins comerciais, depois de cumpridas todas as exigências legais. Destaca que as mercadorias não lhe pertenciam e que as notas fiscais foram emitidas para acobertar remessa para armazenagem, fato esse argumentado com os autuantes que conferiram as notas fiscais e consideraram os créditos nelas destacados. Junta cópia dos Acórdãos 1606/98 e 433/97 da Terceira e Segunda Câmaras, respectivamente, e requer a nulidade do auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo ou a improcedência do auto de infração.

Na oportunidade, exhibe cópia do Contrato de Sublocação Comercial (fls. 91 a 95), datado de 1º de fevereiro de 2006, no qual consta a sublocação do imóvel localizado no Lote 03, Qd.182, Parque Estrela Dalva III, em Luziânia(GO), pelo prazo de 12 meses, no qual identifica o autuado como sublocador e como sublocatário a empresa emitente dos documentos fiscais. Também exhibe demonstrativo contendo a relação de notas fiscais emitidas para acobertar o retorno da mercadoria e cópia da primeira via dessas notas fiscais, documentos esses juntados às fls. 89 a 163, dos autos.

Por deferimento da Câmara Julgadora, foi realizada diligência para que o sujeito passivo fosse intimado a apresentar o contrato de locação ou a escritura de propriedade do imóvel onde as mercadorias foram encontradas.

Após ter sido intimado, o sujeito passivo apresentou a Escritura de Compra e Venda dos lotes de terrenos de nºs 01, 02 e 03, da quadra 182, situados no loteamento denominado Parque Estrela Dalva III, zona suburbana. A compradora dos terrenos é outra empresa e a escritura foi datada de 30/10/86, documento de fls. 176 a 179. Apresentou, também, Contrato de Locação, fls. 180 e 181. O prazo de duração desse contrato, é de 12 meses, com início em 01.02.2006 e término no dia 01.02.2007. Todos esses documentos foram juntados na instrução da defesa do contribuinte, documento de fls. 176 a 181, dos autos.

A Câmara Julgadora rejeitou a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por erro na identificação do sujeito passivo e, no mérito, julgou procedente a ação fiscal.

O acórdão cameral ementou:

"ICMS. Obrigação principal. Mercadoria em depósito em situação cadastral irregular. Procedência. Decisão não unânime.

Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da verificação da existência de estabelecimento de contribuinte, não inscrito no cadastro estadual ou em situação cadastral irregular, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado (art. 14, IV do Código Tributário Estadual)."

A decisão majoritária do mérito da atuação oportunizou a oposição de recurso para o Conselho Pleno, que aproveitado pelo contribuinte resultou o argumento de que o autuado era ocupante do imóvel onde a mercadoria foi encontrada, que a armazenagem é de curta duração porque as mercadorias são perecíveis. Comenta sobre a indicação do art. 12, inciso II, letra "g" do CTE que foi aposto no acórdão cameral, que o fato gerador do ICMS não aconteceu como justificativa do lançamento e, por fim, afirma que as mercadorias retornaram ao estabelecimento de origem. Requer a reforma do acórdão recorrido.

Posteriormente, às fls. 210, registra a sucessão da empresa remetente dos produtos para armazenagem por outra empresa a qual discorda do lançamento tributário e ratifica a posição do autuado em requerer a improcedência do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

O Representante Fazendário arguiu a preliminar de inadmissibilidade do recurso para este Conselho Pleno, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no artigo 41, inciso II da Lei nº 16.469/09.

Sobre esta questão, o estudo das peças constitutivas desta ação, mostrou-me a impertinência da inquirição proposta, visto a ausência de afronta ao texto da lei processual mencionada. Esta convicção levou-me a rejeitar a preliminar em questão.

Com a questão preliminar resolvida, dirijo-me a outra arguição preliminar da própria autuada, que questionou a nulidade da lide desde o seu início, por erro na identificação do sujeito passivo.

Pela leitura do relatório que integra esta decisão percebi que a exordial se efetivou com erro na identificação do sujeito passivo, conforme demonstram os documentos de fls. 213 e 214. Por isso, o meu entendimento é que não há respaldo legal que atribua a responsabilidade pela autuação à polaridade passiva. Destaco, ainda, que as mercadorias que foram listadas no termo de apreensão de fl. 09 foram remetidas para armazenagem e estão amparadas por contrato de locação.

O procedimento referenciado configura erro na identificação do sujeito passivo, o que equivale dizer que, a peça inaugural foi realizada ao arrepio da orientação emanada pelo capítulo que trata da nulidade dos atos processuais, ou seja no inciso II do artigo 20 da Lei nº 16.469/09, que transcrevo:

“Art. 20. São nulos os atos praticados:

[...]

II – erro de identificação do sujeito passivo

[...].”

Pelo exposto, rejeito a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pelo Representante Fazendário, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no artigo 41, inciso II da Lei nº 16.469/09, e, quanto à preliminar de nulidade da peça básica, por erro na identificação do sujeito passivo, arguida pela autuada, eu a acolho e declaro nulo “ab initio” o processo.

Sala das sessões plenárias, em 16 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ESTABELECIMENTO COM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR - Aquisição de mercadoria - estabelecimento com inscrição estadual suspensa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00111/10

Relator: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Estabelecimento com cadastro irregular. Revisão fiscal. Improcedência. Decisão unânime.

Comprovado no curso processual a inoccorrência da infração noticiada na inicial, não há como corroborar o procedimento fiscal que materializa a exigência tributária respectiva.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de janeiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Álvaro Falanque e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Consta do auto de infração que o contribuinte, mesmo com a inscrição cadastral suspensa por desaparecimento, adquiriu móveis para comercialização e deixou de pagar o ICMS sobre as operações posteriores no momento da entrada em território goiano, devendo assim, pagar o tributo no valor de R\$ 2.360,55 (dois mil, trezentos e sessenta reais e cinquenta e cinco centavos), mais as cominações legais. Na ocasião, foi nomeado como solidário o transportador das mercadorias.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seus arts. 12, alínea "g"; 14, inciso V; 19, inciso VIII, alínea "c"; 64; 152 e 156, da Lei nº 11.651/91, c/c art. 3, inciso III, alínea "a" da IN 155/94-GSF.

Os Termos de Revelia foram lavrados, vez que a autuada e o sujeito solidário, não apresentaram impugnação em Primeira Instância, fls. 32 e 34.

Intimidados novamente, somente o sujeito solidário apresenta impugnação em Segunda Instância onde aduz, preliminarmente, que não lhe cabe a obrigação do recolhimento do imposto pois não possui inscrição cadastral neste Estado e nem tampouco ficou como fiel depositário das mercadorias, haja vista que o Fisco autorizou a liberação sem o pagamento do tributo e as mesmas foram entregues ao destinatário final. No mérito, alega que o transportador só pode ser responsabilizado quando está sem documentação fiscal ou quando faz entrega a pessoa diversa, conforme art. 45, inciso I, do Código Tributário Estadual, diferente do ocorrido no caso em tela.

Na Primeira Câmara Julgadora os autos são convertidos em diligência à Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia a fim de que se verifique o *status* cadastral da empresa autuada, à época da autuação, ou seja, em 05/02/2007, via Resolução nº 095/2009, fls. 77.

A diligência é apresentada às fls. 86/87, sendo que a autoridade fiscal sumariza, na conclusão: "Na data de 05.02.2007 o cadastro estadual do contribuinte autuado estava em perfeita condição de REATIVADO, não tendo dado causa à aquisição de mercadorias em situação irregular."

É o relatório.

DECISÃO

Quando da apreciação deste feito, a decisão cameral foi no sentido de reformar o lançamento de ofício, tendo em vista o resultado do trabalho de revisão fiscal, no qual a autoridade fazendária concluiu pela improcedência do lançamento.

Conforme pode ser observado, a Primeira Câmara deste Conselho, ante as alegações defensórias do impugnante, entendeu por bem converter o julgamento em diligência solicitando a verificação das incoerências entre o espelho cadastral da empresa, suporte da autuação, que revela o seu status cadastral de suspenso e as informações extraídas do Sistema de Processamento de Dados da SEFAZ.

O atendimento da solicitação cameral consta de fls. 78/87, dos autos em que a autoridade fiscal designada para o trabalho de revisão, após anexar o histórico cadastral da empresa, presta esclarecimentos sobre sua situação cadastral, informando, na conclusão do relatório de Revisão Fiscal que no período da autuação o contribuinte estava reativado.

Considerando que a acusação, suporte do lançamento, é de o contribuinte foi autuado pelo fato de adquirir mercadorias, mesmo estando com o seu cadastro suspenso por desaparecimento, situação essa que não condiz com a realidade da empresa, não há como confirmar o ilícito denunciado na inicial.

Dessa forma, não restou a esta Câmara Julgadora outro entendimento a não ser decidir pela improcedência da autuação, por unanimidade de votos.

Pelo exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 29 de janeiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ESTABELECIMENTO COM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR - Circulação de mercadoria com notas fiscais inidôneas - paralelas (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00666/10

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Notas Fiscais Paralelas. Procedência. Decisão Unânime.

É procedente o auto de infração que exige o ICMS incidente sobre operações de remessa de mercadorias acobertadas por notas fiscais paralelas sem o recolhimento do imposto respectivo.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12 de novembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo, a primeira, por erro na identificação do sujeito passivo, e, a segunda, por cerceamento ao direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial do processo, a partir da sentença singular, por cerceamento ao direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca. E, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de exclusão da lide do solidário [...]. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca. Quanto ao mérito, também, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Noticia o histórico do auto de infração que o sujeito passivo: *“Promoveu operações de circulação de mercadorias utilizando-se de notas fiscais modelo 1, relacionadas em quadro demonstrativo anexo, inidôneas, por apresentarem suas primeiras vias, obtidas junto a destinatários situados nos estados de São Paulo e Minas Gerais, carimbos fraudulentos de funcionários desta Secretaria da Fazenda, deixando também de registrar em seus livros fiscais os referidos documentos, no período de 03/2005 e 06/2005”.*

Indicou-se como infringidos os arts. 64 e 66 e 67, IV, da Lei n.º 11.651/91, Código Tributário Estadual, CTE, sendo proposta a penalidade prevista no art. 71, XII, “a”, “1”, § 9º, I, do CTE.

Foi incluído na lide na condição de solidário ao pagamento do crédito tributário, nos termos do art. 45, XIII, do CTE, o administrador da empresa identificado às fls. 04.

Para instrução processual foram anexados os seguintes documentos: relatório das notas fiscais emitidas por destinatário; Ordem de Conferência do SINTEGRA; Notificação Fiscal dirigida aos destinatários das mercadorias solicitando comprovantes de pagamentos e cópias das notas fiscais; cópias das notas fiscais 250/300, 400/404, 350/400, 401/404 406/434, 436/522, 520/522; cópias dos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS.

Os fiscais autuantes esclarecem em notas explicativas que procederam a exclusão do valor correspondente ao auto de infração n.º 3 0158846 089 93, relativo a omissão de saídas no período de janeiro a julho de 2005, apurada por meio de Auditoria Específica de Mercadorias.

Informam que apesar de constar em documento próprio (Anexo II – Informativo sobre a utilização e apresentação de documentos fiscais), fls. 24, a entrega para inutilização das notas fiscais, modelo 1, série 1, de n.ºs 001 a 500, na repartição fiscal de sua circunscrição no dia 08 de outubro de 2004, os documentos fiscais n.ºs 026 a 500, foram liberados para uso na mesma data, fls. 21/22, ressaltando que *“este fato será devidamente encaminhado para a corregedoria fiscal a fim de que seja apurada a autuação do citado funcionário quanto à liberação para uso das notas fiscais ‘inutilizadas’ no mesmo dia.”*

Relatam que consta no relatório do SINTEGRA as notas fiscais n.ºs 400 a 404, em duplicidade com valores diferentes e destinadas para empresas localizadas no estado de São Paulo e de Minas Gerais, cópias às fls. 149/153, 77/78 e 81/ 83, e que as notas fiscais n.ºs 520 a 522, encontradas nas pastas da emitente, possuem impressão tipográfica diferente das obtidas junto ao destinatário, fls. 248/253.

Instaurando o contraditório, a empresa e o seu administrador, em peça única, apresentam impugnação ao auto de infração pedindo, em preliminar, a nulidade do feito por erro na identificação do sujeito passivo, uma vez que, em outubro de 2004, foram devolvidos os referidos documentos fiscais e não há prova de que tais blocos retornaram a seu poder, assim como não existe nos autos nenhuma prova de que a empresa tenha “clonado” os respectivos documentos fiscais, pede, também, a exclusão do sócio administrador da responsabilidade tributária e que caberia ao fisco apurar quem é o responsável pela fraude e não atribuir a responsabilidade a empresa pela emissão dos documentos fiscais.

No mérito, a defesa menciona que a empresa foi autuada em 2005, por extravio de documentos fiscais por meio do processo n.º 3 009962 855 12, e que o lançamento foi julgado improcedente por ter restado provado a entrega de todos os documentos fiscais autuados (n.º 001 a 500), na Delegacia Fiscal de Morrinhos.

Aduz que os documentos acostados aos autos pelos autuantes, entregues pelos remetentes, tratam-se de notas fiscais em duplicidade, bastando que seja

analisado o rodapé de cada documento e a data da AIDF (Autorização para Impressão de Documentos Fiscais) onde consta 12.12.2004, quando o correto seria 12.02.2004.

Conclui que houve fraude, mas a responsabilidade não pode ser atribuída a empresa ou ao seu administrador.

O julgador integrante do Corpo de Julgadores de Primeira Instância (COJP) não acolheu as razões da defesa e manteve a acusação inicial, consoante sentença n.º 5590/08, fls. 349/355.

A empresa não apresenta recurso voluntário e tem lavrado contra si o correspondente Termo de Perempção, fls. 359.

O administrador da empresa, por sua vez, inconformado com a decisão singular, apresenta recurso voluntário no qual reitera suas razões anteriores, em especial, a nulidade da peça básica por erro na identificação do sujeito passivo e por cerceamento ao direito de defesa, nulidade parcial do processo, a partir da sentença singular, por cerceamento ao direito de defesa, sua exclusão da lide e, no mérito, a improcedência da exigência fiscal.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente não acolho a preliminar de nulidade da peça básica por cerceamento do direito de defesa porque verifico que o lançamento de ofício indicou os dispositivos infringidos bem como descreveu a irregularidade praticada pelo autuado de forma clara e precisa, de forma a assegurar ao polo passivo o contraditório e a ampla defesa.

Também não se sustenta a alegação de que a juntada de cópia do extrato do auto de infração n.º 3 0158846 089 93, por parte do julgador singular, para justificar que a autuada promoveu saída de mercadoria sem emissão de nota fiscal no período fiscalizado, acarretou cerceamento ao seu direito de defesa, com a consequente nulidade da decisão singular, porque a juntada de tal documento teve como objetivo apenas ressaltar a exclusão da quantidade do promovida pelos autuantes e mencionada em notas explicativas de fls. 19, o documento trazido aos autos não apresentou qualquer informação nova ao processo que caracterizasse cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo.

No tocante a composição do polo passivo, entendo que o administrador incluído na lide como solidário ao auto de infração deve ser mantido, porque, conforme determina o art. 45, XII, da Lei 11.651/91, as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e que por seus atos ou omissões tenham concorrido para a prática de infração à legislação tributária são solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação, in verbis:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;”

O sócio e administrador da firma autuada, ao promover operações de circulação de mercadorias utilizando-se de notas fiscais paralelas, deixando de registrar em seus livros fiscais e de recolher o imposto correspondente, concorreu para a prática da infração tributária, ficando, nos termos do dispositivo acima mencionado solidariamente obrigado ao pagamento do ICMS devido e demais acréscimos legais.

Quanto a alegação de erro na identificação do sujeito passivo não acolho a preliminar de nulidade, porque a farta documentação acostada ao processo evidencia a prática, por parte da autuada, de utilização de notas fiscais paralelas para a remessa de mercadorias para outros estados sem o pagamento do imposto correspondente.

É importante destacar que a fiscalização constatou a existência de notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo e não registradas em livro próprio por meio do SINTEGRA informado por destinatários de outros estados, obtendo junto a eles, sem qualquer resistência, as cópias das primeiras vias dos documentos fiscais de emissão da autuada.

Também não se pode deixar de mencionar que a ausência, por parte da autuada, de qualquer medida judicial ou administrativa para resguardar seus direitos comerciais e fiscais e para afastar a validade das notas fiscais é fator determinante para convalidação das operações nelas descritas.

Quanto ao mérito, faço a observação de que a legislação tributária (art. 64, § 2º, CTE) estabelece aos contribuintes do ICMS a obrigatoriedade de manter e escriturar os livros exigidos:

“Art. 64 [...]

§ 2º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais.”

As cópias das notas fiscais e do livro Registro de Saídas juntados ao feito para instrução processual confirmam a prática da infração contida na inicial razão pela qual não vejo como acolher o pedido constante do recurso pela improcedência do lançamento.

Ante o exposto, não acolho as preliminares de nulidade da peça básica, por erro na identificação do sujeito passivo e por cerceamento ao direito de defesa e de nulidade parcial do processo, a partir da sentença singular, por cerceamento ao direito de defesa e de exclusão da lide do solidário [...], no mérito, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que julgou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 30 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ESTABELECIMENTO COM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR - Mercadoria sem documento fiscal em estabelecimento com situação cadastral irregular (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03007/10

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Mercadoria em estabelecimento em situação cadastral irregular. Procedência. Decisão não unânime.

Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto, no momento da verificação da existência de estabelecimento de contribuinte, não inscrito no cadastro estadual ou em situação cadastral irregular, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado (art. 14, IV, do Código Tributário Estadual).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de setembro de 2010, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes, Aldeci de Souza Flor e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Gustavo Alberto Izac Pinto, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo mantinha em depósito clandestino, em situação cadastral irregular e sem documentação fiscal, em endereço diverso ao da empresa, pneus importados usados no valor comercial de R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) e, por consequência, deverá pagar o ICMS devido na importância de R\$59.500,00 (cinquenta e nove mil e quinhentos reais), sendo colacionado Termo de Apreensão nº 1100090425-5 (fls. 06), à guisa de prova da acusação fiscal.

Regularmente intimado, o sujeito passivo ingressa com impugnação à Primeira Instância, representado por causídicos legalmente constituídos, alegando, em suma, que as mercadorias não estavam sem nota fiscal e nem em local clandestino, conforme prova a documentação ora colacionada, quais sejam, o contrato social e suas alterações, notas fiscais com endereço do destinatário para

as transportadora entregarem tais mercadorias, bem como as notas fiscais de vendas.

Alegou, ainda, que não houve contagem física das mercadorias e que o preço das mesmas está acima do de aquisição, transcrevendo decisões de tribunais superiores à guisa de impeceder a autuação.

A julgadora singular, na Sentença nº 1224/07-COJP, de fls. 59/60, decidiu pela improcedência do feito sob o fundamento de que quando da visita fiscal ao estabelecimento da autuada, foram feitos dois Termos de Apreensão e lavrados dois autos de infração. Neste processo apreendeu-se a mercadoria sob a alegação de que estava desacobertada de nota fiscal, enquanto no processo nº 3 0220788 547 81, apreendeu-se as notas fiscais, dentre as quais exigiu-se o ICMS por substituição tributária em relação a duas delas.

Além disso, em consulta ao Sistema de Cadastro da SEFAZ, conforme extrato que juntou às fls. 58, o sujeito passivo providenciou a mudança de endereço para a Avenida Perimetral Norte em 09/06/2005, enquanto a presença fiscal ocorreu em 27/11/2006.

Recorrendo, a Representação Fazendária alegou, em síntese, que a decisão singular foi equivocada, pois o polo passivo promoveu sua mudança de endereço para a Avenida Perimetral Norte nº 3.173 em 09/06/2005, enquanto a ação fiscal ocorreu em 27/11/2006, na Estrada Servidão, Gleba 1-B, Vila João Vaz, Goiânia - GO, que é o endereço constante do Termo de Apreensão de fls. 06. Portanto, em local diverso ao endereço do estabelecimento da autuada, pleiteando, por isto, que o recurso de ofício interposto pela julgadora singular seja conhecido e provido para reformar a sentença "a quo" e declarar procedente o lançamento.

Devidamente intimado do recurso fazendário, o sujeito passivo foi silente.

A Terceira Câmara deste Conselho, ao apreciar o recurso contra a sentença singular, sobrestou o julgamento destes autos com o objetivo de aguardar a diligência a ser feita no processo nº 3 0237884 161 92, para julgamento em conjunto.

Retornando a julgamento na Quarta Câmara deste Conselho no dia 26 de março de 2008, este feito foi julgado improcedente por maioria de votos dos Conselheiros, sendo vencedores Eliene Mendes de Oliveira Feitosa e Manoel Antonio Costa Filho. Vencido Luis Antonio da Silva Costa.

A Representação Fazendária recorreu a este Pleno, reafirmando que as mercadorias estavam desacobertadas de documentação fiscal em estabelecimento não cadastrado no CCE/GO, situado na Estrada da Servidão, gleba 1-B, Galpão 8, Vila João Vaz, que não corresponde ao da Avenida Perimetral Norte nº 3.173, Vila João Vaz, o qual foi aceito erroneamente, tanto pela sentença singular, quanto pelo acórdão como sendo o do estabelecimento da empresa, enquanto era o local da apreensão das mercadorias autuadas, conforme se infere do Termo de Apreensão as fls. 06.

Aduziu, ainda, que o único elo em comum entre os dois endereços é o bairro, que é a Vila João Vaz, ficando claro que o local da apreensão é outro e o estabelecimento não estava cadastrado no CCE/GO, pedindo, portanto, a reforma do acórdão cameral, procedendo integralmente o auto de infração.

Intimado deste recurso, o advogado foi silente.

Pautado para julgamento neste Conselho Pleno no dia 10 de junho de 2010, este processo foi retirado da pauta por impedimento legal de seu relator.

Repautado para julgamento no dia 01 de julho corrente, foi concedida vistas ao Conselheiro Gustavo Alberto Izac Pinto, retornando nesta data.

É o relatório. Decido.

O lançamento do crédito tributário está, sob o aspecto formal, respaldado pela legislação tributária estadual, reguladora da matéria, identificado e cientificado corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, aplicada a norma legal vigente no período fiscalizado, descrita com clareza a infração fiscal praticada, proposta a penalidade cabível e assegurado à autuada, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, face ao princípio jurídico do contraditório, que assegura às partes litigantes amplo direito de defesa.

Os fatos verificados no momento da autuação conduzem para a situação definida no art. 14, IV, da Lei. 11.651/91, instituidora do Código Tributário Estadual – CTE, como caracterizadora da ocorrência do fato gerador do imposto, conforme pode ser verificado pela transcrição do referido dispositivo legal:

“Art. 14. Considera-se, também, ocorrido o fato gerador do imposto, no momento:

[...].

IV - da verificação da existência de estabelecimento de contribuinte, não inscrito no cadastro estadual ou em situação cadastral irregular, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado.

[...].”

O artigo 156 do Código Tributário Estadual - CTE dispõe que está em situação cadastral irregular o contribuinte não inscrito no cadastro estadual ou que esteja com sua inscrição suspensa.

“Art. 156. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação cadastral irregular o contribuinte que:

I - não esteja inscrito no cadastro estadual;

II - esteja com sua inscrição cadastral suspensa ou tenha sido cassada a sua eficácia;

III - esteja utilizando inscrição inativa em virtude da paralisação temporária do estabelecimento”.

Materializada a hipótese prevista no dispositivo legal mencionado, a base de cálculo para a cobrança do imposto devido é definida pelo artigo 19, IX, do mesmo diploma legal, que assim dispõe:

Art. 19. Nas seguintes situações específicas, a base de cálculo do imposto é:

[...].

IX - na situação prevista no art. 14, inciso IV, o preço corrente das mercadorias no mercado atacadista, acrescido do valor resultante da aplicação do percentual de lucro bruto estabelecido para a respectiva atividade

[...]”.

Considerando que não há nos autos prova inequívoca da regularidade tributária das mercadorias encontradas no endereço constante do campo 23 do Termo de Apreensão colacionado às fls. 6, destes autos, que não é o domicílio tributário da autuada, fica patente a procedência deste feito.

Nestas condições, voto conhecendo do Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 26 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: EXPORTAÇÃO - Falta de comprovação da efetiva exportação (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03665/10

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Revisão Extraordinária. Omissão do imposto pela não comprovação de exportação de mercadorias remetidas para esse fim. Improcedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que o sujeito passivo promoveu a exportação das mercadorias discriminadas na documentação fiscal, mister se faz improceder o lançamento de ofício.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de novembro de 2010, decidiu, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, as preliminares de nulidade da peça básica, levantadas pela autuada, e no mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Elias Alves dos Santos, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva e Domingos Caruso Neto.

RELATÓRIO

Narra o presente auto de infração que o epigrafado remeteu com não incidência do ICMS, produtos primários ou semi-elaborados relacionados nas notas fiscais, conforme levantamento, nos autos, para empresa comercial exportadora e/ou armazém geral (formação de lotes), com o fim específico de exportação, não comprovando a devida exportação desses produtos com prazo de até 90 dias, contados da data da saída das mercadorias do seu estabelecimento.

Termo de Revelia fls. 53

Impugnação a segunda instância - o pólo passivo informa que os produtos descritos nas notas fiscais nºs 0231 de 03/10/05 e 0237 de 20/10/50 emitidas pela Cooperativa dos Produtores de Algodão do Estado de Goiás, foram devidamente exportados; junta documentos para comprovar o alegado; pede ao arquivamento desta lide, fls. 57/82.

Resolução cameral nº 357/2007 converte o julgamento em diligência à Coordenação de Exportação da GEAF para verificação quanto à efetiva exportação dos produtos descritos nas Notas Fiscais nº 231 e 237. Relatório de fls 85 e seguintes aponta que os documentos apresentados pelo sujeito passivo não comprovam a efetiva remessa para o exterior das mercadorias constantes nos documentos fiscais nºs 231 e 237.

Intimado a manifestar-se sobre o relatório de fl.85, o sujeito passivo queda-se silente.

Após ter seu pleito analisado na instância cameral, que rejeitou as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e erro de identificação do sujeito passivo e, no mérito, a confirmação da pretensão fiscal inicial, o sujeito passivo ingressa com Pedido de Revisão Extraordinária para argüir cerceamento do direito de defesa em virtude de ineficácia de intimação.

No despacho de fl.126, o Presidente do Conselho Administrativo Tributário acolhe o petítório passivo e determina a intimação do sujeito passivo na pessoa de seu advogado.

Cumprido o ato processual precedente, ingressa o sujeito passivo tempestivamente com recurso endereçado ao Conselho Pleno desta Casa. Reitera a preliminar de nulidade da peça básica por erro de identificação do sujeito passivo. Entende que a responsabilidade pelo pagamento do imposto é da Cooperativa dos Produtores de Algodão do Estado de Goiás; que tal está regulado pelo artigo 53 do Diploma Tributário deste Estado; que a comprovação do recolhimento do imposto incidente sobre a venda dos produtos remetidos pelo produtor cooperado ou a comprovação da exportação dos produtos, cabe a cooperativa e não ao cooperado.

No mérito, argumenta não ter praticado a infração estampada na basilar pois é membro da citada cooperativa; que a instituição é a responsável pelo recolhimento do imposto devido; que tal operação está amparada pelo artigo 31, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97 em combinação com o artigo 53 do Código Tributário Estadual; que a cooperativa recolheu o imposto devido em tempo hábil e colaciona vasta documentação às fls.135 e seguintes.

Requer a nulidade do feito ou, na impossibilidade, a reforma da decisão cameral para declarar sua improcedência.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a julgar e, de plano, deixo de me pronunciar acerca das nulidades arguidas pelo sujeito passivo, nos termos do § 3º do artigo 18 do Decreto nº 6.930/09, por entender que a questão meritória lhe é favorável. Reproduzo abaixo o citado dispositivo.

“Art.18. O julgador de Primeira Instância, a Câmara Julgadora ou o Conselho Pleno, em seu julgamento, devem decidir obedecendo á seguinte ordem de apreciação:

[...]

§3º Quando puder decidir sobre o mérito, a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade ou órgão julgador não devem pronunciá-la nem mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

Quanto ao mérito, considero que o feito não deve prosperar pois, as provas carreadas aos autos pelo sujeito passivo, de fls.135 a 153, atestam de forma incontestes, que as mercadorias apontadas na exordial foram exportadas, o que deita por terra a pretensão fiscal inicial.

Face ao exposto e com a unanimidade de meus pares, voto conhecendo do recurso para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 21 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: FISCALIZAÇÃO DE MERCADORIA EM TRÂNSITO - Gado - remessa interna para abate - omissão pagamento antecipado do ICMS (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00812/10

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de recolhimento antecipado do imposto. Saída interna de gado para abate em estabelecimento frigorífico. Improcedência. Decisão unânime.

Não deve prosperar o auto de infração que exige pagamento antecipado do imposto incidente sobre cada operação realizada, quando o sujeito passivo for signatário de Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás estabelecendo a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS por apuração mensal.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 11 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, José Pereira D'abadia e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo remeteu gado bovino para abate (dezoito cabeças) acobertado pela nota fiscal nº 66025, sem efetuar o pagamento antecipado do imposto incidente na operação, em consequência fica obrigado ao pagamento do imposto na importância de R\$ 1.802,09 (um mil, oitocentos e dois reais e nove centavos), acrescido das demais cominações legais.

O auto de infração, lavrado em 05.04.2005, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, foi instruído com o Termo de Apreensão n.º 1100063129-0, e a primeira via da nota fiscal acima mencionada de emissão da autuada.

Em decorrência de falha no andamento do processo por erro na intimação, o sujeito passivo apresentou Pedido de Revisão Extraordinária com fulcro no art. 41 da Lei n.º 13.882/01, tendo sido admitido pelo Presidente deste Conselho Administrativo Tributário e encaminhado para julgamento pelo Corpo de Julgadores de Primeira Instância.

Em sua peça defensiva, o sujeito passivo, por meio de sua advogada devidamente constituída, pede a improcedência do lançamento, alegando que adquiriu o gado para abate em seu estabelecimento e que por força de Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) celebrado com a Secretaria da Fazenda do

Estado de Goiás a autuada não está sujeita ao pagamento antecipado do imposto devido pelo produtor, devendo ser recolhido por apuração mensal, conforme estabelece a cláusula sexta do TARE n.º 003/04-GSF.

A insigne julgadora singular, após constatar que a nota fiscal apreendida pela fiscalização informa que a operação é de simples remessa e que a autuada efetua abate por conta e ordem de terceiros, devendo nesses casos o imposto devido pelo produtor ser pago no momento da emissão do documento fiscal, encaminhou os autos em diligência para que auditor fiscal estranho à lide procedesse à verificação, junto à documentação fiscal do sujeito passivo, se a operação acobertada pela nota fiscal apreendida é correspondente a aquisição do próprio frigorífico ou de gado bovino para abate por conta e ordem de terceiro.

Em atendimento ao Despacho n.º 360/06-COJP, expedido pelo Corpo de Julgadores de Primeira Instância, fls. 49, a autoridade fiscal designada informa que não há como precisar se a operação acobertada pela nota fiscal em questão é de aquisição própria do frigorífico ou de recebimento para abate por conta e ordem de terceiro, porque a empresa está com sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCE/GO) baixada, não sendo possível localizar e analisar as RD-8 (Requisição de Documento Fiscal -RD-8- modelo 8-A).

Informa, ainda, que pelo arquivo magnético do mês de referência da nota fiscal, houve a emissão de 03 (três) notas fiscais de entrada de mercadorias, emitidas com o Código Fiscal de Operações (CFOP) n.º 1401 (compra para industrialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), sendo a de n.º 66296, emitida para acobertar entrada de gado adquirido do produtor constante do documento fiscal, no total de 126 (cento e vinte e seis cabeças) cabeças.

Intimado do resultado da diligência, o sujeito passivo discorda do seu teor sustentando que procede ao transporte do gado com notas de simples remessa e, posteriormente, de forma englobada, emite a nota fiscal de entrada do gado adquirido e recolhe o imposto devido.

A julgadora singular decidiu a questão favoravelmente à Fazenda Estadual, consoante a Sentença n.º 2467/09-COJP (fls. 76 a 79), entendendo que a nota fiscal questionada pela fiscalização, emitida para acobertar a circulação dos animais, informa como natureza da operação outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada (CFPO 1949) e que as notas fiscais emitidas pelo frigorífico para acobertar entrada de gado adquirido do mesmo produtor, com o código 1401 (compra para industrialização), no período em questão, não fazem referência a nenhuma nota fiscal de trânsito, o que não permite a vinculação pretendida pela impugnante.

Sustenta a eminente julgadora que no caso de saída do gado para abate por conta e ordem de terceiro está mantida a obrigatoriedade do recolhimento antecipado do imposto e de que o documento de arrecadação deveria acompanhar a nota fiscal no transporte do gado, nos casos necessários.

Inconformada com a decisão monocrática, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário no qual reitera suas razões anteriores, ressaltando que o gado foi adquirido pela autuada e o imposto recolhido de acordo com outra nota fiscal emitida no momento da entrada da mercadoria no seu estabelecimento em conformidade com o TARE celebrado com a SEFAZ e mencionado no corpo da nota fiscal de trânsito, para comprovar junta cópia das notas fiscais 66025, 66026, 66027, 66028, 66029, 66030 e 66031, emitidas no dia 15.02.2005, totalizando 126 (cento e vinte e seis) cabeças de gado para abate, cujo imposto correspondente foi destacado na nota fiscal 66296.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente é importante destacar que a exigência contida na inicial é de falta de pagamento antecipado do imposto correspondente a remessa do gado para abate, ou seja, o Fisco reclama o ICMS incidente por operação.

A recorrente, por sua vez, argumenta que o imposto é devido por apuração mensal, devendo o frigorífico recolher o tributo relativo à totalidade das operações que realizar até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente ao encerramento do período de apuração.

Analisando os documentos acostados para instrução processual observa-se que a nota fiscal emitida pelo frigorífico autuado apresenta em seu corpo o seguinte texto: “Beneficiado com Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) n.º 003/04 - nota fiscal para trânsito de gado bovino”.

De fato, a autuada firmou com a Secretaria da Fazenda o Termo de Acordo de Regime Especial de n.º 003/2004, pelo qual assumiu a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido pela saída anterior, imposto esse que deve ser apurado mensalmente e recolhido até o 5º dia útil do mês subsequente, conforme estabelecido na Cláusula Sexta abaixo transcrita:

“Cláusula sexta. O ICMS correspondente à operação mencionada no inciso I da cláusula primeira será de responsabilidade da ACORDANTE e deverá ser apurado, mensalmente, e pago em qualquer agência da rede bancária autorizada, em Documento de Arrecadação de Receitas Estaduais - DARE, até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.”

A exceção a essa regra ocorre na entrada de gado para abate por conta e ordem de terceiros, hipótese em que o imposto devido pelo produtor deve ser pago no momento de emissão da nota fiscal correspondente à saída do gado para abate, situação em que a acordante, no caso a empresa autuada, deve exigir e arquivar cópia do comprovante do pagamento antecipado do ICMS recolhido pelo terceiro encomendante ou pelo próprio produtor, conforme estabelecido na Cláusula Segunda, § 2º, do referido Termo de Acordo.

“Cláusula segunda. Fica a ACORDANTE autorizada, também, a efetuar o abate, por conta e ordem de terceiro, de gado bovino e bufalino adquirido no mercado

interno com a base de cálculo reduzida nos termos do art. 8º, inciso XIV, alínea "c" do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97 - RCTE -, exclusivamente no estabelecimento acima identificado, sendo que o imposto devido pelo produtor deve ser pago no momento de emissão da nota fiscal correspondente à saída do gado para abate.

[...]

§ 2º Na hipótese do *caput* desta cláusula, a ACORDANTE deve exigir e arquivar cópia do comprovante do pagamento antecipado do ICMS devido." (sem grifo no original).

Depreende-se do referido TARE que a responsabilidade pelo imposto devido pelo produtor rural nas aquisições realizadas pelo frigorífico fica atribuída a este último, devendo o imposto ser pago por apuração mensal, enquanto que, nos casos em que o frigorífico efetuar o abate por conta e ordem de terceiro, o imposto, devido pelo produtor, deverá ser pago por operação, cabendo tão somente a indústria exigir e arquivar cópia do comprovante do pagamento antecipado do ICMS, não ocorrendo, neste caso, a transferência de responsabilidade para o recolhimento do imposto.

Ainda que a empresa autuada não tenha cumprido os requisitos formais de indicar os números das notas fiscais de trânsito do gado na nota fiscal englobada, emitida para registrar a entrada da mercadoria, de forma a possibilitar uma perfeita identificação das operações praticadas, tal falha não permite ao Fisco exigir o imposto incidente por operação de forma antecipada, em vez de por apuração mensal.

Caso o entendimento da fiscalização tenha sido de que a nota fiscal de simples remessa (CFOP 1949) não está vinculada a nota fiscal de entrada (CFOP 1401- compra para industrialização), por ausência de referência na nota fiscal de entrada e, por isso, se trata de operação diversa de aquisição de mercadorias, deveria então ser lavrado auto de infração específico exigindo imposto por apuração mensal como estabelece o TARE, vigente à época do fato gerador, e não por falta de pagamento antecipado do imposto.

Cumprir destacar que o Memorando n.º 034, de 21.02.02, da Superintendência da Receita Estadual, fls. 75, contempla a possibilidade de utilização da Nota Fiscal de Entrada para acobertar a circulação de gado bovino para abate e dispensa a emissão de RD-8 (Requisição de Documento Fiscal) nas operações em que não houver emissão de nota fiscal de produtor por parte da Secretaria da Fazenda.

Todavia, o Memorando confirma a manutenção da exigência de recolhimento antecipado do imposto, nos casos em que for obrigatório, devendo o documento de arrecadação acompanhar a nota fiscal no transporte do gado.

Essa exigência, no entanto, é aplicável somente para as empresas signatárias de Termo de Acordo para implementar a redução da base de cálculo na operação de aquisição de gado bovino com determinação expressa para que o

pagamento do imposto devido pelo produtor seja pago no momento da saída do gado do estabelecimento rural, situação diversa da analisada.

Ante o exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento para reformar a decisão singular e julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 19 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: IMPORTAÇÃO - Importação por conta e ordem de terceiros (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 03039/10

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Falta de pagamento de ICMS na importação de mercadorias. Improcedência. Decisão unânime.

I - O ICMS devido relativamente à importação por conta e ordem de terceiro deverá ser recolhido ao ente tributante da unidade federativa da localização da trading company que constará como importadora na Declaração de Importação. (Parecer n.º 767/2009-GPT);

II - Declara-se improcedente a exigência de ICMS na importação de mercadorias, sendo o imposto devido a outro ente tributante, conforme entendimento do Parecer n.º 767/2009-GPT.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 15 de setembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, Aguinaldo Fernandes de Melo e Célia Reis Di Rezende.

RELATÓRIO

A presente autuação decorreu do fato do contribuinte [...], ter efetuado a importação de mercadorias, sem realizar o pagamento do ICMS incidente na operação, no momento do desembarço adunaneiro, sendo-lhe imputada a exigência do ICMS no valor de R\$ 37.217,99 (trinta e sete mil, duzentos e dezessete reais e noventa e nove centavos), juntamente com a respectiva penalidade e demais acréscimos legais.

Identificada como sujeito passivo solidário a pessoa jurídica de [...], na condição de adquirente das mercadorias.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, a 1ª via do Termo de Apreensão n.º 1100115054-5, 3ª via da Nota Fiscal n.º 000325 e a Declaração de Importação n.º 09/0180133-4.

Os sujeitos passivos foram regularmente intimados do auto de infração, não comparecem ao processo, sendo declarados revéis em Primeira Instância.

Novamente intimados, desta vez, para apresentar impugnação em Segunda Instância, apenas o solidário comparece ao processo apresentado defesa

(fls. 33 a 35), tendo sido lavrado o Termo de Perempção de fls. 31, em desfavor do sujeito passivo principal.

Na impugnação (fls. 33 a 35), o solidário pede a improcedência do lançamento, afirmando ser empresa comercial "trading", sediada em Brasília e dedica-se a importação e exportação de produtos, especialmente a intermediação de operações de importação na modalidade "por conta e ordem de terceiro", sendo que o ICMS é devido para o Distrito Federal e não para Goiás.

Junta, posteriormente, cópias do Despacho n° 2575/2009-SAT (fls. 57) e do Parecer n° 767/2009-GPT (fls. 58 a 60).

É o relatório.

DECISÃO

O solidário nesta autuação é empresa comercial "trading", sediada em Brasília e dedica-se a importação e exportação de produtos, especialmente a intermediação de operações de importação na modalidade "por conta e ordem de terceiro".

O Parecer n° 767/2009-GPT (fls. 58 a 60), fundamentado em julgado do Supremo Tribunal Federal – STF, concluiu que o ICMS devido relativamente à importação por conta e ordem de terceiro deverá ser recolhido ao ente tributante da unidade federativa da localização da *trading company* que constará como importadora na Declaração de Importação.

O solidário, estabelecido no Distrito Federal, figura na Declaração de Importação n° 09/0180133-4 (fls. 12 a 16), como importador da mercadoria, sendo a importação por conta e ordem de terceiro, no caso, a [...], portanto, devido o ICMS ao Distrito Federal, no entendimento do Parecer n° 767/2009-GPT, que acompanho, concluindo então pela improcedência do presente lançamento.

Ante o exposto, voto conhecendo da impugnação, dando-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 27 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: IMPORTAÇÃO - Omissão pagamento ICMS devido na importação de mercadorias (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01704/10

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal.

1.Preliminares

Exclusão da sujeição passiva dos responsáveis solidários. Rejeitada. Decisão não unânime.

Os sócios administradores são mantidos na sujeição passiva, respondendo solidariamente com o contribuinte pelo crédito tributário - art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91.

Cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração. Rejeitadas. Decisão unânime.

2. Mérito. Importação de mercadoria. Procedente. Decisão unânime.

Incide o ICMS sobre a operação de importação de mercadoria do exterior.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo, a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Pereira D'abadia e Aldeci de Souza Flor. E, por maioria de votos, manter na lide os solidários. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Aldeci de Souza Flor. Vencido o Conselheiro José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Pereira D'abadia e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo omitiu o recolhimento de parte do ICMS, no prazo legal, devido pela importação de mercadoria do exterior, referente ao período de março a dezembro de 2001, segundo declarações de importação e respectivas notas fiscais de entradas, conforme demonstrativo às fls.

11 a 13, contrariando o que dispõe a legislação e a cláusula do termo de acordo 201/02 - GSF.

O crédito tributário foi considerado procedente em instância singular.

Por meio do recurso voluntário o sujeito passivo argumenta que no momento de realização do levantamento fiscal não foi considerado o benefício FOMENTAR aplicado para a operação, deixando de deduzir 70% sobre o valor apurado, o que resultaria em cálculo com resultado menor do imposto devido, conforme demonstrado em um dos itens do levantamento. Insiste que os documentos foram lançados e que não houve prejuízo ao Erário.

Além disso, requer a exclusão da sócia solidária da sujeição passiva, uma vez que não houve dissolução irregular de sociedade nem agiu com infração à lei.

Pede, ainda, a nulidade do auto de infração nos termos do art. 19, incisos III e IV, da Lei 13.882/01.

O feito foi convertido em diligência com intuito de se intimar o sujeito passivo a comprovar que obteve autorização prévia concedida pelo Senhor Secretário da Fazenda para realizar a importação de insumos e outras matérias-primas, conforme cláusula quinta do termo de acordo 201/01-GSF.

Intimados os sujeitos passivos, na pessoa de sua procuradora, não se manifestaram.

DECISÃO

Quanto à preliminar de exclusão da sujeição passiva das pessoas dos solidários, identificados às fls. 4 e 5, por votação não unânime, rejeitada, uma vez que pelo inciso XII, do art. 45, da Lei 11.651/91 não há dúvida que responde pelo crédito tributário, assim:

Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;

As preliminares de cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, foram alegadas pelo recorrente, contudo não indicada nenhuma fundamentação, apenas consta do seu pedido final de maneira genérica. Voltando aos termos do recurso não há qualquer menção em relação à matéria

pertinente a regularidade ou não da relação processual tributária. Tratou apenas da questão de mérito.

Portanto, rejeitadas as preliminares de cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito, de acordo com a planilha às fls. 11 em diante, está comprovado o cálculo do remanescente do ICMS devido na importação de mercadoria, com detalhamento dos valores das despesas portuária, aduaneiras, armazenagem, logística e outras, inclusive com abatimento de importância paga por meio de outros autos de infração lavrados, inclusive informando parcelamento do crédito tributário.

É verdade que o programa FOMENTAR pode ser utilizado no caso de importação de insumos e outras matérias-primas a serem utilizadas no processo industrial, segundo § 1º, da Cláusula 1º, do TARE 201/01-GSF, autorizando que essa parcela do imposto seja registrada em outros débitos no livro apuração, segunda sua cláusula quarta.

Porém, não é caso tratado nestes autos. Em razão da ausência de registro da operação nos livros fiscais enquadrando-as na seara do fomento e considerando que não pagou ICMS na ordem de 30%, está caracterizada, de antemão, a comercialização direta da mercadoria.

Mais ainda, analisando as notas fiscais objeto do lançamento certifica-se que as mercadorias nelas relacionadas não são insumos e nem matéria prima, inclusive constando em muitas delas que o ICMS seria pago conforme cláusula primeira do TARE 091/01 - GSF que diz o seguinte:

Cláusula primeira. Fica a ACORDANTE autorizada a efetuar o pagamento do imposto devido na importação do exterior de mercadoria para comercialização, cujo desembaraço aduaneiro ocorra no Entrepósito Aduaneiro do Interior - EADI - PORTO SECO CENTRO OESTE - de Anápolis/GO, no prazo de até 90 (noventa) dias, contados da data da ocorrência do fato gerador.

Ou seja, o imposto devido na importação de mercadoria para comercialização é pago em DARE distinto em até noventa dias, o que se dá por força do parágrafo único da citada cláusula, fls. 366.

Ademais disso, é importante assinalar que a quase totalidade das mercadorias importadas são mangueiras hidráulicas, o que é incompatível com o ramo de atividade exercida e informada no cadastro estadual, fls. 6, de produção de arames de aço, certificando que não houve nenhuma comprovação, por parte do sujeito passivo, no que tange o envolvimento da mercadoria na produção do estabelecimento.

Assim considerado, apresenta-se a fundamentação da exigência do ICMS, especialmente o que dispõe o art. 11, § 1º, inciso IV e art. 19, inciso I, da Lei 11.651/91, assim:

Art. 11. O imposto incide sobre:

[...]

§ 1º O imposto incide, também, sobre:

[...]

IV - a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa natural ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja sua finalidade;

[...]

Art. 19. Nas seguintes situações específicas, a base de cálculo do imposto é:

I - na importação do exterior, a soma dos seguintes valores:

- a) da mercadoria ou bem constante do documento de importação;*
- b) do Imposto de Importação;*
- c) do Imposto sobre Produtos Industrializados;*
- d) do Imposto sobre Operações de Câmbio;*
- e) de quaisquer despesas aduaneiras;*

A penalidade capitulada no auto de infração é a do art. 71, inciso III, alínea "a", da Lei 11.651/91, devendo prevalecer.

Posto isso, levando em conta as provas existentes nos autos, voto conhecendo do recurso voluntário, negando-lhe provimento, para considerar procedente o crédito tributário, confirmando a decisão singular.

Sala das sessões plenárias, em 29 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: IMPORTAÇÃO - Omissão pagamento ICMS - importação de produtos para estabelecimento industrial (improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00041/10

Relator: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Importação. Regime especial de apuração do imposto conferido por termo de acordo. Improcedência. Decisão unânime. Reforma da decisão singular.

É improcedente o lançamento do crédito tributário quando ficar comprovado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo, em razão de regime especial que lhe foi conferido, não implicou em falta de recolhimento de imposto, sendo inexigível o crédito tributário reclamado.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 09 de dezembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Carlos Andrade Silveira e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

Consta do processo auto de infração sob a descrição de que o contribuinte omitiu pagamento do ICMS Importação no valor de R\$ 22.035,98 (vinte e dois mil e trinta e cinco reais e noventa e oito centavos), relativo a importação de insumos e ativo imobilizado, para uso e consumo em seu estabelecimento industrial, referente as Declarações de Importação - DI e correspondentes notas fiscais de entradas emitidas com o cálculo a menor da Base de Cálculo do ICMS importação a recolher, conforme prevê o TARE 040/2000 - GSF, o Livro Registro Apuração do ICMS e demais documentos.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seus arts. 11, §1º, incisos IV e VII; 13, incisos V e IX; 19, inciso I; e 20, incisos I e II, c/c art. 76, inciso I, alínea "b", do Decreto n.º 4.852/97. E a penalidade no art. 71, inciso III, alínea "a", do mesmo código.

A autuada comparece ao feito, através de peça impugnatória (fls. 73 a 78) onde afirma que o erro é apenas de caráter formal e que não teria a omissão identificada implicado em omissão de recolhimento de tributo, tendo em vista que teria a impugnante direito ao crédito desse imposto.

A impugnação da autuada foi recebida (fls. 98/99), mas negou-lhe provimento o julgador "a quo" na Sentença nº 6733/08-COJP, decidindo pela procedência da pretensão inicial do fisco.

Intimada da decisão singular, a autuada apresenta Recurso Voluntário (fls. 102 a 109), onde reitera os argumentos impugnatórios.

É o relatório.

DECISÃO

Analisando a questão de mérito, entendo que não deve ser provido o recurso voluntário.

Com efeito, tem razão o sujeito passivo quando afirma que o erro praticado não importou em prejuízo para o Erário Estadual. É de se notar que o procedimento de apuração do imposto conferido à autuada tem características singulares fixadas pelo TARE 040/2000-GSF.

A cláusula terceira do referido termo de acordo estabelece que, para a liberação da mercadoria ou bem importados do exterior, a ACORDANTE deve:

(1) utilizar o documento denominado Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS;

*(2) emitir nota fiscal relativa à entrada, com destaque integral do ICMS devido, sendo que

(3) constitui crédito para a ACORDANTE o valor do ICMS destacado na nota fiscal de que trata esta cláusula, o qual será apropriado na forma da legislação tributária vigente.

Já a cláusula quarta estipula que "o imposto devido pela importação (...) será pago mediante o lançamento a débito no livro Registro de Apuração do ICMS na coluna 'outros débitos', e apurado mensalmente".

Ora, pelo que se vê, o mesmo valor lançado a crédito (§ 1º da cláusula primeira) também é lançado a débito (cláusula quarta) e, desta forma, o erro quanto à base de cálculo, pela não inclusão do ICMS na própria base de cálculo, conforme demonstra a Planilha de Cálculo, de fls. 06, é irrelevante, porquanto, o valor lançado a crédito sem que houvesse sido feito o pagamento (direito conferido pelo TARE ao contribuinte) anula o lançamento a débito, inexistindo saldo a exigir.

Ao examinar o Termo de Acordo de Regime Especial e a formalização processual, percebi que o sujeito passivo agiu conforme o acordado com a Administração Fazendária, conforme exposição supra mencionada.

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento, para reformar ao sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 19 de janeiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: IMPOSTO DECLARADO EM DPI - Omissão do pagamento de imposto declarado em DPI (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02516/10

Relator: Conselheiro José Manoel Caixeta Haun

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Revisão Extraordinária. Imposto informado em Declaração Periódica de Informações - DPI não recolhido pelo contribuinte. Improcedência. Decisão unânime.

Não prevalece a autuação por omissão de pagamento de ICMS informado em Declaração Periódica de Informações - DPI, provando o sujeito passivo que a omissão resultou de equívoco no preenchimento da DPI, devidamente sanado, não apresentando o Relatório Comparativo DPI/DPA com o SARE diferença de imposto a recolher no referido período.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 12 de agosto de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'Abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque e Heli José da Silva.

RELATÓRIO

Exige-se no auto de infração o ICMS o valor de R\$ 13.232,00 (treze mil, duzentos e trinta e dois reais), juntamente com a respectiva penalidade e demais cominações legais, imposto este informado na Declaração Periódica de Informações – DPI do mês de fevereiro de 2009, não recolhido pelo contribuinte.

O sujeito passivo, após a perda de prazos processuais, faz uso de faculdade prevista na Lei n.º 16.469/09 e apresenta Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 8), no qual pede a improcedência do lançamento, alegando que o ICMS reclamado no auto de infração decorreu de equívoco no preenchimento da DPI de fevereiro de 2009, consistente na ausência de lançamento de notas fiscais de entradas.

Frisa que os equívocos foram corrigidos, retratando fielmente os dados do livro Registro de Apuração do ICMS, apresentada a DPI retificadora.

Junta cópias de páginas do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 11 a 12) e Relatório Comparativo DPI/DPA com o SARE (fls. 14 a 14).

Por ordem do Despacho nº 294/2010-CAT (fls. 20), os autos foram encaminhados ao Setor de Preparo Processual, para que intime o sujeito passivo a apresentar cópias autenticadas do livro Registro de Apuração de Entradas do período autuado e do respectivo Termo de Autenticação Fiscal.

O sujeito passivo, cumprindo o Despacho nº 294/2010-CAT, cópias autenticadas do livro Registro de Apuração de Entradas e do respectivo Termo de Autenticação Fiscal (fls. 24 a 35).

Setor de Apoio Jurídico do Conselho Administrativo Tributário formula várias consultas ao sistema informatizado da SEFAZ, juntando-as ao processo (fls. 170 a 179).

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, fundamentado no inciso II, § 4º do art. 43 da Lei nº 16.469/09, por meio do Despacho nº 1615/2010-CAT (fls. 41), admite o Pedido de Revisão Extraordinária e determina o encaminhamento dos autos à Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GECOPE para que, caso não tenha sido ajuizada a ação de execução fiscal, seja procedido o cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa, nos termos prescritos pelo § 5º do mesmo dispositivo legal.

Em seguida, encaminhem-se os autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno.

A Gerência de Cobrança e Programas Especiais, por meio do Despacho nº 1352/2010-GCOP (fls. 43), informa que a ação de execução fiscal não se encontra ajuizada, conforme extrato do terminal da SEFAZ (fls. 42), tendo procedido o cancelamento da inscrição em dívida ativa.

Atendendo a orientação do Despacho nº 1615/2010-CAT, encaminha os autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

Exige-se no auto de infração o ICMS o valor de R\$ 13.232,00 (treze mil, duzentos e trinta e dois reais), juntamente com a respectiva penalidade e demais cominações legais, imposto este informado na Declaração Periódica de Informações – DPI do mês de fevereiro de 2009, não recolhido pelo contribuinte.

O sujeito passivo, em sua defesa, argumentou que o ICMS reclamado no auto de infração decorreu de equívoco no preenchimento da DPI de fevereiro de 2009, consistente na ausência de lançamento de notas fiscais de entradas, tendo

os equívocos sido corrigidos, juntando cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 10 a 12) e do livro Registro de Entradas (fls. 27 a 31), cujos valores foram informados na respectiva DPI (fls. 38).

A Presidência do Conselho Administrativo Tributário, examinando a documentação trazida ao processo, constatou a existência de erro de fato substancial que implica alteração total do lançamento procedido pelo Fisco, por meio do Despacho n° 1615/2010-CAT (fls. 41), admitiu o Pedido de Revisão Extraordinária.

Ante os documentos juntados (fls. 10 a 12, 27 a 31 e 38), o Despacho n° 1615/2010-CAT (fls. 41) e pelo fato de não subsistir pendência no Relatório Comparativo DPI/DPA com o SARE (fls. 37), não existir nele diferença de imposto a recolher, concluiu pela improcedência do lançamento.

Ante o exposto, conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 31 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: IMPOSTO DECLARADO EM DPI - Omissão do pagamento de imposto declarado em DPI (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03656/10

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: ICMS. Revisão Extraordinária. Omissão no recolhimento do imposto declarado na Declaração Periódica de Informação - DPI. Ilícito fiscal comprovado parcialmente. Procedente em parte. Decisão unânime.

A instrução parcial do processo, com provas inequívoca de erro de fato substancial, cujo recurso se enquadra na prescrição do art. 43 da Lei nº 16.469/2009, é acolhida pelo Conselho Pleno em instância única, oportunidade em que processo recebe decisão definitiva, visto a reforma do auto de infração em parte e a declaração da procedência da questão sobre a parte litigiosa do lançamento.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 30 de novembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração no valor de ICMS de R\$ 4.463,00 (quatro mil, quatrocentos e sessenta e três reais), referente ao mês de maio/2006, considerando o pagamento de fls. 35. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Washington Luis Freire de Oliveira, José Pereira D'abadia e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Revisão Extraordinária, apresentado com fundamento na alínea "a", inciso I, art. 43 da Lei nº 16.469/09, pelo qual a Gerência de Cobrança e Programas Especiais (GECOPE), indica a existência de vício de legalidade no processo em análise e requer deste Conselho Administrativo Tributário o pronunciamento final referente a recolhimento parcial do imposto em data anterior ao lançamento, em virtude de erro no preenchimento do DARE relativo ao período de 03/2006, conforme demonstra o relatório DPI/SARE. Com relação ao valor autuado em 05/2006, a planilha de fl. 35 demonstra que houve a quitação total do valor parcelado.

Mediante Despacho nº 2535/2010-CAT, fl. 38, o Presidente deste Conselho Administrativo Tributário admitiu o presente pedido, com o consequente

encaminhamento para apreciação por este Conselho Pleno, no entendimento de que:

"Pelo exame dos autos constata-se que restou demonstrado o vício de legalidade apontado no pedido de revisão extraordinária, uma vez que conforme se depreende da documentação acostada às fls. 31 a 35, o valor apontado como devido no período 03/2006 deixou de constar no relatório DPI/SARE, haja vista a correção do documento de arrecadação procedida pelo órgão competente da SEFAZ."

É o relatório.

DECISÃO

Sobre a discussão provocada pelo requerimento da Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP, a minha conclusão se harmonizou com a unanimidade dos Conselheiros presentes na sessão de julgamento, com a qual houve o consenso unânime da parcial procedência do auto de infração, visto que o saneamento do processo mostrou que parte do crédito tributário acha-se liquidado que, excluído do valor total exigido remanesce a parte litigiosa do processo administrativo tributário.

O requerente, à fl. 36, expôs que:

"E, 10 de Abril de 2006, houve, por parte do sujeito passivo, o recolhimento de ICMS consignado em DPI (Declaração Periódica de Informação) referente ao mês 03/2006, cujo o valor é de R\$2.493,70, porém indevidamente caracterizada, pois no DARE consta a referência ao mês 04/2006. A GIEF, por sua vez, atendeu o pedido do contribuinte e procedeu a correção para a referência 03/2006. Entretanto, a lavratura do Auto de infração supracitado foi em data posterior ao recolhimento da referida referência (03/2006), isto é, no dia 06 de Junho de 2006. Faz-se necessário informar que as referências apontadas no auto são: a do mês 03/2006 (recolhida antecipadamente à lavratura do auto) e a do mês 05/2006 objeto de parcelamento parcial. Informamos que o parcelamento parcial (nº 101704-7 de 11 de agosto de 2006) do auto de infração referente ao mês 05/2006 no valor de R\$ 4.463,00 encontra-se quitado."

No processo consta que o contribuinte quitou parte do crédito antes da lavratura do auto de infração, parcelou a parte litigiosa do lançamento tributário, documentos de fls. 31 a 35, e quitou o crédito fazendário no prazo certo, tanto que a GCOP o reconheceu ao pronunciar-se "que o parcelamento parcial (nº 101704-7 de 11 de agosto de 2006) do auto de infração referente ao mês 05/2006 no valor de R\$ 4.463,00, encontra-se quitado."

Da exposição registrada no parágrafo superior, evidenciei que o requerente, de forma parcial, instruiu o pedido de revisão extraordinária com prova inequívoca de que o litígio permanece sobre a parte que foi parcelada e que foi quitada de acordo com o pedido de parcelamento e que o contribuinte se acha quite com a Fazenda Pública Estadual, conforme registra o documento de fl. 35.

Ademais, o contribuinte reconheceu a exigência de parte do crédito ao proceder ao pedido de parcelamento do crédito, este quitado no curso do processo tributário, tanto que motivou o requerimento da GCOP, que formalizou o presente pedido de revisão extraordinária.

Com os fundamentos supra, finalizo a votação da discussão encadeada neste processo, para conhecer das razões do pedido de revisão extraordinária, dar-lhes parcial provimento para considerar procedente o auto de infração sobre o valor do ICMS no total de R\$ 4.463,00 (quatro mil, quatrocentos e sessenta e três reais), referente ao mês de maio de 2006 e, ainda, considerar o pagamento de fl. 35, para efeito de quitação do crédito tributário.

Sala das sessões plenárias, em 21 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Auditoria Específica de Mercadorias - omissão recolhimento ICMS (Inadmissibilidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01540/10

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: Preliminar. Recurso de decisão cameral unânime interposto sem comprovação dos requisitos exigidos. Inadmissibilidade. Decisão unânime.

Devem ser liminarmente inadmitidos pelo Conselho Pleno os recursos de decisão cameral unânime, quando não for comprovada a exigência de um dos requisitos previstos no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 11 de agosto de 2009, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pelo Conselheiro Relator, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, Célia Reis Di Rezende, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva, Luiz Honorio dos Santos e Sérgio Reis Crispim. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia e Walter de Oliveira.

RELATÓRIO

Acusação é de que realizou saída de mercadoria tributada sem emissão de documento fiscal, no período de 01/07/2004 a 31/12/2004, conforme auditoria específica de mercadorias, documentos em anexo. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 233.301,44 (duzentos e trinta e três mil, trezentos e um reais e quarenta e quatro centavos).

Foi colocado como solidário na lide [...], na qualidade de diretor presidente.

Foi anexado aos autos demonstrativos da auditoria (fls. 11 a 276).

As partes não manifestaram na fase singular, sendo lavrada a revelia de cada uma delas.

Após nova intimação, a empresa veio e trouxe suas razões através de peça defensiva. Da mesma forma agiu o solidário [...].

Decisão cameral foi pela procedência do auto de infração, tomada por unanimidade de votos. Também, da mesma forma, foram rejeitadas preliminares de exclusão de solidário e de cerceamento ao direito de defesa.

Corretamente intimadas as partes da decisão cameral, empresa veio novamente e trouxe seus argumentos. Foi feito pedido de admissibilidade do recurso vez que outros julgados sobre a mesma questão foram diferentes em seu teor. Foi feita juntada de decisão em processo de numeração 3027548431050. Porém, nesse caso, tratava-se de exigência de multa formal por descumprimento de obrigação acessória.

Pede-se novamente a exclusão do polo passivo da lide do solidário [...]. Julgados das câmaras também são referidos pela peça defensiva apresentada.

Por fim, existe questionamento do descabimento da multa que foi aplicada à empresa.

É o relatório.

DECISÃO

Em face da ausência, neste processo, dos requisitos legalmente exigidos para admissão de recurso pelo Conselho Pleno, impõe-se a inadmissibilidade do presente recurso.

De fato, a decisão recorrida foi tomada, na fase cameral, por unanimidade de votos e, não estando comprovada divergência jurisprudencial ou contrariedade a disposição expressa na Legislação Tributária Estadual ou a prova inconteste constante do processo, como prevê o art. 41, II, da Lei nº 16.469/09, abaixo transcrito, não cabe recurso para o Conselho Pleno:

“Art. 41. Cabe recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

[...]

II - unânime:

a) divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica;

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual;

2. prova inconteste, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão;

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

d) quando apresentada prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo.

§ 1º - Na hipótese do inciso II do caput, a parte deve, sem a qual o recurso deve ser liminarmente inadmitido:

I - juntar cópia do acórdão objeto da divergência ou a prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento;

II - demonstrar, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, ou a falsidade da prova.

Ante o exposto, voto inadmitindo liminarmente o recurso, por estar desprovido dos elementos legalmente exigidos para sua admissão por este Conselho Pleno.

V O T O V E N C I D O

Solicitei a elaboração deste voto vencido porque o meu entendimento divergiu da tese externada pelo autor do voto vencedor e se reporta à admissão do recurso oposto pelo Contribuinte ao Conselho Pleno, momento em que ele repete o seu questionamento quanto à exclusão do sujeito passivo solidário da lide e instrui a peça defensiva com decisões divergentes que foram aprovadas pela Câmara Julgadora e pelo Conselho Pleno deste egrégio Conselho Administrativo Tributário.

Exponho a minha convicção de voto vencido na certeza de que ela será objeto de discussão e de reflexão para as conclusões dos Conselheiros que votaram pelo acolhimento da preliminar de inadmissibilidade do presente recurso e que poderá refletir em processos semelhantes a serem decididos nesta Casa.

Analisei a formalização do presente processo e observei que o contribuinte instruiu o seu recurso ao Conselho Pleno de acordo com o artigo 41, inciso II da Lei nº 16.469/2009, visto que indicou várias decisões divergentes na instrução do seu recurso, que comento:

A inclusão do voto do processo nº 3 0275484 310 50, realmente a indicação do polo passivo solidário aconteceu sobre a exigência de multa formal, a qual foi adveio de auditoria comparativa entre arquivos magnéticos copiados e autenticados e lançamentos efetuados nos livros fiscais, cujo resultado acusou omissão no registro de saída de mercadorias não tributadas, que, de acordo com a proporcionalidade calculada, a fiscalização propôs a exigência do recolhimento da pena pecuniária prescrita em lei.

A outra comprovação divergente aconteceu na indicação do processo originário nº 3 0133184 120 45 em que a fiscalização acusa o contribuinte de omissão no registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, pelas operações posteriores, acresce o respectivo índice de valor agregado – IVA e na Auditoria Específica de Mercadorias apura o valor de imposto

devido. E na condição de solidária, reclama o ICMS devido, acrescido das cominações legais.

A decisão desta autuação se efetivou, por maioria de votos, com a exclusão da solidariedade passiva da lide e, no mérito, por maioria de votos, houve a declaração da improcedência do auto de infração.

Finalmente, o processo originário 3 0110271 043 80 trata-se de aproveitamento indevido de crédito formalizou a exigência do ICMS, acrescido da multa e demais cominações legais, por ter escriturado indevidamente crédito do imposto no livro de Registro de Entradas de Mercadorias. O crédito estornado refere-se a ICMS destacado nos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga - CTCs, que acobertaram as prestações de serviço de transporte das transferências de mercadorias não tributadas pelo imposto.

Neste feito, houve a exclusão do polo passivo solidário da lide e a decisão do mérito resultou a declaração da procedência do auto de infração por maioria de votos.

Portanto, entendo que o recurso do contribuinte, oposto ao Conselho Pleno, acordou com o artigo 41, inciso II da Lei nº 16.469/2009, pois ele carrou para a instrução da peça de defesa várias decisões divergentes, as quais foram assinaladas nos parágrafos volvidos.

Com estas observações, vejo que a inadmissibilidade do recurso do contribuinte pelo Conselho Pleno, sob o critério de que o recorrente não cumpriu os requisitos previstos no art. 41, inciso II da Lei nº 16.469/2009, peca pelo excesso de zelo do devido processo legal, critério esse que foi motivo de acolhimento e decisão o que demonstra superação desta obrigatoriedade em outros processos administrativos tributários já julgados neste Conselho Administrativo Tributário.

Observei que a sua recusa e o entendimento de que o autuado não atendeu aos requisitos legais, mencionados nas linhas passadas, macula o objetivo defensivo deste processo e contradiz os efetivos julgamentos anteriores, que mencionados e transcritos na instrução do recurso do contribuinte não foram considerados para efeito de avaliação desta questão.

Conforme se infere, todas as decisões contrárias que ilustraram o recurso do contribuinte para o Conselho Pleno referiam-se a diversos assuntos punitivos aos sujeitos passivos, são divergentes e todas os sujeitos passivos solidários foram excluídos da relação processual.

Portanto, do impulso dos autos, conclui que o recorrente trouxe para a instrução do seu recurso as contraprovas divergentes das decisões proferidas pelas Câmaras Julgadoras deste egrégio Conselho e atendeu às determinações do artigo 41, inciso II da Lei nº 16.469/2009, que transcrevo:

“Art. 41. Cabe recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

(...)

II - unânime:

a) divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica;

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual;

2. prova inconteste, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão;

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

d) quando apresentada prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo.

§ 1º Na hipótese do inciso II do caput, a parte deve, sem a qual o recurso deve ser liminarmente inadmitido:

I - juntar cópia do acórdão objeto da divergência ou a prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento;

II - demonstrar, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, ou a falsidade da prova.”

Como se observa, na transcrição da letra da lei processual supra, há legalidade no procedimento do sujeito passivo ao recorrer da decisão cameral unânime para o Conselho Pleno, tanto que não só indicou como também juntou cópias das decisões divergentes proferidas entre as Câmaras Julgadoras e o Conselho Pleno deste Conselho Administrativo Tributário, o que me motiva a concluir que o recurso trouxe matéria divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica, conforme texto legal transcrito no parágrafo precedente.

Em face a esta exposição, concluo o meu voto com o conhecimento das razões do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno e rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do presente recurso, arguida pelo Conselheiro Relator, vez que o admito por entender que ele se enquadra na regras da legislação processual transcrito nas linhas volvidas.

Sala das sessões plenárias, em 15 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Falta de entrega de arquivo magnético (Inadmissibilidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01966/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: I - Preliminar. Inadmissibilidade do recurso interposto pela empresa autuada. Acolhida. Decisão não unânime.

Deve ser inadmitido o recurso quando a empresa autuada não comprovar a ocorrência das hipóteses de admissibilidade previstas no inciso II, do art. 41, da Lei nº 16.469/09.

II - Preliminar. Decadência. Rejeitada. Decisão não unânime.

Deve ser rejeitada a preliminar de decadência quando ficar comprovado nos autos que a empresa autuada foi intimada da lavratura do auto de infração antes de decorrido o prazo decadencial de 5 (cinco) anos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 15 de dezembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de admissibilidade, em relação a aplicação previsto no § 8º do art. 71 do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, Gustavo Alberto Izac Pinto, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e José Luiz Rosa. E, por maioria de votos, aplicar o benefício previsto no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, Gustavo Alberto Izac Pinto, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e José Luiz Rosa. Vencido o Conselheiro Domingos Caruso Neto. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência do lançamento, arguida pela Advogada da autuada em sua manifestação oral. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, Gustavo Alberto Izac Pinto, Nivaldo Carvelo

Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim e José Luiz Rosa que votaram pela decadência parcial. Quanto ao mérito, por maioria de votos, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pelo Conselheiro Relator, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, Gustavo Alberto Izac Pinto, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

Neste processo o fisco acusa o sujeito passivo de ter deixado de entregar à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás os arquivos magnéticos contendo o registro fiscal de todas as operações efetuadas nos meses de janeiro a dezembro de 2002, ficando em consequência, sujeito ao pagamento de multa formal no valor de R\$ 859,38 (oitocentos e cinquenta e nove reais e trinta e oito centavos), por arquivo, totalizando R\$ 10.312,56 (dez mil, trezentos e doze reais e cinquenta e seis centavos).

Foram indicados como infringidos o artigo 55, inciso II e artigo 64, ambos da Lei n 11.651/91 em combinação com o artigo 30 da Instrução Normativa nº 389/99-GSF.

Foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso XXI, alínea "b", da Lei nº 11.651/91, com redação da Lei nº 14.058/01.

Após a revelia, comparece ao feito o sujeito passivo para impugnar o auto de infração em Segunda Instância. Argumenta que em função da mudança de seu programa comercial/gerencial, ocorreu a perda de informações que permitiam a geração dos arquivos magnéticos, ficando, portanto, impedida de apresentá-los e requer a improcedência do feito.

Em sessão realizada no dia 05/12/07, a Quarta Câmara Julgadora determinou a intimação da empresa autuada para comprovar a entrega dos arquivos porém, esta ficou-se silente.

Decisão cameral de 28/03/08, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento e por maioria de votos deixou de aplicar os benefícios do §8º do artigo 71 da Lei nº 11.651/91.

Inconformada, a empresa autuada interpôs recurso para o Conselho Pleno de fls. 43 a 46, para reafirmar que em decorrência da mudança do programa gerencial ficou impossibilitada de apresentar os arquivos e reitera o pedido da inicial.

É o relatório.

DECISÃO

A interposição de recurso ao Conselho Pleno quanto as decisões camerais unânimes, está regulada no inciso II, do art. 41, da Lei nº 16.469/09, que regula o Processo Administrativo Tributário. Vejamos:

“Art. 41. Cabe recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

[...]

II - unânime:

a) divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica;

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual;

2. prova inconteste, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão;

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

d) quando apresentada prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo.

§ 1º Na hipótese do inciso II do caput, a parte deve, sem a qual o recurso deve ser liminarmente inadmitido:

I - juntar cópia do acórdão objeto da divergência ou a prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento;

II - demonstrar, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, ou a falsidade da prova.” [destaque nosso]

No caso vertente, observa-se que a decisão cameral quanto ao mérito, foi unânime, ocorrendo divergência apenas quanto à aplicação da redução de 50% (cinquenta por cento), na multa, prevista no § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91.

A empresa autuada não demonstrou a ocorrência de nenhuma das hipóteses de admissibilidade do recurso para apreciação do mérito.

O mesmo não ocorre em relação à aplicação do § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91, tendo em vista que o predomina no âmbito do Conselho Administrativo Tributário o entendimento no sentido de aplicar o redutor na multa nas infrações relacionadas à falta de apresentação de arquivo magnético.

Assim, entendo que o recurso da empresa autuada deve ser admitido somente para reformar a decisão cameral na parte em que deixou de aplicar a redução de 50% (cinquenta por cento), na multa.

Entendo que não ocorreu a decadência alegada pela defesa na sessão de julgamento, tendo em vista que a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos de iniciar-se no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, no dia 1º de janeiro de 2003, encerrando, de pleno direito no dia 31/12/07.

Posto isso, rejeito a preliminar de decadência, tendo em vista que a intimação do auto de infração ocorreu no dia 22/05/07.

À conta do exposto, arguo e acolho a preliminar de inadmissibilidade do recurso interposto pela empresa autuada, quanto ao mérito, admitindo-o, no entanto, em relação a aplicação do § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91.

VOTO VENCIDO

Não obstante tenha sido voto vencido quanto à preliminar de decadência parcial do crédito tributário, arguida em preleção oral nesta ocasião, pela douta advogada do sujeito passivo, manifesto-me pelo seu inteiro acolhimento.

De fato, a autuação decorre da falta de entrega de arquivos magnéticos no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2002 e o conseqüente ato administrativo que lhe deu origem foi lavrado em 06/06/2007. Ora, nobres conselheiros, ao sujeito passivo foi imputado o regime da substituição tributária pelas operações posteriores, o que significa tratar de lançamento por homologação. Assim, toda vez em que adquire mercadorias para revenda, a correspondente nota fiscal já traz destacado o ICMS correspondente às operações futuras de modo que a contagem do prazo decadencial se dá nos termos do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito, e não conforme o inciso I, do artigo 173 do mesmo Diploma Legal, *verbatim*:

“Art.150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§4º. Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação.”

Nestes moldes, considerando-se que a intimação do sujeito passivo deu-se em 22/05/2007, configurada está a decadência parcial do crédito tributário relativa ao fato gerador ocorrido no período que medeia entre janeiro e abril de 2002, inclusive.

Ademais, o caso em tela trata de descumprimento de obrigação acessória, que no contexto da boa lógica jurídica, decorre sempre de obrigação principal. Clamo à vossa razão e memória, doutos colegas, para que se lembrem de que em sendo a obrigação principal sempre homologatória e prevista em lei, tal não ocorre com a obrigação acessória pois a lei é omissa. A questão é tratada no artigo 112 e seus incisos I, II e III, todos do Código Tributário Nacional, os quais transcrevo abaixo, *in verbis*:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação do fato legal

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade.”

Assim, é de se entender que, em sendo a obrigação principal homologatória e não declaratória, como faz crer o voto vencedor e não tendo havido, dolo, fraude ou simulação, pois nada há nos autos que possa comprová-los e, tendo ainda sido lhe concedida a forma qualificada do § 8º do artigo 71 do Código Tributário Estadual (abaixo transcrita), estou plenamente convencido de que ao fato gerador em tela deve-se aplicar subsidiariamente o § 4º do artigo 150 do CNT, já que há omissão da lei quanto à obrigação acessória. Em tempo, assinala a forma qualificada do § 8º do artigo 71, *in verbis*:

“§ 8º - Quando da prática das irregularidades descritas neste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento do imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.”

Ademais, devo dizer que a legislação tributária estadual, à época do fato imponible, determinava que o prazo para entrega dos arquivos era o do último dia útil do mês subsequente. Caso o sujeito passivo não o cumprisse, poderia ser atuado pelo fisco já a partir do primeiro dia útil do mês seguinte ao término do prazo. Se não o fizesse dentro dos cinco anos seguintes àquela data estaria caracterizada a decadência.

Face ao exposto e, com a devida vênia de meus pares, entendo ter ocorrido o instituto da decadência do crédito tributário relativo ao fato gerador ocorrido no período de janeiro a abril de 2002, motivo pelo qual voto pela procedência parcial do auto de infração no valor de R\$ 5.156,28, (cinco mil, cento e cinquenta e seis reais e vinte e oito centavos), relativo aos meses de maio a dezembro de 2002.

Em tempo, fui voto vencido por não acolher a preliminar de nulidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pelo douto relator, que entendeu não estar a peça recursal em consonância com o disposto no artigo 41, inciso II, da Lei nº 16.469/09. Embora discorde da tese sustentada pelo ilustre Conselheiro Relator,

deixo de me manifestar sobre a questão. Quanto aos demais quesitos, ratifico o voto vencedor.

A interposição de recurso para o Conselho Pleno quanto às decisões camerais unânimes, está regulada pelo inciso II, do artigo 41 da Lei nº 16.469/09, que regula o Processo Administrativo Tributário. Vejamos:

“Art. 41. Cabe recurso par o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

I – não unânime;

II – unânime:

a) divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica.

b) Inequivocamente contrária à:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual:

2. prova inconteste, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão:

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

d) quando apresentada prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo

§ 1º Na hipótese do inciso II, do caput, a parte deve, sem a qual o recurso deve ser liminarmente admitido;

I – juntar cópia do acórdão objeto da divergência ou a prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento;

II – demonstrar, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, ou a falsidade da prova.”

No caso vertente, observa-se que a decisão cameral quanto ao mérito foi unânime, ocorrendo divergência apenas quanto à aplicação da redução de 50% (cinquenta por cento) na multa, prevista no § 8º do artigo 71 da Lei nº 11.651/91.

A empresa autuada não demonstrou a ocorrência de nenhuma das hipóteses de admissibilidade do recurso para a apreciação do mérito.

O mesmo não ocorre em relação à aplicação do § 8º do artigo 71 da Lei nº 11.651/91, tendo em vista que predomina no âmbito do Conselho Administrativo Tributário, o entendimento no sentido de aplicar o redutor na multa nas infrações relacionadas à falta de apresentação de arquivo magnético.

Assim, entendo que o recurso do contribuinte deve ser admitido somente para reformar a decisão cameral na parte em que deixou de aplicar a redução de 50% (cinquenta por cento) na multa.

Entendo que houve ocorreu a decadência alegada pela defesa na sessão de julgamento, tendo em vista que a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos se dá nos termos do artigo 150, § 4º do CTN.

Sala das sessões plenárias, em 15 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Omissão recolhimento do ICMS - Substituição Tributária (Inadmissibilidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02080/10

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: *Processual. Acolhidas as preliminares de reinclusão do sujeito passivo solidário na lide, oposto pela Fazenda Pública Estadual. Decisão não unânime, e de inadmissibilidade do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, arguida pelo Conselheiro Relator. Decisão unânime.*

O recurso oposto por quem de direito ao Conselho Pleno, resultante de decisão unânime, destituído da prova da divergência, ou com ausência da demonstração de decisão contrária à letra da lei tributária ou da prova instrutória da defesa, fase cameral, é inadmitido liminarmente. (Art. 41, inciso II da Lei nº 16.469/2009).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 02 de março de 2010, decidiu, por maioria de votos, acatar a preliminar de reinclusão do sujeito passivo solidário [...] na lide, arguida pela Representação Fazendária. Foram vencedores os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia e Sérgio Reis Crispim. Quanto ao mérito, por votação unânime, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pelo Conselheiro Relator, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

Sob a acusação fiscal de o sujeito passivo deixou "de pagar, no prazo legal, o ICMS da substituição tributária pelas operações posteriores pela aquisição de mercadorias proveniente de outra unidade da Federação, conforme cópia das notas fiscais anexo." Em consequência, desse ato, a fiscalização exige o

recolhimento do imposto com os acréscimos legais, conforme fundamentação contida na peça basilar.

A infração descrita corresponde aos arts. 51, § 3º e 63 da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 32 do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97 e art. 5º da Instrução Normativa nº 428/00-GSF.

Em seguida, a autoridade fazendária propôs a penalidade de acordo com a prescrição do art. 71, inciso III, alínea "a" do CTE.

Um dos sócios da pessoa jurídica foi indicado no polo passivo solidário da lide, documento de fl. 03.

Os documentos de fls. 04 a 27 instruem o trabalho da autoridade fiscal.

O sujeito passivo impugna o lançamento tributário e alega que recolheu o ICMS relativo à substituição tributária pelas operações posteriores das mercadorias adquiridas no mercado interestadual e discriminadas nas notas fiscais listadas no trabalho da autoridade fiscal e comprova o alegado com a juntada dos Documentos de Arrecadação de fls. 37 a 47.

Para finalizar a tese impugnatória, requereu a improcedência do auto de infração.

O Termo de Revelia de fl. 32, assinala a ausência do sujeito passivo solidário na primeira fase de defesa do processo fiscal.

O julgador singular, depois de avaliar a tese e os documentos impugnante e de considerar os recolhimentos efetivamente comprovados pelos documentos supramencionados, julga procedente o auto de infração em parte, visto o entendimento de que o contribuinte é devedor do remanescente do crédito no valor de R\$9.187,65 (nove mil, cento e oitenta e sete reais e sessenta e cinco centavos).

No recurso voluntário o atuado ratificou a fundamentação impugnatória e requereu a improcedência do auto de infração.

A Câmara Julgadora examina a formalização do processo e confirma a decisão singular depois de excluir da lide a parte passiva solidária.

O Representante da Fazenda Pública no Conselho Administrativo Tributário discorda da exclusão do polo passivo solidário da lide, opõe recurso para o Conselho Pleno e requer a reforma da decisão recorrida para que se proceda a reinclusão do contribuinte identificado como solidário da relação processual.

A contradita do sujeito passivo apenas limitou a ratificar os argumentos defensórios anteriores, inclusive, requereu a improcedência do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

Início o discurso deste voto com os comentários da votação majoritária, da qual foi voto vencedor o Conselheiro Domingos Caruso Neto, sobre a reinclusão do sujeito passivo solidário da lide, questionado pelo Representante da Fazenda Pública Estadual, cuja prescrição do art. 45, inciso XII da Lei nº 11.651/91, no entendimento externado pelo recorrente, ampara a indicação da polaridade passiva solidária na relação processual.

Entretanto, o meu entendimento, comungado pela maioria dos pares que me acompanharam, conserva a conclusão externada em processos semelhantes, de que os sócios, os acionistas, os administradores, etc., não podem ser responsabilizados solidariamente por infração tributária, tal como sentenciou o Superior Tribunal de Justiça em recursos transitados em julgados naquela egrégia Corte.

Quanto ao mérito da autuação e motivador do entendimento de ele não sintoniza com os ensinamentos contidos na Lei nº 14.469/2009, redijo os seguintes convencimentos:

Diante da ausência de contraprovas na impugnação do autuado a Câmara Julgadora, por unanimidade de votos, decide a ação pela confirmação da decisão singular e julgou procedente o auto de infração em parte e ementou:

"ICMS. Obrigação principal. Exigência de ICMS-ST na aquisição interestadual de mercadorias. Procedência parcial. Decisão unânime.

O adimplemento tempestivo de parte da obrigação fiscal lançada em auto de infração implica na declaração parcial deste instrumento."

Entretanto, a base do aceite do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno esteia na redação do art. 41 da Lei nº 16.469/2009, que determina:

"Art. 41. Cabe recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

[...]

II - unânime:

a) divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica;

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual;

2. prova inconteste, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão;

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

d) quando apresentada prova incontestada cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo.

§ 1º Na hipótese do inciso II do caput, a parte deve, sem a qual o recurso deve ser liminarmente inadmitido:

I - juntar cópia do acórdão objeto da divergência ou a prova incontestada cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento;

II - demonstrar, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, ou a falsidade da prova." (Texto original grifado).

Comparei as razões do recurso com a redação do artigo supracitado e vejo que o recorrente não atendeu ao seu disposto, pois ele deixou de carrear ao processo a cópia do acórdão, objeto da divergência e contribuiu para a inadmissibilidade do seu recurso. Em face do ocorrido, o processo tem o seu fim administrativo determinado pela legislação, porém sem o julgamento do mérito da ação.

Ademais, a matéria discutida neste volume trata-se de decisão cameral unânime, o recorrente requer a reforma da decisão cameral e a declaração da improcedência do auto de infração, sem contudo carrear para a instrução do seu recurso as provas contraditórias ao lançamento inaugural deste volume. A sua tese é uma repetição dos argumentos despendidos nas fases defensórias anteriores.

A faculdade do recurso ao Conselho Pleno, prescrita no artigo transcrito nas linhas anteriores, não ampara a tese esposada, se a decisão cameral for unânime e não constar da instrução do recurso a divergência das decisões proferidas entre as Câmara Julgadoras, não reformadas pelo Conselho Pleno e/ou decisões aprovadas pelo Conselho Pleno em situações idênticas.

A formalização deste processo foi analisada e discutida na sessão plenária de julgamento do processo, onde a conclusão de inadmissibilidade do recurso firmou-se com o consenso unânime dos Conselheiros presentes.

Ante as condições estabelecidas, e estando a inicial fora dos parâmetros do artigo transcrito no parágrafo anterior, arguo e acolho a preliminar de inadmissibilidade do recurso do contribuinte, oposto ao Conselho Pleno sem as observâncias das normas processuais transcritas nas linhas pretéritas deste voto.

Sala das sessões plenárias, em 20 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Transporte de mercadoria com DANFE inidôneo (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01003/10

Relator: Conselheira Eliene Mendes de Oliveira Feitosa

EMENTA: 1 - Processual. Nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa. Preliminares rejeitadas por unanimidade.

1 - Inocorrendo nos autos quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 20 da Lei nº 16.464/09, mister se faz rejeitar a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo.

Processual. Exclusão do solidário da lide. Obrigação principal. Preliminar acolhida por unanimidade.

2 - Exclui-se da lide o solidário quando não atendidos os requisitos do inciso XII, do artigo 45 do Código Tributário Estadual.

3 - ICMS. Obrigação principal. Mercadoria acobertada por nota fiscal inidônea. Procedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que o sujeito passivo promoveu a entrega de mercadoria a destinatário diverso daquele descrito no documento fiscal, mister se faz proceder o lançamento de ofício.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 11 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, argüidas pela atuada, sendo, a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Aldeci de Souza Flor. E, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de exclusão da lide da Solidária Petróleo Brasileiro S/A - Palmas - TO. Participaram do julgamento os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Aldeci de Souza Flor. Quanto ao mérito, também por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, com a manutenção na lide da [...] Palmas - TO. Participaram do julgamento os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Em 8 de junho de 2008, as autoridades fiscais lavraram o auto de infração, formalizando a exigência do ICMS no valor de R\$ 10.800,91 (dez mil, oitocentos reais e noventa e um centavos), juntamente com multa e demais cominações legais, pelo fato do contribuinte epigrafado efetuar o transporte de mercadoria (asfalto diluído CM 30) acompanhada pelo documento auxiliar da Nota Fiscal eletrônica n° 08837, considerado inidôneo, pelo fato de que a mercadoria será entregue a destinatário diverso daquele descrito no documento fiscal.

Identificadas como sujeito passivo solidário as pessoa jurídicas [...] e [...] (filial do contribuinte autuado), aquela na condição de remetente do produto, esta na condição de destinatária da mercadoria.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, 1ª via do Termo de Apreensão n° 1100106192-9 (fls. 7), cópia do DANFE da NF-e n° 08837 (fls. 10) e declaração do motorista (fls. 11), de que foi orientado pela empresas envolvidas na operação a entrega a mercadoria na filia de Goianira - GO.

Juntou-se ainda espelho cadastral (fls. 13), cópias do certificado de registro e licenciamento de veículo e da CNH do motorista e da Nota Fiscal Avulsa n° 573.749 (fls. 14 e 16).

A [...], e a [...], comparecem ao processo apresentando impugnação em Primeira Instância (fls. 28 a 31 e 48 a 61, respectivamente).

O sujeito passivo direto pede a improcedência do lançamento, alegando erro na emissão do referido documento fiscal, porém ausentes os vícios formais que implicariam na sua inidoneidade.

Afirma que a mercadoria efetivamente era destinada à filial de Goianira - GO, tendo ela recebido o produto, porém, na nota fiscal consta como destinatária a filial de Paulínia - SP, que não escriturou a aludida NF , conforme faz prova o livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 41 a 47).

Questiona a aplicação do IVA de 35%, por não haver fundamento legal, devendo ser excluído da autuação.

Nota a existência de contradição no termo de apreensão, sendo completamente inseguro de informações completas e verdadeiras, o que fulmina de nulidade o presente auto de infração.

Caso não seja deferidos os pedidos anteriores, declarada a procedência da autuação, pede a alteração da penalidade proposta para a prevista no art. 71, X, "b" do CTE, com a aplicação do § 8º do mesmo artigo.

A solidária pede em preliminar o seu afastamento da lide, alegando ser parte ilegítima, porque a venda do produto foi feita com a cláusula FOB, indicando que a responsabilidade é do transportador.

Ainda em preliminar pede a nulidade do auto de infração, relacionando a hipótese de cerceamento do direito de defesa.

Caso não sejam deferidos os pedidos anteriores, pede a redução da multa para o percentual de 20% a 30%, do valor do tributo exigido, conforme entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões das defesas apresentadas, decide pela procedência do lançamento, inclusive mantendo na lide os solidários, consoante a Sentença nº 6757/09-JULP (fls. 70 a 74).

A [...], e a [...], inconformadas com a decisão singular, comparecem ao processo apresentando recurso voluntário (fls. 80 a 83 e 84 a 103, respectivamente).

O sujeito passivo principal formula pedidos e argumentos idênticos aos formulados na impugnação apresentada (fls. 28 a 31), expostos em linhas anteriores.

A solidária, reitera pedidos e argumentos iniciais bem como argumenta que se há obrigação tributária a ser cumprida em relação ao sujeito ativo, esta decorre do diferencial de alíquotas a ser suportado pelo adquirente e não pela Petrobrás e questiona o cálculo do crédito tributário.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e, de plano, rejeito as preliminares de nulidade por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo. Tenho convicção que não existe qualquer ato praticado neste procedimento administrativo fiscal que lhe pudesse ameaçar de anulação, pois a constituição de crédito foi efetuada por autoridade fiscal competente para tal, segura está a determinação da infração, corretamente identificado o fato gerador, com plena e inequívoca sustentação legal, corretamente também encontra-se identificado o sujeito passivo, assim como a base de cálculo e alíquota aplicáveis, e finalmente, nos autos encontra-se toda a documentação que lhes deu origem à disposição do sujeito passivo, para que pudesse ele exercer seu amplo direito constitucional de defesa.

Ademais, é incontroverso que a aplicação do IVA de 35%, quando do cálculo da base de cálculo da presente autuação, encontra amparo legal no Apêndice II, item 7/6, do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97. Igualmente, não vislumbro reparos a fazer nos dados constantes do Termo de Apreensão de fls. 07, devendo ser observado que a matriz da impugnante, localizada em Palmas, no Estado do Tocantins, figurou no campo “transportador ou possuidor”, por ser a proprietária do veículo que transportava as mercadorias, conforme comprovado através do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos de fls. 14. Ante o

exposto, é de se entender que a arquitetura do crédito tributário ora em tela está em perfeita sintonia com o ordenamento jurídico-tributário brasileiro.

Outrossim, dou guarida à preliminar de exclusão do coobrigado [...], situado no Município de Palmas, Estado do Tocantins, arguida pelo solidário, por entender que não concorreu com atos ou omissões para a prática de infração à legislação tributária goiana. De fato, verifico que as informações relativas à Nota Fiscal em análise não foram apreciadas ou mesmo esclarecidas pelo juízo singular. Ademais, razão assiste ao solidário ao afirmar e provar que o transporte corria por conta do destinatário, caracterizando-se venda FOB, conforme atesta o documento de fl.10, cuja indicação exata do local em que esta informação pode ser visualizada foi demonstrada nos documentos juntados pela recorrente em primeira instância. Vez que o frete corria por conta do destinatário considero que o solidário não deve responder pela infração detectada no transporte, motivo pelo qual entendo que não deve integrar a lide.

No mérito, considero que o feito deve seguir adiante. De fato, o sujeito passivo nada traz aos autos que possa ilidir a pretensão fiscal inicial. Melhor faria se tivesse apresentado toda a documentação pertinente aos registros contábeis e documentação fiscal idônea afim de desconstituir o crédito tributário ora apreciado. Ao remeter a mercadoria discriminada na nota fiscal a destinatário diverso do constante no documento fiscal, o sujeito passivo incidiu nos dispositivos do artigo 66, em concomitância com o artigo 67, inciso I, ambos da Lei nº 11.651/91. Portanto, tal qual o julgador singular, vejo como correta a ação dos autores do procedimento ao considerarem inidôneo o DANFE em questão, que destina asfalto diluído com destino a empresa localizada em Paulínia (SP), mas efetivamente entregue na cidade de Goianira (GO), fato este reconhecido pelo próprio sujeito passivo, motivo pelo qual conheço do recurso, nego-lhe provimento para manter a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Quanto à solidária [...], situada no Município de Palmas, Estado do Tocantins, mantenho-a na lide por entender que seus atos concorreram para a prática de infração à legislação tributária, nos termos do inciso I, do artigo 45, do Código Tributário Estadual.

Sala das sessões, em 30 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea (improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00596/10

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária principal. Nota Fiscal inidônea. Mercadorias transportadas diferentes das relacionadas no documento fiscal. Improcedência. Decisão unânime.

1. A inidoneidade declarada em relação a Nota Fiscal poderá ser afastada, mediante processo administrativo tributário, em que o sujeito passivo comprove, de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento, total ou parcial do imposto. (artigo 68, CTE);

2. Comprovado, nos termos do artigo 68, do Código Tributário Estadual, a inexistência de inidoneidade do documento fiscal, o lançamento nela alicerçado deve ser considerado improcedente.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de outubro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT em relação à preliminar de nulidade da peça básica, levantada pela autuada, e, no mérito, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa.

RELATÓRIO

Extraí-se, da análise do presente processo, que o Fisco, em 30 de março de 2009, consoante historiado na peça vestibular, impõe ao contribuinte acima identificado, a cobrança do imposto no valor de R\$ 12.814,60 (doze mil, oitocentos e quatorze reais e sessenta centavos), em razão de transportar mercadorias no valor comercial de R\$ 75.380,00 (setenta e cinco mil, trezentos e oitenta reais), acompanhada pela Nota Fiscal n.º 12369, considerada inidônea em razão da mercadoria descrita no documento fiscal não corresponder à constatada pela fiscalização, conforme Termo de Apreensão anexo.

Às fls. 04, inseriu-se uma descrição complementar da ocorrência, que, na sua parte final, destacou: “[...] o que se infere perfeitamente na situação acima narrada é que a descrição escolhida pelo remetente claramente não condiz com as mercadorias que estavam, de fato, sendo transportadas, o que, além de dificultar uma real e efetiva fiscalização, torna assim inidônea a nota que aqui está sendo discutida.”

Juntou-se ao processo, dentre outros documentos: o Termo de Apreensão; cópia do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas; as primeiras vias das Notas Fiscais n.ºs 12369 e 12370; e, o Demonstrativo do Cálculo, fls. 06, 07, 08, 09 e 22.

Foram indicados como infringidos os artigos 45, XIII, 66 e 67, VI, da Lei n.º 11.651/91, c/c o artigo 163, IV, “b”, do Decreto n.º 4.852/97, propondo como penalidade a prevista no artigo 71, inciso VII, alínea “i”, e § 9.º, inciso I, do CTE, com redação da Lei 15.505/05.

Qualificou como responsável solidário o destinatário das mercadorias, [...].

Regularmente intimado, o sujeito passivo direto não comparece ao feito, propiciando a lavratura do Termo de Revelia de fls. 29.

Também intimado, o responsável solidário, protocola impugnação junto à Primeira Instância, defensório de fls. 31/37, no qual alega: *“que adquiriu em 04 de março de 2.009, da empresa [...], situada em Maringá – PR, conforme se extrai da Nota Fiscal n.º 098498 (doc. 01) a mercadoria discriminada como FIO NE 24/1 100% ALGODÃO (MALHARIA), tendo o referido produto sido remetido para industrialização na empresa [...], situada no município de Gaspar – SC.”*

Continua: *“Após proceder a respectiva industrialização, a Empresa [...], emitiu para a impugnante, respectivamente, os seguintes documentos fiscais: Notas Fiscais de INDUSTRIALIZAÇÃO EFETUADA PARA [...] de n.º 12.370 (doc. 02) e a Nota Fiscal de RETORNO DA MERCADORIA UTILIZADA NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO, de n.º 12.369 (doc. 03), demonstrando assim a plena regularidade de operação mercantil em comento.”*

Emenda: *“Do exposto acima, ilustre julgador, resta esclarecida a natureza da operação realizada pela impugnante, demonstrando que todo o procedimento consistente na aquisição da matéria prima, remessa para industrialização e subseqüente retorno do produto industrializado ocorreu com a cobertura de documentos fiscais idôneos, tendo sido observadas orientações normativas contidas na legislação tributária estadual. Dúvidas não há, de que houve a emissão das notas fiscais exigidas para acobertar as operações realizadas, não havendo que se inquirir de nulidade a Nota Fiscal n.º 12.369, considerando que a acusação fiscal de inidoneidade do referido documento fiscal, conforme se demonstrará abaixo, não encontra respaldo em nenhum dos incisos do art. 67 da 11.651/91 (CTE).”*

Após, faz um breve relato dos fatos que motivaram a autuação. Diz que em contato com a autoridade fiscal, no Posto Fiscal JK – de Itumbiara, a mesma justificou o procedimento fiscal com o seguinte argumento: *“Nunca vi roupas sendo comercializadas por quilo, isto é ilegal, este tipo de mercadoria deve ser comercializada por peças”*. Informa que explicou à referida autoridade fiscal que a prática mercantil descrita no documento fiscal é, há muito tempo, utilizada pelos comerciantes Catarinenses e Goianos, como se percebe nas notas da impugnante

de n.º 0007481 (de 01/04/08) e n.º 0008023 (de 14/01/09) (doc. 04 e 05), aqui anexadas, bem como as guias de pagamento de aferição das balanças existentes nas lojas da impugnante, feito pelo Inmetro nos anos de 2.006 e 2.005 (doc. 06), e também do ano de 2.007 (doc. 07), este acompanhado dos relatórios de verificação metrológica de 5 (cinco) balanças utilizadas pela impugnante (doc. 08, 09 e 10), o que confirma a comercialização deste produto por quilograma de longa data, não havendo um preceito normativo na legislação tributária do Estado de Goiás que imponha qualquer tipo de vedação a tal prática mercantil.”

Conclui: *“Em seguida expusemos ao auditor fiscal que a referida Nota Fiscal n.º 12.369, encontrava-se perfeitamente em consonância com o que dispõe a legislação tributária estadual, e não havia no referido documento nenhum dos vícios elencados no Art. 67 da Lei 11.651/91. Trata-se a mercadoria, objeto da autuação, de Roupas Confeccionadas (conforme especificado na nota fiscal) e o peso estampado na Nota Fiscal n.º 12.369, correspondia fielmente ao das mercadorias apreendidas, portanto, sem qualquer fundamento a respectiva apreensão. Todavia, de forma afoita e sem compreender a natureza da operação em tela, acabou por lavrar o auto de infração ora questionado.”* (grifos no original).

Argui, ao final, preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, em razão da inexistência nos autos da origem dos valores utilizados para fins de fixação da base de cálculo. Assevera: *“O Auditor Fiscal fixou uma Base de Cálculo utilizando valores que não se tem a mínima ideia de onde foram extraídos, não havendo nos autos qualquer documento que corrobore a quantificação da base de cálculo feita pelo autuante.”*

Pugna, assim, pela improcedência do lançamento.

O julgador singular não acolhe a preliminar suscitada pelo sujeito passivo. No mérito, por entender que operação relativa pela impugnante, não cumpriu, fielmente, a norma tributária prescrita no artigo 33, do Anexo XII, do Decreto 4.852/97, julga procedente o auto de infração, destacando que a inidoneidade do documento fiscal ocorre em virtude do inciso VI, do artigo 67, do Código Tributário Estadual.

Intimado, o sujeito passivo direto não comparece ao processo, razão pela qual é lavrado o Termo de Perempção de fls. 65.

O responsável solidário, intimado da decisão monocrápica, interpõe Recurso Voluntário, evocando os mesmos argumentos já declinados anteriormente, inclusive quanto à preliminar de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração. Menciona: *“Vale a pena frisar que o simples fato de terem sido discriminadas no documento fiscal (emitido pelo estabelecimento fornecedor de matéria prima), quilogramas de fios de malharia, não implica em inidoneidade do documento fiscal, pelo contrário, caso houvesse desconfiância pelo autuante de que o peso da mercadoria descrito no documento fiscal não corresponderia à realidade bastaria que procedesse à pesagem da referida carga para constatar que não havia qualquer incongruência entre o peso descrito na Nota Fiscal emitida pelo estabelecimento industrializador e a*

mercadoria transportada, e que o simples fato de haverem roupas de cores variadas e em diversos tons, não constitui argumento válido e suficiente para permitir ao ilustre autuante inquirar de inidôneo o documento fiscal que as acobertava.”

Conclui sua peroração: “Consoante acima demonstrado a mercadoria apreendida corresponde exatamente à descrita na nota fiscal, diferentemente do que concluiu o julgador monocrático. O que realmente deve ser considerado é o efetivo peso da mercadoria, visto que não existe nenhuma proibição quanto à comercialização de roupas confeccionadas por quilo, consoante já reconhecido pelo julgador monocrático. Disso conclui-se que a tentativa do autuante de caracterizar a venda de roupas confeccionadas por quilo como ilegal não encontra guarida em nenhum preceito normativo da legislação tributária do Estado de Goiás. Por fim, calha enfatizar que a nota fiscal foi emitida atendendo aos critérios exigidos no Art. 163, IV, “b” e Art. 33, do Anexo XII, todos do Decreto n.º 4.852/97, que comprovam a regularidade da operação e por conseguinte a idoneidade da nota fiscal.”

Requer, assim, a reforma da decisão singular, e, por consequência, a improcedência do auto de infração.

Este é o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Em relação à preliminar levantada, deixo de apreciá-la, nos termos do § 3.º, do artigo 18, do Regimento Interno do CAT, que enuncia:

“Quando puder decidir sobre o mérito, a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade ou órgão julgador não devem pronunciá-la e nem mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

Destaco, por oportuno, que relativamente à preliminar em questão, a Representação Fazendária, à vista de todo o processo, notadamente pelas provas carreadas aos autos pelo sujeito passivo solidário, concordou, expressamente, com a insegurança arguida, tendo, entretanto, este relator, entendido que no mérito a decisão favorecia ao autuado, razão pela qual aplicou o diretivo retro transcrito.

QUESTÃO MERITÓRIA

Quanto ao mérito, da análise do conjunto probatório juntado ao processo pela recorrente, hei por bem, acompanhado pela unanimidade dos meus pares, em reconhecer que são suficientes para desqualificar a presunção estampada no auto de infração, que inquiriu de inidôneo o documento fiscal que acompanhava as mercadorias.

Vê-se no documento “*Descrição Complementar da Ocorrência*” que a razão principal para declarar inidôneo o documento fiscal que acobertava as mercadorias, foi o fato de que, na verificação procedida pela fiscalização, constatou-se que não se tratava simplesmente de “*Roupas confeccionadas claras*”, mas de roupas dos mais diversos modelos e cores, consoante discriminado no Termo de Apreensão.

Os dispositivo legais invocados pelos autuantes para considerar inidôneo o documento fiscal foram os artigos 66 e 67, inciso VI, do Código Tributário Estadual – CTE, “*in verbis*”

“Art. 66. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, consideram-se em situação fiscal irregular as mercadorias ou serviços desacompanhados de documentos fiscais exigidos ou acompanhados de documentação fiscal inidônea”

“Art. 67. Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que:

[...]

VI – discriminar mercadoria ou serviço que não corresponda ao objeto da operação ou da prestação;

[...]”

Tenho por convicção que, inobstante a acuidade das autoridades fiscais, a assertiva em que se fundamentaram padece de credibilidade absoluta para o fim almejado, qual seja, o de declarar inidôneo o documento fiscal. A Nota Fiscal que acompanhava as mercadorias descrevia-as como “*Roupas Confeccionadas Claras 1.ª Qual.*”, e as quantificava em quilogramas. Assim, vejo que as mesmas encontravam-se claramente discriminadas.

A priori, poder-se-ia dar razão aos argumentos dos autuantes. Entretanto, guiando-se por um raciocínio lógico, concatenado com a atividade desenvolvida pela destinatária da mercadoria, que, efetivamente, promove vendas de roupas de malhas pela modalidade “*a quilo*”, consoante verifica-se pelos documentos acostados pela mesma. E, inclusive, pela contumácia de tal atividade no setor atacadista de malhas, conforme se comprova, “*à realidade*” nos inúmeros estabelecimentos sediados nesta Capital de Goiás, em especial, na região do Setor de Campinas.

Indago, a título ilustrativo, como dar-se-ia uma efetiva fiscalização nos referidos estabelecimentos, caso se constatasse que as entradas das mercadorias ocorrem por “*peças*”, como desejam os autuantes, e as saídas por “*quilograma*”, conforme modalidade adotada pelos mesmos, sem vedação na legislação. Por certo, com dificuldade impar, e somente após estabelecer o correto padrão de conversão de uma unidade para outra.

Há que se destacar, ainda, por ser argumento fundamental à decisão pela improcedência, o fato de que as mercadorias, além da Nota Fiscal questionada, também se faziam acompanhar da Nota Fiscal de Prestação de Serviço, documento de fls. 09, que discrimina em seus “*dados adicionais*” o número da Nota Fiscal de retorno de industrialização de fls. 08.

Os documentos apensados aos autos pela recorrente, notadamente a cópia da Nota Fiscal n.º 098498, fls. 48, que endereça a quantidade de 2.116 (dois mil, cento e dezesseis) quilos de fio NE 24/1 100% algodão para a firma [...], a título de “*Remessa para Industrialização por Conta e Ordem de Terceiros*”, e que contém nos seus “*dados adicionais*” o seguinte: “*Mercadoria que se destina a industrialização por conta e ordem de [...] – CNPJ [...] – IE [...] - Avenida Bernardo Sayão, 1291 – Goiânia – GO – N/NF n.º 98496 de 04/03/09, onde destacamos impostos devidos [...]*”, elucida, de forma clara, a questão.

Vê-se, portanto, que foram remetidos fios, na quantidade acima mencionada, para fins de industrialização. A Nota Fiscal inquinada de inidônea refere-se ao retorno da referida industrialização, constando a quantidade de 1.092 (um mil e noventa e dois) quilos de roupas confeccionadas, inferior ao quantitativo de matéria prima.

O julgador singular destacou que na Nota Fiscal em questão não se incluiu todas as informações exigidas pela legislação, razão pela qual entende que a mesma poderia ter sido considerada inidônea pelo inciso II, do artigo 67, do CTE, que estabelece “*não contenha as indicações necessárias à perfeita identificação da operação ou da prestação, que enseje a falta do pagamento do imposto devido na mesma.*”

Entretanto, há que se considerar o estatuído pelo artigo 68, do Código Tributário Estadual, a seguir transcrito:

“Art. 68. A inidoneidade de que trata o artigo anterior poderá ser afastada, mediante processo administrativo tributário, em que o sujeito passivo comprove, de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento, total ou parcial do imposto.”.

Assim, consoante já destacado em linhas volvidas, o conjunto probatório apresentado pela recorrente demonstra, inquestionavelmente, que falhas porventura existentes na emissão do documento fiscal em questão, não ensejou falta de pagamento do imposto. Portanto, o estatuído pelo artigo 68, em face do contido nos autos, corrobora a correção da operação.

A forma como a Nota Fiscal foi emitida, em quilogramas, coaduna-se com a atividade desenvolvida pela recorrente solidária, razão pela qual entendo que a mesma não pode ser considerada inidônea. Eventuais dúvidas em relação aos quantitativos que retornaram da industrialização, devem ser dirimidas em auditoria a ser realizada no estabelecimento da destinatária das mercadorias.

Diante do exposto, deixo de pronunciar, nos termos do artigo 18, § 3,º, do Regimento Interno do CAT, em relação à preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela recorrente, de insegurança na determinação da infração. No mérito, em consenso unânime, voto, conhecendo do Recurso Voluntário, dando-lhe provimento, para reformar a decisão singular, e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 23 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01386/10

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Remessa de mercadoria, destinada a contribuinte neste Estado, acobertada por documento fiscal contendo indicação de destinatário estabelecido em outra unidade da Federação. Nota Fiscal inidônea. Emissão de documento fiscal para correção do erro na informação do destinatário. Improcedência. Decisão unânime.*

A emissão de documento fiscal, ocorrida antes mesmo de qualquer procedimento do fisco, para correção de equívoco na informação da destinatária consignada nas notas fiscais emitidas para acobertar a operação, configura ação espontânea do contribuinte, suficiente para afastar a declaração de inidoneidade, materializada na constatação de que a remessa se fazia com destino a pessoa diversa da inicialmente informada.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 29 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, José Luiz Rosa e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

Neste processo, a motivação para o lançamento de crédito tributário está na constatação de que o sujeito passivo transportava mercadorias no valor de R\$ 210.514,70, já acrescido o IVA de 30%, de propriedade da empresa [...], acobertadas pelas Notas Fiscais n.ºs 011746 e 011747, emitidas em 10/01/07, consideradas inidôneas por acobertarem mercadorias em trânsito pelo Porto Seco Centro Oeste de Anápolis, mas informarem como destinatário contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação (ES). Em consequência, foi reclamado o ICMS no valor de R\$ 35.787,50, mais as cominações legais. Foi incluída na lide, como solidária, a adquirente das mercadorias [...].

As Notas Fiscais n.ºs 011746 e 011747 referem-se às seguintes mercadorias: mármore polido Crema Marfil Clássico - 402,223 m²; mármore Carrara CD - 223,25 m²; mármore polido de Carrara Gioia Venantino - 244,74 m².

Como parte integrante dos elementos embasadores da ação fiscal, foram juntados ao auto de infração, lavrado em 16/03/07: Termo de Apreensão, referente à apreensão das mercadorias, das Notas Fiscais n.ºs 010822, 010823, 011022,

011023 (todas emitidas por [...]), da Declaração de Importação nº 07100225239, e dos Despachos de Cargas nº 328607 e 328609 (emitidos por [...]); Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas nºs 11325 e 11327, relativos às Notas Fiscais nºs 11747 e 11746; Declaração da adquirente de que recebeu as mercadorias constantes do “container GCEU 426849-3”; primeiras vias, e também cópias, das Notas Fiscais nºs 11747 e 11746; documentos referentes à importação; Guia Para Liberação de Mercadoria Estrangeira; e primeiras vias das Notas Fiscais nºs 11857 e 11858 (fls 05 e 38).

Intimados os sujeitos passivos, apenas a solidária apresenta impugnação em primeira instância. A transportadora tornou-se revel, conforme Termo de Revelia de fls 46-A.

Por meio do Despacho nº 803/07 – COJP, o julgador singular solicita ao autuante a demonstração da forma como foi apurada a base de cálculo do imposto reclamado, resultando essa solicitação nos seguintes esclarecimentos:

- a mercadoria comercializada pela impugnante é importada e o seu valor é cotado em moeda estrangeira;
- essa mercadoria tem uma variação de preços muito grande, conforme verificou com os fornecedores, distribuidores e prestadores de serviços estabelecidos em Anápolis;
- sobre o valor obtido por meio de cotação de preços, com a própria empresa solidária, acrescentou apenas o IVA;
- por ocasião da diligência, fez nova tomada de preços com o objetivo de confirmar os valores praticados pela empresa, obtendo os mesmos valores que serviram de parâmetro para a base de cálculo apontada na inicial;
- foram verificados os preços de outros distribuidores de mármore e granitos da cidade, e também informados em revista especializada, publicada em julho/2006;
- as Notas Fiscais nºs 6217, 6305, 7547 e 7549, de emissão da empresa solidária, e a Nota Fiscal nº 6022, de emissão de outra empresa do mesmo grupo empresarial, juntadas nessa oportunidade, demonstram que os valores praticados não correspondem aos destacados em documentação fiscal;
- o COJP deve dar maior atenção aos valores comercializados, já que há indícios de que esses valores não correspondem aos destacados nas notas fiscais.

Ao tomar conhecimento da manifestação do autuante, o sujeito passivo solidário retorna ao processo com as seguintes argumentações:

- persiste a dúvida quanto à base de cálculo inicialmente apontada;
- os preços das chapas de mármore adquiridos do exterior têm que ser inferiores aos preços praticados no mercado interno, para justificar a importação;
- os orçamentos juntados pelo autuante foram obtidos das marmorarias que são os clientes finais da atuada;

- é descabida a conclusão de que os valores praticados pela empresa não são reais;
- as chapas de mármore carrara, adquiridas por R\$ 79,80, são vendidas por R\$ 129,98 (o m²) e o mármore crema marfil, adquirido por R\$ 72,39, é vendido por R\$ 96,45 (o m²), conforme notas fiscais juntadas pelo próprio autuante;
- as notas fiscais juntadas pelo autuante nada acrescentam, posto que tratam de venda de granito nacional que nada tem a ver com o mármore importado;
- o autuante deduziu, às fls. 72, que nos valores apontados já estava incluído o IVA; entretanto, às fls. 73, aponta outro quadro com o IVA de 30%;
- todos esses equívocos, em cadeia, demonstram ser inválida a base de cálculo e, por consequência, o auto de infração.

Diante dos fatos e informações presentes no processo, o julgador singular confirmou a procedência do lançamento, entendendo como inidôneas as notas fiscais referentes à operação.

Intimidados da decisão singular, os sujeitos passivos apresentam recurso voluntário. Nessa oportunidade a solidária argumenta que:

- a remetente da mercadoria inseriu nas notas fiscais, equivocadamente, os dados da sua outra filial no Estado do Espírito Santo. Entende que esse mero erro formal, passível de correção pela via administrativa, não pode amparar pretensão punitiva, como se pretende nestes autos, inclusive, porque não deu causa ao erro formal verificado na emissão das notas fiscais;

- a mercadoria não foi encontrada na posse de pessoa diversa, pois, no caso, trata-se da mesma pessoa jurídica;
- se o imposto é pago em momento posterior à venda dos produtos e a Fazenda o está exigindo agora, em forma de punição, está configurada a cumulatividade na cobrança do imposto;
- o valor atribuído às mercadorias equivale a 308,3% do valor constante nos documentos fiscais;
- a solidariedade, amparada no art. 45, I, "b", do CTE, não se configura nesse caso concreto, por não haver pessoa diversa na destinação da mercadoria;
- o lançamento é improcedente.

A empresa responsável pela operação de transporte também se manifesta, e considera que:

- a operação realizada era de mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, sendo que a transferência não constitui fato gerador do imposto, por não haver alteração de titularidade.

- o fato de as notas fiscais terem sido consideradas inidôneas para acobertar a operação, por indicar contribuinte distinto daquele que recebeu a mercadoria, não autoriza a fiscalização a desconsiderar as informações constantes do referido documento e a proceder ao arbitramento da base de cálculo – em momento algum se cogitou de subfaturamento das mercadorias.

- na condição de transportador da mercadoria, só poderia ser responsabilizada pelo pagamento do tributo, compreendendo o principal e os seus acréscimos, não a eventuais penalidades derivadas de obrigações acessórias não cumpridas pela remetente.

- a penalidade proposta pela autoridade lançadora, que foi a do inciso XII, “a”, do art. 71 do CTE (50% do valor da operação) , não é a adequada para a situação; o correto seria aplicar o inciso VII, “i”, do mesmo dispositivo legal (25% do valor da operação), que se refere ao recebimento de mercadoria acompanhada de documentação fiscal inidônea.

- considerando a penalidade correta e a alíquota média entre 18 e 25%, o valor devido não deveria superar em muito o dobro do imposto, o que não foi observado no processo.

Concluído o relatório passo às razões do meu voto.

DECISÃO

O relatório dos fatos em destaque no processo, bem como das considerações feitas pelas partes em suas manifestações, evidencia que toda a pendência se prende ao fato de a fiscalização ter se deparado com o recebimento, no Porto Seco de Anápolis, de mercadoria remetida para contribuinte estabelecido na cidade de Aparecida de Goiânia, porém acobertada por documento fiscal que informa como destinatária a filial da empresa estabelecida no Estado do Espírito Santo.

Fartas argumentações foram sustentadas pelos sujeitos passivos sobre a matéria em discussão, em mais de uma ocasião em que vieram ao processo. Da mesma forma, na busca da verdade material e, também, com o objetivo de afastamento de erros formais verificados no curso dos autos, duas diligências foram realizadas: uma pelo julgador singular, para esclarecimento quanto à forma de apuração da base de cálculo do imposto reclamado; outra pela Câmara Julgadora, para correção na falha de intimação da autuada, para tomar conhecimento da sentença singular.

Contudo, a solução da pendência já estava presente nos autos, em duas notas fiscais juntadas pelo próprio autuante, como parte integrante da documentação destinada a amparar a acusação fiscal. Essas Notas Fiscais são as de n°s 11857 e 11858, anexadas às fls. 38 e 39, emitidas para correção do erro verificado na consignação do destinatário informado nas Notas Fiscais n°s 11746 e 11747.

Tem-se assim, que, para a remessa das mercadorias para o Estado de Goiás foram, inicialmente, emitidas as Notas Fiscais n°s 11746 e 11747, com a

consignação equivocada dos dados da destinatária. Detectado o erro, foram emitidas as Notas Fiscais nºs 11857 e 11858, unicamente para informar que o destino correto da mercadoria era a empresa goiana e não à sua filial estabelecida no Estado do Espírito Santo. A correção da falha mencionada foi providenciada, atempadamente, pela remetente das mercadorias, pois as notas fiscais retificadoras foram emitidas em 26/01/07, antes mesmo da lavratura do auto de infração que ocorreu em 16/03/07. Inclusive, conforme já destacado, essas notas fiscais foram apreendidas no momento da ação fiscal e juntadas aos autos pelo próprio autuante.

Diante dessa constatação, não há dúvidas de que o auto de infração perdeu o seu objeto, por não se confirmar, pela razão inicialmente apontada, a inidoneidade das Notas Fiscais nºs 11746 e 11747.

Pelas razões que acabo de expor, voto, conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões, em 28 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 03147/10

Relator: Conselheiro Domingos Caruso Neto

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária principal. Operações acobertadas por notas fiscais de modelo diferente do legalmente exigido. Nota Fiscal inidônea. Comprovação de que a irregularidade não importou em falta de pagamento, total ou parcial do imposto. Afastamento da inidoneidade. Improcedência. Decisão unânime.

I - Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação; e

II - A inidoneidade poderá ser afastada, mediante processo administrativo tributário, em que se comprove, de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento, total ou parcial, do imposto.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa e José Manoel Caixeta Haun.

RELATÓRIO

Consta da descrição do lançamento que o sujeito passivo transportava mercadorias acobertadas por notas fiscais modelo 1A, emitidas em 01.12.2008, consideradas inidôneas por não serem os documentos legalmente exigidos para as operações, pois os contribuintes fabricantes de cimento estavam obrigados ao uso da nota fiscal eletrônica (NFE), modelo 55, a partir de 01.12.2008.

Em consequência, é exigido Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), na importância de R\$ 1.900,80 (mil e novecentos reais e oitenta centavos), mais as cominações legais.

A ação fiscal é dirigida contra estabelecimento industrializador de cimento e, como parte da instrução processual foram anexados, pelo Fisco, Termo de Apreensão e vias das notas fiscais objeto do Lançamento (fls. 6 a 14).

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresenta Impugnação (fls. 18 a 43), argumentando que deixou de emitir notas fiscais eletrônicas (modelo 55), por dificuldades técnicas da Secretaria da Fazenda do Distrito Federal.

Acrescenta que, não obstante as notas fiscais tenham sido emitidas em modelo diferente do legalmente exigido, tal fato ocorreu por motivo de força maior; não ocorreu dolo ou fraude; os documentos contêm elementos necessários à perfeita identificação da operação; e tampouco ensejou falta de pagamento de imposto.

Assevera que as Notas Fiscais foram devidamente escrituradas nos Livros da Impugnante, com destaque do ICMS.

Julgadora Singular, através da sentença nº 5747/09 (fls. 45 a 47), argumenta que a obrigação de recolher o imposto devido na operação é da emitente dos documentos, e destaca que o registro das operações em livro próprio não ficou materialmente comprovado nos autos.

Acrescenta que, por isso, a decisão é no sentido de manter o lançamento na forma proposta, e que o sujeito passivo poderia, em posterior comparecimento ao processo, oferecer elementos de prova à caracterização do previsto no art. 68 do CTE.

Já em Recurso Voluntário (fls. 51 a 66), o sujeito passivo reafirma os argumentos endereçados à Primeira Instância e junta aos autos cópias de Livro Registro de Saídas e de comprovante de recolhimento de ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores ao Estado de Goiás, referente ao mês de dezembro de 2008.

É o relatório.

DECISÃO

Destaco que a fiscalização de trânsito de mercadorias considerou em situação fiscal irregular as mercadorias objeto do presente lançamento, em razão de se fazerem acompanhar por documentos considerados inidôneos, por não serem os legalmente exigidos para o caso.

Neste ponto, o Fisco laborou com absoluta correção, conforme o disposto na Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, que instituiu o Código Tributário do Estado de Goiás (CTE), como se segue:

“Art. 66. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, consideram-se em situação fiscal irregular as mercadorias ou serviços desacompanhados de documentos fiscais exigidos ou acompanhados de documentação fiscal inidônea.

Art. 67. Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que:

I - não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação (...)".

Entretanto, é necessário examinar a relação existente entre a infração cometida e a falta de pagamento de imposto, para verificação da possibilidade de aplicação do disposto no art. 68 do CTE.

Pelos elementos que compõem o processo, e pelas consultas ao banco de dados da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, percebe-se que o sujeito passivo registrou no livro próprio as notas fiscais emitidas.

Ademais, através de arquivos entregues na forma estabelecida no Anexo X do Decreto nº 4.852, de 29 de Dezembro de 1997, que instituiu o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (RCTE), o contribuinte informou todas as operações realizadas com destinatários estabelecidos neste Estado, inclusive aquelas objeto do presente lançamento.

Analisando estes arquivos magnéticos, verifiquei que nas informações prestadas, em especial nos tipos 50, 53 e 54 dos arquivos magnéticos enviados, foram registradas todas as informações constantes dos documentos objeto do lançamento, inclusive o imposto devido por substituição tributária.

Além disso, o sujeito passivo é definido pela legislação como substituto tributário pelas operações posteriores, e entre outras obrigações, está a de informar e apurar o imposto devido ao Estado de Goiás por meio de Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária (GIA-ST).

Assim, não obstante o documento fiscal emitido pelo sujeito passivo não tenha sido o legalmente exigido para as operações realizadas, em razão do cumprimento de outras obrigações acessórias, em especial da entrega de arquivos magnéticos com registro das operações objeto do presente lançamento, concluo que não se pode associar a infração formal cometida a falta de pagamento de imposto, ainda que indiretamente.

Vale destacar que uma eventual falta de pagamento do imposto destacado nas notas fiscais e informado ao Fisco caracterizaria um descumprimento de obrigação principal que, de forma alguma, relacionar-se-ia ao modelo de documentos utilizado pelo sujeito passivo.

Portanto, é aplicável a regra estatuída no art. 68 do CTE, que assim dispõe sobre o afastamento da inidoneidade:

"Art. 68. A inidoneidade de que trata o artigo anterior poderá ser afastada, mediante processo administrativo tributário, em que o sujeito passivo comprove, de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento, total ou parcial do imposto".

Posto isso, em consonância com a unanimidade de meus pares, voto conhecendo do recurso voluntário e dando-lhe provimento para reformar a decisão singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 12 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 03342/10

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Transporte de mercadorias acompanhadas por nota fiscal considerada inidônea. Documento fiscal diverso do legalmente exigido para a respectiva operação. Procedência Parcial. Decisão unânime.

I - É inidôneo, por não ser o legalmente exigido para a operação, o documento fiscal que acompanhe mercadorias remetidas, pelo adquirente goiano nele indicado, a um segundo destinatário situado em outra unidade da federação (art. 67, I, da lei nº 11.651/91);

II - Não afastada a inidoneidade corretamente declarada pelo Fisco (art. 68 nº 11.651/91), deve mantido o auto de infração que nela se fundamenta;

III - Provada a destinação de mercadoria em situação fiscal irregular a outra unidade da Federação, deve ser aplicada a interestadual em substituição à alíquota interna originariamente proposta no auto de infração.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de novembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar parcialmente procedente o lançamento no valor de ICMS a recolher de R\$ 4.339,23 (quatro mil, trezentos e trinta e nove reais e vinte e três centavos), em decorrência da aplicação da alíquota de 12% (doze por cento). Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Allen Anderson Viana e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Em 04 de abril de 2008, o Fisco exige ICMS, Multa e demais acréscimos da autuada, na condição solidária, em razão desta estar, na mesma data, transportando mercadoria acompanhada por nota fiscal considerada inidônea em razão de não ser o documento legalmente exigido para a respectiva operação; já que referente a remessa entre as cidades de Serra/ES e Itumbiara/GO, sendo a mercadoria se destinava à cidade de Jarinu/SP, como indicado no conhecimento de transporte que também acompanhava a mercadoria transportada.

Foram apontadas como solidárias as pessoas jurídicas [...], destinatária goiana nas mercadorias (fls. 04 e 11) e [...], destinatária localizada em Jarinu/SP (fls. 05, 11 e 12)

.A ação fiscal foi efetuada no Posto de Saída localizado em Itumbiara/GO, tendo sido apreendidas as notas fiscais n° 017749 e 017750 (fls. 11 e 12) emitidas por [...], desde a cidade de Serra/ES, em 28 de março de 2008, na qual consta como local de entrega de mercadorias, no campo “descrição dos produtos”, o mesmo endereço constante no conhecimento de transporte apreendido pelo Fisco, cuja emissão ocorreu em 03 de abril de 2008 (fl. 10).

Revel, a autuada apresenta impugnação onde pede a improcedência do auto de infração, alegando que simplesmente promoveu o transporte de mercadorias em devolução, conforme autorização de seu cliente, juntando o conhecimento de transporte n° 112863, por ela emitido em 29 março de 2008, no qual teria sido indicada essa circunstância (fl. 59).

Os solidários não compareceram tanto em Primeira quanto em Segunda Instancias (fls. 31 e 38).

É o relatório.

DECISÃO

Analisando o mérito, não vejo como acolher as razões trazidas pela impugnante, pois a sua alegação de que a mercadoria seguia para Jarinu/SP, em devolução á empresa vendedora situada em Serra/ES, não se compatibiliza em nada com o fato de que, já na data da emissão da notada fiscal de venda, em Serra/ES, conforme indicação inserida nesse documento, se havia definido que a entrega da mercadoria seria em Jarinu/SP, exatamente no mesmo endereço (fl. 10, 11 e 59) para o qual se alega agora que a mercadoria estava sendo transportada em devolução.

Frise-se, por oportuno, que notas fiscais foram corretamente declaradas inidôneas pelos autuantes, pois referentes a remessa entre Serra/ES e Itumbiara/GO, acompanhavam mercadoria remetida de Itumbiara/GO para Jarinu/SP, não correspondendo, portanto, ao documento legalmente exigido para acobertar essa segunda operação, como dispõe o art. 67, I, da Lei n. 11.651/91:

“**Art. 67.** Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que:

I - não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação; [...]”

Assim, corretamente declarada pelo Fisco a inidoneidade, cabia à impugnante afastá-la nos termos do art. 68 da mesma Lei n° 11.651/91, sendo que, em verdade, se atuou em contrário, trazendo-se alegação não compatível com base a documental existente nos autos, o que acaba por confirmar a inidoneidade declarada.

Para maior clareza, transcrevo o dito art. 68:

“Art. 68. A **inidoneidade** de que trata o artigo anterior poderá ser **afastada**, mediante processo administrativo tributário, em que o sujeito passivo **comprove, de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento**, total ou parcial do imposto.” **[Grifo Oportuno]**

Contudo, o quadro que se apresenta no processo favorece em parte a autuada, pois, evidente a destinação da mercadoria ao Estado de São Paulo, deve ser aplicada a alíquota interestadual de 12% (doze por cento) e não a alíquota interna proposta pelos autuantes, como impõe a parte final do item 1 da alínea “d” do Inciso II do art. 12 da aqui já referenciada Lei nº 11.651/61:

Art. 12. Para os efeitos da legislação tributária:

[...]

II - considera-se:

[...]

d) saída deste Estado e a este destinada, a mercadoria:

1. encontrada em situação fiscal irregular, **permitida a aplicação da alíquota própria, caso seja inequivocamente conhecido o destino da mercadoria; [...]****[Grifo Oportuno]**

Pelo exposto, conheço da impugnação, dou-lhe parcial provimento, para considerar procedente em parte o auto de infração no valor de ICMS de R\$. 4.339,23 (quatro mil e trezentos e trinta e nove reais e vinte e três centavos, já aplicada a alíquota interestadual de 12%(doze por cento).

Sala das sessões, em 25 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03650/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno. Mercadoria acobertada por nota fiscal inidônea. Improcedência. Decisão unânime.

Deve ser declarado improcedente o auto de infração que acusa o sujeito passivo de remeter mercadoria acobertada por nota fiscal de serviço se caracterizado que o documento em referência era Nota Fiscal Fatura, portanto, documento idôneo e próprio para acobertar a operação, nos termos da legislação.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 30 de novembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Washington Luis Freire de Oliveira e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, em face da decisão proferida pela Quarta Câmara Julgadora que, por maioria de votos, acolheu a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo direto, declarando, em consequência, nulo **ab initio** do auto de infração.

Versa a autuação que o sujeito passivo "*Remeteu mercadorias no valor comercial de R\$ 58.870,46, já acrescido do respectivo índice de valor agregado de 30%, acompanhada pela nota fiscal de serviço 25905, considerada inidônea em razão de ser documento fiscal impróprio para acobertar a circulação de mercadorias, conforme termo de apreensão 11000902088, e documentos anexos. Em consequência, juntamente com o transportador, como solidário, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 9.984,43 mais as cominações legais.*"

No polo passivo, na condição de sujeito passivo solidário, foi relacionado [...], com fundamento no artigo 45, inciso II, da Lei nº 11.651/91.

A peça inicial foi instruída com Termo de Apreensão e Termo de Liberação e Doação (fls. 5/11); cópia de nota fiscal avulsa (fl.12), demonstrativo de cálculo do imposto e multa (fls. 13), Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (fl. 14), 1º, 3º e 4º vias da nota fiscal nº 025905 (fls. 15/17) e outros documentos de fls. 18/32.

Em primeira instância, o auto de infração foi julgado procedente, com a manutenção do solidário na lide, conforme sentença de fls. 51/52.

O solidário não se manifesta no processo, conforme Termo de Revelia de fl. 57.

Na fase cameral, o auto de infração foi julgado nulo por erro na identificação do sujeito passivo, decisão por maioria de votos (fls. 64/67).

Em face da decisão cameral, a Representação Fazendária interpõe o presente recurso ao Conselho Pleno, com os seguintes fundamentos (fls. 644/645):

(a) alega que a documentação anexada aos autos indica tratar-se de industrialização por conta e ordem do encomendante. Que essa modalidade de operação está prevista no artigo 33 do Anexo XII do RCTE, que trata de operações especiais;

(b) destaca que não houve emissão da nota fiscal conforme determinado na alínea "a" do inciso II do artigo 33, visando acompanhar o trânsito dos produtos industrializados até o estabelecimento do encomendante. Acrescenta que a nota fiscal fatura de prestação de serviço nº 25.905, cujas vias estão nas fls. 15 a 17, não se presta para essa finalidade;

(c) afirma que o remetente da mercadoria é o responsável pela emissão da nota fiscal, diante disso, poder-se-ia perfeitamente colocá-lo no polo passivo da presente demanda. Entretanto, por força do disposto no artigo 124 do CTN e artigo 45 do CTE, que indicam como solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação, não comportando benefício de ordem, pode a fiscalização, alternativamente ao remetente, efetuar a cobrança da ilicitude fiscal do destinatário goiano solidário, principalmente por se tratar de remetente de outra UF;

(d) defende que deve ser retirado da lide o transportador, pois este não apresenta interesse comum na situação que constitui o fato gerador e a inidoneidade da nota fiscal não é fato que lhe diga respeito. Acrescenta que seria apenas no caso de ausência de nota fiscal, conforme depreende do artigo 45, I, "a", do CTE;

Pede, ao final, a reforma da decisão cameral, afastando a nulidade, devendo os autos retornar àquela instância para análise de toda a matéria.

É o relatório.

DECISÃO

Consta da autuação que sujeito passivo remeteu mercadoria acompanhada pela nota fiscal de serviço nº 25905, considerada inidônea em razão de ser documento fiscal impróprio para acobertar a circulação de mercadorias, conforme termo de apreensão 11000902088, e documentos anexos.

De início, cabe registrar que foi indicado no auto de infração o destinatário da mercadoria como sendo a pessoa que teria supostamente praticado a irregularidade de remeter a mercadoria acobertada por nota fiscal de serviço. Vejo aqui claramente caracterizado o erro na identificação do sujeito passivo, pois o adquirente da mercadoria não praticou a irregularidade denunciada na peça básica.

Também não é correto, data vênua, o entendimento da Fazenda Pública no sentido de que, em razão do disposto no artigo 124 do CTN e artigo 45 do CTE, que indicam como solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação, pode a fiscalização, alternativamente ao remeter, efetuar a cobrança da ilicitude fiscal do destinatário goiano solidário, principalmente por se tratar de remetente de outra UF.

O caso em tela não se enquadra em nenhuma das hipóteses de solidariedade relacionadas no artigo 45 do CTE, pois a mercadoria estava acobertada de nota fiscal. Ademais, conforme entendimento dominante da doutrina e da jurisprudência, na operação comercial entre o vendedor e o adquirente da mercadoria inexistente interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Existe interesse na operação comercial, mas são interesses contrapostos, de um lado há o interessado em vender, e do outro lado, o interessado em comprar, situação completamente diferente de interesse comum na situação que constitua o fato gerador do imposto.

Ademais, não se pode atribuir ao destinatário responsabilidade por suposta infração praticada pelo emitente da nota fiscal.

No mérito, é de se registrar que a nota fiscal número 025905 (fls. 15/17) era documento hábil para acobertar o trânsito de mercadoria, pois se tratava de nota fiscal fatura, inclusive nesse documento encontrava-se destacado o ICMS da operação, no campo próprio. Portanto, é insubsistente e incorreta a acusação de que a mercadoria estava acobertada de nota fiscal de serviço.

As falhas existentes na nota fiscal, em decorrência de haver sido informada a natureza da operação como sendo “venda fora do estabelecimento” e o CFOP “6101”, foram corrigidas mediante a carta de correção de fl. 24, juntada aos autos pela própria fiscalização que lavrou o auto de infração. Registre-se, também, que essas falhas não caracterizariam a inidoneidade do documento fiscal em referência.

Também cumpre destacar que por ocasião do julgamento no Conselho Pleno, a Fazenda Pública modificou o seu entendimento e concordou com a improcedência do auto de infração.

Diante do exposto, conheço do Recurso da Fazenda Pública, nego-lhe provimento, para reformar a decisão cameral e julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 21 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Auditoria Específica de Mercadorias - omissão do registro no livro registro de entrada (Nulidade)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00844/10

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: *Preliminar de nulidade 'ab initio' do processo por insegurança na determinação da infração. Acolhimento. Decisão unânime.*

I - Nos termos do art. 148 do CTN o arbitramento tributário somente terá lugar sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, devendo ser operado segundo o regramento previsto na legislação tributária estadual;

II - As presunções admitidas em direito tributário são aquelas estipuladas pela lei, que estabelece tanto a situação base (fato provado) como também a sua consequência lógica (fato presumido), admitida a prova em contrário por parte do sujeito passivo;

III - Deve-se declarar a nulidade 'ab initio' do processo, quando caracterizada a insegurança na determinação da infração (Art. 20, IV, Lei n. 16.469/09).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de setembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela autuada, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo e Manoel Antônio Costa Filho.

RELATÓRIO

Trata-se de processo referente a lançamento de ofício de crédito tributário em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciado na seguinte acusação fiscal:

"Omitiu registro de entrada de mercadorias no valor comercial de R\$ 1.866.800,09, referente ao período de 01/01/2005 a 31/12/2005, conforme auditoria específica de mercadorias, documentos em anexo. Em consequência, fica sujeito a multa formal de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a omissão de entrada apurada".

O processo encontra-se instruído com a "Nota Explicativa", de folha 4, com a peça denominada "ESPECÍFICO", de folha 5, e com o os relatórios sintético e analítico de saídas, de folhas 8 a 42, bem como com a "SUGESTÃO DE ADOÇÃO DE COEFICIENTES DE PRODUÇÃO DE FRANGO DE CORTE NA AVICULTURA" de folhas 43 a 45, o relatório de Preços Mínimos, Mais Comum e Máximo de Venda no Mercado Atacadista de São Paulo, expedido pelo Instituto de Economia Agrícola, de folhas 46 a 75 e a Consulta da Pauta Mínima, extraída do Sistema Informatizado da SEFAZ, de folha 76.

A Nota Explicativa referida tem o seguinte teor:

"Na auditoria realizada na empresa acima foram encontradas algumas irregularidades. Com o objetivo de esclarecer os procedimentos adotados se fazem necessárias as seguintes observações:

1. A quantidade de "pinto de um dia" não é compatível com a quantidade de ração consumida, que passou de 30.000 toneladas em 2003 para 50.000 toneladas em 2005, porém a quantidade de "pinto de um dia" permaneceu em 7 milhões de cabeças. Em função desta distorção foram pesquisados os coeficientes de produção de frango de corte, a fim de promover os ajustes necessários.
2. Nos anos de 2003, 2004 e 2005 foram encontradas omissões de saída de carne de frango, mesmo sem utilizar os coeficientes de produção de frango de corte. Porém, ao utilizar os coeficientes foram encontradas mais omissões de saída de carne de frango, que foram acrescentadas às omissões já obtidas.
3. A produção de frango vivo é compatível com o coeficiente de conversão alimentar, ou seja, a quantidade de frango vivo obtida é coerente com a quantidade de ração consumida.
4. As irregularidades encontradas ocorrem na indústria, após a entrada do frango vivo na mesma.

É necessário observar que a empresa atendeu prontamente todas as solicitações. É o que se tem a relatar".

Da "Sugestão de Adoção de Coeficientes de Produção de Frango de Corte na Avicultura" consta o seguinte:

"Em função do trabalho desenvolvido na Gerência Especial de Auditoria foi observada a necessidade e a possibilidade de adoção de coeficientes de produção de frango de corte na avicultura. A justificativa para adotar os termos coeficientes de produção está na bibliografia encontrada, que é nomenclatura usada no mercado do frango.

É necessário **adotar um ERRO de 10%**, a fim de abranger as variações observadas nos coeficientes de produção do frango. Estas ocorrem em função da evolução da avicultura, da mortalidade, da existência de água no frango congelado e de outros fatores. A adoção deste erro permitirá que os coeficientes permaneçam adequados a realidade por um período maior e que não haja penalizações inadequadas.

A adoção de coeficientes de produção de frango vai tornar mais leal a competitividade na avicultura e evitar a sonegação. Já que há empresa cujo o frango vivo tem alcançado em média o peso de 4,40 kg, e que quando abatido a carcaça alcança em média o peso de 3,41 kg, porém não é encontrado no mercado varejista (supermercados) nenhum frango de corte vivo ou abatido com estes pesos.

NOMECLATURA	COEFICIENTE
CONVERSÃO ALIMENTAR	1,8
FRANGO VIVO (KG)	2,3
CARCAÇA (KG)	1,9

Os coeficientes são o resultado de pesquisa junto a varias fontes. Em anexo, a cópia do material utilizado na pesquisa e as respectivas fontes”.

Revel em 1ª instância, a autuada interpõe a presente impugnação dirigida a uma das câmaras julgadoras deste egrégio Conselho Administrativo Tributário na qual tece extensa a argumentação a respeito do trabalho fiscal realizado, consistente na seguintes arguições:

1. Que sua atuação abrange toda a cadeia produtiva, produção de ovos para incubação e de pintos de um dia, criação de aves, matrizes e frangos de corte, suínos e ovinos, fabricação de rações e armazenamento de grãos, abate, processamento e comercialização de alimentos refrigerados e que o modelo de produção do frango de corte adotado é o sistema de parceria denominado integração no qual a empresa (Integradora) e produtores rurais (Integrados), que possuem áreas próprias para a criação de aves, suínos ou ovinos, são remunerados de acordo com a produção e o preço de mercado do frango, suíno ou ovino no momento da venda, sendo que esse sistema é largamente utilizado no Brasil, especialmente no setor avícola.

2. Que o próprio fiscal autuante, de maneira correta, fez constar no final da nota explicativa observação na qual destacou o comportamento da empresa durante o processo de fiscalização ao qual esteve sujeita, registrando, em suas próprias palavras: “É necessário observar que a empresa atendeu prontamente todas as solicitações”.

3. Que, embora também reconhecendo a forma cortês e profissional da autoridade autuante, como, aliás, já é de praxe, por parte do excelente quadro de Auditores Fiscais do Estado de Goiás, que tanto abrilhantam a Secretaria da Fazenda desse Estado, não pode, contudo, deixar de apresentar todas as falhas e defeitos constantes do trabalho realizado que, por serem produtos de premissas incorretas, resultaram em conclusões equivocadas e na lavratura de diversos autos de infração indevidos.

4. Que uma apreciação apenas documental, à distância, por meio de arquivos magnéticos, sem verificação *in loco*, de todas as operações relativas à produção, industrialização e comercialização, como a que foi realizada pelo

autuante, na maioria das vezes, resulta em equívocos e erros insanáveis, com prejuízos à empresa, que precisa mobilizar esforços para se defender da acusação fiscal, e para o Estado, que depende os meios para constatação da improcedência do lançamento.

5. Que todos os parâmetros utilizados no procedimento fiscal são ignorados pela empresa que não reconhece neles qualquer validade fática ou jurídica, apesar da extensa citação bibliográfica, em nenhuma obra mencionada se obtém autorização para desconsiderar as quantidades e os valores alcançados pela empresa para, em substituição, serem arbitrados índices de produtividade.

6. Que o Fisco só pode se valer do arbitramento nas situações definidas em lei, sendo que nas poucas hipóteses assim previstas, há necessidade de, antes do arbitramento, se desconsiderar a escrita fiscal e contábil do contribuinte, possibilidade que só pode ser aceita em decorrência da verificação de inúmeras irregularidades, de forma a torná-la inidônea a comprovar os fatos aos quais se refere, sendo que este não é o caso da impugnante, já que, objetivamente, não foi apontada qualquer irregularidade em seus livros fiscais ou contábeis.

7. Que o processo é **nulo por cerceamento ao direito de defesa**, por falta de demonstrativos claros e precisos, uma vez que o trabalho fiscal é ininteligível, obscuro, confuso e impossibilita o conhecimento pleno das razões de pedir do auto de infração, com, conseqüente, perda da possibilidade de ser rebatido efetivamente, sendo que a auditoria produziu uma mixórdia de itens denominados de carne de frango, carne de suíno, frango vivo, suíno vivo, ração, pintos de um dia e de índices como carcaça rendimento, conversão alimentar, coeficiente de frango vivo, coeficiente de carcaça produção e peso médio produção que tornam impossível de se compreender o trabalho executado na sua plenitude.

8. Que há nulidade *ab initio* por insegurança na determinação da infração, vez que a acusação se acha desprovida dos elementos indispensáveis para a sua comprovação, destacando que a utilização pelo Fisco de meios que suscitem dúvida quanto à questão de fato ou de direito relevante para a caracterização da irregularidade imputada ao sujeito passivo, evidencia a insegurança na determinação da infração.

9. Que a fiscalização considerou, para elaboração de seus cálculos, índices, coeficientes, médias e rendimentos estranhos ao contribuinte e a legislação do Estado de Goiás, compostos de critérios presumidos pelo agente fiscal sem suporte fático ou legal, sendo que não se pode exigir o cumprimento de obrigação tributária, principal ou acessória, com fundamento em ficções ou presunções sem respaldo legal.

10. Que a utilização dos termos pseudocientíficos, tais como: índice de produtividade, peso médio, coeficiente de conversão alimentar, coeficiente de produção de frango de corte e carcaça rendimento, não dá legitimidade à auditoria para o arbitramento realizado, que, em última análise, determinou o peso do frango vivo, impôs o índice de aproveitamento da carcaça, da quantidade de ração

consumida e transformou saída de carne de frango em omissão de entrada de cabeças de pintinhos e a entrada de ração em omissão de saída de frango.

11. Que no levantamento procedido, a ração utilizada se soma aos pintinhos e, meio que por passe de mágica, após a aplicação dos índices de conversão que só o fiscal atuante considera válidos, as partes do frango se transformam novamente em pintinhos adquiridos sem emissão de nota fiscal de transferência.

12. Que o procedimento adotado pela autoridade fiscal está desprovido de autorização normativa e que não existe possibilidade técnica para utilização da auditoria específica de mercadorias no processo de produção e industrialização de aves, destacando que a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás tem, raras vezes, utilizado essa auditoria em estabelecimentos industriais do ramo de laticínios e de beneficiamento de arroz, porém, em ambos os casos, a aplicação da Auditoria é possível por existirem Instruções de Serviço quantificando os índices de conversão e de perda na produção de cada uma dessas atividades. Que, no mesmo sentido, uma variante da Auditoria Específica de Mercadorias tem sido utilizada para análise quantitativa de gado bovino ou bubalino, também instituída por meio de Instrução Normativa, no caso a de nº 748/05-GSF, que instituiu o aplicativo Conta Corrente de Gado, e estabeleceu índice de perda por morte, entre outros critérios para execução da referida auditoria.

13. Que a auditoria realizada vai além de qualquer possibilidade normativa e mistura, em um mesmo procedimento de análise quantitativa, aspectos de produção e de industrialização, aplicando nos dois casos índices de conversão estranhos a todos, sendo que para a avicultura não existe qualquer instrução de serviço, memorando, ofício ou e-mail que trate do assunto, ou mesmo que se proponha a estudar a produtividade do frango, com vistas a estabelecer um fator de conversão de cabeças de pintinhos em quilogramas de frango vivo, de quilogramas de cortes de frango em cabeças de pintinho, de quantidade de ração em frango vivo e de rendimento de carcaça.

14. Que no caso da atividade exercida pela atuada é ainda mais complexo, porque estão envolvidas as atividades de produção, industrialização e comercialização, sendo que a empresa produz desde ovos para incubação, pintinhos, ração até a saída do frango em partes, indagando “como seria possível aplicar a Auditoria Específica de Mercadoria ou qualquer índice de conversão”?

15. Que há **impossibilidade técnica de se utilizar coeficiente de produção de frango como método de conversão de pintinhos em frango vivo e vice-versa** em face da **ausência de qualquer parâmetro válido para conversão** e que, apesar disso, a auditoria realizada fixou o índice de 2,30, como sendo o Coeficiente de Produção de Frango, ou seja, cada pintinho deve gerar 2,30 Kg de carne de frango vivo, sendo tal coeficiente fixado independentemente de raça, sexo ou idade.

16. Que, segundo o levantamento: 1 FRANGO VIVO = 2,30 Kg e que como o pintinho se tornará frango um dia, então 1 pintinho = 1 frango vivo. Logo, 1

pintinho equivale a 2,30 Kg de frango vivo, ou dito de outra forma: PESO DO FRANGO VIVO / COEFICIENTE DE PRODUÇÃO DE FRANGO = QUANTIDADE DE PINTINHOS.

17. Que como o coeficiente de produção de frango é uma invariável e o seu valor é de 2,30, segundo entende o autuante, a fórmula fica assim representada: PESO DO FRANGO VIVO / 2,30 = QUANTIDADE DE PINTINHOS. Assim, como 1 pintinho corresponde a um frango de 2,30 Kg, por conseguinte, todo frango acima do peso pré-determinado representou omissão de entrada de pintinho e, ainda, resultado inferior ao índice estabelecido de 2,30 Kg por pintinho, será punido como omissão de saída de pintinho.

18. Que a constatação de que os índices de peso médio e produtividade foram superiores aos valores determinados pelo fiscal autuante não possibilita a presunção de aquisição de pintinhos sem nota fiscal, uma vez que ao estabelecer o Coeficiente de Produção de Frango como parâmetro válido para lavratura de auto de infração, se extrapolou o limite da racionalidade e da legalidade, não se pode exigir imposto ou multa formal com base no arbitramento de uma determinada produtividade.

19. Que não bastasse as conclusões equivocadas em razão da utilização de premissas falsas, a auditoria realizada apresenta, também, erros no critério de interpretação dos dados apresentados por CFOP, visto que foram considerados somente os CFOPs 1451 (Retorno de animal do estabelecimento produtor) e 2151 (Transferência para industrialização ou produção rural), sem levar em consideração toda gama de variedade de operações praticadas pela empresa, inclusive os recebimentos de outras unidades as remessas realizadas diretamente para outras filiais, bem como as devoluções correspondentes.

20. Que há impossibilidade técnica de se utilizar Coeficiente de Conversão Alimentar para o fim de se transformar ração em carne de frango, sendo que tal coeficiente foi utilizado na auditoria para obtenção da quantidade estimada de produção de frango vivo, constando da fórmula apresentada o seguinte: RAÇÃO / 1,8 = PRODUÇÃO DE FRANGO VIVO. Tal coeficiente desconsidera que a “quantidade de ração consumida é alterada por inúmeros fatores, tais como ambiente, clima, cuidado, tipo de ração utilizada, raça do frango criada e etc.”, ressaltando que as quantidades de estoque inicial, final e entradas de ração e frango vivo estão incorretas, porquanto diversos itens foram considerados pelo autuante como quantidade de frango vivo, quando na realidade se trata de ração para frango, conforme será detalhado mais adiante.

21. Que não existe suporte legal para determinação do peso médio do frango e da carcaça, ante a ausência de qualquer estudo produzido pela SEFAZ ou outro órgão do Estado estabelecendo o peso médio do frango vivo para comercialização bem como não existe norma que possibilite a tributação por presunção de peso de frango vivo.

22. Que a autoridade fiscal estimou que o frango vivo deve ter o peso de 2,3 kg, todavia, não demonstrou a origem desse fatídico índice de 2,30 kg, e nem o

respaldo legal para sua aplicação e que em outro absurdo fixou que a carcaça do frango congelado tem o peso de 1,90 kg, sendo que como resultado das duas premissas, obteve o índice de 83% de produtividade, já que $1,90 / 2,30 = 0,826$.

23. Que ao utilizar o peso médio do frango e da carcaça do frango como critério para exigência de imposto, a autoridade fiscal trouxe insegurança ao lançamento e tornou o auto de infração nulo ab intio.

24. Que o levantamento levado a efeito constituiu um verdadeiro arbitramento da atividade econômica da empresa ao estabelecer metas indevidas de produtividade que resultam na lavratura de diversos autos de infração, sendo que as hipóteses de arbitramento estão elencadas de forma exaustiva no artigo 458 do Decreto n 4852/97, RCTE, e a impugnante não incorreu em qualquer uma das circunstâncias ali relacionadas.

25. Que é indevida a utilização como base de cálculo de valores praticados em outras praças, sendo que o Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais, instituído pela Instrução de Serviço n 08/2005-SGAF, fixa que como critério para definição da base de cálculo para aplicação da multa formal nas omissões de entradas 5 (cinco) possibilidades, não sendo encontrada qualquer menção a aplicação de tabela de preços aplicada em outra unidade da federação.

26. Que a auditoria realizada possui defeitos intrínsecos, inerentes aos próprios fundamentos e parâmetros utilizados no levantamento, e extrínsecos, que representam a falta de cuidado do executor na importação, interpretação e classificação dos dados trabalhados e que as classificações incorretas de produtos, indicação equivocada de inventário confusão entre ração, frango vivo e carne de frango apenas ilustram que a auditoria também é inválida nos seus atributos extrínsecos.

27. Que não se depreende do obscuro e confuso demonstrativo fiscal qualquer quantidade correspondente aos estoques inventariados e nem como, efetivamente, se chegou a conclusão que resultou na acusação fiscal contida na inicial e que na auditoria realizada foi classificado como entradas de frango vivo os seguintes produtos destinados a ração de frango: FRANGO ABATE M RG, FRANGO ABATE UNC ASA 135 DG, FRANGO CRESCIMENTO I N RG, FRANGO CRESCIMENTO N, FRANGO CRESCIMENTO UNC ASA 125 GD, FRANGO INICIAL I N RG, destacando que a confusão entre ração e frango vivo foi exclusiva do auditor fiscal, a codificação dos produtos está correta, bem como a indicação desses itens nos arquivos magnéticos.

28. Que o levantamento apresenta também confusão nas unidades consideradas, pois soma cabeças de galinhas com quilogramas de frango vivo, sendo que as quantidades foram indevidamente consideradas nas entradas, inflando artificialmente as quantidades de entradas de frango.

Ao final, pede a declaração de improcedência do lançamento, visto que não ficou comprovado que a impugnante praticou a irregularidade contida na inicial ou, alternativamente, a declaração de nulidade do lançamento por cerceamento ao

direito de defesa e por insegurança na determinação da infração, em razão da utilização no levantamento de parâmetros presumidos, sem suporte fático ou legal, pela ausência de autorização normativa e de possibilidade técnica para utilização da Auditoria Específica de Mercadorias no processo de produção e industrialização de aves, pela utilização de coeficiente de produção de frango, peso médio, índice de produtividade e coeficiente de conversão alimentar como formas de arbitramento, e, ainda, pelas falhas demonstradas na quantificação do frango vivo e da carne de frango inventariadas, em especial, a confusão na quantidade constante da relação de entradas de carne de frango, na qual foram indevidamente incluídas várias toneladas de ração para alimentação de frango vivo e, finalmente, pela soma indevida de cabeças de galinhas com gramas de frango vivo.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Como pode ser visto na peça de auditoria de folha 5, a autuada é acusada de omitir o registro de entradas de 2.916.875 “pintos de um dia”. Para chegar a referida omissão foi considerado que o sujeito passivo encaminhou para seus parceiros produtores a quantidade de 7.663.382 unidades de “pintos de um dia” e que, no entanto, retornaram dos estabelecimentos produtores 24.334.591,43 kg de “frango vivo”, números estes considerados incompatíveis, razão pela qual, no dizer da autoridade fiscal autuante, “foram pesquisados os coeficientes de produção de frango de corte, a fim de promover os ajustes necessários”. Assim, considerando o peso médio do “frango vivo” na medida de 2,3 kg por cabeça, foi estabelecido que o total de frangos que retornaram dos estabelecimentos dos produtores corresponderia a uma quantidade estimada de 10.580.257 unidades de “pintos de um dia”, número este denominado “Pintos Ajustados (PA)”, do qual foi subtraído o número inicial de 7.663.382 “pintos de um dia”, resultando na diferença apontada.

Para demonstrar a origem dos dados com que trabalhou, a autoridade fiscal e elaborou a planilha denominada “Relatório-Saídas Somadas Por CFOP”, de folhas 6 e 7, no qual apresenta os totais das saídas de “pintos de um dia” e de “frango vivo p/ abate” e o “Relatório-Notas Fiscais”, de folha 8 a 42 no qual relaciona as notas fiscais de saída de “frango vivo p/ abate”.

De se destacar que no contexto da fiscalização realizada na empresa autuada foram lavrados diversos autos de infração, ora relativos a omissão de entradas de “pintos de um dia”, ora relativos a omissão de saídas de “frango abatido”, tudo isto verificado dentro de um mesmo exercício fiscalizado.

A modalidade de auditoria empregada no presente lançamento fiscal, com a apuração de omissão de entradas de “pintos de um dia”, é idêntica à verificada em três processos, a saber, os de números 4010800206869, 4010800207083 e 4010800207164, referentes aos períodos de 01/2005 a 12/2005, 01/2006 a 12/2006 e 01/2007 a 12/2007, respectivamente

Na mesma linha de fiscalização, isto é, utilizando-se de coeficientes conversão alimentar, peso médio de frango e índice de aproveitamento, foram

lavrados outros autos de infração, dos quais destacamos os seguintes, relativos a omissão de saídas de “frango carne”: 4010800204904, 4010800205463 e 4010800205706, referentes aos mesmos períodos já mencionados, ou seja, de 01/2005 a 12/2005, 01/2006 a 12/2006 e 01/2007 a 12/2007, respectivamente.

Analisando o que consta do processo, em especial, a formulação criada e adotada pela autoridade fiscal autuante para se chegar a apontada omissão de registro de entradas de mercadorias, entendo que assiste razão à recorrente quanto a preliminar de insegurança na determinação da infração por ela arguida.

De início, há que se considerar que no presente caso não foi elaborada uma “Auditoria Específica de Mercadorias” como anuncia a “descrição do fato” do auto de infração. A peça de auditoria de folha 5, em nada se assemelha a referida auditoria, seja pelo seu formato quanto pelos elementos que a constituem.

Essencialmente, o trabalho fiscal consta de uma Relação de Entradas de Frango Vivo para Abate (kg), de folhas 8/38 cuja totalização, mediante a aplicação da fórmula “Frango Vivo (kg) / 2,3 kg = Pinto de um dia”, resultou na quantidade de “Pintos Ajustados”, a qual foi comparada com a quantidade de “Pintos de um dia” remetidos para os produtores parceiros da autuada, conforme a Relação de Remessas para Produtores, de folhas 38/42.

Verifica-se, de plano, que não foram considerados os estoques iniciais e finais de “Pintos de um dia” que se encontravam com os produtores rurais, nem tampouco as quantidades iniciais e finais de “Frango Vivo para Abate” que se encontrava no início e no fim do exercício integrando os estoques da autuada.

Isto, por si só, já macularia o trabalho fiscal com o vício da insegurança na determinação da infração.

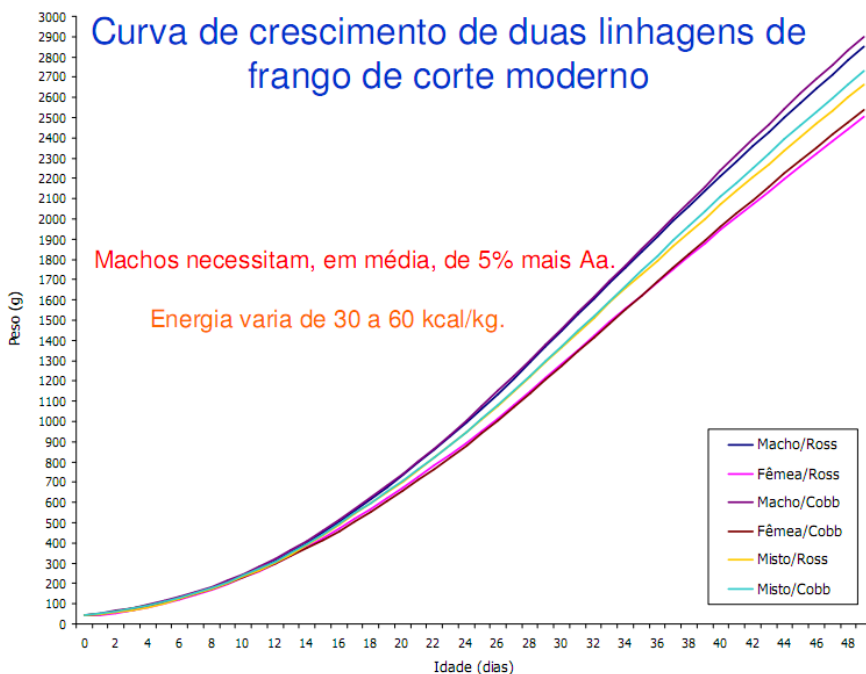
Outra consideração importante diz respeito à adoção dos chamados coeficientes de produção de frango - autoridade fiscal lançadora considerou que cada frango vivo deveria pesar 2,3 kg e, partindo do total do peso de frango vivo para abate (24.334.591,43 kg), deduziu que foram utilizadas com 10.580.257 cabeças de “pintos” para se chegar a referida produção, donde concluiu que a autuada havia omitido a entrada de 2.916.875 unidades de “pintos de um dia” (10.580.257 - 7.663.382). Observando, entretanto, a “Sugestão de Adoção de Coeficientes de Produção de Frango de Corte na Avicultura” verifica-se que o próprio autor do procedimento fiscal afirma que “É necessário adotar um ERRO de 10%, a fim de abranger as variações observadas nos coeficientes de produção do frango”, margem de erro esta não adotada na auditoria fiscal. Ou seja, a própria autoridade fiscal autuante admite que há uma margem de erro no resultado estatístico da que chegou, sem entretanto considerá-la no trabalho efetuado.

Por outro lado, ao teor da Nota Explicativa, a motivação para o arbitramento fiscal teria sido a constatação de que houve um aumento do consumo de ração enquanto a quantidade de “pintos de um dia” permanecia a mesma.

Todavia, a variação no consumo de ração não pode ser considerada linearmente, mediante simples aplicação de regra de três, como um indicativo preciso e seguro de que houve idêntica variação no plantel de “pintos de um dia”, uma vez que, por óbvio, o rendimento das rações, considerando-se a marca, a formulação, os nutrientes, a consistência, etc., é absolutamente variável. Ademais, a semelhança do que fez com os quantitativos de “pintos de um dia” e “frango para abate”, autoridade fiscal não trabalhou com os estoques inicial e final de ração, de forma a determinar corretamente a quantidade consumida.

Outro aspecto relevante a ser analisado é o fato de que foram consideradas as remessas para produtores rurais de “pintos de um dia” (CFOP 2151) de três linhagens, sendo uma delas a “Misto Ross” e as outras “Cobb” e “Ross”, incluindo macho e fêmea.

Quanto a este pormenor, apenas para adicionar um dado técnico, em pesquisa realizada pelo Professor Doutor Sebastião Aparecido Borges, da Universidade Tuiuti PR, ficou comprovada uma variação de até 400 g no peso do frango vivo, considerando-se o sexo e a linhagem do animal, durante o período de maturação do frango (45 dias), conforme gráfico abaixo:



Fonte: Professor Doutor Sebastião Aparecido Borges, 2008

Diante do que foi exposto, torna-se desnecessária a análise de erros técnicos pontuais no trabalho de auditoria, destacados pela autuada, consistentes

na desconsideração das diversas operações praticadas (foram utilizados apenas os CFOP's 1451 e 2151) e na adição de diversos tipos de ração, tais como FRANGO ABATE M RG, FRANGO ABATE UNC ASA 135 DG, FRANGO CRESCIMENTO I N RG, FRANGO CRESCIMENTO N, FRANGO CRESCIMENTO UNC ASA 125 GD, FRANGO INICIAL I N RG, no cômputo das entradas de “frango vivo para abate”.

Assim, resta configurada a insegurança na determinação da infração.

Nada obstante, são necessárias algumas considerações a respeito dos aspectos jurídicos da modalidade de trabalho fiscal levada a efeito no presente lançamento de crédito tributário.

Como visto, o feito fiscal consistiu no simples arbitramento da quantidade de entradas de “pintos de um dia” a partir do pressuposto de que cada frango vivo apresenta o peso de 2,3 kg.

Por que arbitramento? Porque o trabalho fiscal, partindo de uma variável estatística, desconsidera os registros fiscais e contábeis do sujeito passivo e lhes impõe um valor específico de movimentação de entradas de “pintos de um dia”, sobrepondo este valor aos números registrados e apresentados ao Fisco.

A par disto, é necessário indagar em que condições é admitido o arbitramento para o fim de lançamento do crédito tributário? Segundo o artigo 148 do CTN, quando o cálculo do tributo tenha por base o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora arbitrará aquele valor ou preço, “sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados”. Disto se deduz que o arbitramento, seja na modalidade clássica adotada pelo fisco, mediante Auditoria do Valor Adicionado, ou mediante qualquer outro procedimento, somente será admitido quando os registros fiscais do sujeito passivo “sejam omissos” ou “não mereçam fé”. Daí, o costumeiro procedimento preliminar adotado pelo fisco goiano, como medida indispensável ao arbitramento, denominado “Desclassificação da Escrita Fiscal/Contábil do Sujeito Passivo”, o qual deve ser efetivado mediante Termo escrito, conforme preconiza a Instrução de Serviço nº 07/04-SGAF, de 13 de dezembro de 2004.

Da forma como o trabalho fiscal foi produzido, fixando a valor das entradas sem a desclassificação da escrita, acabou por representar uma presunção não autorizada pela lei.

Como se sabe, a administração pública é regida pelo princípio da legalidade, de sorte que todos os atos administrativos devem ser praticados de acordo e com fundamento na lei, regra esta que deve ser transposta para a atividade de lançamento do crédito tributário pela razão especial de que este ato deve captar a ocorrência do fato gerador do tributo, o qual constitui uma “situação definida em lei”, vale dizer, tal fato encontra-se lastreado num princípio específico do direito tributário, denominado “estrita legalidade tributária” ou “reserva legal em matéria tributária”.

Ao fixar o conceito legal de tributo o CTN (art. 3º) estabeleceu que este consiste numa prestação pecuniária compulsória *instituída em lei* cuja cobrança (lançamento) será feita mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Por definição do próprio *codex* (art. 142) a atividade administrativa vinculada do lançamento corresponde ao procedimento mediante o qual a autoridade lançadora deverá: i) verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, ii) determinar a matéria tributável, iii) calcular o montante do tributo devido, iv) identificar o sujeito passivo e, v) sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Como já dito, o fato gerador é uma situação definida em lei (CTN, art. 114 e 97, III), donde se conclui que o lançamento, especialmente na modalidade por homologação, é procedimento que visa conferir a adequação da prática do contribuinte em face do que dispõe a lei.

Ao estabelecer que o lançamento tributário corresponde a uma atividade administrativa plenamente vinculada, o Código Tributário Nacional definiu regra de conduta rígida dirigida à autoridade competente para realizá-lo, de modo que se deve considerar que o lançamento é procedimento administrativo absolutamente impessoal. Como se sabe, os atos administrativos classificam-se em discricionários e vinculados, conforme a liberdade conferida aos agentes que irão executá-los. Os primeiros são aqueles a quem a lei autoriza um prévio juízo de valor por parte do agente acerca da conveniência e oportunidade em executar o ato. Os segundos são aqueles que não admitem nenhum juízo de valor, nos quais o ato é praticado estritamente em conformidade com o prescrito em lei, sendo que, nestes, o agente administrativo não passa de uma *longa manus* do Estado, ou seja, o agente é um mero instrumento por meio de quem se concretiza a vontade da lei.

Esta é a razão pela qual os procedimentos fiscais não devem decorrer de atos voluntariosos, desenvolvidos a *bel-prazer* dos agentes que integram a administração pública.

Neste contexto, tem lugar também a discussão a respeito do uso das presunções em matéria tributária. A presunção é o resultado de um processo lógico resultante da associação que se forma entre determinado fato conhecido – *fato probatum* – cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável - *fato probandum* ou fato presumido – mas que tem relação direta com aquele.

Sabe-se que as presunções se classificam em i) presunções comuns, humanas ou *hominis*; e ii) presunções legais ou de direito, que por sua vez se subdividem em relativas e absolutas.

As presunções *hominis*, também chamadas presunções de fato, são aquelas que se afirmam naquilo que ordinariamente acontece e é possível inferir a partir da associação de determinados fatos. Integram o livre convencimento do juiz, compondo as conclusões que o magistrado extrai dos fatos expostos na causa, a partir dos quais pode concluir pela existência de outros, considerando aquilo que geralmente acontece.

Já as presunções legais são aquelas previstas em lei, classificando-se em: i) Presunções relativas ou *juris tantum*, aquelas em que se admite a produção de prova em sentido contrário, que infirmariam a ocorrência do fato *probandum*, e ii) Presunções absolutas ou *jure et de jure*, que não admitem prova em contrário.

Admitir o uso da presunção de fato, consistente no raciocínio lógico-dedutivo pelo qual o magistrado firma o seu livre convencimento, é absolutamente necessário para o exercício da função jurisdicional. Admitir o uso destas mesmas presunções para o fim de se efetivar o lançamento do crédito tributário constitui uma afronta aos princípios da legalidade e da tipicidade tributária bem como um desrespeito ao princípio da vinculação do ato administrativo do lançamento. Por esta razão, as presunções admitidas em direito tributário são aquelas estipuladas pela lei, que estabelece tanto a situação base (*fato provado*) como também a sua consequência lógica (*fato presumido*), devendo ser registrado que sempre será admitida a prova em contrário por parte do sujeito passivo.

Se quisermos admitir que as chamadas presunções *hominis* possam ser utilizadas para determinação da base de cálculo de tributos e, por conseguinte, servir de base para lançamento do crédito tributário, teremos de admitir que este procedimento administrativo pode ser executado à margem da lei, uma vez que o terreno de construção da presunção de fato compõe o juízo pessoal do agente administrativo que, ao contrário do magistrado, não pode escolher o seu livre convencimento para lançar tributos. O juízo para a aplicação da presunção em matéria tributária (raciocínio lógico-dedutivo que conclui pela existência do fato gerador ou pelo montante da base de cálculo) é aquele feito pela lei, e o agente público, na qualidade de *longa manus* do Estado, não pode exprimir a sua vontade pessoal, mas deve expressar a vontade soberana do ente estatal que representa a coletividade numa exteriorização do primado do império da lei.

Esta é a razão pela qual o Código Tributário Estadual estabeleceu, no § 1º do artigo 25, o rol das presunções legais admitidas para a caracterização do fato gerador tributário do ICMS. Eis a transcrição, *in verbis*:

“Art. 25. (...)

(...)

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

I - ao saldo credor na conta caixa;

II - ao saldo credor fictício ou em montante superior ao comprovado, em sua escrita contábil;

III - ao suprimento de caixa sem a devida comprovação de sua origem, inclusive fornecido à empresa por administrador, sócio, titular da firma individual, acionista controlador da companhia, ou por terceiros, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem satisfatoriamente demonstrados;

IV - ao déficit financeiro existente no confronto do saldo das disponibilidades no início do período, acrescido dos ingressos de numerários, e deduzidos dos desembolsos e do saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, as despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas, tais como:

- a) salários e retiradas;
- b) aluguel, água, luz, telefone e outras taxas, preços ou tarifas;
- c) tributos;
- d) outras despesas gerais;

V - à diferença apurada mediante o controle quantitativo das entradas e saídas de mercadorias tributadas num determinado período, levando em consideração os estoques inicial e final;

VI - ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias ou prestação de serviços, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real;

VII - ao saldo das disponibilidades existentes ou das constantes do balanço da empresa que exceder ao saldo reconstituído, na mesma data;

VIII - à diferença a menor entre o valor adicionado, ao custo de aquisição ou produção de mercadorias tributadas, auferido pelo contribuinte e o obtido mediante a aplicação de índice de valor adicionado previsto pela legislação tributária para a respectiva atividade econômica, desde que efetivamente comprovadas irregularidades na sua escrituração fiscal ou contábil;

IX - à diferença a maior entre:

- a) o valor adicionado, ao custo de aquisição ou de produção de mercadorias isentas, não-tributadas ou sujeitas à substituição tributária, auferido pelo contribuinte e o obtido mediante a aplicação de índice de valor adicionado previsto, pela legislação tributária, para a respectiva atividade econômica;
- b) o valor informado pela administradora de “shopping center”, de centro comercial, de cartão de crédito ou de débito em conta-corrente ou por estabelecimento similar e o informado pelo contribuinte;

X - ao preço corrente da mercadoria ou de sua similar, ou da prestação, em situação fiscal irregular, no local de domicílio do contribuinte fiscalizado ou no da verificação fiscal, podendo se utilizar da pauta de valores elaborada pela Administração Tributária;

XI - revogado;

XII - ao valor que mais se aproximar com os estabelecidos com base nos incisos anteriores, na impossibilidade de aplicação de qualquer deles”.

Veja-se o exemplo da chamada auditoria específica de mercadorias (inciso V), que autoriza a presunção de omissão de saída de mercadorias, a partir do seguinte enunciado legal: “**Presume-se** decorrente de operação (...) tributada

não registrada (...) à diferença apurada mediante o controle quantitativo das entradas e saídas de mercadorias tributadas num determinado período, levando em consideração os estoques inicial e final”. (*grifamos*)

Neste caso, o fato apurado pelo fisco (*fato provado*) é a inequação entre os registros das mercadorias disponibilizadas para venda (entradas mais estoque inicial menos estoque final) e as saídas registradas pelo sujeito passivo. O *fato presumido* é que a diferença decorrente da inequação considera-se “venda de mercadorias sem emissão documentos fiscais”. Mas, como já se disse, isto é uma presunção estabelecida pela lei e que, por ser presunção *juris tantum*, admite prova em contrário. Por exemplo, se o sujeito passivo comprovar documentalmente que houve furto ou roubo em seu estabelecimento ou que houve um incêndio que destruiu parte de seus estoques, a presunção cai por terra.

Com isto se vê, de plano, que o trabalho fiscal incidiu em erro, uma vez que deduziu a existência de omissão tributária fora das possibilidades previstas em lei, inclusive com a desconsideração dos estoques inicial e final dos itens auditados.

Por outro lado, há quem entenda que o Fisco tem o poder de, estabelecendo coeficientes médios de produtividade, apurar diferenças tributáveis em estabelecimento industrial. Este entendimento encontra-se fundado na previsão de que, nos termos do artigo 458 do RCTE, “o fisco pode se utilizar de métodos ou processos que o leve à maior proximidade possível da avaliação real dos fatos”.

Analisando, contudo, a legislação tributária percebe-se que tal entendimento carece de base jurídica. Em primeiro lugar, o artigo 458 do RCTE dirige-se expressamente as hipóteses de arbitramento, no que é complementado pela disposição do artigo 459, que diz: “No arbitramento pode ser utilizado qualquer meio indiciário”. Então, é óbvio que o fisco pode lançar mão de qualquer meio indiciário, para o fim de aplicação do arbitramento, isto é, nas hipóteses em que a escrita do contribuinte se manifestar imprestável, omissa ou não mereça fé, conforme preceitua o artigo 148 do CTN e, analiticamente, o artigo 458 do RCTE.

Prova cabal de que a autoridade fiscal não pode, por si própria, fixar índices ou coeficientes de produtividade para as empresas em procedimentos normais de fiscalização (exceto no caso do arbitramento) é que o Manual de Procedimentos Fiscais da Secretaria da Fazenda, de cunho normativo para seus administrados, estabeleceu tais coeficientes para nos casos de Auditorias Específicas de Mercadorias aplicáveis a “cereais”, “madeiras”, “laticínios”, etc. Além disso, a admissão de que cada autoridade fiscal pudesse fixar estes elementos estatísticos implicaria a ruptura do princípio da vinculação do ato administrativo do lançamento, que materializa a impessoalidade na prática deste ato por parte da administração pública, uma vez que haveria diferenças de critérios entre os diversos contribuintes fiscalizados de acordo com a autoridade fiscal designada para fiscalização.

Esta é uma das razões pelas quais deve-se buscar a manualização dos procedimentos fiscais, para conferir uniformidade, impessoalidade e segurança na

relação Fisco x Contribuinte. A outra, não menos importante, é que o estabelecimento dos coeficientes médios de produtividade demanda extenuantes estudos técnico-científicos que devem ser efetuados por profissionais altamente qualificados em produção industrial e com conhecimentos específicos em cada setor da indústria com o qual se pretenda trabalhar.

Por fim, registre-se que, excetuado no caso do arbitramento, que autoriza o uso de meios indiciários, isto é, em relação aos quais não há certeza de sua precisão e conclusividade (uma vez que o sujeito passivo deu causa ao uso desta medida extrema), a fixação geral de um coeficiente médio de produtividade, ainda que seja para aplicação em uma fiscalização específica, tem o mesmo efeito da edição de uma norma, ou seja, uma regra prescritiva que será aplicada em caso concreto.

A edição de norma, como se sabe, requer que a autoridade que a faça detenha o chamado poder normativo (regra geral de direito administrativo, referenciada no art. 100, I do CTN) e este poder não é conferido a autoridade fiscal, a quem cabe efetuar o procedimento vinculado do lançamento do crédito tributário.

Diante do exposto e especialmente considerando que o direito tributário, embora admitam o uso das presunções, somente o faz em relação às chamadas “presunções legais”, não se acolhendo as ditas “presunções de fato” ou “presunções comuns”, é que tenho por insustentável o presente trabalho fiscal.

Assim sendo, por ser impossível aquilatar, a partir do presente feito, a qualidade dos registros tributários e da atividade desenvolvida pela autuada, é que acolho a preliminar de nulidade “*ab initio*” do processo por insegurança na determinação da infração.

Sala das sessões plenárias, em 20 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Escrituração de crédito outorgado considerado extemporâneo (Nulidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01615/10

Relator: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: Processual. Nulidade por insegurança na determinação da infração. Preliminar acolhida por maioria.

É nulo, "ab initio", o lançamento de ofício, por insegurança na determinação da infração, quando constatado nos autos que o trabalho desenvolvido pela fiscalização não demonstra de maneira clara a infração noticiada.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 25 de maio de 2010, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Foram vencedores os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Sérgio Reis Crispim, Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Edson Abrão da Silva e Delcídes de Souza Fonseca. Vencidos os Conselheiros Heli José da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Domingos Caruso Neto.

RELATÓRIO

Consta destes autos que o contribuinte em epígrafe escriturou indevidamente crédito outorgado extemporâneo, no valor de R\$ 10.145.566,74 (dez milhões, cento e quarenta e cinco mil, quinhentos e sessenta e seis reais e setenta e quatro centavos), em razão da entrega de arquivos magnéticos, contendo, apenas, uma parte das informações contidas nos documentos fiscais emitidos-recebidos pela empresa, bem como em desacordo com forma estabelecida na legislação e fora do prazo legal. Constata-se a presença de sujeitos passivos solidários, nas pessoas de [...], CPF [...], e [...], CPF [...].

Instruem o processo os documentos descritos às fls. 6/7 e acostados às fls.008/2024.

Conforme notas explicativas de fls.33/35:

a) Em 07/04/2006, a empresa solicitou autorização para apropriação extemporânea de crédito outorgado, relativo às saídas interestaduais realizadas no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, crédito que atinge o montante de R\$ 13.981.751,57 no período considerado;

b) Em 04/12/2006, conforme Despacho 1813/06-GSF, acatando o inteiro teor do Despacho 3390/2006-SAT, foi deferido parcialmente o pedido, tendo sido autorizado o aproveitamento do crédito outorgado no valor de R\$3.057.988,33;

c) O valor deferido corresponde aos créditos outorgados que a empresa possui o direito de apropriar-se relativos a todos os meses do exercício de 2005 e ao mês de novembro de 2004;

d) O mesmo parecer conclui que a empresa não tem direito de apropriar-se dos créditos outorgados relativos a todos os meses dos exercícios de 2001, 2002, 2003 e 2004, exceto quanto ao mês de novembro de 2004;

e) Entretanto, antes da conclusão do processo e sem considerar o valor limite global autorizado bem como os meses aos quais faz jus ao direito, a empresa tem se apropriado, desde a apuração do ICMS referente o mês de abril/2006, dos créditos outorgados requeridos, independentemente de autorização do fisco;

f) No período aqui fiscalizado, de 01/05/2006 a 31/03/2007, já ocorreu a apropriação, sob a rubrica de créditos outorgados extemporâneos, do valor de R\$ 11.373.044,60 (onze milhões, trezentos e setenta e três mil, quarenta e quatro reais e sessenta centavos) sendo que deste total, o montante de R\$10.145.566,74 (dez milhões, cento e quarenta e cinco mil, quinhentos e sessenta e seis reais e setenta e quatro centavos), objeto deste contencioso, não foi autorizado, constituindo-se, também por este motivo, em um aproveitamento indevido de crédito de ICMS.

Intimados, os sujeitos passivo ingressam com suas peças impugnatórias, nas quais, em preliminar, argüi a exclusão do sócio administrador da lide, bem como a nulidade do lançamento por falta de elementos essenciais ao crédito tributário, insegurança na determinação da infração, cerceamento do direito de defesa e levantamento fiscal precário.

No mérito, pedem a improcedência do feito.

Afirmam que o contribuinte somente não poderia ter aproveitado o crédito outorgado a que tem direito no período considerado, caso possuísse crédito tributário inscrito em dívida ativa ou exigível nos termos do artigo 1º, §1º do Anexo IX do RCTE.

Salienta que, não obstante o AFRE ter confirmado que a impugnante entregou todos os arquivos magnéticos, deixou de considerar o saneamento da suposta irregularidade para reconhecer o direito ao aproveitamento do crédito outorgado, nos termos do § 2º do artigo 1º do Anexo IX do RCTE.

Contesta a retroatividade do Parecer Normativo 05/07-SAT. Entende que este efeito está vedado pelo princípio da irretroatividade, e que, portanto, as supostas irregularidades baseadas nos termos do Parecer Normativo nº 05/07-

SAT não estavam previstas na legislação, não podendo assim serem admitidas para desqualificar a validade dos procedimentos realizados pela impugnante.

Acrescenta que, "considerando a fundamentação jurídica da infração supostamente praticada pela impugnante, baseada exclusivamente na ofensa ao artigo 11, inciso III, alínea "c", item 1 do Anexo IX do RC TE, nota-se somente existir uma acusação de ter sido irregular o aproveitamento do crédito outorgado em razão da entrega intempestiva de arquivos magnéticos."

Alega que a penalidade aplicada não tem relação com a suposta infração praticada pela impugnante relacionada unicamente a transferência eletrônica de dados fiscais fora dos prazos estabelecidos na legislação. Entende que esta infração é penalizada com a multa formal prevista no artigo 71, XIX, alínea "c" do CTE. Pede a anulação do auto de infração.

Finalmente, argumenta que este Juízo deve reconhecer a extinção do crédito tributário constituído por ter sido convalidada a utilização do benefício fiscal do crédito outorgado por ter a impugnante utilizado da faculdade prevista no artigo 1º e seguintes da Lei nº 16.150, de 17 de outubro de 2007. Acosta, como prova do argumento expendido, cópia do requerimento (fls.2170) elaborado na forma da Instrução Normativa nº 884/07-GSF e protocolado na Agência Fazendária de Firminópolis.

Foram juntadas (fls.2172/2175) cópia do Parecer s/n/, do Despacho 2095/07-DEAUD e do Despacho 0052/08-SGAF, este datado de 04/01/2008, indeferindo o pleito contido no requerimento de fls.2170, fundamentado no argumento de que o requerente não atendeu as condições exigidas pela Lei 16.150/07 e Instrução Normativa 884/07-GSF.

Decisão singular de fls. 2177/2178 manteve os solidários na lide, rejeitou preliminares e no mérito procedeu à autuação.

Às fls.2184/2186, foram acostadas cópia do Parecer nº 27/2008, emitido pelo AFRE II Benjamim Gonçalves Camargo MB 2248-9, e do Despacho nº 190/2008-DRFGOI, e uma via original do Despacho nº 1257/08-SAT, deferindo o requerimento de extinção de crédito tributário solicitado pela atuada.

Às fls. 2188 foi acostado o Despacho nº 1509/2008-GECOPE, com o seguinte teor: "Atendendo ao despacho 1257/08-SAT foi efetivado em 09 de abril de 2008 a extinção do Processo Administrativo Tributário nº 3027518105960 através do despacho 838/08. Posteriormente ocorreram dúvidas quanto ao cumprimento das condições para fruição dos benefícios da Lei 16150/07. Encaminhe o presente processo à Superintendência de Administração Tributária para confirmação ou não do deferimento efetivado com urgência, devido o PAT encontrar encerrado no status "Anistia".

Foi juntado uma cópia de relatório, de fls.2196, assinado pelo Auditor Mauro Pereira Vieira, discordando do Despacho que deferiu a extinção do crédito tributário e sugerindo novo encaminhamento ao caso.

Novo Despacho de nº 0926/08-SAT, (fls.2199), datado de 03/03/2008, desta vez, indefere o requerimento de extinção de crédito tributário solicitado pela atuada.

Foi juntado(fl.2200/2202) um relatório elaborado pelo Auditor Mauro Pereira Vieira que, datado de 05/06/2008, respondendo a uma consulta feita conforme Despacho nº 1855/08-DEAUD e Despacho nº 1921/2008-SAT que entendendo estarem conflitantes as soluções apresentadas para o mesmo problema solicitam nova análise da matéria. O auditor conclui que não foram atendidas as condições impostas pela Lei nº 16.150/07 para a convalidação da utilização de benefício fiscal e a correspondente extinção do crédito tributário.

Finalmente, em 30.07.2008, foi publicado o Decreto nº 6.769/2008, revogando o item 1 da alínea "b", alíneas "c" e "d" do inciso III do art. 11 do Anexo IX do RCTE. As alíneas "c" e "d" referidas tratam da exigência de entrega de arquivos magnéticos e adimplência temporal como condição para usufruir o benefício do crédito outorgado.

Inconformado, o sujeito passivo direto interpõe Recurso Voluntário, de folhas 2232/2250, no qual reitera as alegações apresentadas em sua peça defensiva anterior.

Acrescenta que a recorrente é uma das maiores empresas do agronegócio brasileiro; que a mesma utilizou do crédito outorgado para realizar diversos investimentos; que não houve falta de pagamento de imposto.

A atuada comparece novamente às fls. 2740/2787 e acrescenta aos argumentos anteriores o fato de que, após a interposição do Recurso Voluntário, foi publicado o Decreto nº 6.769, de 30 de julho de 2008, que revogou o item 1, da alínea "c" do inciso III do artigo 11 do Anexo IX do RCTE.

Afirma que justamente este é o dispositivo que fundamentou a atuação fiscal ao estabelecer a obrigação do contribuinte beneficiado com o crédito outorgado fornecer à SEFAZ/GO, mediante transmissão eletrônica de dados, informações contidas em todos os documentos fiscais emitidos. Entende que, considerando não ter sido o caso definitivamente julgado, mesmo se tivesse existido uma infração por parte da recorrente, com o advento do Decreto nº 6.769/08, não mais pode persistir o lançamento em razão dos efeitos previstos no artigo 106, inciso II, alíneas "a" e "b" do Código Tributário Nacional - CTN. Ancora sua tese nos ensinamentos da doutrina e jurisprudência que colaciona.

Decisão Cameral, de fls. 2837/2845, rejeita as preliminares arguidas:

- a) insegurança na determinação da infração; MAIORIA DE VOTOS
- b) e cerceamento ao direito de defesa - MAIORIA DE VOTOS;
- c) Exclusão dos solidários - MAIORIA DE VOTOS;

No mérito, rejeitou o pedido de retroatividade do disposto no Decreto nº 6.769/08, em relação à revogação da alínea "c" do inciso III do artigo 11 do Anexo IX do RCTE.

Transcrevo a seguir a íntegra da tese desenvolvida no acórdão cameral para rejeitar a tese de não retroatividade do disposto no decreto em comento:

"Com relação à arguição de retroatividade do disposto no Decreto nº 6.769/08, em relação à revogação da alínea "c" do inciso III do art. 11 do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, a partir de 01/08/08, com base no inciso II, alíneas "a" e "b", do art. 106, do CTN, temos a argumentar:

Inicialmente, analisaremos disposições do Título I do Livro Segundo do Código Tributário Nacional, principalmente nos artigos 97, 105, 106 abaixo transcritos:

LIVRO SEGUNDO

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

TÍTULO I

Legislação Tributária

(...)

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades

(...)

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Das disposições acima, podemos retirar as seguintes conclusões:

Pelo artigo 97, somente a lei pode estabelecer a cominação de penalidade e as infrações pelo descumprimento ao que ela estabelecer. O caput do art. 106 determina que "A lei aplica-se a ato ou fato pretérito", e o inciso II deste artigo trata-se de infrações e penalidade, matéria exclusiva de lei. Portanto, em análise literal, em se tratando de vigência pretérita, não se aplica aos demais instrumentos do ordenamento da legislação tributária prevista no Título I do Livro Segundo do Código Tributário Nacional.

E, ainda, conforme citado acima, retroatividade benigna, somente se aplica à infração e sua penalidade, não se cogita da aplicação de retroatividade da lei que verse sobre o tributo. Portanto, deve ser observado o disposto no artigo 144 do CTN, segundo o qual o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, portanto a autoridade lançadora está vinculada à legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador.

Ademais, admitindo-se a retroatividade benigna para outros instrumentos legais, que não a lei, trata-se o presente caso de crédito outorgado concedido por Decreto, em que o Estado inicialmente condicionou a apresentação no prazo determinado, de arquivos magnéticos de todas as operações por ele efetuadas, condições não atendidas, cujas condições hoje, por sua conveniência, não mais existem, a vigência de sua revogação só se aplica a partir da sua modificação, nos termos do artigo 105 do CTN.

Com efeito, o crédito outorgado concedido sob condição, não se objetiva antes do cumprimento da condição e, portanto, existe obrigação tributária até que se realize a condição exigida para a efetiva apropriação do crédito. De sorte que o crédito inexistente sem o atendimento das condições, resultando em não aplicação do disposto na alínea "b" do inciso II do art. 106 do CTN, porque não caso, por se tratar de benefício fiscal, encontra-se presente a redução do imposto devido pela apropriação do crédito indevido em virtude da falta do cumprimento da condição até então exigida. O que leva ao entendimento, de que em qualquer caso não se encontra presente a permissão legal para a retroatividade benigna pretendida.

Inconformados com a decisão cameral desfavorável, apresentam recurso para o Conselho Pleno e pedem:

a) nulidade do Acórdão Cameral, por não ter a Primeira Câmara apreciado importantes razões defendidas pela Recorrente, com o sucessivo retorno dos autos para o juízo recorrido para realizar um novo julgamento, ou

b) exclusão dos solidários (MAIORIA)

b) nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração(levantamento fiscal precário);

c) nulidade por cerceamento ao direito de defesa (falta de elementos essenciais ao crédito tributário);

d) exclusão da multa aplicada, diante do artigo 106 do CTN.;

e) no mérito, pedem a improcedência do auto de infração.

DECISÃO

Passo a julgar e, de plano, acolho a preliminar de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração, por considerar que a acusação não restou devidamente comprovada nos autos. A acusação contida na exordial expõe que os arquivos magnéticos entregues à Sefaz encontravam-se com as seguintes irregularidades: a) contém apenas uma parte dos documentos fiscais emitidos-recebidos pela empresa, em média 48, 67%; b) foram entregues em desacordo com a forma estabelecida pela legislação; c) foram entregues fora do prazo legal.

As acusações de que os arquivos Sintegra “foram entregues fora do prazo” e de que “continham apenas uma parte dos documentos fiscais emitidos-recebidos pela empresa (...)” prevaleceram até a edição da Lei nº 16.150, de 17 de outubro de 2007, quando a impugnante utilizou da faculdade prevista em seu artigo 1º e seguintes, apresentando requerimento de convalidação, tendo obtido parecer favorável emitido pelo AFRE II Benjamim Gonçalves Camargo MB 2248-9, que foi adotado pelo Despacho nº 190/200/-DRFGOI, cuja sugestão foi acolhida pelo Despacho nº 1257/08-SAT, datado de 19/03/08, deferindo o requerimento de extinção de crédito tributário, conforme solicitado pela autuada (fls.2184/2186).

A partir desta convalidação, o processo foi tumultuado, tendo sido devolvido à SAT, em 18/04/08, para confirmação (fls.2188) ou não do deferimento efetivado, sob a alegação de que “ocorreram dúvidas quanto ao cumprimento das condições para fruição dos benefícios da Lei 16.150/07”. Instrui este pedido de confirmação, o relatório de fls.2195/2196, onde o auditor sugere a manutenção do indeferimento do pedido de convalidação argumentando que “(...) *No entanto, a uma análise simples feita nos recibos de entrega anexados pelo próprio contribuinte podemos notar divergência de valores tanto nas entradas como nas saídas entre o Registro 50 e o Registro 54.*” *Ele esclarece que “o Registro 50 é destinado a especificar as informações de totalização do documento fiscal (item 7.1.3 do Manual de Orientação para Armazenamento de Registro em Meio Magnético). E o Registro 54 é destinado ao registro de produto destes mesmos*

documentos (item 7.1.6 do mesmo manual) a soma dos valores informados no tipo 50 deve ser igual a soma dos valores informados no tipo 54.” Relatório de fls. 2200/2202, do Auditor Mauro Almeida Tavares, em atendimento ao Despacho 1855/08-DEAUD e ao Despacho 1921/08-SAT, informa que “(...) *entendo que a análise feita pelo Auditor Benjamim foi incompleta e por isso incorreta pois se ateve tão somente para a correta relação entre o Livro de Apuração do ICMS e o tipo 50(...)*”. Acosta quadro comparativo dos Registros tipos 50 X 54 (fls.2203/2209) referentes aos exercícios 2006 e 2007.

Às fls. 2346 e seguintes foram acostados quadros “comparação de valores informados na DPI e no Tipo 50 do Arquivo Magnético” para demonstrar divergências entre os valores registrados na DPI e no tipo 50 do Arquivo Magnético. Estes quadros comparativos, por si só, não podem ser utilizados para comprovar a existência de erros de lançamentos de valores no arquivo magnético. Afinal, se não for comparado com os livros fiscais, não se pode concluir se o valor correto é o lançado na DPI ou o valor lançado no arquivo magnético.

Observar que o pedido de verificação da convalidação foi feito sob o argumento de que “ocorreram dúvidas quanto ao cumprimento das condições para fruição dos benefícios da Lei 16.150/07”.

Desta forma, restaram demolidas as acusações de que os arquivos Sintegra “foram entregues fora do prazo” e de que “continham apenas uma parte dos documentos fiscais emitidos-recebidos pela empresa (...)”

Assim sendo, uma discussão importante a ser enfrentada é a questão conceitual da segunda acusação, de que os arquivos magnéticos “*foram entregues em desacordo com a forma estabelecida pela legislação.*”

O Auditor Mauro entende que o termo “forma” refere-se à integridade dos dados informados pela empresa, ou seja, os dados contidos nos arquivos magnéticos devem corresponder exatamente àqueles contidos nos livros e documentos fiscais. A falta desta correspondência, implica em descumprimento da condição estabelecida para utilização do benefício do crédito outorgado estornado na exordial. No entanto, no trabalho por ele realizado foram feitos dois confrontos: um entre os Tipos 50 e 54 do arquivo Sintegra, e outro entre o Tipo 50 do arquivo Sintegra com a DPI, sendo que a partir de tais comparações não é possível se chegar à conclusão de que, de fato, existe uma inconsistência dos arquivos com os livros e documentos fiscais, uma vez que estes não foram examinados.

Existem decisões deste Conselho, que adotaram o entendimento de que a palavra “forma”, inserida no contexto da condição estabelecida no artigo 11 do Anexo IX do RCTE: “*no prazo e formas estabelecidos na legislação tributária*”, possui o sentido de “apresentar as informações, respeitando a forma do layout do arquivo magnético, estabelecida pela legislação tributária”. Neste caso, entende-se que esta condição foi firmada para obrigar a empresa a apresentar os arquivos magnéticos, respeitando o layout estabelecido, independente do seu conteúdo e da integridade dos dados, fatos estes que seriam tratados de forma “apartada”, inclusive possuindo penalidades específicas nos incisos do artigo 71 do CTE, não

impactando no cumprimento da condição estabelecida para utilização do benefício fiscal. Como no caso sob análise, a empresa apresentou todos os arquivos magnéticos, esta acusação também estaria superada, deixando de constituir parte da acusação.

Considerando desta forma, que a acusação de que as informações não foram apresentadas na forma e condições estabelecidas na legislação tributária, não está devidamente comprovada, apresentando-se de forma confusa, onde os próprios agentes do fisco não conseguem concluir acerca da convalidação do crédito outorgado sob júdice, e que a empresa, conforme análise feita pelo Auditor Benjamim cumpriu as exigências da legislação tributária, estando apta para convalidação dos benefícios nos termos da Lei 16.150/07, pois após análise, ficou confirmada a correta relação entre o Livro de Apuração do ICMS e o tipo 50, acato a preliminar de nulidade ab initio do auto de infração, por insegurança na determinação da infração

Além dos argumentos já expendidos para acatar a preliminar de nulidade ab initio do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, considero pertinentes os argumentos recursais quando destaca que a autoridade lançadora constituiu o crédito tributário sem demonstrar a existência de saldo devedor do tributo devido aos cofres estaduais por parte da autuada em consequência do aproveitamento indevido de crédito outorgado de que trata a basilar. Nesse sentido o subscritor do recurso argumentou com muita propriedade que “Não existe saldo devedor do ICMS (imposto devido) sem que a fiscalização verifique a escrituração fiscal do contribuinte, a existência de outros créditos passíveis de serem aproveitados e todas as circunstâncias relacionadas a apuração do tributo estadual, porque somente após ter apurado esses elementos poderia concluir se existe saldo devedor devido aos cofres públicos com a consequentemente possibilidade de constituir crédito tributário do imposto.”

Deve-se observar que não consta dos autos o levantamento “Auditoria Básica do ICMS” do período em que os créditos tributários foram estornados (2006/2007), nenhuma apuração de ICMS considerando a glosa do crédito outorgado aproveitado indevidamente, bem como a demonstração das bases de cálculo e alíquotas para a constituição do crédito tributário. Existe Auditoria Básica do ICMS do período em que os créditos não foram apropriados (2001/2005). Como suporte do trabalho fiscal, está relacionado à transferência eletrônica de dados contidos em documentos fiscais fora de prazo pela Recorrente e a impossibilidade de aproveitar o crédito outorgado relativo aos períodos abrangidos pelos documentos de que trata a vestibular, sem que tivesse sido apresentado fundamentação legal e fática ou qualquer outro elemento que permitisse deduzir a existência de tributo devido aos cofres fazendários.

Assim, considerando que o trabalho desenvolvido pela autoridade fiscalizadora ficou carente de respaldo legal, em sintonia com a unanimidade dos componentes da mesa julgadora, voto pelo acolhimento da preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo, declarando, de consequência nulo “ab initio” o processo.

Sala das sessões plenárias, em 22 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Estorno de crédito menor que o devido - aquisição de insumos - saídas isentas (Nulidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00182/10

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: Preliminar de nulidade do processo por insegurança na determinação da infração. Acolhimento. Decisão unânime.

Nos termos do art. 20, IV, da Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009, é de se declarar nulo 'ab initio' o processo quando dele não constarem elementos suficientes para determinar com segurança a infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 22 de dezembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo Conselheiro Relator, declarando, de consequência nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Cláudio Henrique de Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, José Luiz Rosa, Washington Luis Freire de Oliveira e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Trata-se de acusação fiscal feita em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciada na seguinte descrição:

"Omitiu o pagamento de ICMS, na importância de R\$ 186.013,21, no período de janeiro/2003 a setembro/2006, em razão do estorno de créditos a menor que o devido, referente à aquisição de insumos cujos produtos resultantes tiveram sua saída beneficiada com isenção, uma vez que destinados à zona franca de Manaus. Em consequência, devera recolher o imposto omitido no valor acima citado, acrescido das cominações legais exigidas, conforme demonstrativos e demais documentos anexos."

Em decisão proferida pela Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário foi acolhida, por maioria de votos, a preliminar de exclusão da lide do solidário [...], embora tenha sido rejeitada unanimemente a preliminar de cerceamento ao direito de defesa e, quanto ao mérito, também por maioria, confirmada a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Manifestando sua inconformidade com a decisão cameral, a Fazenda Pública interpõe recurso ao Conselho Pleno, com fundamento no art. 45, inciso XII do CTE, que prevê a responsabilização do sócio administrador relativamente à

operação ou prestação decorrente dos atos que pratica, intervir ou pela omissão de que for responsável.

A autuada, por sua vez, manifestando-se através da peça de fls. 186/195, recorre também a este Conselho Pleno alegando que há erro no enquadramento legal descrito na autuação, erro este que vicia todo o auto de infração e transcreve os dispositivos dados por infringidos pelo agente fiscal autuante bem como os dispositivos relativos à penalidade aplicada.

Argumenta que “o estorno de crédito realizado pela recorrente está de acordo com a determinação legal” e que o agente fiscal autuante “desconsiderou totalmente o levantamento realizado pela recorrente, em planilhas que demonstram o valor do efetivo estorno”, sendo que a autoridade fiscal não demonstrou os cálculos realizados para encontrar as diferenças, verificando-se uma “incongruência entre o levantamento elaborado pela recorrente (...) e os resultados encontrados pelo nobre agente no auto de infração”. Neste sentido, alega que a falha na fundamentação jurídica da acusação fiscal resulta em cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração.

Alega que as planilhas que acompanham a peça de recurso à segunda instância não podem ser desconsideradas, conforme demonstrado no anexo II, “vez que estão consoante às determinações legais dispostas no item 1, alínea ‘c’, inciso I, art. 58 do Decreto 4.852/97 - RCTE”.

Argumenta que não faz sentido a invocação pela autoridade fiscal do disposto no item 2 da alínea ‘c’ do inciso I do art. 58 do RCTE porquanto “se o contribuinte tem todo um controle, possível de identificar de quais mercadorias, deverá ocorrer o estorno, não há que se falar em proporção das saídas, mesmo por que, a matéria prima principal utilizada pelo contribuinte é o leite *in natura*, que tem o benefício da isenção do ICMS, conforme art. 6, inciso LXXXII” e que “Seria um tanto quanto absurdo, estornar crédito de ICMS, de mercadoria registrada com benefício da isenção de tal imposto”.

Ao final requer que seja declara a nulidade *ab initio* por insegurança na determinação da infração ou que seja julgado improcedente o lançamento constante da peça de início.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Antes de adentrar ao mérito do processo, compartilhando o entendimento expendido pelos meus pares na sessão de julgamento plenária, vejo que uma questão prejudicial se faz presente. Refiro-me à insegurança na determinação da infração consoante o disposto no art. 20, inciso IV, da Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009, que rege o processo administrativo tributário, pelas razões a seguir expostas.

Como visto, a acusação fiscal diz respeito à omissão de pagamento do ICMS “em razão do estorno de créditos a menor que o devido”, infração esta punível com a penalidade prevista no art. 71, inciso IV, letra “c” do CTE, esta aplicável em razão da “escrituração indevida de valores a título de crédito do imposto” no percentual de “140% (cento e quarenta por cento) do valor do imposto, pela **omissão do seu pagamento**” (grifamos).

Sabe-se que para caracterizar a referida omissão de pagamento do imposto é necessário que se considere a repercussão dos valores apropriados a título de crédito na apuração do imposto, de sorte que, em razão do creditamento dos aludidos valores, haja subtração do valor do imposto a ser recolhido no mês.

A mencionada repercussão é aferida e apurada corretamente com a simples utilização da Auditoria Básica do ICMS constante do Roteiro 01 do Anexo I da Instrução de Serviço nº 08/05-SGAF, de 06 de setembro de 2005, o que deixou de ser feito pelo autor do procedimento fiscal.

Com regra, quando se constata que não houve nenhuma repercussão do crédito indevido no montante do imposto a pagar, pelo fato de a empresa apresentar saldo credor permanente, a autuação feita nos moldes da presente não se sustenta, devendo ser declarada a sua insubsistência.

Todavia, o que se vê no presente processo é que o trabalho fiscal alcançou um longo período (janeiro de 2003 a setembro de 2006), tendo sido autuados, mês a mês, o exato valor do montante do estorno de crédito feito a menor que o devido, no entanto, conforme extrato da Análise do Desempenho Econômico-Fiscal, de fls. 200/203, o sujeito passivo autuado apresentou saldo credor em sua escrita fiscal nos meses de fevereiro, março e abril de 2005 e fevereiro, abril, maio, junho, julho e setembro de 2006.

Esta falha compromete a liquidez do crédito tributário exigido, o qual, diga-se de passagem, deve ser recolhido pelo sujeito passivo. A nulidade, *in casu*, decorre da impossibilidade técnica de se imputar corretamente os valores devidos em cada período de referência da exigência fiscal, o que somente é possível mediante a consideração da repercussão dos créditos indevidos na escrita fiscal do sujeito passivo, através da Auditoria Básica do ICMS.

Isto posto, em obediência à prescrição contida no art. 20, IV, da Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009, que estabelece que ‘são nulos os atos praticados com insegurança na determinação da infração’, declaro nulo ‘*ab initio*’ o presente processo administrativo tributário.

Sala das sessões plenárias, em 02 de fevereiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: IPVA - Omissão de pagamento (improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00027/10

Relator: Conselheira Eliene Mendes de Oliveira Feitosa

EMENTA: I. IPVA. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento. Alegação de imunidade tributária em pedido de Revisão Extraordinária suscitada pela GECOPE. Acatada. Decisão unânime.

1 - O IPVA não incide sobre a propriedade de veículo pertencente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 95 do CTE).

2 - Deve ser declarado improcedente o lançamento relativo a omissão de pagamento de IPVA incidente sobre veículo pertencente à prefeituras vinculadas a esfera pública municipal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de outubro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Álvaro Falanque, Domingos Caruso Neto, Gustavo Alberto Izac Pinto, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, José Luiz Rosa e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Consta da peça inaugural desse feito que o contribuinte em epígrafe deixou de efetuar o pagamento de IPVA relativo ao veículo de placa identificada na exordial, no ano, parcela, vencimento e valor, também ali identificados.

Indicou-se como infringidos o art. 100 da Lei nº 11.651/91 c/c o art. 408 do Decreto nº 4.852/97 e art. 4º da Instrução Normativa nº 325/98-GSF. Foi proposta a penalidade preconizada no art. 106, inciso I, da Lei nº 11.651/97, com a redação da Lei nº 13.772/00.

Consta às fls. 02 a cópia da notificação de lançamento feita ao sujeito passivo em epígrafe. Posteriormente, às fls. 03 foi anexado o Termo de Inscrição em Dívida Ativa, pois a exigência fiscal refere-se à crédito tributário não contencioso e não houve pagamento da quantia reclamada no presente processo e nem apresentação do pedido de descaracterização da não contenciosidade do crédito tributário.

A Gerência de Cobranças e Programas Especiais por meio do Despacho nº 1918/2008-GECOPE, com base em seu poder de autotutela, determina o cancelamento das inscrições em Dívida Ativa referentes aos créditos, em comento, emitindo-se ofício de extinção da Execução Fiscal nº 898/2008, fls. 06. Isso porque, verificou-se que ao tempo das inscrições não existia análise processual de saneamento anterior ao ato de inscrição, trabalho que ora é desenvolvido nesta Gerência.

Orienta-se pelo disposto nos artigos 150, inciso VI, § 2º, da Constituição Federal e art. 95 da Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, ambos referentes ao princípio da imunidade tributária, pelo qual se veda a cobrança de impostos por entes públicos e, em relação ao presente caso, reafirma a não incidência de IPVA sobre a propriedade de veículos pertencentes às entidades públicas em questão.

Posteriormente, emite o Memorando nº 0294/2008, relatando os fatos acima delineados e solicitando da Superintendência de Administração Tributária - SAT que tome as providências necessárias na solução das questões expostas.

Foram anexadas às fls. 11/12 um Parecer referente ao assunto ora tratado, o qual esclarece que deve ser observado o princípio da autotutela e a regra que confere ao Conselho Administrativo o poder/dever de realizar o controle da legalidade dos lançamentos de tributos estaduais (art. 19, § 1º, Lei 13.882/01).

O Superintendente do SAT, dando anuência ao referido parecer, o adota às fls. 13, e determina que os autos sejam remetidos ao órgão julgador, para que haja manifestação sobre a legitimidade dos referidos lançamentos.

A Gerência de Cobranças e Programas Especiais, por meio do Despacho nº 0928/2009-GCOP decide analisar o assunto em destaque tratando-o como Pedido de Revisão Extraordinária nos termos da alínea "a", inciso I, art. 43, da Lei nº 16.469/09. Descreve todas as fases do processo e solicita da Presidência deste Conselho o pronunciamento final acerca da legitimidade do lançamento posto em análise.

Após examinar os autos, o Presidente do CAT constata que restou demonstrado o vício de legalidade apontado no pedido de revisão extraordinária, uma vez que a Lei Estadual é expressa ao prescrever que não incide IPVA sobre a propriedade de veículo pertencente "à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios". Admite o presente pedido de revisão extraordinária e o encaminha a julgamento pelo Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

Como razão de decidir, restou comprovado que a inscrição do débito em dívida ativa configurou-se em ato eivado de vício, contrariando expressamente a norma contida no art. 150, inciso VI, alínea "a" e § 2º da Constituição Federal, bem como o art. 95 da Lei 11.651/91, que reafirma os preceitos constitucionais,

relatando não incidir IPVA sobre a propriedade de veículos pertencentes às entidades públicas em questão, *in verbis*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

[...]

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

“Art. 95. O IPVA não incide sobre a propriedade de veículo pertencente:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

II - à embaixada e consulado estrangeiros credenciados junto ao Governo brasileiro;

III - às entidades a seguir relacionadas, desde que o veículo esteja vinculado com as suas finalidades essenciais ou com as delas decorrentes:

[...].”

A necessária busca da segurança na decisão do Conselheiro Relator, contou com a anuência da presidência do CAT, após análise da formalização do processo, que assina o Despacho de nº 2663/2009-CAT (fls. 16), em que conclui:

“Diante do exposto e com amparo no que dispõe o inciso II, § 4º, art. 43 da Lei nº 16.469/09, ADMITO o presente pedido de revisão extraordinária e DETERMINO o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno – CONP.”

Depois de examinar a formalização do pedido, firmou-se o consenso unânime entre os Conselheiros presentes na sessão plenária de julgamento do dia, e eu me convenci de que, na demanda, assiste razão ao requerente.

Diante do exposto, considerando que o pedido de revisão extraordinária formulado pela GECÓPE guarda sintonia com o previsto no art. 43 da Lei nº 16.469/2009, e diante das fundamentações apresentadas por quem de direito, neste último recurso administrativo para o Conselho Administrativo Tributário, nos termos do inciso II, § 4º do diploma legal citado nestas linhas, impõe o conhecimento do processo pelo Conselho Pleno, instância única competente para proferir decisão definitiva neste processo.

Com a exposição supra, finalizo este meu voto para conhecer das razões do pedido de revisão extraordinária, dar-lhes provimento para considerar improcedente o auto de infração deste processo.

Sala das sessões plenárias, em 19 de janeiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ITCD - Omissão de pagamento (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03215/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ITCD. Omissão no recolhimento do Imposto Sobre a Transmissão Causa Mortis e Doações de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD. Recolhimento a menor do que o devido. Procedência parcial. Decisão unânime.

O acolhimento do Pedido de Revisão Extraordinária, requerido pela Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP, justifica a descon sideração do termo de perempção e a reabertura da discussão processual, quando houver a constatação de que o tributo reclamado na peça basilar está além do real valor devido, o que justifica a adequação do lançamento para que a exigência tributária remanesça sobre o ITCD atribuído a cada herdeiro no seu exato valor.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 07 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração no valor do ITCD de R\$ 11.437,81 (onze mil, quatrocentos e trinta e sete reais e oitenta e um centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Aguinaldo Fernandes de Melo, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado com a descrição do fato gerador do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD, que transcrevo:

“Deixou de recolher o ITCD na importância de R\$ 28.251,15, referente à diferença verificada entre o valor declarado dos bens no processo de arrolamento sumário nr. 1496/03 da Comarca de Barro Alto – Goiás e o valor venal apurado pela Fazenda Pública Estadual, conforme Laudo de Avaliação nr. 03/2006, cópia do extrato do IPTU/2006 – Goiânia e Auditoria da Diferença da Base de Cálculo do ITCD, anexos, devendo em consequência, recolher o imposto devido, acrescido das cominações legais.

Obs. Seguem, também, anexas:

1) cópia da Guia de Informação – Valores atribuídos dos bens no processo de arrolamento;

2) Notificação nr 257/07, conf. Estabelecido no art. 386 RCTE.

** Trata-se de reatuação ref. ao AI nr 3 0041601 086 66, considerado nulo pela II CJUL - Acórdão 0992/05."

O respaldo da base legal da autuação são os arts. 72, caput; 73, inciso I; 74, inciso II, alínea "e"; e 77, § 1º da Lei nº 11.651/91 c/c arts. 372, caput; 376, inciso I, alínea "e"; e 377 do Decreto nº 4.852/97.

A penalidade proposta pelas autoridades fazendárias atende ao prescrito no art. 89, inciso II, do referido diploma legal.

A autuada apresentou impugnação na primeira fase defensiva, cuja decisão singular, após estudar a formalização dos autos, conheceu da impugnação, negou-lhe provimento para concluir pela procedência do auto de infração (fls. 65 a 68).

O Termo de Perempção de fl. 73, assinala que autuado não retornou na fase do recurso voluntário, o que resultou a inscrição do crédito em Dívida Ativa da Secretaria de Estado da Fazenda.

No Memorando de fls. 79 a 81, a Coordenação do ITCD – CITCD, dirigido à Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP, aponta a ocorrência de vício de legalidade capaz de suportar uma revisão do lançamento tributário, inicial deste feito, visto a ocorrência de erro na definição da base de cálculo lançada de ofício.

Justifica a sua interferência com o comentário examinados nos parágrafos das fls. 80 e 81.

O órgão recebedor, ao analisar o todo deste processo, formalizou o pedido de revisão extraordinária com o argumento que incluiu nesta primeira parte da matéria discutida:

"Em 23 de junho de 2010, a Coordenação do ITCD – CITCD, encaminhou o Memorando n. 0033/10, solicitando esta Gerência a impulsionar o Conselho Administrativo Tributário para que se reveja o lançamento do processo administrativo tributário referido, uma vez que foi constatado erro na base de cálculo lançada (doc. Anexo).

Em razão da clareza dos fundamentos apresentados no memorando encaminhado pela CITCD, a Gerência de Cobrança e Programas Especiais solicita a revisão processual pelos próprios fundamentos lá expostos."

Ao final, requereu à Presidência deste Conselho Administrativo Tributário uma análise admissional do presente pedido de revisão extraordinária.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, examinou o requerido e constatou que a legislação processual atribuiu competência à Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP para propor pedido de revisão extraordinária nos casos de constatação de vícios de legalidade, pronunciado por autoridade administrativa competente com objetivos de assegurar a liquidez do crédito tributário a ser inscrito em Dívida Ativa para posterior proposição da Ação de Execução do Crédito.

À fl. 84, expôs o seguinte entendimento:

“Todavia, no presente caso, há que se ressaltar que a matéria apontada pela Coordenação do ITCD no Memorando que fundamentou o presente pleito é um fato novo, que não foi apreciado pelo Julgador Singular quando da apreciação da defesa trazida pelo sujeito passivo, além de se tratar de um reconhecimento da autoridade administrativa competente pela fiscalização e controle do crédito tributário da ocorrência de erro no estabelecimento da base de cálculo utilizada.

Ir contra tais evidências seria priorizar o formalismo processual em detrimento da verdade material, o que implica ir contra um dos princípios que norteiam o Processo Administrativo Tributário. Ademais não seria coerente levar adiante a execução fiscal um crédito tributário cuja liquidez foi contestada pela própria autoridade administrativa responsável pela sua fiscalização e lançamento, por todas as consequência que tal atitude poderia provocar, entre elas a condenação do Estado no ônus da sucumbência.

Ademais, o Código Tributário Nacional – CTN trata no art. 145 que o lançamento pode ser alterado em virtude de “iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149” (inciso III). Por sua vez, o art. 149 prescreve que o lançamento é revisto de ofício quando “deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior” (inciso VIII).”

Entendeu que restou demonstrado o vício de legalidade apontado e, com amparo do disposto no art. 43, § 4º, inciso II da Lei n.º 16.469/09, admitiu o Pedido de Revisão Extraordinária e determinou o encaminhamento do processo ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para ser pautado a julgamento pelo Conselho Pleno - CONP (fls. 83/84).

DECISÃO

Os motivos causadores da formalização do presente Pedido de Revisão Extraordinária justificam a desconsideração do Termo de Perempção de fl. 73, o cancelamento do Termo de Inscrição do Crédito em Dívida Ativa e a reabertura das discussões do lançamento do ITCD, visto o pronunciamento da Coordenação do ITCD – CITCD, dirigido à Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP, ora requerente, que formulou a afirmativa que transcrevo:

“Apesar de grande diferença dos valores atribuídos à Fazenda Pouso Alegre, as duas avaliações tem critérios técnicos, que somados a outros elementos amostrais e de provas pode resultar no valor venal com exatidão e desejado pelo princípio da justiça fiscal.

Assim, levando em conta a apresentação de caminhos alternativos que possibilitem a reconstituição do valor venal em 2003 para a Fazenda Pouso Alegre, foi realizada nova avaliação, por meio do Parecer Técnico CITCD/2009, de 28 de agosto de 2009, em anexo, para subsidiar a reatuação solicitada no presente processo.

Vale ressaltar que esta nova avaliação retratou o valor venal do imóvel em 2003, considerando dados publicados naquele ano por entidade especializada, altamente conceituada junto ao segmento do agronegócio, que levou em conta a capacidade de uso e aproveitamento dos tipos de terras que compõem o imóvel objeto da avaliação.”

Com base nesta nova base de cálculo lavrou-se os autos nºs 3 0350181 782 93 e 3 0250176 010 28, este último constante do pedido de parcelamento do crédito em 21 de junho de 2010.

Segue, ainda, com os esclarecimentos:

“Tendo em vista a revisão da base de cálculo e a aceitação dos novos valores pelos herdeiros, invocando o princípio da equidade e visando resguardar o direito dos herdeiros de receberem tratamento idêntico, uma vez que na partilha dos bens foi distribuída de forma igualitária e todos receberam os seus quinhões na mesma proporção, conclui-se que a cobrança do ITCD deve incidir sobre a mesma base de cálculo, o que nos motivou o encaminhamento do presente pleito.”

Observei o concluído no documento supramencionado e transcrevo a causa da lavratura do auto de infração nº 3 0350176 010 28, pois o valor do ITCD exigido do outro herdeiro, que serve de paradigma decisivo deste processo é inferior ao grafado nesta autuação, tanto que descreve:

“Deixou de recolher o ITCD no valor de R\$ 11.437,81 incidente sobre a base de cálculo no valor de R\$ 285.945,25, correspondente à diferença entre o valor venal apurado pela Fazenda Pública Estadual e o valor declarado do bem, referente ao espólio de Maria de Sousa Leão, devendo em consequência, recolher o imposto devido, acrescido das cominações legais.

Cópias anexas: Parecer Técnico-CITCD/2009, Auditoria do ITCD Notificação Fiscal n. 0769/10, Guia de Informação – ITBI Causa Mortis, Auto de Infração n. 3 0041604 549 12, Sentença n. 3709/07 – COJP.

Trata-se de reatuação referente ao processo n. 3 0041604 549 12 Julgado nulo pela sentença n. 3709/07-COJP.”

No trâmite deste processo, aconteceram fatos novos que implicaram o cancelamento do seu Termo de Inscrição do Dívida Ativa porque a autoridade administrativa fazendária, ao emitir o Memorando nº 0033/2010, fls. 79 a 81, expôs a divergência entre a base de cálculo do ITCD registrada no campo específico do auto de infração e o valor apurado no curso do processo, momento em que ficou evidente que o erro implicaria a correção estampada na peça originada na Coordenação do ITCD.

A discussão encadeada impulsionou a Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP, a solicitar revisão no lançamento do referido

processo administrativo tributário pelo Conselho Administrativo Tributário, já que foi constatado erro na base de cálculo do imposto lançado de ofício.

Portanto, ressalto que o questionamento formulado no Memorando da Coordenação do ITCD, que provocou a reabertura das discussões é um fato novo, que não foi avaliado por autoridade julgadora, que houve o reconhecimento da autoridade administrativa competente para que o controle do crédito tributário se fizesse com o estabelecimento correto da base de cálculo utilizada para apuração do valor do ITCD devido por herdeiro.

O entendimento direto sobre esta questão afirma que ir contra as evidências processuais causaria prejuízo à verdade dos fatos processuais implicaria posição contrária aos princípios do processo administrativo tributário.

Sobre esta posição expôs o presidente deste egrégio Conselho Administrativo Tributário à fl. 84, que reproduzo:

“Ademais não seria coerente levar adiante a execução fiscal um crédito tributário cuja liquidez foi contestada pela própria autoridade administrativo responsável pela sua fiscalização e lançamento, por todas as consequência que tal atitude poderia provocar, entre elas a condenação do Estado no ônus da sucumbência.”

Menciona ainda que *“o Código Tributário Nacional – CTN trata no art. 145 que o lançamento pode ser alterado em virtude de “iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149” (inciso III). Por sua vez, o art. 149 prescreve que o lançamento é revisto de ofício quando “deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior” (inciso VIII).”*

Além do mais, o estudo da causa do lançamento de ofício e a formalização processual me facultaram a conclusão de que, na demanda, assiste parcial razão ao sujeito ativo (Estado), visto que a constituição do crédito tem por alicerce a regra do artigo 77 do CTE, que transcrevo nesta oportunidade:

“Art. 77. A base de cálculo do ITCD é o valor venal do bem e do direito a ele relativo, do título ou do crédito transmitido ou doado.

§ 1º O valor venal será apurado mediante avaliação judicial ou avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual e expresso em moeda nacional.

§ 2º A base de cálculo do imposto, nas seguintes situações, corresponde a 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação do bem imóvel:

I - transmissão não onerosa, com reserva ao transmitente de direito real;

II - extinção do usufruto, com a consolidação da propriedade na pessoa do nu proprietário;

III - transmissão de direito real de usufruto, uso, habitação ou renda expressamente constituída, quando o período de duração do direito real for igual ou superior a 5

(cinco) anos, calculando-se proporcionalmente esse valor quando essa duração foi inferior.

§ 3º Havendo discordância quanto ao valor da avaliação para fim de base de cálculo o sujeito passivo pode apresentar reclamação ao órgão competente.

§ 4º Devem ser deduzidos da base de cálculo do ITCD o passivo patrimonial formado, em relação a bem, título, crédito ou direito, até a abertura da sucessão e as dívidas do espólio previstas no art. 965 do Código Civil."

Ao observar a regra transcrita no parágrafo anterior, conclui que ela assegura o direito de o judiciário ou a Fazenda Pública Estadual reavaliar os preços atribuídos aos bens arrolados nos processos de inventário e partilha, independentemente da comprovação do recolhimento do ITCD na data da abertura do processo de inventário e partilha, quando ocorrer incerteza sobre os valores declarados pelo inventariante, caso em que é exigido a complementação do tributo de acordo com o quinhão de cada herdeiro.

A parcial procedência do auto de infração é resultante da alteração da base de cálculo do ITCD aposta no auto de infração e o demonstrado no curso da ação fiscal, fato modificativo do valor exigido na peça basilar que o ajusta ao real preço imobiliário dos bens arrolados no processo de partilha que identifica cinco herdeiros.

Com esta descoberta pela fiscalização do tributo a conferência dos cálculos do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, demonstrou que o recolhimento do tributo anteriormente efetuado foi a menor do que o devido e, de acordo com o valor apurado o contribuinte deve complementar o recolhimento de acordo com a adequação do valor que passa para R\$11.437,81 (onze mil, quatrocentos e trinta e sete reais e oitenta e um centavos)

Com isto, ao finalizar voto deste discurso, faço-o para conhecer das razões do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhes parcial provimento para considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre o valor do ITCD de R\$ 11.437,81 (onze mil, quatrocentos e trinta e sete reais e oitenta e um centavos), calculado sobre a base de cálculo de R\$ 285.945,25 (duzentos e oitenta e cinco mil, novecentos e quarenta e cinco reais e vinte e cinco centavos) por herdeiro.

Sala das sessões plenárias, em 16 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ITCD - Omissão de recolhimento - usufruto vitalício (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03214/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ITCD. Omissão no recolhimento do ITCD, incidente sobre a instituição de usufruto vitalício. Revisão Extraordinária. Improcedência. Decisão unânime.

O recurso do sujeito passivo, estribado em prova inequívoca de erro de fato substancial e com poderes para alterar o total do lançamento, é conhecido pelo Conselho Pleno, em instância única, oportunidade em que o auto de infração é declarado improcedente.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 07 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Aguinaldo Fernandes de Melo, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

A autuação registrada na peça vestibular denuncia que o sujeito passivo deixou de recolher o ITCD no valor R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), que, devido na data da instituição de usufruto vitalício no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) sobre o imóvel registrado no Cartório de Registro de Imóveis de Anápolis da 1ª Circunscrição sob o nº 3.876, cuja beneficiária deve recolher o imposto acrescido das cominações legais.

O documento de fl. 03, identifica o sujeito passivo solidário da lide.

A base legal do auto de infração tem respaldo no Código Tributário Estadual em seus arts. 72 e 77, c/c arts. 372; 373; 376, inciso II, alínea "a"; e 382, inciso VII do Decreto nº 4.852/97. A proposição da penalidade corresponde ao prescrito no art. 89, inciso II do CTE.

Na impugnação a atuada afirmou que o imposto foi recolhido na data da transmissão, motivo pelo qual o exigido neste volume é indevido. Comprova o alegado com a juntada da cópia da Guia de Recolhimento de ITBI, para a Prefeitura Municipal de Anápolis-Go.

O julgador singular, atribuiu nova classificação ao rito processual para julgamento em instância única, vez que o valor corrigido do crédito tributário é inferior ao limite estabelecido no art. 37, § 2º, inciso II da Lei nº 16.469/09.

Após, declarou a procedência do auto de infração porque o autuado não contestou o lançamento tributário de forma eficaz. (fls. 16/17).

Posteriormente, e por duas vezes, a autuada apresentou Pedido de Revisão Extraordinária, onde reiterou que recolheu todos os impostos devidos (fls. 22/23 e 38/39).

Os referidos pedidos foram inadmitidos pelo Presidente do Conselho Administrativo Tributário, após constatar que a autuada não trouxe para o processo prova inconteste de erro de fato substancial, requisito exigido pela legislação processual para a admissibilidade do pedido (fls. 35 e 46).

Inconformada, a autuada apresenta novo Pedido de Revisão Extraordinária a fim de reiterar que houve o pagamento dos impostos devidos (fl. 56).

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário admite o presente pedido de revisão extraordinária, depois de examinar o requerido e de adotar o estudo da assessoria jurídica deste egrégio Conselho Administrativo Tributário que concluiu pela existência de prova inconteste na instrução do requerido.

Diante do exposto, com amparo no art. 43, § 4º, inciso II, da Lei nº 16.469/09, determina o encaminhamento dos autos à GECOPE, para que, caso não tenha sido ajuizada a ação de execução fiscal, seja procedido o cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa, nos termos prescritos pelo § 5º do mencionado dispositivo legal.

Em seguida, determinou a remessa dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para ser pautado a julgamento pelo Conselho Pleno - CONP (fl. 62).

A Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP informa que a execução fiscal do crédito não se encontra ajuizada e procedeu ao cancelamento da inscrição em dívida ativa (fl. 64).

É o relatório.

DECISÃO

Examinei o pedido de revisão extraordinária, as provas instrutórias do requerido e me convenci de que a pretensão do sujeito passivo formalizou-se com observância das determinações do art. 43 da Lei nº 16.469/2009, primeiro passo para o seu deferimento e posterior julgamento.

No seu requerimento, ele mostra que o exigido no auto de infração nº 3 0346669 865 26, foi satisfeito antes do lançamento tributário, conforme prova o documento que instruiu o pedido de revisão extraordinária que iniciou a discussão desta causa.

Este documento restabeleceu o rito do processo administrativo tributário, visto a admissão do presente recurso para o Conselho Pleno a quem compete julgar em definitivo este processo.

O contribuinte, ao formular o seu requerimento, atentou para a determinação do artigo mencionado no primeiro parágrafo deste voto, cujo ato procedimental, devidamente instruído com provas essenciais da inexistência do crédito, facultou ao Presidente do Conselho Administrativo Tributário a expedição das ordens necessárias para a subida do processo ao Conselho Pleno para apreciação da questão, ora em discussão.

A Presidência deste Conselho, ao analisar o pedido do sujeito passivo e avaliar as suas provas instrutórias, emitiu o Despacho nº 02322/2010-CAT, para constar o pronunciamento de que:

“Examinando a documentação ora trazida ao processo, constata-se a existência de erro de fato substancial que implica alteração total no lançamento procedido pelo Fisco, uma vez que ficou provada a inexistência da omissão suscitada inicialmente, conforme se deduz, de forma inconteste, da análise do histórico de pagamento de fls. 57, relativo ao pagamento do valor do ITCD ora reclamado, constante da Escritura Pública de Renúncia de Direito de Usufruto Vitalício, que se refere ao mesmo imóvel objeto da autuação, registrado no 1º XRI de Anápolis sob o nº 3.876 (fls. 40).”

Sobre a discussão iniciada com o pedido do requerente, a minha conclusão se harmonizou com a unanimidade dos Conselheiros presentes na sessão de julgamento, com a qual houve o consenso de que o procedimento administrativo contido na constituição deste crédito, instruído pelas contraprovas da inexistência de afronta à letra da legislação tributária, tornou-se inconsistente e alcançou a improcedência do lançamento neste momento.

Com a exposição supra, finalizo a votação da discussão encadeada neste processo, para conhecer das razões do pedido de revisão extraordinária, dar-lhes provimento para considerar improcedente o auto de infração deste processo.

Sala das sessões plenárias, em 16 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOCUMENTO IRREGULAR - Aquisição de mercadoria desacompanhada de nota fiscal - carvão - siderúrgica (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01415/10

Relator: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Aquisição de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal. Procedência. Decisão não unânime.*

I - Sempre que for obrigatória a emissão de documentos fiscais, aqueles a quem se destinarem as mercadorias são obrigados a exigir tais documentos dos que devam emití-los, contendo todos os requisitos legais (CONVÊNIO S/Nº, de 15 de dezembro de 1970, art. 14; RCTE, art. 145).

II - As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos (CTE, Art. 66, caput).

III - Deve ser declarado procedente o auto de infração relativo à irregularidade devidamente comprovada nos autos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 04 de maio de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por erro na identificação do sujeito passivo arguida pela atuada. Foram vencedores os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Paixão de Oliveira Gomes, Domingos Caruso Neto e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Cláudio Henrique de Oliveira, José Pereira D'abadia, Paulo Diniz, Aguinaldo Fernandes de Melo e Delcídes de Souza Fonseca. E, por unanimidade de votos, inadmitir a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, arguida pela atuada por ter sido rejeitada unanimemente na fase cameral. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Heli José da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Domingos Caruso Neto e Delcídes de Souza Fonseca. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer o recurso para o conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, Jorge

Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Paixão de Oliveira Gomes, Domingos Caruso Neto e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Cláudio Henrique de Oliveira, José Pereira D'abadia, Paulo Diniz, Aguinaldo Fernandes de Melo e Delcídes de Souza Fonseca que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Versa a autuação que o sujeito passivo "Adquiriu de produtores rurais goianos, durante o período de 01/02/2003 a 31/12/2003, 30.617 (Trinta mil, seiscentos e dezessete) metros cúbicos de Carvão Vegetal, no valor total de R\$ 2.214.228,30 (dois milhões, duzentos e quatorze mil, duzentos e vinte e oito reais e trinta centavos), desacombertados de documentação fiscal, conforme prova o RELATORIO DE CONTROLE DO CONSUMO E UTILIZACAO DE PRODUTOS E SUBPRODUTOS FLORESTAIS, de emissão do próprio destinatário da mercadoria, anexo a este, e demonstrado nos documentos, também anexos. Em consequência, conforme estabelece o Art. 45, parágrafo único da Lei 11.651/91, na condição de contribuinte solidário, deve pagar o ICMS no valor de R\$ 265.707,40 (duzentos sessenta e cinco mil, setecentos e sete reais e quarenta centavos), juntamente com as penalidades e acréscimos legais."

Constam como infringidos os arts. 66 da Lei nº 11.651/91 c/c o art. 145 do Decreto nº 4.852/97. A penalidade proposta foi a prevista no art. 71, inciso VII, alínea "L", § 9º, inciso I, do CTE.

Os autos estão instruídos com Demonstrativo da Diferença Mensal (fl. 4), demonstrativo da Quantidade Informada na Nota Fiscal de Produtor (fls. 5/15), demonstrativo Quantidade Informada nas Notas Fiscais de Entrada (fls. 16/26), Ofício do Diretor de Qualidade Ambiental da Agência Ambiental encaminhando informações a Superintendência de Administração Tributária (fl. 27), Relatório de Aquisição de Produtos e/ou subprodutos Florestais e Relatório de Controle de Consumo e Utilização de Produtos e subprodutos Florestais (fls. 28/181).

A atuada contradita o lançamento em primeira instância (fls. 185/196) com a alegação de ilegitimidade passiva. Afirma na defesa que as mercadorias teriam sido adquiridas com notas fiscais e que não haveria solidariedade quanto à penalidade imputada.

O sujeito passivo requer a conversão dos autos em diligência para verificação de pagamentos realizados pelos produtores rurais remetentes. Ao final, pede a improcedência da exordial.

O julgador singular considerou procedente o lançamento tributário. Entende que a solidariedade não possui benefício de ordem e que ficou provada a entrada de mercadorias no estabelecimento destinatário em quantidade e valores superiores informados na nota fiscal.

Insatisfeito, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário de fls. 212/221. Alega como razões para reforma da sentença recorrida questões preliminares, como a instrução probatória, insiste no requerimento de produção de provas para se descaracterizar o cerceamento do direito de defesa.

Quanto ao mérito, discorre sobre aspectos da solidariedade. Sustenta que não há interesse comum entre a atuada e os contribuintes (produtores rurais), havendo interesses contrapostos, na medida em que a recorrente é compradora e os produtores rurais são vendedores.

Sustenta ainda que não pode falar em solidariedade, pois não atendida a exigência posta pela legislação tributária, segundo a qual a solidariedade haveria de ser em operação realizada sem documentação fiscal.

Por último afirma que a legislação de Goiás impõe obrigações ao contribuinte goiano. Este deve emitir documentos fiscais (na saída ou na entrada de mercadorias). Alega que as normas goianas não obrigam ao contribuinte de outro Estado, não se podendo penalizar a recorrente por não emitir documento fiscal na saída da mercadoria, saída esta promovida pelo produtor goiano.

Pede ao final reconhecer o cerceamento ao direito de defesa. No mérito, eventualmente, solicita a reforma da decisão singular para não reconhecer a solidariedade ou para se reconhecer a solidariedade em relação ao valor do imposto e acréscimos moratórios.

Decisão cameral rejeitou as preliminares: a) de cerceamento ao direito de defesa, por unanimidade de votos; b) de erro de identificação do sujeito passivo, por maioria de votos.

Quanto ao mérito, foi confirmada a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Inconformada, a atuada recorre para o Conselho Pleno e argüi: preliminar de nulidade por erro de identificação do sujeito passivo e cerceamento ao direito de defesa, ou limitar a solidariedade apenas em relação ao valor do imposto e acréscimo moratório.

Colaciona cópia do Acórdão ICJUL nº 4634/2009, que entendeu que não há solidariedade entre o produtor goiano e a empresa mineira que tenha adquirido mercadorias desse produtor rural; entendendo que o Fisco goiano não pode invadir a competência administrativa de Minas Gerais para atuar a empresa situada naquele Estado e que não é contribuinte do imposto aqui.

Pede a improcedência do feito.

Este é o relatório, que passo a decidir.

DECISÃO

Inicialmente, sou pela inadmissibilidade da preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento ao direito de defesa, haja vista que já houve decisão unânime cameral e o pleito não está acompanhado dos elementos que constituem os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Quanto à preliminar de erro de identificação do sujeito passivo, vejo que razão não assiste à recorrente. O Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou de Finanças dos Estados e do Distrito Federal acordaram em criar o Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais, com fundamento no disposto no art. 199 do CTN que assim dispõe: "*Art. 199. A Fazenda Pública da União e a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.*" Assim, mediante o CONVÊNIO S/Nº, de 15 de dezembro de 1970, foram incorporadas às respectivas legislações tributárias desses entes federados exigências tributárias comuns.

Dentre os comandos estabelecidos no supracitado CONVÊNIO, cabe registrar a exigência tributária estabelecida no artigo 14:

"Art. 14. Sempre que for obrigatória a emissão de documentos fiscais, aqueles a quem se destinarem as mercadorias são obrigados a exigir tais documentos dos que devam emití-los, contendo todos os requisitos legais."

Percebe-se que, em face do comando acima referido, a exigência de emissão de nota fiscal não está sustentada apenas na legislação vigente no Estado de Goiás. Consta de CONVÊNIO celebrado entre os Estados federados, impondo essa obrigação tanto aos contribuintes estaduais como aos existentes em outros estados.

Em relação à solidariedade, deve-se analisar cuidadosamente qual foi a infração apurada pelo Fisco. A irregularidade tributária atribuída à autuada é decorrente da aquisição de mercadoria sem nota fiscal, apurada por meio dos documentos e demonstrativos anexados aos autos.

Nesse sentido, o Código Tributário Nacional (CNT) afirma que são solidariedade obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e, também, as pessoas expressamente designadas em lei:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

- I. as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;
- II. as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem."

O legislador estadual, com base no dispositivo supracitado (CTN, art. 124, inciso II), atribuiu responsabilidade solidária ao adquirente de mercadoria sem nota fiscal, conforme se depreende do comando inserto no CTE, artigo 45 e Parágrafo único. Eis o que estabelece esse dispositivo legal:

"Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

Parágrafo único. Considera-se, também, ter interesse comum na situação que constitua fato gerador de obrigação principal:

I - o alienante ou remetente, com o adquirente ou o destinatário, de mercadorias ou bens, em operações realizadas sem documentação fiscal;

II - o prestador, com o tomador de serviço, na mesma situação do inciso anterior."

Como ocorreu a aquisição de mercadoria sem nota fiscal, em face do disposto na legislação, correta é a exigência do crédito tributário do destinatário em decorrência dessa irregularidade.

Assim fica afastada a preliminar de erro de identificação do sujeito passivo.

Em relação à afirmação da autuada de que a solidariedade não se aplica à penalidade, devo registrar que a exigência tributária em tela é decorrente da falta de pagamento de imposto. Nesse caso, o imposto deve ser exigido do sujeito passivo, juntamente com a penalidade de ofício, decorrente da infração, e os demais acréscimos legais. Se a exigência fosse decorrente apenas de penalidade formal, razão assistiria ao sujeito passivo.

A exigência tributária, conforme consta do histórico do auto de infração, é referente à aquisição de mercadoria sem nota fiscal. Com efeito, se apenas parte das mercadorias estavam com documentação fiscal, é forçoso concluir que a quantidade de mercadoria que ultrapassou o número de unidades constante da nota fiscal é mercadoria sem nota fiscal. Portanto, incorreto, a argumentação da autuada de que não se pode falar em ausência de documentação fiscal.

A penalidade aplicada em face da infração está correta, trata-se, como foi frisado, de aquisição de mercadoria sem nota fiscal. Assim, em decorrência dessa infração, o sujeito passivo ficou submetido à pena prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I" do CTE: "*pela falta de emissão de documentos fiscais exigidos, ressalvado o disposto no inciso X, "b", ou pelo recebimento de mercadoria ou de serviço sem documentação fiscal, cujo valor tenha sido apurado por meio de levantamento fiscal realizado em estabelecimento cadastrado*" (grifo nosso).

Cabe registrar que o ICMS é devido ao ente federado onde ocorreu o fato gerador do imposto, como, no caso em tela, a saída ocorreu do Estado de Goiás, a este Estado é devido o imposto.

Diante do exposto, inadmito a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, por faltar-lhe os pressupostos de admissibilidade, e rejeito a preliminar de erro de identificação do sujeito passivo. No mérito, conheço do recurso para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para confirmar a acórdão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 01 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOCUMENTO IRREGULAR - Beneficiamento de algodão sem pagamento do imposto (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01473/10

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

Autor do Voto em Separado: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Atividade de beneficiamento de algodão. Sujeição à tributação pelo ICMS. Procedência. Decisão por maioria.

I - Considera-se industrialização qualquer processo que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou aperfeiçoe para consumo, tais como a transformação, o beneficiamento, a montagem, o acondicionamento ou reacondicionamento e a renovação ou recondicionamento (CTE, art. 12, II, 'b');

II - Deve ser declarado procedente o Auto de Infração, embasado em levantamento fiscal corretamente realizado, quando o sujeito passivo, embora alegando, não comprovar que houve erro na apuração fiscal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 02 de junho de 2009, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a propositura de converter o julgamento em diligência, levantada pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Washington Luis Freire de Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca, José Manoel Caixeta Haun, Arnaldo Machado e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. E, também, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença singular, a partir do documento de fls. 560, por cerceamento do direito de defesa, em razão da falta de apreciação de questões levantadas pelo sujeito passivo na fase cameral, arguida pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Washington Luis Freire de Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca, José Manoel Caixeta

Haun, Arnaldo Machado e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Por unanimidade de votos, não apreciar a preliminar de nulidade do auto de infração, por incompetência funcional da autoridade lançadora, arguida pelo sujeito passivo, em razão de ter sido rejeitada unanimemente na fase cameral. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, Arnaldo Machado, Washington Luis Freire de Oliveira e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Por votação unânime, rejeitar o pedido de decadência, feito pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, Arnaldo Machado, Washington Luis Freire de Oliveira e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, Washington Luis Freire de Oliveira e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca e Arnaldo Machado que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Consta da acusação fiscal feita em face do sujeito passivo em epigrafe a seguinte 'descrição do fato':

"Realizou serviço de beneficiamento de algodão em caroço, sujeito a incidência de ICMS, no exercício de 2000, sem emissão de documentação fiscal ou com emissão de nota fiscal inadequada para acobertar a prestação do serviço (nota fiscal de prestação de serviço municipal - com tributação pelo ISSQN), conforme documentos e demonstrativos anexos. Em consequência, deveria pagar o imposto na importância de R\$ 309.972,84 (trezentos e nove mil, novecentos e setenta e dois reais e oitenta e quatro centavos), mais as cominações legais incidentes sobre a omissão apurada".

Cuida-se de reatuação referente ao Auto de Infração 3 0112780 255 46.

Inconformada com a decisão cameral que negou provimento ao recurso voluntário apresentado, a autuada interpõe o presente recurso dirigido ao Conselho Pleno, em que pede que seja feita diligência para apuração da "verdade real dos fatos" porque o levantamento fiscal teria considerado como base de cálculo a entrada de algodão em caroço e não a saída interna de algodão produzido no Estado de Goiás.

Alega, em sede de preliminar, que há nulidade processual por incompetência funcional, sob o fundamento de que a reatuação valeu-se da fiscalização anterior, se materializando sem exame em livros e em documentos fiscais; também aduz que a pessoa responsável pelo trabalho não possui habilitação profissional para executar e assinar trabalhos técnicos de auditoria contábil-fiscal;

No mérito, aduz que o beneficiamento é tributado pelo ISS (municipal), conforme item 14.05, da lista anexa à da Lei Complementar nº 116/03, pelo fato de não ser uma operação de industrialização, não podendo ser cobrado do atuado os valores atribuídos à pauta fiscal. Requer a improcedência ou nulidade do auto de infração.

Acrescenta que propôs Ação Declaratória de Conflito de Competência em face do Estado de Goiás e Município de Chapadão do Céu, objetivando a declaração de qual ente está submetida ao pagamento do imposto (ICMS ou ISS), requerendo suspensão processual.

Transcreve decisões do STJ para fixar o entendimento de que a atividade desenvolvida encontra-se sob a incidência da Lei Complementar nº 116/2003.

Alega ainda que houve decadência do direito da Fazenda Pública em promover o lançamento do crédito tributário e pede a aplicação do princípio da retroatividade benigna para que seja aplicada a isenção prevista no art. 2º, II, alínea 'q' da Lei nº 13.194/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 15.051/04.

Ao final, pede que o processo seja baixado em diligência; que lhe seja “concedida a benesse da retroatividade da referida lei que isentou a atividade do tributo atuado, por ser medida de justiça”, fl. 635, dos autos; e que se mantida a procedência do lançamento fiscal sejam concedidos os descontos informados na intimação do auto de infração.

Durante a sessão de julgamento, o conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho apresenta propositura de converter o julgamento em diligência a fim de que fosse realizada revisão do trabalho fiscal. Vencido quanto a esta proposta, o mesmo conselheiro levanta a preliminar de nulidade da sentença singular, a partir do documento de fls. 560, por cerceamento do direito de defesa, em razão da falta de apreciação de questões levantadas pelo sujeito passivo naquela instância administrativa.

Desta forma, as questões preliminares postas em apreciação são as seguintes:

- a) conversão do julgamento em diligência;
- b) nulidade da sentença singular;

c) nulidade *ab initio* do processo por incompetência funcional da autoridade lançadora;

d) reconhecimento da decadência.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Apreciando as questões preliminares e de mérito submetidas à apreciação por este egrégio Conselho Pleno, entendo que razão assiste a Fazenda Pública Estadual.

Nos termos do § 5º do art. 41 da Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009 "O recurso remete o processo ao conhecimento do Conselho Pleno para apreciação do acórdão proferido, não comportando diligência nem a juntada de provas, salvo quanto à decisão cameral tenha sido baseada em prova cuja falsidade seja comprovada ou "quando apresentada prova incontestada cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo".

Como ressalva, existe a previsão contida no § 4º do mesmo artigo que prevê: "Após verificação do cumprimento dos pressupostos de admissibilidade previstos no caput, havendo pedido de diligência não admitido em decisão cameral, o Conselho Pleno poderá determinar a sua realização se entender necessária à solução da lide, devendo os autos do processo, após o cumprimento da diligência, retornar para nova apreciação em Câmara Julgadora".

Daí se depreende que, como regra, não se admite a realização de diligência pelo Conselho Pleno, a quem não compete sequer o conhecimento de provas que não tenham sido objeto de apreciação pela instância a quo. A ressalva prevista a no § 4º fica condicionada à duas circunstâncias a serem consideradas após o exame geral de admissibilidade do processo: i) que haja pedido de diligência não admitido na instância cameral; ii) se a diligência for indispensável à solução da lide.

No presente caso, é nosso entendimento que a diligência se faz absolutamente dispensável, vez que o que se discute é questão puramente de direito: se a atividade de "beneficiamento de algodão" desenvolvida pela autuada deve ser tributada pelo ICMS ou pelo ISS. Esta é uma questão que diligência não resolve, porquanto trata-se do enquadramento jurídico para a atividade da recorrente, sobre a qual não existe nenhum ponto de divergência.

Também não faz sentido a arguição de nulidade da sentença singular sobre o argumento de que teria havido falta de apreciação de questões submetidas àquela instância administrativa. Como se pode observar, a partir da análise da referida peça decisória, foram apreciadas todas as questões preliminares e de mérito suscitadas pela impugnante. À folha 561, vê-se: "De início rechaço a preliminar de nulidade processual por incompetência da autoridade fiscal autuante, visto que o trabalho de fiscalização foi desenvolvido por Auditor Fiscal da Receita

Estadual III, que tem competência para promover o lançamento de crédito tributário de empresas classificadas pela fiscalização como de grande porte (...). Mais adiante se tem: "As afirmativas do impugnante de que a autuação valeu-se da fiscalização anterior bem como prescindiu do exame de livros e documentos fiscais não se sustenta pelas provas carreadas aos autos (cópias de livros fiscais e notas fiscais)".

No trecho seguinte da sentença são tratadas as demais questões apresentadas pela defesa, como abaixo se transcreve:

Não há que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário, face a ação judicial proposta pelo sujeito passivo, visto que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional.

Também, não se aplica a denunciação da lide ao presente processo, visto que o município de Chapadão do Céu não se constitui em responsável ou solidário pela obrigação tributária, assim como pelo fato de o processo administrativo tributário ter por fim o exercício do controle da legalidade do lançamento (art. 199 da Lei nº 11.651/91 - Código Tributário do Estado de Goiás - CTE).

Quanto a decadência, impõe-se observar que o prazo de caducidade para lançamento anulado por ofício formal extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão respectiva (art. 173, inciso II, do CTN). No presente caso, houve a anulação do lançamento anteriormente efetuado, por incompetência funcional, no ano de 2005, logo, a reautuação poderia ocorrer até o fim do ano de 2010, não tendo ocorrido, destarte, a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

No mérito, observa-se que o valor unitário considerado pela fiscalização para realizar a tributação é o mesmo valor constante dos documentos fiscais e emitidos pelo sujeito passivo, de R\$ 0,10 (dez centavos) por quilograma de algodão em caroço, não tendo motivos para contestação desse valor, visto que o próprio sujeito passivo o adotou em suas operações.

Assim configurado, indeferido o pedido de diligência formulado pelo impugnante, visto que nos autos resta claro que a quantificação do valor tributado se efetivou sobre o algodão em caroço.

Ora, como visto não há cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo em razão da prolação da sentença singular, que apreciou exaustivamente as questões suscitadas pela atuada.

Quanto à alegação de incompetência funcional da autoridade lançadora, também não prosperam a tese, uma vez que, como já dito pelo julgador singular o lançamento fiscal foi efetuado por Auditor Fiscal dos Tributos Estaduais da classe III. Também não há que se falar que o trabalho fiscal foi realizado sem exame de livros e documentos fiscais, pois resta patenteado pelo conjunto probatório trazido aos autos pela fiscal atuante que a auditoria foi realizada a partir da documentação produzida pela atuada, ficando caracterizado que esta realizava o

"beneficiamento de algodão" para terceiros, cobrando-lhes a quantia de R\$ 0,10 (dez centavos) para cada quilograma de algodão em caroço processado.

Por fim, há que se destacar que não incide a decadência no presente caso. O lançamento tributário foi efetuado a luz do artigo 173, inciso II, do Código Tributário Nacional, o qual prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue após decorrido o prazo de cinco anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por ofício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Quanto ao mérito, também entendo que não cabe razão à recorrente. Com efeito, entendemos que a expressão "beneficiamento" constante do item 14.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, não se aplica à hipótese versada nos presentes autos. O item da lista referido vem acompanhado de outras atividades de prestação de serviço para as como restauração, recondicionamento, pintura, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, **de objetos quaisquer**. Ou seja, há um indicativo de que não se trata de beneficiamento de produtos agrícolas, mas de bens que possam estar compreendidos na expressão "objetos quaisquer".

Por outro lado, existe disposição expressa da legislação tributária estadual conceituando "industrialização" como sendo "qualquer processo que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou aperfeiçoe para consumo, tais como a transformação, o beneficiamento, a montagem, o acondicionamento ou reacondicionamento e a renovação ou recondicionamento" (CTE, art. 12, II, 'b').

Com já assentado, a autuada cobrava R\$ 0,10 (dez centavos) pelo processamento de um quilograma de algodão em caroço dos produtores da região, atividade esta que entendia sujeita à tributação pelo ISS e que, na verdade, se submete ao ICMS, conforme já visto.

Assim, tenho por correta a exigência fiscal contida no lançamento do crédito tributário formalizado através do presente processo.

Destaco, por fim, não ser possível o atendimento do pedido do sujeito passivo no tocante a concessão da redução da multa conforme consignado na intimação do auto de infração, porque a redução ali prevista estava condicionada à desistência da defesa e ao pronto pagamento da quantia exigida, o que não foi feito. Do mesmo modo, não ser possível a aplicação da retroatividade benigna, prevista no artigo 106 do CTN, para fazer com que a atividade desenvolvida pela autuada seja alcançado pela isenção prevista no art. 2º, II, alínea 'q' da Lei nº 13.194/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 15.051/04, vez que a retroatividade benigna somente se aplica quanto à penalidade e nunca quanto ao tributo devido.

Diante do exposto, rejeito a propositura de conversão do processo em diligência bem como a preliminar de nulidade da sentença singular, levantadas pelo

nobre conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Rejeito, também, a preliminar de nulidade do auto de infração por incompetência funcional da autoridade lançadora e a preliminar de mérito de decadência, arguidas pela autuada. E quanto ao mérito, conheço do recurso dirigido a este Conselho Pleno, nego-lhe provimento, para confirmar o acórdão cameral que julgou procedente o lançamento fiscal.

VOTO EM SEPARADO

Ementa: Processual. Preliminar de conversão do julgamento em diligência, proposta pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Rejeitada. Decisão não unânime.

A faculdade dos ajustes dos valores, os esclarecimentos das dúvidas ocorridas na formalização do crédito tributário e do processo e os deferimentos dos exames diligenciais são resolvidos pelas instâncias julgadoras em atendimento ao requerido por quem de direito.

Processual. Preliminar de nulidade parcial do processo a partir do documento de fl. 560, arguida pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho, por cerceamento ao direito de defesa. Rejeitada. Decisão não unânime.

A constatação de ocorrência de incidente parcial de nulidade no ato praticado pela autoridade julgadora, nos termos prescritos na lei processual, causa a nulidade do ato ferido e dos demais praticados na formalização do processo, além do seu retorno a quem compete sanar a irregularidade com novo julgamento do processo.

Processual. Preliminares de nulidade da peça básica, por incompetência funcional e de decadência, arguidas pela autuada. Não apreciadas. Decisão unânime.

A unanimidade de votos nas decisões, tanto em preliminar quanto no mérito da ação, proferidas pelas Câmaras Julgadoras, veda a sua apreciação e julgamento no Conselho Pleno deste Conselho Administrativo tributário.

ICMS. Omissão no recolhimento do ICMS, resultante do beneficiamento de algodão em caroço. Improcedente. Decisão não unânime.

O ICMS não incide sobre a prestação de serviço de descaroçamento de algodão, cujo serviço foi prestado sob encomenda contratada com cláusula de retorno do produto algodão em pluma e dos caroços ao estabelecimento encomendante, razão por que considero improcedente o auto de infração.

O auto de infração descreve a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária na afirmação de que o sujeito passivo realizou serviço de descarçamento de algodão, sem a correta emissão do documento fiscal com incidência do ICMS, visto que emitiu nota fiscal de prestação de serviço e recolheu o imposto correspondente, o qual foi considerado inadequado para a operação. Esse entendimento da autoridade fazendária motivou a lavratura do presente auto de infração a exigência do ICMS com os acréscimos legais pertinentes.

O auto de infração registra a informação de que este lançamento é resultante de reautuação do Processo nº 3 0112780 255 46, que foi anulado por incompetência funcional da autoridade lançadora, cujo voto do Acórdão da CJUL nº 04538/2008, ementou:

“ICMS. Obrigação principal. Incompetência funcional. Nulidade do auto de infração. Decisão cameral unânime. Ausência de motivação para apreciação do recurso ao Conselho Pleno. Inadmissibilidade. Decisão unânime.

Nos termos do art. 35, § 1º, II, da Lei nº 13.882/01, a decisão cameral unânime só poderá ser objeto de recurso para o Conselho Pleno quando divergente de outra decisão cameral não reformada ou de decisão plenária que tenha tratado de matéria idêntica ou, também, quando inequivocamente contrária a disposição expressa da legislação tributária estadual ou a prova inconteste constante do processo à época do julgamento cameral. O recurso será inadmitido se não estiver amparado em qualquer uma das condições estabelecidas.”

A infração descrita no parágrafo anterior tem suporte na redação dos artigos 63 e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c o artigo 141 do Decreto nº 4.852/97.

A proposição da penalidade sintoniza com a prescrição do artigo 71, inciso VII, alínea “L”, agravada pelo § 9º, inciso I do Código Tributário Estadual.

Na impugnação o sujeito passivo inicia com citação do auto de infração anulado, inclusive citou a arguição das preliminares de nulidade da peça básica, por incompetência funcional da autoridade lançadora, porque o resultado basilar desta autuação é a repetição do trabalho que foi anteriormente efetivado no lançamento anulado. Afirma que para esta autuação, não houve notificação do sujeito passivo pela autoridade fiscal nem a solicitação de livros ou documentos fiscal utilizados pela empresa e que o resultado apresentado repetiu o lançamento anterior. Observa que há conflito de competência entre o Estado e o Município, pois este último reclama o imposto municipal sobre a prestação do serviço de descarçamento do algodão que entende correto. E, finalmente, alega a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito pelo lançamento de ofício.

No mérito, deixa claro que a sua atividade de prestação de serviço encaixa na legislação municipal, motivo pelo qual não está sujeito ao recolhimento do imposto estadual.

Ao finalizar, requereu:

“Seja o julgamento tornado em diligência, para que um fiscal estranho a lide, averigüe se o primeiro auto QUE ORIGINOU ESSE SEGUNDO AUTO DE INFRAÇÃO foi lavrado sobre o algodão em caroço ou em pluma, para tecer seus comentários que por certo culminarão com a improcedência do presente auto.”

Seja deferido o pedido de suspensão do Auto de Infração enquanto se aguarda a solução do processo instalado no Judiciário Estadual.

Em face de todo o exposto, a Autuada vem à presença desse Corpo de Julgadores de Primeira Instância do CAT, para requerer seja declarado NULO desde seu início por vício insanável a fiscalização feita por ente incompetente e declarado NULO desde seu início por vício insanável ou IMPROCEDENTE o Auto de Infração à epígrafe, aplicando-se a penalidade que bem julgar justa em face da autoridade Autuante em razão de seu desmedido, isto por ser de inteira JUSTIÇA.”

O julgador singular refuta as questões preliminares e, com o silêncio, não referenda o pedido de diligência formulado pelo impugnante. E, no mérito, julga procedente o auto de infração.

No recurso voluntário o contribuinte ratifica o questionamento preliminar utilizado na impugnação inicial a Primeira Instância, inclui, também, o pedido de diligência e, no mérito, que a operação de prestação de serviço de descaroçamento do algodão em caroço para transformá-lo em pluma é tributada pelo imposto municipal, previsto no item 14.5 da Lista de Serviço e que não considera esse tipo de operação como industrialização. Para finalizar, requereu o acolhimento das preliminares de nulidade da peça básica e de decadência que arguiu, bem como o deferimento dos exames diligenciais, e, ainda, o deferimento do “pedido de Denúnciação a Lide ao Município do Chapadão do Céu, nos termos requeridos”. No mérito, pleiteou a declaração da improcedência do auto de infração.

A Câmara Julgadora analisou a formalização processual e decidiu: por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da autuação, arguida pela autuada, por incompetência funcional da autoridade lançadora; por maioria de votos, rejeitar a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário; e, no mérito, por maioria de votos, julgar procedente o auto de infração, cujo acórdão nº 4538/2008, ora recorrido, ementou:

“I - ICMS. Processual. Preliminar de nulidade da autuação, argüida pela autuada, por incompetência funcional da autoridade lançadora. Rejeitada. Decisão unânime.

São inócuas as argüições de nulidade do auto de infração, quando desprovidas do respaldo da legislação que rege a matéria.

II - Preliminar de decadência do direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário em análise, argüida pela autuada. Rejeitada. Decisão não unânime.

A ação fiscal, executada pela autoridade administrativa competente no prazo regulamentar para a constituição do crédito tributário, veda a ocorrência da decadência, prescrita no art. 173 do CTN. A comprovação deste exercício legal

impõe a rejeição da preliminar de decadência, argüida pela parte que se sentiu ofendida.

III - ICMS. Omissão no recolhimento do imposto. Procedência do auto de infração. Decisão não unânime. Confirmação da sentença singular.

A decisão cameral, estribada na formalização do processo, não se modifica com a apresentação do recurso que não tenha inovado as teses defensórias anteriores. Portanto, prevalece a procedência do auto de infração.”

O contribuinte opôs recurso para o Conselho Pleno, ratifica todos as fundamentações defensórias das fases anteriores, e, ao finalizar, requereu:

“Seja o julgamento tornado em diligência, para que um fiscal estranho a lide, averigüe que a base de cálculo esta errada, conforme apresentada na preliminar que esta baseada no decreto legal para sua arguição corrigindo-se então os valores ali apresentados, sob pena de cerceamento de defesa e violação dos princípios Constitucionais e da verdade dos fatos, a luz da lei 15051/04

Seja apreciada e concedida a benesse da retroatividade da referida lei que isentou a atividade do tributo autuado, por ser medida de Justiça.

Na hipótese de procedência no presente auto de infração, sucumbindo a autuada, requer seja mantido os benefícios dos descontos propostos na própria intimação e auto de infração, para que possa a autuada saldar o valor.

Em face de todo o exposto, a autuada vem à presença desse Corpo de Julgadores de Primeira Instância do CAT, para requerer seja declarado NULO desde seu início por vício insanável a fiscalização feita por ente incompetente e declarado ANULADO PARA TODOS OS SEUS EFEITOS, AB INICIO, por vício insanável ou IMPROCEDENTE o Auto de Infração à epígrafe, aplicando-se a penalidade que bem julgar em face da autoridade Autuante em razão de sue desmedido, isto por ser de inteira JUSTIÇA.” (Fls. 635 e 636).

DECISÃO

O processo sobe a julgamento com esta formalização, que depois de estudado e discutido, firmei o convencimento de que o direito de defesa do contribuinte foi cerceado no momento em que as instâncias anteriores silenciaram diante da proposição de conversão do julgamento dos autos em diligência para que fiscal estranho à lide revisasse o trabalho inicial, formulado pelo contribuinte e de reformar a decisão cameral, visto que sou pelo pronunciamento da revisão e, no mérito, sou pela declaração da improcedência do auto de infração.

Início o verbo deste acórdão com a exposição do acolhimento das preliminares de conversão do julgamento em diligência porque, em nenhum julgamento anterior, houve a manifestação da autoridade julgadora sobre o pretendido pelo autuado, procedimento administrativo esse que causou cerceamento ao direito de defesa, as quais serão tratadas juntos.

O processo registra que o juízo singular não apreciou os questionamentos levantados pelo sujeito passivo no momento em que proferiu a sua decisão, condição que cerceou ao direito de defesa, como também ficou omissa no julgamento proferido pela Câmara Julgadora, em especial, na parte em que o contribuinte requereu a realização de revisão no trabalho da fiscalização, cujos motivos estão expostos na peça recursal.

Em face a esta ocorrência, entendo que o silêncio sobre o requerido pelo contribuinte – conversão do julgamento em diligência - motivou cerceamento ao direito de defesa naquela fase processual, que deverá ser reparada com o acolhimento da nulidade parcial do processo para que este retorne àquela fase e o julgador refaça a sua decisão com apreciação do todo da defesa.

Quanto às preliminares de nulidade da peça vestibular, por incompetência funcional e de decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, arguida pela autuada, entendo que a decisão cameral unânime dispensa maiores comentários, motivo pelo qual passo aos fundamentos do mérito da ação, conforme ordem seguinte:

No mérito, informo que examinei a forma constitutiva do presente crédito, comparei a formalização processual, em especial os documentos instrutórios do trabalho da fiscalização e convenci-me de que o descarçamento do algodão para separar o algodão do caroço para obtenção de algodão em pluma e caroço de algodão, sem adicionar qualquer produto que modifique a sua composição e com cláusula contratual de retorno dos produtos – algodão em pluma e caroço de algodão - ao estabelecimento encomendante não incide o imposto de competência estadual.

Observei que o simples processamento de descarçar o algodão do caroço sem adição de qualquer produto e sem finalizá-lo para o consumo e com o seu retorno – algodão em pluma para futuramente ser processado pela indústria - e caroço – que terá destino diverso, semente para plantio ou industrialização, etc, ainda que a natureza da operação seja simbólica, ao estabelecimento encomendante, o imposto estadual não incide. Vejo que se trata de operação de prestação de serviço e a encomenda se assemelha àquela de serviço gráfico executado sob contrato do encomendante.

Avalizo o procedimento lícito da fiscalização na busca das possíveis receitas omissas dos contribuintes do ICMS, mas para que os lançamentos de ofício tenham validade é necessário que a ocorrência do fato gerador do imposto esteja definida com clareza, o que faltou na constituição do presente crédito.

Nesta autuação, o resultado do trabalho fiscal, destituído dos acompanhantes do cumprimento da obrigação tributária principal pelo estabelecimento encomendante da prestação do serviço de separar o algodão do caroço e devolver o algodão em pluma e o caroço a quem encomendou o descarçamento do algodão, me convence que, para esse tipo de operação, não ocorre a incidência do imposto de competência estadual, pois essa competência é

do município onde ocorreu a prestação do serviço, conforme mostrou o contribuinte nas suas defesas anteriores.

Considero, ainda, que para o descarçamento do algodão nenhum outro produto é acrescentado para obtenção de produto final, mas uma intermediação para separar a pluma do caroço, pois na circulação seguinte há uma divisão dos produtos, ou seja, o algodão em pluma tem uma destinação e o caroço tem outra o que forma duas circulações de mercadorias distintas com ou sem tributação pelo imposto estadual e com valores comerciais distintos sobre os quais sofrem ou não a incidência do tributo.

Após esta fundamentação e de definir o questionamento preliminar, ao finalizar o voto desta questão, o faço para conhecer das razões do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, dar-lhes provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 08 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOCUMENTO IRREGULAR - Mercadoria depositada desacobertada de nota fiscal - veículo usado (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03544/10

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Manutenção de veículos usados, sem documentação fiscal de entrada, em estabelecimento comercial cadastrado, por meio de contrato de venda em consignação. Improcedência. Decisão não unânime.

A manutenção de veículo usado em estabelecimento comercial cadastrado, por meio de contrato de venda em consignação, não caracteriza fato gerador do ICMS, declarando-se improcedente o auto de infração que tenha formalizado exigência fiscal sob esse fundamento.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 26 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pela Fazenda Pública, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, Célia Reis Di Rezende, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque e José Manoel Caixeta Haun. Vencidos os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Célia Reis Di Rezende, Heli José da Silva e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração, alterando, contudo, a penalidade, retornando-a para art. 71, inciso VII, alínea "I", com exclusão do § 9º, do mencionado artigo.

RELATÓRIO

A acusação formulada no auto de infração é de que o sujeito passivo em epígrafe mantinha estocado em seu estabelecimento comercial, sem documentação fiscal de entrada, 5 (cinco) veículos usados, no valor comercial de R\$ 225.600,00 (duzentos e vinte e cinco mil e seiscentos reais), sendo-lhe imputada a exigência do ICMS no valor de R\$ 27.072,00 (vinte e sete mil, setenta e dois reais) mais cominações legais.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, cópias de Notificação Fiscal (fls. 3) e do Termo de Apreensão nº 1100094753-0 (fls. 4), Trancamento de Estoque de Veículos (fls. 7), Planilha Veículos (fls. 8), cópias de notas fiscais (fls. 9 a 13), Autorizações de Venda (fls. 14 a 21) e Parecer nº 0304/2003-AST (fls. 27 a 36), dentre outros documentos.

O sujeito passivo comparece ao processo apresentando impugnação em Primeira Instância (fls. 43 a 52), arguindo, em preliminar, a nulidade da peça básica, relacionando a hipótese de cerceamento do direito de defesa, argumentando que o auto de infração não informa adequadamente quando os veículos usados foram encontrados sem documentação fiscal de entrada.

Adentra o mérito da questão, pedindo a improcedência do lançamento ou, alternativamente, a aplicação da forma privilegiada da penalidade prevista no § 8º do art. 71 do CTE, afirmando que não há veículos descobertos de documentação fiscal, visto que todos os 5 (cinco) veículos usados mantidos em estoque estavam devidamente acompanhados de notas fiscais, bem como o recebimento de veículos em consignação não se tratando de operação de circulação de mercadoria.

Inferre que a penalidade proposta não é a correta, visto que não ocorrera operação de circulação de mercadorias.

Reclama da multa que entende ser confiscatória.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, decide pela procedência do lançamento, alterando a penalidade aplicada para a do art. 71, inciso XII, alínea "a", item 3, da Lei nº 11.651/91, combinado com o § 9º, inciso I, do mesmo dispositivo legal, consoante a Sentença nº 7086/07-COJP (fls. 77 a 79).

Inconformada com a decisão singular, a atuada apresenta recurso voluntário (fls. 82 a 94), pedindo a improcedência do lançamento ou, alternativamente, a aplicação da forma privilegiada da penalidade prevista no § 8º do art. 71 do CTE, reafirmando as razões formuladas na impugnação, expostas em linhas anteriores.

A Primeira Câmara, em decisão unânime, materializada no Acórdão nº 2348/2008 (fls. 97 a 99), confirma a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Inconformada com a decisão cameral, a atuada apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 102 a 114), pedindo a improcedência do lançamento ou,

alternativamente, a aplicação da forma privilegiada da penalidade prevista no § 8º do art. 71 do CTE, formulando razões idênticas às formuladas em fases processuais anteriores.

A Fazenda Pública, na sessão de julgamento, formulou em preliminar arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Apreciando a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pela Fazenda Pública, manifesto-me pela sua rejeição, porque o recurso deve ser conhecido tendo em vista que a decisão cameral contrariou a disposição expressa da legislação. Não há como exigir imposto em face da manutenção de veículo usado sem documentação fiscal em estabelecimento regularmente cadastrado. Essa irregularidade não caracteriza a incidência de imposto.

QUESTÃO MERITÓRIA

No mérito, informa a peça inicial que o sujeito passivo "Mantinha nesta data, estocados em seu estabelecimento comercial, sem documentação fiscal de entrada, 05 veículos usados, no valor comercial de R\$ 225.600,00, importância encontrada com base no preço de tabela da praça do mercado varejista. Irregularidade constatada por esta fiscalização conforme trancamento de estoque de veículos, planilha demonstrativa, notificação e cópias de notas fiscais, todos anexos ao presente feito. Em razão do exposto fica a empresa em tela obrigada ao pagamento do ICMS devido, mais cominações legais previstas. Em tempo: mercadoria em questão perde o benefício fiscal da redução da base de cálculo em virtude do disposto do art. 8º, prg 1, inc 1, anexo IX, decreto 4.852/97. Segue anexo, ainda, parecer 304/2003-AST."

Assim, a exigência do ICMS é em face de o sujeito passivo manter em seu estabelecimento mercadoria sem documentação fiscal.

A operação entre o dono do veículo usado e a empresa de veículo está dentro do campo da não incidência do ICMS. Quem vendeu (entregou em consignação) à empresa autuada não pratica operação sujeita a incidência do ICMS, pois falta o elemento habitualidade. No caso vertente, o veículo usado não é mercadoria para quem vende, é apenas um bem que está sendo vendido, pois, nessa operação, faltam os elementos habitualidade, bem como o objeto mercancia

por parte de quem vendeu (ou entregou) o veículo para a empresa vendedora de automóveis.

Cabe assinalar que os veículos constantes do TRANCAMENTO DE ESTOQUE DE VEÍCULOS (fls. 7) encontravam-se em estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do estado – CCE, conforme ESPELHO CADASTRAL (fls. 22), assim não há incidência da presunção constante do artigo 14, inciso IV do CTE:

"Art. 14. Considera-se, também, ocorrido o fato gerador do imposto, no momento:

[...]

IV - da verificação da existência de estabelecimento de contribuinte, não inscrito no cadastro estadual ou em situação cadastral irregular, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado;

[...]"

Nesse mesmo sentido, transcrevo trecho do voto do Conselheiro JORGE ANTÔNIO BEZERRA OLIVEIRA, proferido no ACÓRDÃO DO CONP N.º 03099/09:

"Ora, a descrição do fato é indicativa de que a autuada "mantinha veículos usados estocados em seu estabelecimento desacobertas da documentação fiscal apropriada", isto é, em relação a tais veículos o Fisco entende que não foram emitidas as Notas Fiscais de Entrada. No entanto, o conjunto probatório não se faz um instrumento hábil para se chegar a esta conclusão, uma vez que o Trancamento de Estoques comprova tão somente a existência dos veículos no estabelecimento no momento da verificação fiscal. Por outro lado, ainda que se entendesse suficientemente provada a dita irregularidade é de se ter em conta que tratar-se-ia de "omissão de registro de entradas" de bens adquiridos de consumidores finais para o fim de serem novamente colocados no mercado de automóveis, sendo certo que a aquisição de veículos usados não constitui fato gerador do ICMS. Tampouco a manutenção dos referidos veículos em estoque autorizaria a cobrança do imposto, uma vez ausente a condição necessária e suficiente para fazer nascer a obrigação tributária principal."

Insiste a autuada que manter veículos em consignação sem documentação fiscal de entrada não é operação relativa à circulação de mercadoria. Nesse sentido entendo que assiste razão a autuada.

Vejo que não incide, no caso em tela, conforme citado no auto de infração, o disposto no artigo 11, inciso I do CTE:

"Art. 11. O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias;

[...]"

É certo que o contribuinte ao manter em seu estabelecimento veículos sem documentação fiscal cometeu infração tributária, entretanto essa infração não enseja a cobrança de imposto. Esse tipo de irregularidade não caracteriza operações relativas à circulação de mercadorias.

Também é de se registrar que as próprias autoridades fiscais juntaram aos autos documentos denominados AUTORIZAÇÃO DE VENDAS (fls. 14 a 21). Assim, entendo que o contribuinte atendeu em parte ao que estipula o PARECER NORMATIVO Nº 007/09-SAT, de 24 de abril de 2009:

O núcleo da acusação fiscal é que "Mantinha nesta data, estocados em seu estabelecimento comercial, sem documentação fiscal de entrada" e daí foi exigido ICMS, indicou-se como infringido o artigo 11, inciso I, do CTE.

Consta como observação, no final do auto de infração: "MERCADORIA EM QUESTAO PERDE O BENEFICIO FISCAL DA REDUCAO DA BASE DE CALCULO EM VIRTUDE DO DISPOSTO DO ART.8,PRG 1, INC 1, ANEXO IX, DECRETO 4.852/97. SEGUE ANEXO, AINDA, PARECER 304/2003-AST."

Em face do texto acima, conclui-se que o fisco exigiu o imposto com base na operação de saída do estabelecimento. Em relação a essa acusação fiscal o auto de infração deve ser considerado improcedente. Não há que se falar em incidência de imposto, pois não ocorre fato gerador por existir veículo usado sem documentação fiscal em estabelecimento cadastrado.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pela Fazenda Pública, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09, voto, no mérito, conhecendo do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 14 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOCUMENTO IRREGULAR - Mercadoria estocada em depósito clandestino (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02684/10

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Mercadorias tributadas mantidas em depósito clandestino desacobertadas de documentação fiscal. Procedência parcial. Decisão unânime.

Quando o sujeito passivo apresentar provas capazes de ilidir, em parte, a pretensão fiscal, o auto de infração deverá ser julgado parcialmente procedente.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de junho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 42.900,00 (quarenta e dois mil e novecentos reais), cujo ICMS a recolher é de R\$ 7.293,00 (sete mil, duzentos e noventa e três reais). Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública reclama do sujeito passivo o imposto, acrescido das cominações legais, em virtude do sujeito passivo manter em depósito clandestino, situado na Rua SP-4, Quadra 07, Lote 09, no Setor Perim, mercadorias tributadas no valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), conforme o Termo de Apreensão nº 1100103392-3.

O lançamento de ofício está embasado nos artigos 14, inciso IV; 19, inciso IX; 64; 66 e 156, todos da Lei nº 11.651/91, em combinação com os artigos 98 e 145, ambos do Decreto nº 4.852/97, aos quais aplica-se a penalidade prevista no § 9º II, item 03, alínea A, inciso XII, artigo 71 do Código Tributário Estadual.

[...] é nomeado solidário na condição de fornecedor.

Instruem os autos o Termo de Apreensão nº 1100103392-3 e a primeira via das Notas Fiscais de nº 009 e 012.

Após a revelia do solidário, o sujeito passivo apresenta impugnação para questionar a base de cálculo das mercadorias e requer a isenção da aplicação interna sobre as novecentas calças acobertadas pela Nota Fiscal 12 (nota fiscal de remessa).

O julgador singular invoca os artigos 14 e 66, ambos da Lei nº 11.651/91, bem como o artigo 7º da Lei nº 16.469 e 147, inciso III, do Código Tributário Estadual, para argumentar que o sujeito passivo praticou a infração estampada na basilar; que a prova da infração está caracterizada com a Lavratura do Termo de Apreensão nº 1100103392-3, no qual está especificado que as mercadorias estavam estocadas em depósito não cadastrado, portanto, prova material da infração. Denega a solicitação de aplicação de isenção quanto às novecentas calças acobertas pela NF nº12, por entender que foram encontradas em depósito não cadastrado. Conhece da impugnação, nega-lhe provimento para julgar procedente o auto de infração.

Inconformado, o sujeito passivo insurge-se contra a decisão singular. Invoca o artigo 19, inciso IX, do Código Tributário Estadual para argumentar que faz jus à redução na base de cálculo estabelecida pelo agente autuante. Apresenta tabela na qual demonstra o custo unitário de cada peça apreendida bem como com o valor de acréscimo do IVA previsto em lei; que não infringiu os dispositivos dos artigos 64, 66 e 156, do CTE e por isso faz jus à isenção da aplicação interna relativa às novecentas calças acobertas pela Nota Fiscal nº 12, que figura retorno de industrialização por encomenda, movimentação isenta do ICMS normal; que a base de cálculo deve ser reduzida para R\$ 5,00 (cinco reais) com fulcro nos artigos 19, inciso IX, do Código Tributário Estadual em combinação com o artigo 1º do Decreto nº 5648 de 02/09/2002, e por isso o valor da nova base de cálculo acrescido dos 30%, de IVA, a retifica para R\$ 6,50 (seis reais e cinquenta centavos), que multiplicados pelas 3000 (três mil) calças, totalizam um crédito tributário no valor de R\$ 19.500,00 (dezenove mil e quinhentos reais).

Requer a reforma da decisão singular para julgar parcialmente procedente o auto de infração sobre a nova base de cálculo no valor de R\$ 5,00 (cinco reais), acrescida do IVA de 30%, que aplicadas às 3000 calças, retifique o valor do crédito tributário para R\$ 19.500,00 (dezenove mil e quinhentos reais).

É o relatório.

DECISÃO

Em uma atenta análise de todo o processo, observo que o sujeito passivo, em sua peça defensiva, carrega para os autos, às folhas 40/46, prova de venda da mercadoria semelhante, com valor bem inferior ao estipulado ou presumido pelo fiscal, que, por sua vez, nada traz ao processo para demonstrar o preço por ele arbitrado.

Assim sendo, considerando o artigo 14, inciso IV e o artigo 19, inciso IX, todos do Código Tributário Estadual, o valor da venda trazido e comprovado pelo sujeito passivo é de R\$ 11,00 (onze reais), devendo, assim, ser acrescido do IVA de 30%, por estarem em local estranho, desacobertos de nota fiscal.

"Art. 14. Considera-se, também, ocorrido o fato gerador do imposto, no momento:

(...)

IV - da verificação da existência de estabelecimento de contribuinte, não inscrito no cadastro estadual ou em situação cadastral irregular, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado;

Art. 19. Nas seguintes situações específicas, a base de cálculo do imposto é:

(...)

IX - na situação prevista no art. 14, inciso IV, o preço corrente das mercadorias no mercado atacadista, acrescido do valor resultante da aplicação do percentual de lucro bruto estabelecido para a respectiva atividade;" (grifo nosso)

Ante todo o exposto, voto conhecendo do recurso, dando-lhe parcial provimento para reformar, em parte, a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 42.900,00 (quarenta e dois mil e novecentos reais), cujo ICMS a recolher é de R\$ 7.293,00 (sete mil, duzentos e noventa e três reais).

Sala das sessões, em 17 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Apresentação de arquivo magnético sem correspondência de dados com as operações (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01126/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: *Multa Formal. Entrega de arquivo magnético com informação diferenciada dos valores das operações ou prestações comerciais. Aplicação da forma privilegiada do § 8º do art. 71 do CTE. Procedência. Decisão unânime.*

A falta de substancialidade das contraprovas instrutórias da defesa demonstra que o lançamento tributário se mantém com o ajuste do valor da multa formal, visto a aplicação da forma privilegiada do § 8º do art. 71 do CTE. Portanto, prevalece o lançamento com as reduções prescritas em lei, ou seja sobre uma parte apenas.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

O auto de infração descreve que o sujeito passivo apresentou "os arquivos magnéticos - SINTEGRA, referentes aos meses de janeiro a junho de 2007 a setembro de 2007, informando os valores das operações ou prestações divergentes com os valores das operações ou prestações realizadas nos períodos correspondentes, conforme cópias do livro de Apuração do ICMS, demonstrativos e relatórios SEFAZ anexos." Em razão desta ocorrência, a fiscalização exige a multa formal do contribuinte. Acrescenta, na redação do auto de infração que o contribuinte estará "sujeito a nova penalidade se não sanar a irregularidade no prazo máximo de dez dias contados da ciência desta autuação."

A infração tem guarida nos arts. 55, inciso II e 64 da Lei nº 11.651/91 combinado com o art. 1º, § 5º e art. 7º do Anexo X do Decreto nº da Instrução Normativa nº 630/03-GSF.

A penalidade proposta pela autoridade fazendária propôs a penalidade de acordo com a prescrição do art. 71, inciso XXIII, alínea "a" do CTE.

A instrução do trabalho fazendário se fez com os documentos de fls. 04 a 29.

O documento de fl. 32, assinala a ausência do contribuinte na primeira fase contraditória do lançamento.

Na impugnação a uma das Câmaras Julgadoras deste egrégio Conselho Administrativo Tributário, o atuado requereu a aplicação da forma privilegiada do § 8º do art. 71 do CTE, que reduz em 50% (cinquenta por cento) o valor da multa forma exigida na peça inicial deste feito.

É o relatório.

DECISÃO

Entendo que a falta de observância das obrigações formais ocasiona ilícito fiscal e acarreta a sua reparação mediante a aplicação da penalidade prescrita em lei, tal como foi proposta no auto de infração.

Estudei a constituição deste crédito e verifiquei que o contribuinte do imposto tem a obrigatoriedade de apresentar o arquivo magnético, conforme prescreve o § 6º do art. 5º do Anexo X do Decreto nº 4.852/97, que transcrevo:

“Art. 5º [...]

§ 6º O contribuinte deve fornecer, nas situações estabelecidas neste anexo, arquivo magnético contendo as informações previstas neste artigo, atendendo às especificações técnicas descritas no Manual de Orientação vigentes na data de entrega do arquivo (Convênio ICMS 57/95m cláusula quinta, § 5º).”

A autoridade fazendária constatou que o sujeito passivo não cumpriu a sua obrigação acessória conforme dispõem as normas legais transcrita no parágrafo anterior e facilitou a ocorrência do fato gerador da exigência da penalidade formal identificada na peça que sustenta este processo.

Analisei a formalização deste processo e percebi que o lançamento fiscal reclama multa formal do sujeito passivo tão-somente. Por isto, presumo que não há omissão no recolhimento do valor do principal, conclusão que me permite confirmar a constituição deste crédito, porém com a aplicação da forma privilegiada do benefício do § 8º do art. 71 do CTE, cuja redação recomenda:

“Art. 71. [...]

§ 8º Quando da prática das irregularidades descritas neste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento do imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.”

Ademais, o documento de fls. 04, esclarece as diferenças existentes entre o livro Registro de Apuração do ICMS e as informações ocorridas no arquivo magnético – SINTEGRA, que auxiliado pelos documentos de fls. 05 a 28, demonstram as divergências nas informações prestadas pelo contribuinte e não contraditadas de forma contrária à descrita na peça exordial. Com esta

formalização do processo, vejo que o procedimento do sujeito passivo não objetiva a reforma da presente ação.

Ao finalizar este meu voto, o faço para conhecer das razões impugnatórias, negar-lhes provimento para considerar procedente o auto de infração, porém com a aplicação da forma privilegiada do § 8º do art. 71 do CTE.

Sala das sessões, em 06 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Aquisição em quantidade desproporcional ao consumo - mercadoria com ICMS retido (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02955/10

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: *ICMS. Obrigação acessória. Aquisição de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores em quantidade incompatível para consumo.*

PRELIMINAR. *Exclusão do solidário. Acolhida. Decisão unânime.*

A disposição do art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91, não permite a responsabilidade solidária quando se trata de pagamento de penalidade pecuniária.

MÉRITO. *Procedência. Decisão unânime.*

A operação de aquisição de mercadoria, cujo imposto foi retido na origem, por contribuinte em situação cadastral irregular, em quantidade incompatível com o uso ou consumo, constitui irregularidade de natureza formal, haja vista a presunção legal consistente em mercadoria a vender no território goiano.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de agosto de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de exclusão da lide do solidário, por ele arguida. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo adquiriu mercadoria com ICMS retido pelas operações posteriores, na pretensa condição de não contribuinte, em quantidade incompatível com o uso ou consumo de pessoa física, portanto com intuito comercial, no período de 1º.05 a 30.06.08, conforme cópias das vias das notas fiscais de aquisição, anexas. Em consequência, fica sujeito à multa formal.

Os sujeitos passivos foram intimados em primeira instância, mas não se manifestaram, por isso lavrado o termo de revelia.

Em Segunda Instância, todos os envolvidos na sujeição passiva foram intimados, contudo apenas o solidário apresenta impugnação, via procurador constituído, observando que a empresa exerce a atividade de revenda de produtos do grupo AmBev, obrigada ao recolhimento antecipado do ICMS, para tanto revendendo mercadoria a pessoas físicas não contribuintes, o que não é proibido pelo Código Tributário Nacional e nem pelo Código Tributário do Estado de Goiás. Antes, porém, estaria cometendo crime contra o consumidor caso recusasse a vender a mercadoria que comercializa.

Continua, argumentando que já pelo próprio relato do fato chega-se a conclusão de que não poderia ter sua inclusão na sujeição passiva, na condição de solidária pela obrigação tributária, haja vista não ter praticado a conduta delitiva de aquisição de mercadoria nem tampouco ter interesse comum na situação que constitui o fato gerador ou praticado alguma ação ou omissão de revenda que concorresse à prática de infração à legislação tributária.

Observa, ainda, que a alteração havida na Lei 11.651/91 pela Lei 16.241/08, abrindo brecha para solidariedade em relação à penalidade pecuniária, não autoriza a sua inclusão como devedora solidária, uma vez que a obrigação de fazer ou não fazer é exclusiva do devedor principal, restando não ter nenhum interesse comum na aquisição de mercadoria por terceiros com intuito comercial, haja vista não haver qualquer benefício econômico por parte da fornecedora, ressaltando que compete ao Estado de Goiás fiscalizar as pessoas e exercer o controle das atividades comerciais.

Buscando reforçar sua tese, o impugnante traz a lume comentários feitos por jurista deste Estado, rechaçando a alteração dada ao art. 45 da Lei 11.651/91, dado o desvirtuamento ocorrido em relação ao art. 124 do Código Tributário Nacional, caracterizando-a ilegal; observando que logo em seguida houve sua revogação pela Lei 16.392/08. Com respaldo no art. 106 do Código Tributário Nacional é possível a utilização da retroatividade mais benéfica para alcançar o presente caso não definitivamente julgado.

Pede a insubsistência da autuação.

DECISÃO

Além de tudo o que foi salientado pelo impugnante, buscando fulminar a responsabilidade solidária em relação ao pagamento de penalidade pecuniária, apresenta-se, ainda, parte do teor do Parecer 1602/08 da Gerência de Políticas Tributárias da Superintendência de Administração Tributária desta Pasta, que após transcrever o teor do art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91, na versão original e com a alteração dada pela Lei 16.241/00, assim sustentou:

"Embora tenha sido incluída no caput do art. 45 a expressão "ou da penalidade pecuniária", deve-se entender que esta esteja relacionada ao pagamento do imposto (obrigação principal), não podendo ser confundida

com a multa formal aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória, desvinculada de obrigação principal.

Dessa forma, somente é possível falar em responsabilidade solidária em relação à penalidade pecuniária, nos termos do art. 45 do CTE, quando a penalidade estiver vinculada ao descumprimento de obrigação principal."

Encaixa, perfeitamente, o entendimento dado ao que ora se apresenta nestes autos, pois a autuação decorreu da aplicação apenas da penalidade de natureza formal prevista pelo art. 71, inciso VII, alínea "g", da Lei 11.651/91, da ordem de 25% do valor da operação, pela aquisição de mercadoria em quantidade incompatível com o uso ou consumo do destinatário, sem nenhuma referência à obrigação principal.

Muito embora a fundamentação fática da identificação do sujeito passivo solidário esteja colocada às fls. 3, no sentido de que "concorreu para a prática da infração tributária ao vender mercadorias à pessoa física em quantidade e habitualidade incompatíveis com o uso e consumo, configurando, portanto, aquisição com intuito comercial, contribuindo e, se não, incentivando a perpetuação da informalidade e a concorrência desleal perante aos demais contribuintes regularmente inscritos no CCE", de fato, não se sustenta a sua inclusão na sujeição passiva quando se trata de obrigação acessória, consistente em deveres formais de responsabilidade do contribuinte.

Desse modo, acolhido o pedido de exclusão do responsável solidário [...] da lide.

Quanto ao mérito, haja vista o pedido de insubsistência do auto de infração, não resta dúvida quanto a sustentação da exigência inicial diante da farta comprovação da ilicitude e o que dispõe a Lei 11.651/91, especialmente os artigos 12, inciso II, "g"; 14, inciso V; 44; 152 e 156, inciso I, bem do Decreto 4.852/97, art. 24, § 2º, inciso XI, capitulados no auto de infração, senão vejamos:

Art. 12. Para os efeitos da legislação tributária:

[...]

II - considera-se:

[...]

g) a vender em território goiano, as mercadorias sem destinatário certo ou destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro estadual ou em situação cadastral irregular;

.....

Art. 14. Considera-se, também, ocorrido o fato gerador do imposto, no momento:

[...]

V - da verificação da existência de mercadoria a vender em território goiano sem destinatário certo ou destinada a contribuinte em situação cadastral irregular;

.....

Art. 44. *Contribuinte é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*

.....

Art. 152. *Os contribuintes do ICMS sujeitam-se à inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado - CCE - e à prestação de informações exigidas pela Administração Tributária.*

.....

Art. 156. *Para os efeitos deste Código, considera-se em situação cadastral irregular o contribuinte que:*

I - não esteja inscrito no cadastro estadual;

.....

Art. 34. *Contribuinte é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, ainda que a operação e a prestação se iniciem no exterior (Lei nº 11.651/91, art. 44).*

[...]

§ 2º *Considera-se:*

[...]

XI - intuito comercial, especialmente, a aquisição de mercadoria em quantidade incompatível com a necessidade de uso e consumo do adquirente.

A penalidade para esse descumprimento de obrigação, específica e aplicada é a indicada na inicial, art. 71, inciso VII, alínea "g", da Lei 11.651/91, nova redação da Lei 16.241/08, sendo confirmada nesta oportunidade, assim transcrita:

Art. 71. *Serão aplicadas as seguintes multas:*

[...]

VII - de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação ou da prestação:

[...]

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO à alínea "g" do inciso vii do art. 71 PELO ART. 1º DA lei nº 16.241, DE 18.04.08 - VIGÊNCIA: 01.05.08.

g) pela aquisição, importação ou recebimento de mercadoria em quantidade incompatível com o uso ou consumo do destinatário;

Por traduzir um descumprimento de obrigação acessória, cuja prática não suscita a falta de pagamento de tributo, dada a tributação na fonte por substituição tributária pelas operações posteriores, estando caracterizada a penalidade do inciso VII, é possível a aplicação da forma privilegiada da multa, conforme § 8º, do art. 71 da Lei 11.651/91, ou seja:

§ 8º Quando da prática das irregularidades descritas nos incisos V ao XII deste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.

Posto isso, voto conhecendo da impugnação, dando-lhe parcial provimento, para excluir da sujeição passiva a empresa [...], e no mérito, considerar procedente o crédito tributário, aplicando, para efeito de cálculo, a forma privilegiada da multa, conforme disposta no § 8º, do art. 71, da Lei 11.651/91.

Sala das sessões, em 20 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Arquivo magnético apresentado sem registro do tipo 75 (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01289/10

Relator: Conselheiro Itamar Alves Carrijo

EMENTA: I - ICMS. Obrigação acessória. Multa formal. Arquivos magnéticos apresentados com omissão do tipo de registro 75. Procedência parcial. Decisão unânime.

O contribuinte sujeito a apresentação de arquivos magnéticos, deve apresentá-los com todos os tipos de registros exigidos e com todas as operações e prestações praticadas no período de apuração.

II - Forma privilegiada da multa. Aplicabilidade. Decisão não unânime.

Quando da infração praticada não resultar em falta de pagamento do imposto, mesmo que indiretamente, é aplicável a multa com menor gravidade, prevista no § 8º, do art. 71, do CTE.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração na importância de multa formal de R\$ 25.708,45 (vinte e cinco mil, setecentos e oito reais e quarenta e cinco centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, José Manoel Caixeta Haun e Domingos Caruso Neto. Por maioria de votos, aplicar a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Itamar Alves Carrijo e José Manoel Caixeta Haun. Vencido o Conselheiro Domingos Caruso Neto.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é que entregou 51 arquivos magnéticos, relativos aos períodos de maio de 2003 a dezembro de 2007, relacionados no campo próprio do lançamento e relação anexa, com omissão dos registros tipo 75, relacionado a documentos fiscais, ficando sujeito a multa no valor de R\$ 559,00 por arquivo magnético omitido, totalizando a exigência em R\$ 28.509,00.

Informa a infração nos artigos 55, II e 64 da Lei n.º 11.651/91 c/c art. 1º, § 5º e 7º, do Anexo X do Decreto n.º 4.862/97 e art. 1º da Instrução Normativa n.º 630/03-GSF e a penalidade imposta é a contida no art. 71, inciso XXIII, alínea "a", da Lei n.º 11.651/91.

Instruem o documento do lançamento com Relação de Arquivos magnéticos com omissão do registro tipo 75 e períodos em que o registro foi apresentado.

Devidamente intimada em 18/03/2008, instaura o contraditório com impugnação tempestiva do contribuinte, arguindo: - que se trata de mero equívoco formal, que não altera a apuração do ICMS e que não reflete em falta de pagamento do imposto; - que não agiu com dolo ou má-fé e transcreve diversas doutrinas.

Na Sentença Singular, analisam a matéria e com base no "Manual de orientação para armazenamento de registro em meio magnético, item 20.1 - Observações", concluindo que deixar de apresentar o registro tipo 75, incorre o infrator em penalidade. Justifica que a responsabilidade tributária é principal ou acessória e que o descumprimento desta última implica e pagamento de penalidade pecuniária e justifica a insubsistência do argumento de ausência de dolo ou má-fé, no art. 136 do CTN e conclui pela procedência do auto de infração.

Intimado o sujeito passivo da sentença monocrática, interpõem recurso voluntário, arguindo que a sentença singular não pode prosperar, eis que em manifesto desacordo com as provas dos autos. Para provar a inexistência de infração à ordem tributária argumenta que discorreu, demonstrou e comprovou a insustentabilidade da autuação, até porque não causou prejuízo ao FISCO, invocou jurisprudências e outros precedentes jurisprudenciais, citando acórdãos 05013/99 e 02535/06, considerando manifesto o equívoco da decisão recorrida pelas razões e provas apresentadas e não estando sujeito à multa formal, pede a total improcedência do feito.

É o relatório

DECISÃO

Em prefação, analisando o procedimento à luz do Art. 142 do Código Tributário Nacional, constata-se a competência legal da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim como a devida verificação da ocorrência da infração correspondente, foi determinada a penalidade aplicável, identificado o sujeito passivo, portanto do ponto de vista legal, não incorre em nenhuma das preliminares de nulidades processuais previstas.

Em relação aos arquivos magnéticos encaminhados à SEFAZ, via internet, a obrigação do contribuinte é encaminhá-los, com todas as operações e prestações praticadas no período e com todos os tipos de registros exigidos, conforme determinação legal contida no art. 1º, incisos I e II e em seu § 1º, da Instrução Normativa n.º 630/03 – GSF, na forma abaixo:

“Art. 1º O contribuinte a seguir indicado deve entregar, por meio da internet, no endereço www.sefaz.go.gov.br, à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás - SEFAZ -, até o último dia útil de cada mês, arquivo magnético, com registro fiscal, de todas as operações ou prestações efetuadas no mês anterior:

I - usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD -, para emissão de documento fiscal ou escrituração de livro fiscal;

II - usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF - cujo equipamento tenha condições de gerar arquivo magnético, por si ou quando conectado a outro computador ou interligado a outro equipamento que utilize ou tenha condição de utilizar arquivo magnético ou equivalente.

NOTA: Redação com vigência de 01.01.05 a 01.06.08.

[...]

§ 1º O arquivo magnético, gerado conforme especificações técnicas descritas no Manual de Orientação para Armazenamento de Registro em Meio Magnético do [Anexo X](#) do RCTE, deve ser previamente submetido a validação e transmitido com utilização de programas disponibilizados pela SEFAZ.”

Quanto ao tipo de registro 75, o Manual de Orientação para Armazenamento em Meio Magnético, acima mencionado, estabelece em seu item 20:

“20 - REGISTRO TIPO 75

CÓDIGO DE PRODUTO OU SERVIÇO

[...]

20.1 - OBSERVAÇÕES

20.1.1 - Obrigatório para informar as condições do produto/serviço, codificando de acordo com o sistema de controle de estoque/emissão de nota fiscal utilizado pelo contribuinte.

20.1.2 - CAMPO 2, CAMPO 3 - Período de validade das informações contidas neste registro. Em ocorrendo alteração de qualquer informação do produto/serviço, incluir novo registro com outro período de validade.

20.1.3 - CAMPO 04 - Deve ser gerado um registro para cada tipo de mercadoria/produto ou serviço que foi comercializado no período ou constante no registro inventário se informado no arquivo. Este campo deve ser preenchido com o mesmo código da mercadoria/produto ou serviço informado no registro tipo 54, ou no registro tipo 60, ou no registro tipo 74, ou no registro tipo 77;”

Não resta dúvida quanto a regularidade da exigência tributária, visto a desobediência na sua montagem, ao omitirem o referido tipo de registro 75. Na forma exigida.

Registre-se que a imposição de penalidade de caráter formal, visa, também, a punição de infração que não causa prejuízo financeiro ao erário estadual e deve ser considerado, que a omissão do registro tipo 75 - Código de Produto ou Serviço, causa prejuízo de valor não mensurável aos controles fazendários e ao livre exercício da fiscalização, vez que este tipo de registro,

relaciona o nome genérico do produto, com o seu respectivo código (tipo 75), e o inciso XXIII, do art. 71 da Lei n.º 11.651/91, reflete a disposição acima, sendo exigida, mesmo que a infração punida não tenha causado prejuízo financeiro, mas tão somente prejuízo aos controles fazendários, conforme abaixo transcrevo:

“XXIII - por arquivo magnético apresentado com omissão de registro ou com informação incorreta ou incompleta referente a qualquer campo de registro, inclusive aquele que apresente valor de operação ou prestação divergente com o valor da operação ou prestação realizada pelo contribuinte, sucessiva e cumulativamente, no valor de:”

Conforme o exposto, a exigência fiscal encontra-se dentro do limite da legalidade exigida.

Entretanto, considerando que nos autos não há registros e ou provas que a infração praticada resultou em falta de pagamento do imposto, mesmo que indiretamente, considerando, ainda, que o tipo de registro 75, não se relaciona diretamente com valores da operação ou da prestação, é permitido a aplicação da multa na sua forma privilegiada, na forma prevista no § 8º, do art. 71, da Lei n.º 11.651/91, conforme texto vigente à época da infração, que abaixo transcrevo:

“§ 8º Quando da prática das irregularidades descritas neste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento do imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 30.04.08.”

Com as razões e fundamentos acima, e acompanhado pela unanimidade de meus pares, conheço da impugnação do contribuinte, dou-lhe provimento parcial, para considerar parcialmente procedente o auto de infração, na importância de R\$ 25.708,45 (vinte e cinco mil, setecentos e oito reais e quarenta e cinco centavos) e por maioria de votos, aplicar a forma privilegiada prevista no § 8º, do art. 71, da Lei n.º 11.651/91, devendo ser considerado o parcelamento n.º 136607-6, para fins de extinção do crédito tributário, na proporção dos pagamentos realizados.

Sala das sessões, em 20 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Arquivo magnético apresentado sem registro do tipo 54, 60R e 75 (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01377/10

Relator: Conselheiro Itamar Alves Carrijo

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Multa formal. Apresentação de arquivos magnéticos incompletos. Procedência. Decisão unânime.

I - O contribuinte usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD -, para emissão de documento fiscal ou escrituração de livro fiscal, deve entregar arquivo magnético, com registro fiscal, de todas as operações ou prestações efetuadas no mês anterior, nos termos do § 2º, do art. 1º, do Anexo X do Decreto nº 4.852/97.

II - Não havendo como se comprovar que o valor total do documento fiscal tem valor igual à soma dos itens de que se compõe o documento fiscal emitido, não há segurança necessária a afirmar que a omissão da apresentação dos tipos de arquivos 54 e 60R, não resultou, mesmo que indiretamente, em falta de pagamento do imposto.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 10 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, Álvaro Falanque e Aguinaldo Fernandes de Melo. Por maioria de votos, não acolher a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Itamar Alves Carrijo e Álvaro Falanque. Vencido o Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo que acolheu o benefício previsto no § 8º do art. 71 do CTE.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é que entregou os arquivos magnéticos, relativos aos meses 04/2005, 09/2005 a 12/2007, com omissão dos tipos 54, 60R e 75, relacionados a documentos fiscais e também ao registro tipo 74, relacionado a inventário, referente aos meses de 12/2005, 12/2006, 08/2007 e 12/2007. Em consequência fica sujeito a multa formal nos valores discriminados, conforme demonstrativos e relatórios anexos. É notificado o contribuinte para sanar a irregularidade no prazo de 10 (dez) dias, a contar da ciência deste e informa a aplicação da retroatividade benigna, do art. 106, II, "c", do CTN, em relação aos períodos de 2005, e que o Manual de Orientação para armazenamentos de registro em meio magnética (anexo X do Decreto n.º 4.852/97) disciplina a apresentação do arquivo magnético.

Descreve a infração nos artigos 55, II e 64 da Lei n.º 11.651/91 c/c art. 1º, § 5º, artigo 7 do Anexo X do Decreto n.º 4.862/97 e art. 1º da Instrução Normativa n.º 630/03-GSF e a penalidade imposta é a contida no art. 71, inciso XXIII, alínea "a", da Lei n.º 11.651/91 e instrui o lançamento, entre outros, com cópias dos Protocolos SINTEGRA, nos quais o Resumo dos Registros de Arquivos, é omissos os tipos de registros acima mencionados.

Devidamente intimada em 20/03/2008, apresenta impugnação, não contestando a acusação, mas somente com arguição de multa confiscatória, citando diversas decisões superiores e ao final pede a improcedência do lançamento.

No julgamento singular, considerando que não comporta a este órgão de julgamento apreciar argumento de suposta multa confiscatória, consideram os argumentos são meras alegações, desprovidas de provas e ou fundamentação legal e decidem pela procedência do lançamento.

Intimados da decisão singular, retornam com Recurso Voluntário, solicitando a aplicação da forma privilegiada da multa e trazem também os mesmos argumentos de multa confiscatória, com transcrição das mesmas decisões superiores e ao final pedem a improcedência do lançamento e ou a aplicação do disposto no § 8º, do art. 71 do CTE.

É o relatório

DECISÃO

Quanto ao lançamento, analisando-o à luz do art. 142 do Código Tributário Nacional, constata-se a competência legal da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário, assim como foram observados todos os elementos intrínsecos aplicáveis, ao sujeito passivo foi garantido o livre e amplo direito de defesa, que o exerceu na forma que lhe foi conveniente, portanto inexistente qualquer preliminar de nulidade processual, como também nenhuma delas foi arguida.

Quanto ao meu argumento de aplicação de multa confiscatória, tendo em vista que a multa sugerida é a prevista no art. 71, inciso XXIII, alínea "a", da Lei n.º 11.651/91, que corresponde ao fato infracional praticado, adoto os mesmos fundamentos da decisão recorrida, quanto a impossibilidade deste Conselho Administrativo Tributário, de apreciar argumentos de ilegalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária, nos termos do art. 6º, § 4º, da Lei n.º 16.469/09, que transcrevo abaixo:

"Art. 6º Compete ao Conselho Administrativo Tributário -CAT- apreciar:

I - o Processo Contencioso Fiscal;

[...]

§ 4º Não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.”

Quanto aos fatos noticiados relativos a apresentação de arquivos magnéticos com omissão de tipos de registros, compulsando a legislação tributária quanto à matéria, encontramos no § 2º, do art. 1º, do Anexo X do Decreto nº 4.852/97, a obrigatoriedade de apresentação de arquivos magnéticos, na forma abaixo:

“Art. 1º O contribuinte do ICMS pode ser autorizado a utilizar sistema eletrônico de processamento de dados para emitir documento fiscal e escriturar livro fiscal, desde que atendidas as regras constantes deste título e demais normas estabelecidas pela legislação tributária.

[...]

§ 2º Fica obrigado às disposições deste Título, inclusive quanto à obrigatoriedade de entrega de arquivo magnético conforme especificação e modelo contido no Manual de Orientação de que trata o Título II, o contribuinte que (Convênio ICMS 57/95, cláusula primeira, § 1º):

I - emitir documento fiscal ou escriturar livro fiscal em equipamento que utilize ou tenha condições de utilizar arquivo magnético ou equivalente;

II - utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF -, que tenha condições de gerar arquivo magnético, por si ou quando conectado a outro computador, em relação às obrigações previstas no [art. 5º](#) deste anexo;

III - não possuindo sistema eletrônico de processamento de dados próprio, utilize serviços de terceiro com essa finalidade.”

Quanto às informações que devem ser inseridas no arquivo magnético, o Manual de Orientação, acima mencionado, em seu item 2 , estabelece:

“2 - DAS INFORMAÇÕES

2.1 - O contribuinte, de que trata o art. 1º deste anexo, está sujeito a prestar informações fiscais em meio magnético de acordo com as especificações indicadas neste manual, mantendo, pelo prazo decadencial, arquivo magnético com registros fiscais referentes à totalidade das operações de entradas e de saídas e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração:

2.1.1 - por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação fiscal), quando se tratar de Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A e modelo 55, Nota Fiscal do Produtor, modelo 4, e o cupom fiscal;”

E ainda, em relação a Estrutura do Arquivo Magnético, no item “7”, do referido Manual acima, estabelece:

“7 - ESTRUTURA DO ARQUIVO MAGNÉTICO:

7.1 - O arquivo magnético compõe-se dos seguintes tipos de registros:

- 7.1.1 - Tipo 10 – (...);
- 7.1.2 - Tipo 11 - (...);
- 7.1.3 - Tipo 50 - Registro de total de Nota Fiscal modelos 1 e 1-A, (...);
- 7.1.4 - Tipo 51 - (...);
- 7.1.5 - Tipo 53 - (...);
- 7.1.6 - Tipo 54 - Registro de Produto (classificação fiscal);
- 7.1.7 - Tipo 55 - (...);
- 7.1.8 - Tipo 56 - (...);
- 7.1.8-A - Tipo 57 - (...);
- 7.1.9 - Tipo 60 - Registro destinado a informar as operações e prestações realizadas com os documentos fiscais emitidos por equipamento emissor de cupom fiscal os quais são: Cupom Fiscal, (...);
- 7.1.10 - Tipo 61 - (...);
- 7.1.11 - Tipo 70 - (...);
- 7.1.12 - Tipo 71 - (...);
- 7.1.13 - Tipo 74 - Registro de Inventário;
- 7.1.14 - Tipo 75 - Registro de Código de Produto e Serviço;
- 7.1.15 - Tipo 76 - (...);
- 7.1.16 - Tipo 77 - (...);
- 7.1.17 - Tipo 90 - (...).”

Em relação ao meio de apresentação do arquivo magnético e estabelecendo o prazo de sua apresentação, a Instrução Normativa nº 630/03-GSF, em seu art. 1º, assim estabelece:

“Art. 1º O contribuinte a seguir indicado deve entregar, por meio da internet, no endereço www.sefaz.go.gov.br, à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás - SEFAZ -, até o último dia útil de cada mês, arquivo magnético, com registro fiscal, de todas as operações ou prestações efetuadas no mês anterior:

I - usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD -, para emissão de documento fiscal ou escrituração de livro fiscal;”

Incontestemente, pois, é o fato da prática da infração descrita, a qual sujeita-se o sujeito passivo à multa proposta.

Quanto à aplicação da forma privilegiada da multa, os tipos de registros omitidos, causa prejuízo de valor não mensurável à fiscalização e a omissão dos tipos de registros 54 e 60R, nos arquivos magnéticos apresentados, impedem a verificação se os totais dos itens de mercadorias descritas no documento fiscal, guardam igual valor aos totais dos documentos fiscais emitidos, ou seja, se os valores totais lançados no Livro de Registro de Saída, são iguais à soma dos totais de itens descritos nos tipos de registros 54 e 60R, portanto, omitido estes tipos de registros, não há segurança suficiente para se afirmar que da infração praticada, não resultou mesmo que indiretamente, em falta de pagamento do imposto, razão pela qual não deve ser aplicada a forma privilegiada da multa, prevista no § 8º, do art. 71, da Lei n.º 11.651/91, cuja segurança da não existência de falta de pagamento do imposto é exigida para a sua aplicação.

Contudo, retificado os arquivos magnéticos e inseridos os tipos de registros omitidos, aí sim, haveria a possibilidade de se constatar com segurança em instância superior, se houve ou não, mesmo que indiretamente, falta de pagamento do imposto, possibilitando a imposição da multa em sua forma privilegiada, na forma requerida.

Com as razões e fundamentos acima, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para manter a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 27 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Arquivo magnético SINTEGRA - omissão - recalitrância (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02326/10

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Exigência de multa formal pela recalitrância do sujeito passivo em deixar de cumprir obrigação acessória. Procedência. Decisão não unânime.

I - Cada vez que o sujeito passivo resistir em satisfazer uma obrigação acessória, cabe exigência de penalidade formal que tem sua gradação observando esse aspecto de seu comportamento.

II - No caso de recalitrância em deixar de entregar arquivos magnéticos, a ciência do auto de infração anterior, que pune tal irregularidade, é o marco inicial para a contagem do novo prazo para a satisfação da obrigação.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 15 de dezembro de 2009, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo, sob a alegação da aplicação equivocada da Legislação Tributária pela fiscalização e falta de previsão legal para embasar o lançamento. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, José Luiz Rosa, Antônio Martins da Silva, Gustavo Alberto Izac Pinto, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva e Domingos Caruso Neto. Vencido o Conselheiro Sérgio Reis Crispim. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, José Luiz Rosa, Gustavo Alberto Izac Pinto, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva e Sérgio Reis Crispim. E, também, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto e o Sr. Presidente,

Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, José Luiz Rosa, Gustavo Alberto Izac Pinto, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva e Sérgio Reis Crispim que votaram conhecendo da decadência parcial. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral, que considerou procedente o auto de infração, com adequação da penalidade à prevista no art. 71, XXII, "c" do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva e Domingos Caruso Neto. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, José Luiz Rosa, Gustavo Alberto Izac Pinto, Nivaldo Carvelo Carvalho e José Pereira D'abadia que votaram pela procedência parcial no valor da multa formal de R\$170.550,97 (cento e setenta mil, quinhentos e cinquenta reais e noventa e sete centavos), com adequação ainda da penalidade à prevista no art. 71, XXII, "c" do CTE. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva e Sérgio Reis Crispim que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

A acusação é de que persistiu em não apresentar à repartição fiscal o arquivo magnético, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2.002, por mais de 10(dez) dias, contados da data da ciência do segundo auto de infração, conforme cópias dos autos e comprovantes das intimações anexadas. Em consequência, fica sujeito ao recolhimento de multa formal no percentual de 1% (um por cento), sobre o valor das operações ou prestações realizadas no período.

Foi elaborado demonstrativo dos valores das operações sujeitas ao ICMS no exercício de 2002, constantes do livro registro de apuração de ICMS (fls. 6). Sobre esse valor é que foi calculada a respectiva multa ora em apreciação.

Foram anexadas aos autos cópias do Auto de Infração nº 3 0255336 839 30 e 3 0250203 857 32 (fls. 7 e 10), que foram lavrados anteriormente, exigindo a multa formal pela mesma irregularidade nesse auto em apreciação.

Também foram anexadas as notificações feitas anteriormente que sustentaram o presente trabalho fiscal (fls. 13 e 14), bem como extrato emitido pela Sefaz atestando a falta da entrega dos arquivos magnéticos (fls. 15 a 17).

Cópias do livro registro de apuração de ICMS, também foram anexadas (fls. 18 a 80).

Houve correta intimação do sujeito passivo na fase singular, quando se manteve inerte, não oferecendo suas razões, sendo então lavrada a sua revelia. Novamente intimado, sujeito passivo veio e trouxe os seus motivos.

Inicialmente, fez narrativa dos fatos, transcrevendo o auto de infração. Após, trouxe questionamento de preliminar de insegurança na determinação da

infração por falta de juntada de provas. Alega que em 2002, inexistia comando normativo que impusesse a obrigação descrita pelo fisco na peça acusatória. Aponta que a penalidade invocada trata da Declaração Periódica de Desempenho – DPI.

Também reivindica que seja aplicada, caso não sejam acolhidos seus argumentos defensórios, a forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do Código Tributário Estadual. Também afirma que a empresa fez a entrega das DPI's no período do auto de infração.

A decisão cameral foi pela procedência do auto, em decisão tomada por maioria de votos, com aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do Código Tributário Estadual. Houve rejeição, por unanimidade de votos, da preliminar de insegurança na determinação da infração.

A Fazenda Pública concorda com a decisão cameral.

Novamente intimado a se manifestar, o sujeito passivo veio e trouxe novamente seus motivos.

Trouxe argumento de que os referidos arquivos não foram entregues porque a empresa contratada em 2002, para elaborar o programa que permitisse a entrega dos arquivos magnéticos, não mais mantém contrato com a autuada, todos os dados daquele exercício foram perdidos e são irrecuperáveis. Esse seria o motivo pelo qual não teria ocorrido o cumprimento da notificação dada pela Secretaria da Fazenda.

Destaca que a não entrega não trouxe qualquer dificuldade para que a empresa fosse fiscalizada, e também não teria ocorrido prejuízo para arrecadação.

Arguiu de forma indireta a preliminar de insegurança na determinação da infração, posto que não teria sido colocada de forma correta a matéria tributável no presente lançamento. Seria o caso de aplicação da infração prevista no que está contido no artigo 71, XXI, "c" do CTE, que foi justamente o parâmetro utilizado pelo fisco em termos de legislação tributária punitiva da irregularidade.

Com esse mesmo entendimento, alega que a insegurança também estaria configurada pelo fato de que no texto do artigo 71, XXI, "c", haveria a utilização da expressão "sobre o valor das operações ou prestações sujeitas ao ICMS realizadas no período correspondente ...". A autuada seria apenas a "substituída" nas operações onde haveria a exigência do imposto. Portanto, essas não teriam a incidência do imposto. Restando caracterizada a insegurança.

Entende que a expressão: "o equivalente à aplicação do percentual de 1%", não existia no ano de 2002, motivo pelo qual seria ilegal cobrar 1% sobre o faturamento. Nesse caso, haveria a aplicação da forma mais favorável ao acusado, nos termos do Artigo 112, IV do Código Tributário Nacional.

Faz arrazoado que tenta levar ao entendimento de que haveria falta de previsão legal para que a empresa fosse punida. Questiona a razoabilidade da multa aplicada por entendê-la excessiva.

Foi feita referência à sumula 473 do Supremo Tribunal Federal que traz a possibilidade da revisão de atos da administração pública por ela mesma, caso comprovadamente estejam eivados de vícios.

Encerra sua peça pedindo a nulidade pelo fato de que em 2002, não haveria a penalidade de 1% pela suposta infração cometida, reiterando a preliminar de insegurança na determinação, e, caso não seja esse o entendimento, requer a adequação da penalidade prevista no auto.

No momento do julgamento alega que houve cerceamento ao direito de defesa. Isso, pela falta de correta intimação do sujeito passivo da obrigação de entregar os tais arquivos magnéticos.

Também foi arguida a decadência do direito da fazenda pública constituir o crédito tributário. Entendimento do autuado é de que seria o caso da contagem, de acordo com o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

DECISÃO

Inicialmente cabe destaque de que estamos analisando o terceiro auto de infração, cuja motivação apontada é o fato de que 3(três) vezes houve recalitrância da empresa em cumprir a obrigação acessória de entregar arquivos magnéticos. Tendo oportunidade de fazê-lo, o sujeito passivo insistiu nessa postura, incidindo em irregularidade expressamente prevista na legislação tributária goiana. Houve a correta intimação do sujeito passivo, na primeira vez, para que satisfizesse a respectiva obrigação, e não foi observada, ensejando a punição ora em apreciação.

A partir daí, o marco temporal para contagem do prazo para a lavratura dos outros autos de infração é a data da ciência do auto lavrado anteriormente, e nesse caso, seria o do segundo auto de infração, cuja cópia foi anexada aos autos.

Desde o primeiro auto que foi lavrado, e a intimação do presente trabalho se encontra na simples ciência, nesse caso, do segundo auto de infração lavrado.

Inicialmente, cabe apreciação das preliminares suscitadas pelo pólo passivo em sua peça defensiva bem como na sua sustentação oral.

Rejeito expressamente as arguições de insegurança na determinação da infração com fundamento na aplicação equivocada da legislação tributária estadual bem como na falta de previsão legal para o caso em análise.

A simplicidade da acusação deve ser ressaltada, a empresa deixou de cumprir uma obrigação acessória expressamente prevista na nossa legislação tributária, qual seja, a de entregar os arquivos magnéticos contendo os registros de

todas as operações que promoveu. Tal irregularidade ocorreu no período de janeiro a dezembro do ano de 2002. E no presente processo se está exigindo a multa formal pela insistência do sujeito passivo em cumprir tal obrigação acessória.

Inicialmente, cabe destaque de que naquele momento a legislação que tratava do tema continha previsão tanto para a instituição da obrigação como pela sua punição.

A Instrução Normativa nº 389/99 – GSF, no caput do artigo 30, vigente à época, continha a seguinte redação:

“Art. 30. O contribuinte estabelecido neste Estado, usuário de sistema eletrônico para emissão de documento fiscal ou escrituração de livro fiscal, deve remeter à delegacia fiscal em cuja circunscrição localizar seu estabelecimento, até o dia 15 (quinze) de cada mês, arquivo magnético, com registro fiscal, de todas as operações efetuadas no mês anterior.

NOTA: O art. 86 atribuiu vigência ao caput do art. 30 para 01.11.99, porém o art. 4º da Instrução Normativa nº 411/99-GSF, de 30.12.99, prorrogou para 01.01.00.

Parágrafo único. O arquivo magnético, antes de ser enviado à SEFAZ, deve ser previamente submetido a programa validador, por ela^{”c} fornecido e só deve ser aceito acompanhado de recibo gerado pelo validador.”

NOTA: Redação com vigência de 13.09.99 a 19.11.03.

Portanto, existia a obrigação acessória, não remanescendo qualquer dúvida quanto a esse aspecto. E, em relação à punição de tal irregularidade, vejamos o que nos determina o artigo 71, XXII, “c” do nosso CTE:

“XXII - pela entrega de arquivo magnético em desacordo com as determinações legais, no valor equivalente à aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor do documento fiscal que tenha sido informado em tipo de registro diferente do exigido ou que deveria constar de registro omitido.

NOTA: Redação com vigência de 29.12.03 a 31.12.05.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO XXII DO ART. 71 PELO ART. 1º DA LEI Nº 15.505, DE 29.12.05 - VIGÊNCIA: 01.01.06.

XXII - por arquivo magnético contendo informação relacionada à operação ou prestação realizadas, pela falta de entrega ou remessa, sucessiva e cumulativamente, no valor de:

a) R\$ 916,27 (novecentos e dezesseis reais e vinte e sete centavos);

NOTA: No período de 01.01.06 a 31.01.07, o valor era de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), mas por força do art. 5º da Lei nº 12.806, de 27.12.95, e do art. 2º das Disposições Finais e Transitórias da Lei nº 11.651, de 26.12.91, esse valor foi reajustado, cumulativamente, em:

a - 3,79% a partir de 01.02.07 (de 01.02.07 a 31.01.08 R\$ 778,43);

b - 7,89% a partir de 01.02.08 (de 01.02.08 a 31.01.09 R\$ 839,84);

c - 9,10% a partir de 01.02.09 (R\$ 916,27).

b) R\$ 1.832,54 (mil oitocentos e trinta e dois reais e cinquenta e quatro centavos), quando o descumprimento da obrigação persistir por mais de 10 (dez) dias, contados da data de ciência da exigência prevista na alínea "a";

NOTA: No período de 01.01.06 a 31.01.07, o valor era de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), mas por força do art. 5º da Lei nº 12.806, de 27.12.95, e do art. 2º das Disposições Finais e Transitórias da Lei nº 11.651, de 26.12.91, esse valor foi reajustado, cumulativamente, em:

a - 3,79% a partir de 01.02.07 (de 01.02.07 a 31.01.08 R\$ 1.556,85);

b - 7,89% a partir de 01.02.08 (R\$ de 01.02.08 a 31.01.09 1.679,69);

c - 9,10% a partir de 01.02.09 (R\$ 1.832,54).

c) R\$ 2.519,53 (dois mil quinhentos e dezenove reais e cinquenta e três centavos) ou o equivalente à aplicação do percentual de 1% (um por cento) sobre o valor das operações ou prestações sujeitas ao ICMS realizadas no período correspondente, o que for maior, quando o descumprimento da obrigação persistir por mais de 10 (dez) dias, contados da data de ciência da exigência prevista na alínea "b";

NOTAS:

1. Redação com vigência de 01.01.06 a 30.04.08.

2. No período de 01.01.06 a 31.01.07, o valor era de R\$ 2.250,00 (dois mil duzentos e cinquenta reais), mas por força do art. 5º da Lei nº 12.806, de 27.12.95, e do art. 2º das Disposições Finais e Transitórias da Lei nº 11.651, de 26.12.91, esse valor foi reajustado, cumulativamente, em:

a - 3,79% a partir de 01.02.07 (de 01.02.07 a 31.01.08 R\$ 2.335,28);

b - 7,89% a partir de 01.02.08 (R\$ 2.519,53).

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO À ALÍNEA "C" DO INCISO XXII DO ART. 71 PELO ART. 1º DA lei nº 16.241, DE 18.04.08 - VIGÊNCIA: 01.05.08.

c) R\$ 2.547,79 (dois mil quinhentos e quarenta e sete reais e setenta e nove centavos) ou o equivalente à aplicação do percentual de 1% (um por cento) sobre o valor das operações ou prestações realizadas no período correspondente, o que for maior, quando o descumprimento da obrigação persistir por mais de 10 (dez) dias, contados da data de ciência da exigência prevista na alínea "b"; (grifo nosso)

NOTA: No período de 01.05.08 a 31.01.09, o valor era de R\$ 2.335,28 (dois mil, trezentos e trinta e cinco reais e vinte e oito centavos), mas por força do art. 5º da

Lei nº 12.806, de 27.12.95, e do art. 2º das Disposições Finais e Transitórias da Lei nº 11.651, de 26.12.91, esse valor foi reajustado, cumulativamente, em:

a - 9,10% a partir de 01.02.09 (R\$ 2.547,79).”

Portanto, a previsão da nossa legislação em relação à punição de tal irregularidade existia no momento em que restou caracterizada a inobservância da tal obrigação acessória. Cabe destaque de que o primeiro auto de infração que puniu a não entrega dos arquivos foi lavrado no exercício de 2007, e o segundo também. Destarte, a irregularidade restou caracterizada no momento em que se contou 10(dez) dias da data da ciência do segundo auto de infração, conforme o texto que consta da notificação de folhas 13 dos autos.

Desse modo, fica afastada qualquer possibilidade de insegurança na determinação da infração, com fundamento na inexistência de legislação aplicável ao caso bem como de aplicação equivocada de legislação que tratasse da matéria.

É necessário, também, rechaçar a preliminar de cerceamento ao direito de defesa posta pela parte, com fundamento na tese de que a empresa não foi intimada para apresentar os tais arquivos antes da lavratura de cada auto de infração.

O que facilmente se conclui a partir do texto do artigo 71, XXII, “c” do CTE, é que o prazo para entrega dos arquivos passa a contar a partir da ciência do auto de infração anterior, que também puniu a mesma recalcitrância do sujeito passivo. Não existe nenhuma obrigação do fisco intimar o sujeito passivo a satisfazer a obrigação acessória, vez que o próprio auto de infração exerce esse papel. As notificações que constam do processo (fls. 13 e 14), apontam claramente para a própria ciência do auto de infração.

Portanto, inexistente qualquer cerceamento ao direito de defesa com esse fundamento.

Em relação à decadência, tal tese é absolutamente inconsistente, pois a irregularidade restou configurada em 2007. Portanto, não se pode confundir a falta de entrega dos tais arquivos com a punição pela recalcitrância em não obedecer ao comando da legislação que trata da obrigação da entrega dos arquivos. Rejeito, assim, de forma clara a arguição de decadência.

Quanto ao mérito, não resta dúvida quanto à ocorrência da recalcitrância do sujeito passivo em cumprir a obrigação acessória. Ele mesmo oferece justificativa para a não entrega, argumentando que todos os dados foram perdidos. Houve a lavratura de 3 (três) autos de infração, sempre punindo a falta de satisfação da obrigação acessória expressamente prevista em lei.

Analisando, porém, o trabalho fiscal, verifica-se que a penalidade correta para o presente caso é a prevista no artigo 71, XXII, “c” do CTE, cujo texto foi transcrito anteriormente. O inciso XXI desse mesmo artigo trata de situação

diferente da que estamos analisando. Faço então a adequação da penalidade, conforme previsão do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Diante do que foi exposto, conheço do recurso do contribuinte para o conselho pleno, nego-lhe provimento, para manter a decisão cameral que julgou procedente o auto de infração, adequando, porém a penalidade, para a do artigo 71, XXII "c" do Código Tributário Estadual.

VOTO VENCIDO

Não obstante tenha sido voto vencido quanto à preliminar de decadência parcial do crédito tributário, arguida em preleção oral nesta ocasião, pela douta advogada do sujeito passivo, manifesto-me pelo seu inteiro acolhimento.

De fato, a autuação decorre da falta de entrega de arquivos magnéticos no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2002, e o conseqüente ato administrativo que lhe deu origem foi lavrado em 05/09/2007. Ora, nobres conselheiros, ao sujeito passivo foi imputado o regime da substituição tributária pelas operações posteriores, o que significa tratar de lançamento por homologação. Assim, toda vez em que adquire mercadorias para revenda, a correspondente nota fiscal já traz destacado o ICMS correspondente às operações futuras de modo que a contagem do prazo decadencial se dá nos termos do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito, e não conforme o inciso I, do artigo 173 do mesmo Diploma Legal, *verbatim*:

"Art.150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º. Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação."

Nestes moldes, considerando-se que a intimação do sujeito passivo deu-se em 19/11/2007, configurada está a decadência parcial do crédito tributário relativa ao fato gerador ocorrido no período que medeia entre janeiro a julho de 2002, inclusive.

Ademais, o caso em tela trata de descumprimento de obrigação acessória, que no contexto da boa lógica jurídica, decorre sempre de obrigação principal. Clamo à vossa razão e memória, doutos colegas, para que se lembrem de que em sendo a obrigação principal sempre homologatória e prevista em lei, tal não ocorre com a obrigação acessória pois a lei é omissa. A questão é tratada no artigo 112 e seus incisos I, II e III, todos do Código Tributário Nacional, os quais transcrevo abaixo, *in verbis*:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação do fato legal

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade.”

Assim, é de se entender que, em sendo a obrigação principal homologatória e declaratória, como faz crer o voto vencedor e não tendo havido, dolo, fraude ou simulação, pois nada há nos autos que possa comprová-los e, tendo ainda sido lhe concedida a forma qualificada do § 8º do artigo 71 do Código Tributário Estadual (abaixo transcrita), estou plenamente convencido de que ao fato gerador em tela deve-se aplicar subsidiariamente o § 4º do artigo 150 do CNT, já que há omissão da lei quanto à obrigação acessória. Em tempo, assinala a forma qualificada do §8º do artigo 71, *in verbis*:

“§ 8 - Quando da prática das irregularidades descritas neste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento do imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.”

Ademais, devo dizer que a legislação tributária estadual, à época do fato imponível, determinava que o prazo para entrega dos arquivos era o do último dia útil do mês subsequente. Caso o sujeito passivo não o cumprisse, poderia ser autuado pelo fisco já a partir do primeiro dia útil do mês seguinte ao término do prazo. Se não o fizesse dentro dos cinco anos seguintes àquela data estaria caracterizada a decadência.

Face ao exposto e, com a devida vênia de meus pares, entendo ter ocorrido o instituto da decadência do crédito tributário relativo ao fato gerador ocorrido no período de janeiro a julho de 2002, motivo pelo qual voto pela procedência parcial do auto de infração no valor de R\$ 170.550,97 (cento e setenta mil, quinhentos e cinquenta reais e noventa e sete centavos), relativo aos meses de agosto a dezembro de 2002. Quanto aos demais quesitos, ratifico o voto vencedor.

Em tempo, fui voto vencido ao acolher a preliminar de nulidade da peça básica por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo e, no mérito, por conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração. Embora discorde das teses esgrimidas pelo nobre autor do voto vencedores, deixo de me manifestar acerca dos mesmos. Quanto aos demais quesitos, ratifico o entendimento dos nobres colegas.

Sala das sessões plenárias, em 05 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Auditoria Específica - omissão do registro de entrada (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01202/10

Relator: Conselheira Eliene Mendes de Oliveira Feitosa

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Omissão de registro de entrada de mercadorias. Auditoria Específica de Mercadorias. Procedência. Decisão unânime.

Deve ser declarado procedente o auto de infração fundamentado em levantamento fiscal, tecnicamente correto, que não tenha sido contestado concretamente pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela atuada, por cerceamento ao direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Elias Alves dos Santos e José Paixão de Oliveira Gomes. Também, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de decadência, arguida pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Elias Alves dos Santos e José Paixão de Oliveira Gomes. Quanto ao mérito, também por unanimidade de votos, conhecer de ambos os recursos, negar provimento ao voluntário, prover parcialmente o de ofício, para, reformando em parte a sentença singular, considerar procedente o lançamento. Participaram do julgamento os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Elias Alves dos Santos e José Paixão de Oliveira Gomes. E, por maioria de votos, aplicar a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa e Elias Alves dos Santos. Vencido o Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes, que votou pela procedência do lançamento, sem aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE.

RELATÓRIO

Em 23 de março de 2009, as autoridades fiscais lavraram o auto de infração, formalizando a exigência de multa formal equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação, prevista no CTE (art. 71, VII, "I"), pelo fato do sujeito passivo ter omitido, no exercício de 2003, o registro de entrada de mercadorias.

No histórico do auto de infração constam as observações de que trata-se este procedimento de reatuação do PAT n° 3 0187308 359 94 e de que acompanham este feito 5 (cinco) caixas contendo relatórios (inventários inicial e final e relações de entradas e de saídas).

Juntou-se ao processo, ainda a título de instrução da acusação, Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 3), Ofício nº 208/2007-GERF (fls. 5 a 7), cópia do Acórdão nº 0692/2007 (fls. 8 a 10) e demonstrativos da Auditoria Específica de Mercadorias (fls. 29 a 208).

O contribuinte autuado comparece ao processo apresentando impugnação em Primeira Instância (fls. 212 a 220), na qual pede a improcedência do lançamento, expondo suas razões.

A julgadora singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões da defesa, decide pela procedência parcial da pretensão fiscal, condenando o sujeito passivo ao pagamento da multa formal proposta, aplicando porém a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE, consoante a Sentença nº 4257/09-JULP (fls. 228 a 229).

A Representação Fazendária, em parecer (fls. 230 a 232), pede o afastamento da aplicação do benefício previsto no § 8º do art. 71 do CTE, afirmando que no exercício em referência o sujeito passivo declara caixa inicial e final nulos, aquisições no valor de R\$ 11.772.746,00, vendas no valor de R\$ 10.781.770,00, conforme relatório de DPis anexos, fato que demonstra insuficiência de caixa escritural para adquirir as mercadorias objeto da autuação, as quais certamente foram adquiridas mediante pagamento com numerário extra caixa, oriundo de vendas de mercadorias tributadas.

Confirmando de vez esta tese, constata-se ainda que, em relação ao mesmo exercício, foi lavrado também o Auto de Infração nº 3 0187321 045 12, anexo, referente a omissão de saída de mercadorias tributadas.

Portanto, no caso em comento, diante da incerteza de que a irregularidade descrita não tenha resultado, ainda que indiretamente, em falta de pagamento do imposto, o benefício do § 8º do art. 71 da Lei nº 11.651/91, jamais pode ser aplicado.

O sujeito passivo foi regularmente intimado da sentença singular e do pedido de reforma da decisão proferida em Primeira Instância formulado pelo Representante Fazendário, apresentando ele apenas recurso voluntário (fls. 241 a 249), pedindo a improcedência do lançamento, alegando a ocorrência de decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário quando da lavratura do presente auto de infração.

Considera que a reatuação também padece do vício formal que motivou a nulidade do Auto de Infração nº 3 0187308 359 94, qual seja, a ausência de elementos suficientes para determinar com clareza a infração imputada ao sujeito passivo.

Em que pese o extenso relatório de conclusão anexado ao auto de infração, considera necessário esclarecer que os critérios adotados pela auditoria não foram demonstrados de forma consistente e segura, cerceando o direito de defesa do contribuinte.

Considera confiscatória a multa aplicada pelas autoridades lançadoras.

Transcreve dispositivos legais e jurisprudência.

D E C I S Ã O

QUESTÃO PRELIMINAR

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa, manifesto-me pela sua rejeição, por inexistir nos autos qualquer óbice ao exercício do direito de defesa.

QUESTÃO MERITÓRIA

A exigência fiscal foi apurada em procedimento fiscal intitulado Auditoria Específica de Mercadorias, sendo que a jurisprudência deste Conselho considera necessário a elaboração de levantamento contraditório com rigor técnico para que se conteste concretamente autuação fundada neste tipo de procedimento.

O sujeito passivo, ao comparecer aos autos, não apresenta levantamento contraditório, não contestando a auditoria fiscal, deixando passar a oportunidade de resolver qualquer problema ou falha que porventura possa existir no trabalho fiscal, impondo a conclusão de procedência do presente lançamento.

Entretanto, aplico a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE, por entender que não há indício de sonegação de tributo ou de fraude com este objetivo.

Note-se a não ocorrência da alegada decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa. Rejeito também a preliminar de decadência, argüida pela autuada. Quanto ao mérito, conheço de ambos os recursos, nego provimento ao voluntário, provejo parcialmente o de ofício, para, reformando em parte a sentença singular, considerar procedente o lançamento. Aplico a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE.

É o meu voto.

Sala das sessões, em 12 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Caixa 2 - parcela isenta e não tributada (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 03133/10

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal.

PRELIMINAR.

Insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Decisão unânime.

O termo de apreensão é documento próprio e suficiente para caracterizar a infração.

MÉRITO. Procedente. Decisão unânime.

Presume-se decorrente de operação não registrada o valor apurado em procedimento fiscal, correspondente a importância constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias, sem a emissão da nota fiscal, sobre a qual é correta a exigência do ICMS, multa e demais acréscimos legais, por constituir-se em omissão de saídas de mercadorias tributadas.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Manoel Caixeta Haun e Edson Abrão da Silva. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Manoel Caixeta Haun e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo realizou saída de mercadoria tributada sem emissão de documentação fiscal, no período de 11.04 a 31.12.05, conforme apurado em auditoria de caixa dois e planilha de proporção da mercadoria tributada em relação a não tributada, anexa, por isso exigido o ICMS, penalidade e acréscimos legais.

O sujeito passivo foi intimado em primeira instância, mas não se manifestou, por isso lavrado o termo de revelia.

O sujeito passivo argumenta que o caderno foi apreendido por meio de "ameaças e intimidação aos funcionários" por parte da autoridade fiscal, consistente numa "ação arbitrária", constituindo prova obtida por meio ilícito. São provas forjadas, pois a própria fiscalização é que após o carimbo com o nome da empresa em cada uma das folhas do caderno, na ausência da proprietária, constituindo suas anotações numa presunção de controle paralelo da movimentação da empresa. O caderno é de propriedade da Sra. Lázara Maria El Assal, servindo de anotações pessoais referentes a três empresas de que participa.

Salienta que somente por meio da auditoria específica de mercadoria é que haveria possibilidade de verificar omissões de saída, observando que a empresa não foi auditada. Além disso, sustenta, ainda que, por pura impossibilidade matemática, haja vista não dispor de entrada de mercadoria suficiente e nem ter mercadoria em estoque, é que não houve a omissão apontada na inicial, salientando que a movimentação ali acumulada refere-se as três empresas.

Por isso, pede a nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, caso não se reconheça a improcedência do crédito tributário.

DECISÃO

A argumentação do sujeito passivo não veio acompanhada de qualquer comprovação e não se sustenta pelo que do caderno consta, especialmente no que tange a informação de que se refere a anotações pessoais da proprietária e referentes a três estabelecimentos, pois a informação nele contida é de natureza comercial, consistente no que intitula "vendas", com indicação sequencial de data, recebimento e acumulado. Não há sequer interrupção para observação a estabelecimentos diversos.

Aliás, nem ao menos, foram indicados os possíveis nomes de estabelecimentos de que a pessoa informada como proprietária faça parte.

É importante observar que o termo de apreensão, no caso do caderno, é o meio utilizado, pela fiscalização, para comprovação da irregularidade, identificando o estabelecimento e os objetos apreendidos, no caso, está às fls. 3, devidamente assinado pelo gerente, dando conta de que o caderno com 35 folhas, de fato, foi encontrado no estabelecimento autuado e registra atos de comércio, não carecendo, muitas vezes, nem da aposição do carimbo.

É notório que os registros do caderno referem-se a atos de comércio.

A apreensão, por ser um procedimento que exige a presença da autoridade fiscal em busca de elementos de prova, muitas vezes não ocorre de maneira passional, dada a condição de certa resistência, mas desde que realizada dentro de um padrão razoável de conduta, não constitui meio ilícito.

O que se tem nesse sentido em relação aos autos é apenas argumentação de natureza subjetiva, mais uma vez, desacompanhada de qualquer comprovação.

Não é incomum que o objeto em que se exerce o controle paralelo de mercadoria seja o menos caracterizado possível, de modo a oferecer certa dificuldade para o exercício da fiscalização, mas nem com isso, deixa de constituir prova em favor da fiscalização, evidentemente, carecendo de análise criteriosa sobre todo o fato e sua circunstância.

Desse modo, tem-se devidamente caracterizada a infração, afastando a preliminar arguida.

Quanto ao mérito, merece destacar que à fiscalização compete, nos termos do art. 146, da Lei 11.651/91, apreender, mediante lavratura de termo próprio, mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos e outros objetos, com a finalidade de comprovar infrações à legislação tributária ou para efeito de instruir o processo administrativo tributário, bem como lacrar os móveis, gavetas ou compartimentos onde, presumivelmente, estejam guardados livros, documentos, programas, arquivos ou outros objetos de interesse da fiscalização.

O trabalho da fiscalização, na maioria das vezes ocorre com base nos vestígios apresentados pela circulação da mercadoria, normalmente registrados em documentos da empresa. Não fiscaliza, onipresentemente, cada ocorrência do fato, concretamente. Considera-se o rastro deixado pelo trajeto percorrido: no caso presente, são os controles apensados, intitulados VENDAS de determinados meses, conforme anotação em caderno anexo. Portanto, são provas aceitáveis e capazes de produzirem seus efeitos fiscais, pois delas constam na verdade que houve a operação com mercadorias, indicando o faturamento diário.

Todos os dados foram extraídos desse controle e apurado no relatório às fls. 6, de maneira a exigir o imposto apenas sobre a diferença entre o registro no livro próprio e a chamada venda real, observando a proporcionalidade das tributadas em relação as não tributadas.

A forma própria de realizar vendas é por meio da emissão de nota fiscal autorizada e autenticada, com seu registro no livro e apuração do imposto, o que não ocorreu em relação às mercadorias constantes do chamado controle paralelo, segundo comprovado nestes autos.

Por força do § 2º do art. 64 da Lei 11.651/91 o contribuinte é obrigado a emitir nota fiscal, assim:

Art. 64. *O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.*

[...]

§ 2º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais.

E mais, art. 66 do citado diploma legal acima, assim dispõe:

Art. 66. *As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos.*

O inciso VI do § 1º do art. 25 da Lei 11651/91, estabelece a presunção de operação tributada não registrada, o valor apurado em procedimento fiscal no tocante ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadoria.

Com essa presunção legal há uma inversão do ônus da prova, ou seja, compete ao sujeito passivo trazer à lide provas suficientes que ilida a acusação, porém nada aconteceu, salientando que por ser uma operação ocorrida a revelia do registro fiscal, logicamente, de fato, esse controle não a alcançou, contudo, muito embora isso, a autoridade fiscal procedeu o lançamento apenas da diferença entre os valores apurados nos controles paralelos e a importância registrada no livro fiscal.

Posto isso, levando em conta as provas existentes nos autos, voto conhecendo do recurso do contribuinte ao Conselho Pleno, negando-lhe provimento para considerar procedente o crédito tributário, confirmando a decisão cameral.

Sala das sessões, em 11 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Conta caixa - saldo credor (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 02028/10

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade da sentença singular, arguida pela autuada. Rejeitada. Decisão unânime.

Deve ser rejeitada a arguição sobre preliminar de nulidade da sentença singular, questionada pela defesa, quando a referida peça tiver sido elaborada de conformidade com a orientação do inciso II, do artigo 458, do CPC.

Multa formal. Omissão de registro de operação de saída de mercadoria não tributada, referente a saldo credor na Conta Caixa. Procedente. Decisão unânime.

Aplicação da forma privilegiada do §8º do artigo 71 do CTE. Decisão não unânime.

Estando evidenciado nos autos que o contribuinte descumpriu o previsto norma legal, o auto de infração que exige recolhimento de multa formal, deve ser considerado procedente, aplicando-se o benefício estabelecido na legislação quando a falta não houver dado ensejo a prejuízo ao erário estadual.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença singular, argüida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, José Luiz Rosa e Sérgio Reis Crispim. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, José Luiz Rosa e Sérgio Reis Crispim. E, por maioria de votos, aplicar a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros José Luiz Rosa e Sérgio Reis Crispim. Vencido o Conselheiro Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

A autoridade lançadora exige do polo passivo epigrafado o recolhimento de ICMS, decorrente de omissão de saída de mercadoria não tributada, na importância de R\$ 121.961,42 (cento e vinte um mil, novecentos e sessenta e um reais e quarenta e dois centavos), referente a saldo credor na Conta Caixa (disponibilidades), conforme apurado na Auditoria das Disponibilidades e demonstrativos que, juntamente com cópias dos livros contábeis Diário e Razão,

do período de 01/02/ a 31/05/2006, se encontram acostados ao processo, com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva. Em consequência, deverá recolher multa formal na importância de R\$ 30.490,35 (trinta mil, quatrocentos e noventa reais e trinta e cinco centavos).

A base legal dada por infringida foi assim descrita: artigo 25, §1º, I e §2º e artigo 64 da Lei n.º 11.651/91. E a penalidade aplicada: Lei original n.º 11.651/91, artigo 71, inciso VII, alínea “I”, redação da Lei n.º 13.446/99.

Impugnado o lançamento a autuada ingressa com a defesa de fls. 100/102, com a finalidade de requerer o cancelamento da autuação, alegando, para tanto: que “não praticou qualquer ilícito fiscal capaz de lastrear a pretensão do fisco; todo e qualquer equívoco contábil eventualmente comprovado será prontamente retificado pela empresa; que existem nos autos erros procedimentais cometidos pelo fiscal autuante que jamais poderiam prevalecer”; que “com fundamento no artigo 25, caput do CTE, contradita expressamente a base de cálculo considerada pela autoridade fiscal para o cálculo da penalidade ora exigida, impugnando ainda, os demais cálculos elaborados, a fim de instaurar o contraditório, já que os mesmos não retratam sua realidade”; que a presente multa, já está sendo exigida através do Processo n° 3 0334190 993 47, que se mantida, significaria evidente *bis in idem*, o que é vedado”; que “ não ocorreu qualquer falta de emissão dos documentos fiscais exigidos em suas operações, já que a presunção prevista pelo artigo 25 do CTE, será elidida por prova em contrário, por documentação que será juntada oportunamente”; que a “referida multa fosse realmente devida, ostentaria caráter confiscatório, já que seu valor seria, inclusive, muito superior ao débito principal”; instrui a impugnação apresentada, com os documentos de fls.100/107.

O ilustre sentenciador “a quo” considera que “nada há nos autos que contrarie o levantamento realizado e que a inicial preencheu todas as condições do artigo 142 do CTN, ratifico integralmente a autuação, por estarem corretos e seguros os procedimentos adotados pelo Fisco.” Fls. 109/111.

Em grau de recurso o polo passivo reafirma as razões da impugnação; pede a nulidade da decisão singular, por cerceamento ao seu direito de defesa, por ter sido tal peça decisória elaborada sem fundamentação, fls. 115/117.

É o relatório.

DECISÃO

Sobre a preliminar de nulidade da sentença singular, suscitada pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa, não vejo como acolhê-la, tendo em vista que o trabalho, elaborado pelo julgador monocrático, devidamente fundamentado, inclusive com transcrição de norma legal, está em consonância com a orientação contida no inciso II do artigo 458 do CPC. Portanto, rejeitada está a preliminar em debate.

Vencida esta primeira parte deste “decisum”, volvo-me ao mérito da ação, no qual destaco que, de acordo com a instrução processual, o fato determinante deste lançamento se embasa na Auditoria da Disponibilidades que consiste “no confronto dos lançamentos das importâncias recebidas com os pagamento efetuados, levando-se em consideração os saldos devedores inicial e final, dentro de um determinado período, com análise de documentação pertinente, observados os prismas de veracidade e idoneidade do respectivo fato econômico e correspondência em datas e valores.” Esta definição encontra-se no Manual de Procedimentos Fiscais, editado pela Secretaria da Fazenda de Goiás.

Para dizer que o escopo do trabalho que sustenta a exigência estampada na inaugural é aferir a existência de saldos credores na Conta Caixa, ou seja, se houve estouro de caixa, este, decorrente de omissão de registro de saída de mercadorias tributadas. Bastaria, para contrapor a vestibular, que o defendente apresentasse provas incontestáveis de que agiu de conformidade com o estabelecido na conceituação supra e que não afrontou a orientação lecionada no artigo 25, §§ 1º,º da Lei n.º 11.651/91, que transcrevo:

“Art. 25.

[...]

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

I - ao saldo credor na conta caixa;

[...]

§ 2º Na hipótese de o contribuinte comercializar também mercadorias isentas ou não tributadas no período fiscalizado, a base de cálculo deve ser obtida por meio da multiplicação do valor apurado em procedimento fiscal pela fração obtida da divisão do valor das entradas tributadas, exceto aquelas sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores, pelo valor correspondente ao total das entradas de mercadorias destinadas à comercialização ou industrialização.”

Entretanto, tal cuidado o sujeito passivo não teve, fato aliás, reconhecido pelo julgador singular, conforme já mencionado no relatório que integra esta peça decisória, situação que me leva a reafirmar, com ressalva, a decisão singela que procedeu a preambular.

Porém, mesmo reconhecendo a omissão denunciada na folha de rosto deste volume, conforme detalhado em linhas anteriores, é fato que tal falha, de ordem acessória, não teve o condão de causar prejuízo ao erário estadual e em situações assim, a orientação legal me faculta e, portanto, aplico no presente caso, o benefício contido no § 8º do artigo 71 do CTE, “verbis”:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas;

[...]

“§ 8º- Quando da prática das irregularidades descritas neste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento do imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração”.

Assim, voto, unanimemente, rejeitando a preliminar de nulidade da sentença singular, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Quanto ao mérito, voto, unanimemente, conhecendo do recurso voluntário, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. E, majoritariamente, voto, pela aplicação a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE.

Sala das sessões, em 19 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - ECF - extravio (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00804/10

Relator: Conselheiro Sérgio Reis Crispim

EMENTA: *Multa formal. Obrigação acessória. Extravio de ECF. Improcedência. Decisão unânime.*

Não procede a aplicação de penalidade formal quando o sujeito passivo demonstrar nos autos que o equipamento emissor de cupom fiscal não foi extraviado.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Antônio Martins da Silva e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

Descreve o histórico da exordial que o sujeito passivo desapareceu do endereço declarado junto ao Cadastro de Contribuintes do Estado - CCE tendo a sua inscrição cadastral sido suspensa, portanto, extraviou equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, autorizado para uso por essa empresa, ficando sujeito a imposição da multa formal nos termos da alínea "a", do inciso XIII, do artigo 71 do Código Tributário Estadual.

O lançamento de ofício está embasado no artigo 64 da Lei nº 11.651/91.

Após a decretação da revelia às fls. 10, o sujeito passivo comparece ao feito para impugnar o auto de infração em Segunda Instância. Argumenta que não praticou a infração estampada na basilar e junta aos autos comprovante de Cessação de uso de Sistema Informatizado para Emissão de Documentos Fiscais, nota fiscal avulsa nº 869.938, emitida em 24/03/2009, para devolução do ECF, visto que sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado estava suspensa. Argumenta que apresentou os blocos fiscais e livros para baixa juntamente com o referido equipamento, o que comprova que não está extraviado. Requer a improcedência da pretensão fiscal inicial.

É o relatório.

DECISÃO

De fato, o polo passivo carrou ao feito a documentação que comprova o pedido de baixa de sua inscrição cadastral, com o Termo de Protocolo de

Processo, fls. 31. Concomitantemente, apresentou o Comprovante de Cessação de Uso de Sistema Informatizado para Emissão de Documentos Fiscais, fls. 25.

Com isso, razão assiste ao sujeito passivo, pois não houve o extravio do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal historiado na inicial (ECF, marca Bematech, modelo MP – 20 FI II ECF I), conforme se depreende da documentação anexada aos autos. Não há como penalizar o sujeito passivo, tendo ele demonstrado nos autos que não praticou a infração que lhe fora atribuída.

Desta feita, os documentos de fls. 25/31 e mais os extratos anexados em sessão a pedido do cauteloso representante da Fazenda Pública comprovam que o sujeito passivo não extraviou o equipamento, objeto da autuação, o que afasta por completo a acusação prática de qualquer ilícito praticado.

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 16 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - ECF - lacre rompido (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00529/10

Relator: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária acessória. Rompimento de lacre de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF. Procedência. Aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do CTE. Decisão unânime.

Quando o sujeito passivo não apresentar provas capazes de ilidir a pretensão fiscal, o auto de infração deverá ser julgado procedente.

Quando a prática da irregularidade não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto, deverá ser aplicada a forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do Código Tributário Estadual.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

Reza a acusação fiscal que o sujeito passivo rompeu o Lacre nº 0417253 aposto no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, marca Bematech, modelo MP-20 FI II, número de série 470800149281, conforme vistoria anexa. Em consequência, fica sujeito a multa formal no valor de R\$ 3.403,48 (três mil, quatrocentos e três reais e quarenta e oito centavos).

Devidamente intimado, o contribuinte ingressa com impugnação a Primeira Instância, de folhas 11/14, alegando, em essência, que o rompimento do lacre foi acidental; que o fato não foi comunicado à pessoa responsável pelo estabelecimento por falta de informação; que após a visita da fiscalização, o lacre foi providenciado, dentro do prazo 15 dias, concedido na notificação de folha 06; que o dito rompimento não ensejou falta de pagamento de imposto. Requer, ao final, a improcedência do feito fiscal.

A julgadora singular, em Sentença nº 5333/08-COJP, de folhas 38 e 39, decide pela procedência da pretensão fiscal estampada no auto de infração, condenando o sujeito passivo ao pagamento da multa formal proposta.

Inconformado com a decisão monocrática descrita acima, o defendente interpõe Recurso Voluntário, de folhas 44/46, no qual, combatendo a mesma, reitera argumentação apresentada na peça defensória anterior.

É o relatório.

DECISÃO

Em uma detida análise de todo o processo, observo que o polo não apresenta provas capazes de ilidir a pretensão fiscal, isto é, apesar de suas alegações de que o referido rompimento não foi proposital, encontra-se caracterizada a hipótese legal descrita como sendo fato passível de multa formal.

Sendo assim, torna-se indiscutível a existência do fato gerador, a qual é admitida pela própria defesa.

Senão, vejamos:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XIV - no valor de R\$ 4.006,09 (quatro mil e seis reais e nove centavos):

a) por lacre, quando este for aposto pelo fisco ou sob sua autorização, pela sua violação ou rompimento;”

Entretanto, há de ser observado, ainda, que a prática da presente irregularidade não resultou, mesmo que indiretamente, na falta de pagamento de imposto, devendo a multa aplicável corresponder a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração, isto é, deve ser considerada a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do Código Tributário Estadual.

Senão, vejamos:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

§ 8º Quando da prática das irregularidades descritas nos incisos V ao XII deste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.”

Ante todo o exposto, voto conhecendo do recurso, negando-lhe provimento, confirmando, assim, a sentença singular, a qual considerou procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do Código Tributário Estadual.

Sala das sessões, em 12 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - ECF - não adotou (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00416/10

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Falta de adoção de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF. Procedência. Decisão unânime.

I - O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (art. 64, CTE);

II - O lançamento de ofício por descumprimento de obrigação acessória, consistente na falta de adoção de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF, deve ser declarado procedente quando a infração fiscal não tenha sido afastada pelo sujeito passivo.

III - Não havendo demonstração de que a falta de implantação do Emissor de Cupom Fiscal - ECF ocasionou, direta ou indiretamente, omissãode pagamento de ICMS, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração, consoante o § 8º do artigo 71 da Lei 11.651/91.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de janeiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Paulo Diniz e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

A autuação que deu origem a este contencioso administrativo fiscal diz respeito à exigência de pena pecuniária por ter o sujeito passivo deixado de implantar, em seu estabelecimento, equipamento emissor de cupom fiscal - ECF a partir de 01/09/2007 quando ficou obrigado a utilizar, em virtude de o faturamento de janeiro a junho de 2007 ter sido de R\$ 63.765,00 (sessenta e três mil, setecentos e sessenta e cinco reais) de acordo com o Demonstrativo de Faturamento - Análise Vertical do Verso da DPI em anexo (fls. 12), além de ser comerciante varejista e possuir blocos de notas fiscais modelo 2 série/subsérie D 1, de acordo com Espelho Cadastral e Controle de Concessão CIAF colacionados às fls. 06 e 11 destes autos.

Nas razões de recurso à Sentença de Primeira Instância, a qual manteve a exordial integralmente, o sujeito passivo argumenta que cumpre todas suas obrigações fiscais e acessórias, pagando regularmente seus débitos tributários e que o simples fato de não ter instalado o Emissor de Cupom Fiscal - ECF em seu estabelecimento não caracteriza sonegação fiscal, reiterando seu pedido de aplicação da forma privilegiada da penalidade proposta, nos termos do § 8º do artigo 71 da Lei 11.651/91

É o relatório.

DECISÃO

O lançamento do crédito tributário está, sob o aspecto formal, respaldado pela legislação tributária estadual reguladora da matéria, identificado e cientificado corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, aplicada a norma legal vigente no período fiscalizado, descrita com clareza a infração fiscal praticada, proposta a penalidade cabível e assegurado à autuada, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, face ao princípio jurídico do contraditório, que assegura às partes litigantes amplo direito de defesa.

Dentro do ordenamento jurídico tributário, os contribuintes estão, além de submetidos ao cumprimento da obrigação tributária principal, que está relacionada diretamente ao pagamento de tributos, obrigados pela lei ao cumprimento de prestações positivas ou negativas perante o poder tributante, prestações essas que são definidas como obrigações tributárias acessórias, cujo descumprimento obriga o sujeito passivo a penalidades pecuniárias, nos termos dos pressupostos legais.

Estabelece o artigo 64 da Lei nº 11.651/91, "in verbis", que:

"O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária".

Entre as obrigações acessórias previstas pela legislação tributária estadual está a estabelecida no art. 4º, inciso IV, do Anexo XI do Decreto nº 4.852/97, que assim dispõe:

"Art. 4º É obrigatória a utilização do ECF nos seguintes prazos:

(...)

IV - 1º de setembro do ano em que a receita bruta do período de 1º de janeiro a 30 de junho for superior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), para o contribuinte que esteja em atividade;

(...)

§ 4º Considera-se receita bruta, para os efeitos deste anexo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações em conta alheia, não incluído o imposto sobre

produtos industrializados - IPI -, as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos ([Convênio ECF 01/98](#), cláusula sexta, §3º) ”.

De fato, a legislação tributária estadual, com o intuito de assegurar o controle dos atos praticados pelos contribuintes, prevê a aplicação de penalidade de caráter formal quando ficar caracterizado o descumprimento de qualquer obrigação acessória.

Ademais, "a obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária"(art. 9º, § 3º, da Lei nº 11.651/91).

Acrescento, ainda, que a “responsabilidade por infrações independe da intenção do agente e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato (art. 136, do Código Tributário Nacional - CTN)”.

Portanto, a alegação do sujeito passivo não descaracteriza a infração fiscal, porque o sujeito passivo ficou obrigado a usar em seu estabelecimento o ECF a partir de 01/09/2007 e não o fez.

Porém, é disposição expressa do § 8º do art. 71 do CTE que *"quando da prática das irregularidades descritas neste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento do imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração"*.

Entendo estar configurada nos autos a hipótese prevista para a aplicação da forma privilegiada contida no enunciado § 8º, haja vista que a omissão praticada não pode ser apontada como causa direta ou indireta de falta de pagamento do imposto, uma vez que o mesmo utilizava em seu estabelecimento notas fiscais, de acordo com o extrato de fls. 11.

Portanto, em virtude de não haver nestes autos prova de que a irregularidade praticada pelo sujeito passivo tenha implicado em falta de recolhimento de imposto, altero a penalidade proposta pelos autuantes, aplicando a forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 da Lei nº 11.651/91, com nova redação dada pela Lei nº 13.194/97.

Nos termos da fundamentação e à luz da legislação tributária estadual, voto conhecendo do recurso, dando-lhe parcial provimento para, reformando em parte a decisão “a quo”, considerar procedente o auto de infração, porém com a aplicação da penalidade na forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 da Lei nº 11.651/91.

Sala das sessões, em 25 de fevereiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - ECF - não adotou (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00508/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Falta de uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF. Improcedência. Decisão unânime.

Não prospera a imposição de multa por falta de uso de ECF, não estando o contribuinte obrigado ao uso do equipamento no prazo considerado pela fiscalização.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 26 de janeiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a preliminar de nulidade da peça básica, levantada pela autuada, e no mérito, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Itamar Alves Carrijo, José Manoel Caixeta Haun, Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia, Célia Reis Di Rezende, Álvaro Falanque, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcides de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

Em 20 de dezembro de 2006, as autoridades fiscais lavraram o auto de infração, formalizando a exigência de pena pecuniária, pelo fato da autuada, estando obrigada ao uso de equipamento emissor de cupom fiscal – ECF a partir de 5 de outubro de 2005, por possuir outro estabelecimento no Estado, não ter instalado o equipamento em seu estabelecimento.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, espelhos cadastrais (fls. 3 e 4) e extrato de Consulta Usuário de Sistema Informatizado (fls. 5), indicando a inexistência de autorização para o contribuinte.

A autuada comparece ao processo apresentando impugnação em Primeira Instância (fls. 8), na qual pede a improcedência do lançamento, argumentando que a empresa existia bem antes da edição da norma legal que impôs a adoção do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, não estando portanto sujeita à adoção do equipamento.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, decide pela procedência do lançamento, consoante a Sentença nº 6198/07-COJP (fls. 14 a 15).

A autuada, inconformada com a decisão singular, apresenta recurso voluntário (fls. 19 a 20), limitando-se a formular pedido e argumentos idênticos aos formulados na defesa anterior (fls. 8).

A Primeira Câmara, em decisão não unânime, materializada no Acórdão nº 2864/2008 (fls. 27 a 29), considera procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE.

O contribuinte, inconformado com a decisão cameral, apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 34 a 35), no qual pede em preliminar a nulidade da peça básica, relacionando a hipótese de insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito, pede a improcedência do lançamento, argumentando que quando da homologação das inscrições, nas datas de 30/03/2001(matriz) e 26/05/2004 (filial), não havia a determinação legal de uso de ECF ara empresa com mias de um estabelecimento.

Portanto, no momento da autuação, não era obrigada ao uso de ECF, só estaria obrigada ao uso de ECF se incorresse nas regras do art. 4º, inciso III, alíneas “a” e “b” do Anexo XI do RCTE.

Ressalta que no 2º semestre de 2007 (07/2007 a 12/2007), a receita da empresa ultrapassou o limite de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), sendo obrigada ao uso de ECF a partir de 1º de fevereiro de 2008, nos termos do art. 4º, III, “b”, do Anexo XI do RCTE, tendo o contribuinte sido autorizado ao uso de ECF na data de 25/02/3008, conforme atesta a Autorização nº 10007442-001 (fls. 39).

D E C I S Ã O

QUESTÃO PRELIMINAR

O Decreto nº 6.930/09, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário, em seu art. 18, § 3º, dispõe:

“Art. 18. [...]

§ 3º Quando puder decidir sobre o mérito, a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade ou órgão julgador não devem pronunciá-la e nem mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

Fundamentado no art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, não pronuncio a preliminar de nulidade da peça básica, levantada pela autuada, por ser o mérito favorável à parte.

QUESTÃO MERITÓRIA

No caso em análise, os autores do lançamento consideram o prazo fixado no art. 4º, II, “a”, do Anexo XI do RCTE, para a obrigatoriedade de uso do ECF:

“Art. 4º. É obrigatória a utilização do ECF nos seguintes prazos:

[...]

II - no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados a partir da data da homologação do pedido de cadastramento no cadastro de contribuintes do Estado de Goiás e antes do efetivo início da atividade comercial ou industrial, para o estabelecimento de empresa:

NOTA: Redação com vigência de 05.09.05 a 13.06.07.

a) que possua outro estabelecimento no Estado ou em outra unidade da Federação;

[...]”

Entretanto, no curso do processo, a defesa demonstrou que o contribuinte não estava obrigado ao uso de ECF no prazo considerado pela fiscalização, mas no prazo fixado no art. 4º, III, “b”, do Anexo XI do RCTE:

“Art. 4º. É obrigatória a utilização do ECF nos seguintes prazos:

[...]

III - para empresa em atividade que obtiver receita bruta superior a R\$60.000,00 (sessenta mil reais) no período de:

NOTA: Redação com vigência de 05.09.05 a 13.06.07.

a) 1º de janeiro a 30 de junho, até o dia 1º de agosto;

b) 1º de julho a 31 de dezembro, até o dia 1º de fevereiro.

E, pelo fato do faturamento da empresa somente ter ultrapassado o limite de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) no 2º semestre de 2007 (07/2007 a 12/2007), cumpriu tempestivamente a obrigação, instalando o ECF em seu estabelecimento, conforme a Autorização nº 10007442-001 (fls. 39).

Ante o exposto, não pronuncio, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a preliminar de nulidade da peça básica, levantada pela autuada. No mérito, conheço do recurso para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

É o meu voto.

Sala das sessões plenárias, em 09 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Embaraço à fiscalização (improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00840/10

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação Acessória. Embaraço à fiscalização. Falta de atendimento de notificação para alteração de contabilista. Não caracterização de embaraço à fiscalização. Improcedência. Decisão unânime.

I - A caracterização do embaraço à fiscalização exige que o Fisco desenvolva um "movimento" no sentido da fiscalização, isto é, do exame de documentos, mercadorias ou outros objetos de interesse fiscal e que o sujeito passivo ou terceiro, mediante ação ou omissão, oponha uma obstrução ao intento fiscal, criando dificuldade ou impedimento para que o referido exame seja feito;

II - O simples descumprimento de obrigação acessória a todos imposta ainda que exigida mediante notificação fiscal, não caracteriza "embaraço à fiscalização";

III - O não atendimento de notificação exigindo que o sujeito passivo ou terceiro adote determinada conduta ou tome determinada providência diversa da disponibilização de algum objeto de interesse fiscal para exame, como, por exemplo, aquelas que ordenam o preenchimento de formulário elaborado pela autoridade fiscal, também não caracteriza "embaraço à fiscalização", visto que ninguém pode ser constrangido a fazer aquilo que lei não lhe obriga;

IV - No caso do descumprimento de obrigações acessórias para as quais não exista penalidade específica o Fisco deve ater-se a aplicar a multa prevista no art. 71, inciso XX, letra "c" do CTE;

V - É improcedente o auto de infração que exige multa formal em desacordo com a previsão contida na legislação tributária estadual.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 24 de junho de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Pereira D'abadia e Sérgio Reis Crispim.

RELATÓRIO

Trata-se de acusação fiscal feita em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciada na seguinte 'descrição do fato' constante do auto de infração:

“Não atendeu no tempo legal a notificação expedida em 26/02/08 e recebida em 28/02/2008 pelo proprietário Sr. [...], no sentido de incluir novo responsável contábil pela empresa em questão, em decorrência de a atual contadora, Sra. [...], estar com seu exercício profissional suspenso pelo CRC. Em consequência, fica sujeito ao pagamento da multa formal de R\$ 1.468,78”.

Instrui o processo a Notificação Fiscal de fl. 04, que comunica ao sujeito passivo que “De acordo com o ofício CIRC/CRDGO/DEFISC nº 95/2008, a responsável contábil [...] encontra-se suspensa do exercício profissional até 15/08/2008” e impõe ao autuado a exigência de “Providenciar outro contador no prazo de 10 dias”.

Também anexo ao processo o ofício CIRC/CRDGO/DEFISC nº 95/2008, de fl. 05.

Revel em primeira instância, a autuada interpõe impugnação dirigida a uma das Câmaras deste Conselho Administrativo Tributário, na qual alega repassou a Notificação para sua contadora e que esta, omitindo as informações verdadeiras, “alegou já estar com a situação regularizada”, razão pela qual “a empresa não procurou outro profissional dentro do prazo”.

É o relatório.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo, entendo que não subsiste o lançamento de ofício feito em face do sujeito passivo impugnante.

O fato é que, à luz da legislação tributária estadual, não houve o avertido embaraço à fiscalização.

Sabe-se que para a aplicação das punições administrativas, à semelhança do que ocorre em direito penal, são necessários, do ponto de vista normativo, a concorrência de dois pressupostos essenciais, quais sejam, i) a existência de uma norma de caráter prescritivo descritora do “tipo infracional”, isto por força do princípio enunciado na máxima *nullum crimen sine lege*, e ii) a existência de uma norma de caráter sancionatório que venha estabelecer a penalidade aplicável ao sujeito infrator, como corolário do axioma *nulla poena sine lege*.

Diferença essencial, contudo, no que se refere à aplicação das penalidades nos dois ramos jurídicos sobreditos é que os tipos penais correspondem à descrição dos comportamentos indesejados, daí dizer-se que o tipo penal é a “*descrição concreta da conduta proibida*” (Welzel), já os tipos infracionais, como regra, decorrem do descumprimento do comando positivo da norma que encerra uma obrigação de ação ou omissão, uma vez que a norma administrativa tem caráter prescritivo, isto é, estabelece o comportamento ou a conduta desejada por parte de seus destinatários.

Contudo, às vezes, se tem a definição de tipos infrações à moda do direito penal, com a descrição da conduta proibida. É o caso do conceito de “embaraço à fiscalização”, objeto da presente discussão administrativa, o qual corresponde a um tipo infracional positivado na forma da conduta não admitida pelo legislador, sendo indubitado que a caracterização da infração aí definida demanda a perfeita subsunção da conduta do agente ao descritivo do respectivo tipo.

Antes, porém, de procedermos a esta análise, é necessário uma abordagem a respeito da atividade administrativa concernente à “fiscalização”, uma vez que esta é que pode ser objeto do referido *embaraço*. Esta atividade pode ser compreendida a partir do disposto nos artigos 145 e 146 do CTE. Ei-los, *in verbis*;

“Art. 145. O sujeito passivo da obrigação tributária bem como as demais pessoas, físicas ou jurídicas, quando depositárias, transportadoras, detentoras, possuidoras de mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos ou outros objetos de interesse fiscal, são obrigadas a sujeitar-se à fiscalização.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, aos usuários de serviços de transporte e de comunicação.

§ 2º O condutor de veículo que transportar mercadorias é obrigado a submetê-las à fiscalização exercida pelo Fisco estadual, atendendo à ordem de parada determinada pela autoridade fiscal e, independentemente de ordem, sujeitá-las à vistoria realizada nos postos de fiscalização.

Art. 146. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos sujeitos passivos e demais pessoas indicadas no artigo anterior, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos registros neles efetuados, bem como os demais documentos de interesse fiscal, serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes dos atos, fatos ou negócios a que se refiram.

Pelo visto, estão obrigados a se sujeitarem a fiscalização, além do sujeito passivo:

	depositária		Mercadorias
			Livros
qualquer pessoa	transportadora	de	Documentos
			Programas
	detentora		arquivos magnéticos
			e outros objetos de interesse fiscal
	possuidora		

Destarte, a atividade de fiscalização consistirá no exame de mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos ou outros objetos de interesse fiscal que se encontrem, de alguma forma, sob depósito, posse ou detenção de alguém ou, ainda, que estejam sendo por ela transportados, bem como armazenadas em veículo transportador por ela conduzido (§ 2º, art. 145).

Com efeito, o Fisco necessita ter acesso a tais objetos para que possa examiná-los bem como necessita de informações com relação a bens, negócios ou atividades do sujeito passivo (CTE, art. 151) e nisto consiste a atividade de fiscalização. Este entendimento é corroborado pelo disposto no art. 146 do CTE (que reproduz o teor do art. 195 do CTN), segundo o qual a atividade fiscalizadora não pode ser obstaculizada, impedida ou limitada nem sequer por disposições de lei que venham criar regras excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos sujeitos passivos ou da obrigação destes de exibí-los, devendo os livros obrigatórios serem conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários respectivos.

Percebe-se que a atividade administrativa de fiscalização de tributos tem um caráter ímpar, não se podendo admitir que alguém impeça o Fisco de ter acesso aos ditos objetos de interesse fiscal. Neste contexto é que a legislação tributária estadual estabelece o conceito de “embaraço à fiscalização” como sendo a “qualquer ação ou omissão que retarde ou dificulte a fiscalização, bem como o não atendimento de notificação expedida pelo agente do Fisco para exigência de apresentação de mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos e outros objetos de interesse da fiscalização” (CTE, art. 147, § 1º).

Desta forma, fica claro que a ação de fiscalizar consiste no exame de mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e outros objetos de interesse fiscal e que o “embaraço à fiscalização” consiste na conduta do sujeito passivo ou de terceiro que retarde ou dificulte esta atividade, isto é, o exame fiscal.

A análise do tipo descritivo da infração nos revela que a caracterização do embaraço depende de duas condições: **primeiro**, que o Fisco desenvolva um “movimento” no sentido da fiscalização, isto é, do exame de documentos, mercadorias ou outros objetos *que existam e se encontrem na posse de alguém e*, **segundo**, que o sujeito passivo ou terceiro, mediante ação ou omissão, oponha uma obstrução ao intento fiscal, criando dificuldade ou impedimento para que o “exame fiscal” seja feito. Se o Fisco não desenvolve o “movimento inicial” (notificação, ordem de parada de veículos, apreensão de mercadorias ou documentos, lacração de móveis, lacração de computadores, etc.) não se pode dizer embaraçado, porque inexistente a *ação fiscal*. Se ninguém opuser obstáculo também não haverá embaraço, porque não há conduta atribuível ao sujeito passivo ou a terceiro.

Por esta razão, o simples descumprimento de obrigação acessória a todos imposta não pode caracterizar o “embaraço à fiscalização”, porquanto ausentes as duas condições sobreditas, devendo a administração tributária impor ao inadimplente a pena pecuniária própria em razão do referido descumprimento, consoante prevê o CTN: “A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária” (Art. 113, § 3º).

Caso não haja penalidade específica para a infração relativa à obrigação acessória descumprida, terá lugar a aplicação do disposto no art. 71, XX, “c” do CTE, que estabelece a multa no valor de R\$ 160,24 (cento e sessenta reais e vinte e quatro centavos) “pelo descumprimento de obrigações acessórias não referidas neste artigo”.

O fato de o Fisco expedir notificação para que o sujeito passivo venha cumprir uma obrigação acessória que se encontre prevista na legislação tributária (a todos imposta) não muda a situação, vez que não haverá caracterização material do “embaraço à fiscalização”. É o que acontece, por exemplo, quando se exige, por meio de notificação fiscal, que o contribuinte proceda alteração cadastral, entregue arquivo magnético do SINTEGRA, adote ECF, etc.

Em acórdão da nossa lavra, proferido nos autos do processo administrativo tributário nº 3 0003150 099 14, abordamos a questão da seguinte maneira:

“Com efeito, o descumprimento de obrigação acessória genérica por parte do sujeito passivo não caracteriza embaraço à fiscalização, eis que esta falta tem definição legalmente prevista, consoante os dispositivos da Lei n.º 11.651, de 26 de dezembro de 1991 a seguir transcritos:

“Art. 145. O sujeito passivo da obrigação tributária bem como as demais pessoas, físicas ou jurídicas, quando depositárias, transportadoras, detentoras, possuidoras de mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos ou outros objetos de interesse fiscal, são obrigadas a sujeitar-se à fiscalização.

(...)

Art. 147. Sem prejuízo de outras atribuições e competências funcionais, o Fisco Estadual poderá:

(...)

II - exigir a apresentação de mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos e outros objetos de interesse da fiscalização, mediante notificação;

(...)

§ 1º Caracteriza recusa ou embaraço à fiscalização, o não atendimento, por parte do contribuinte ou qualquer pessoa sujeita à fiscalização, de notificação expedida pelo agente do Fisco, para cumprimento da exigência de que trata o inciso II do caput deste artigo.” (grifamos)

Infere-se, portanto, que o embaraço à fiscalização consistirá na omissão voluntária do contribuinte ou qualquer pessoa sujeita à fiscalização, numa atitude de resistência à ordem emanada pela autoridade fiscal, ficando *caracterizada pelo não atendimento da notificação* que lhe exija a apresentação de livros, documentos, etc.

É de se notar, todavia, que ninguém pode apresentar ao Fisco aquilo que não possui ou cuja posse não detenha. Ai está a razão de o art. 145, supratranscrito, estabelecer que “o sujeito passivo e demais pessoas (...) quando *possuidoras* de

mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos ou outros objetos de interesse fiscal, são obrigadas a sujeitar-se à fiscalização”.

No presente caso, o Fisco está a exigir do sujeito passivo, como consta do histórico do auto de infração, que este apresente à Delegacia Fiscal de sua circunscrição, o Pedido de Uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF). Ora, não se trata da exigência de apresentação de “mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos e outros objetos de interesse da fiscalização”, mas sim do cumprimento de obrigação acessória cujo objeto corresponde à prestação positiva consistente em *adotar o uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal*, porque assim o determina o 5º do Decreto nº 4.893, de 14 de maio de 1998, na parte abaixo transcrita, *verbis*:

“Art. 5º A utilização obrigatória do ECF nos termos do Anexo XI do Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, - RCTE - deve observar os seguintes prazos (Convênio ECF 1/98, cláusula sexta):

(...)

II - para o estabelecimento que já exerce sua atividade e que não seja usuário de equipamento que emita cupom fiscal:

(...)

g) até 31 de dezembro de 1999, para o estabelecimento com receita bruta anual acima de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais) até R\$240.000,00 (duzentos quarenta mil reais);”

Destarte, o não atendimento ao dispositivo da legislação tributária acima transcrito caracteriza a infração de falta de uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, ficando autorizada a aplicação da penalidade prevista no art. 71, XV, “h” da Lei n.º 11.651, de 26 de dezembro de 1991, com a nova redação dada pela Lei n.º 12.806, de 27 de dezembro de 1995, *verbis*:

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XV - no valor de R\$848,99 (oitocentos e quarenta oito reais e noventa e nove centavos):

[...]

h) por mês ou fração de exercício de atividade, pela falta ou não-utilização de equipamento emissor de cupom fiscal -ECF-, ou programa ou sistema eletrônico de processamento de dados, para emissão de documentos ou escrituração de livros fiscais, quando exigido pela legislação tributária;”

Não se pode, assim, converter uma infração noutra, principalmente considerando a definição legal de embaraço à fiscalização. (ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 03931/03, Processo n.º 3 0003150 099 14, Rel. Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira)

De modo semelhante no processo nº 3 0046309 413 93, em acórdão da lavra do Conselheiro Joaquim Dilton de Moura Ornelas foi acolhida a tese de descaracterização da acusação de embaraço à fiscalização com os seguintes fundamentos:

Entendo que a exigência tributária é improcedente pois, deixar de apresentar a Declaração Periódica de Informação – DPI, no prazo legal, não constitui embaraço ao exercício da fiscalização, mas sim infração punível com a multa específica prevista no Art. 71, inciso XXI, “a” do CTE (Lei nº 11.651/91), alterada pela Lei nº 14.058, de 26 de dezembro de 2001, como se vê:

“Art. 71 – Serão aplicadas as seguintes multas:

I -

.....

XXI – por documento ou arquivo não entregue, sucessiva e cumulativamente, no valor:

a – de R\$ 1000,00 (mil reais) pela falta de entrega de documento de informação ou apuração do imposto ou de arquivo magnético contendo informação relacionada à operação ou prestação realizadas;”

Portanto, a exigência de apresentar o documento de informação (DPI), decorre da lei e não da vontade do Fisco. A omissão do contribuinte poderia ter sido punida pela fiscalização com a multa específica para o caso, conforme acima demonstrado. Entretanto, o fato não é causa de embaraço ao exercício de fiscalização e, por este motivo, a penalidade aplicada é totalmente improcedente. (ACÓRDÃO DA 1ª CJUL N.º 01210/04, Processo n.º 3 0046309 413 93, Rel. Joaquim Dilton de Moura Ornelas)”.

Outra decisão bastante ilustrativa foi proferida no processo nº 3 0082803 376 81, em acórdão do Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes, da qual transcrevemos os seguintes trechos:

“[...] Em 13 de setembro de 2004, o Fisco exige penalidade pecuniária do autuada, na condição de contribuinte, em razão desta, no mesmo mês, não ter atendido notificação para a apresentação de Formulário de Atualização Cadastral - FAC informando nome e telefone do responsável técnico-contábil vinculado à respectiva empresa.

(...)

Contudo, o embaraço à fiscalização, por definição expressa e específica da legislação tributária, caracteriza-se pelo não atendimento de notificação para apresentação de mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos e outros objetos de interesse da fiscalização.

Essa definição está contida, exatamente, no art. 147, II, § 1º da Lei n.º 11.651/91, indicado como dispositivo infringido pelo autuante.

(...)

No mais, a omissão do contribuinte em atualizar/fornecer dados cadastrais constitui descumprimento de obrigação acessória específica, distinta do dever de exibir livros e documentos fiscais ao Fisco, prevista no art. 64 da Lei n.º 1.651/91, nos arts. 152 e 154 do Decreto n.º. 4.852/97 e nos arts. 12 e 13, I, IX, XVI, § 1º, item 8, § 8º da

Portaria GSF nº. 1.483/89. A penalidade aplicável é a prevista no art. 71, XVII, “a” da já citada Lei nº 11.651/91.

Entendo ainda que, constatando o Fisco o descumprimento de uma obrigação acessória claramente identificada, deve ele, em face da natureza obrigatória e vinculada de sua atividade (art. 142 – CTN), efetuar prontamente o lançamento de ofício e exigir, na qualidade e quantidade legalmente estabelecidas, o crédito tributário surgido da irregularidade específica constatada e não caracterizar o fato como embaraço à fiscalização.

Embora o descumprimento de quaisquer obrigações tributárias acessórias sempre dificulte, de algum modo, o controle do Fisco sobre o sujeito passivo, transformá-las aleatoriamente em embaraço a fiscalização seria negar eficácia à legislação tributária, na qual se estabeleceu inúmeras obrigações e penalidades específicas, sem sinalização para uma hipótese genérica de embaraço ao trabalho fiscal vinculada a uma única e fixa penalidade.

Pelo exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento, para considerar improcedente o auto de infração. (ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00319/06, Processo n.º 3 0082803 376 81, Rel. Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes”).

Outro aspecto que merece destaque quando se considera o tema do embaraço à fiscalização são as notificações fiscais que determinam que o sujeito passivo adote determinada conduta ou tome determinada providência entendida como relevante pela autor da notificação mas que, todavia, não significa disponibilizar algum objeto de interesse fiscal para exame. Às vezes a conduta exigida nem sequer constitui uma obrigação prevista em lei, como por exemplo, preencher determinado formulário elaborado pela autoridade fiscal que dele fará uso durante a fiscalização, sendo que o sujeito passivo a isto não está obrigado. É claro que, também nestes casos não se pode falar em embaraço, porquanto a ato de “sujeitar-se à fiscalização” não implica a obrigação de cumprir exigências não previstas em lei, mas, especificamente, dispor-se a apresentar mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos ou outros objetos de interesse fiscal que se encontrem, de alguma forma, sob seu depósito, posse ou detenção, para o fim de exame pela autoridade fiscal.

Desta forma, e agora voltando-se para o caso próprio do presente processo, entendemos que o não atendimento de notificação para providenciar outro contador, à semelhança dos casos aqui mencionados, não configura o embaraço à fiscalização, mesmo porque não foi feita ao sujeito passivo nenhuma exigência de apresentação de objeto de interesse fiscal. Por outro lado, a falta de indicação ou alteração do contabilista constitui descumprimento de obrigação acessória conforme se depreende do contido nos artigos 47 e 48 e art. 51, I, “g”, da Instrução Normativa nº 946/09-GSF, de 7 de abril de 2009 e conforme estabelecia, à época dos fatos, o art. 12 e o art. 13, inciso XVI, da Portaria GSF nº 1.483/89, de 13 de setembro de 1989.

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento para considerar improcedente a exigência contida no lançamento fiscal.

Sala das sessões plenárias, em 20 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Embaraço à fiscalização (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 03251/10

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: 1 - ICMS. Obrigação acessória. Embaraço à fiscalização. Não atendimento de Notificação Fiscal. Procedência. Decisão unânime.

1 - Caracteriza recusa ou embaraço à fiscalização, o não atendimento, por parte do contribuinte ou qualquer pessoa sujeita à fiscalização, de notificação expedida pelo agente do Fisco, para apresentação de mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos e outros objetos de interesse da fiscalização. (art. 147, II, §1º, CTE);

2 - Deve-se declarar procedente o lançamento de ofício relativo a infração devidamente comprovada pelo Fisco, cuja ocorrência não tenha sido afastada pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 13 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Cláudio Henrique de Oliveira e José Paixão de Oliveira Gomes.

RELATÓRIO

A multa formal, lançada no auto de infração, decorreu do fato do sujeito passivo não ter atendido a notificação expedida em 07/10/2008, deixando de apresentar livros e documentos fiscais exigidos pela fiscalização, no prazo nela concedido.

Juntou-se ao processo, a título de instrução processual da acusação, cópia da Notificação Fiscal e o respectivo Aviso de Recebimento – AR (fls. 04 e 06).

Foram dados como infringidos os artigos 145 e 147, II, e §1º da Lei 11.651/91, c/c art. 445, §1º, do Decreto 4.852/97 e aplicada à multa formal prevista no art. 71, inciso XV, alínea “a” da lei mencionada, referente ao embaraço à fiscalização.

Revel em Primeira Instância, o sujeito passivo comparece ao processo apresentando impugnação em Segunda Instância (fls. 11), na qual pede o cancelamento do auto de infração pelo fato de não haver sido notificado.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Quanto ao mérito da acusação recorreremos aos termos definidos no art. 64 da Lei 11.651/91 da legislação tributária estadual, conforme texto legal abaixo:

“Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

§ 1º O regulamento disciplinará, também, a criação, a espécie, o modelo, o prazo e a forma de escrituração, a impressão, a autenticação, a emissão, a utilização e demais formalidades extrínsecas ou intrínsecas relativas a livros e documentos fiscais.

§ 2º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais.”

Em relação à obrigatoriedade ao atendimento de notificações expedidas pela fiscalização, os art. 145 e 146, também da Lei nº 11.651/91, estabelecem:

“Art. 145. O sujeito passivo da obrigação tributária bem como as demais pessoas, físicas ou jurídicas, quando depositárias, transportadoras, detentoras, possuidoras de mercadorias, livros, documentos, programas, arquivos magnéticos ou outros objetos de interesse fiscal, são obrigadas a sujeitar-se à fiscalização.

Art. 146. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos sujeitos passivos e demais pessoas indicadas no artigo anterior, ou da obrigação destes de exibi-los.”

O contribuinte foi corretamente notificado, conforme demonstra o documento de fls. 04, em que lhe foi solicitado livros fiscais e contábeis da empresa, sob pena de sujeitar-se às sanções legais. Consta do referido documento a data do recebimento da notificação, dia 07/10/2008, assinatura, CPF e carimbo da empresa. O Aviso de Recebimento foi encaminhado, via correios, tendo sido apostado assinatura do destinatário em 12/12/2008, fls. 06.

A simples argumentação da polaridade passiva de que não recebeu a notificação expedida, desprovida de fundamentação, não é suficiente para invalidar o procedimento fiscal.

Nestas condições, conheço da impugnação do contribuinte, nego-lhe provimento, para julgar procedente a exigência tributária contida na inicial.

Sala das sessões, em 19 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Extravio de livro fiscal (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01521/10

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Extravio de livros e documentos fiscais. Procedência parcial. Decisão unânime.

I - Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos registros neles efetuados, bem como os demais documentos de interesse fiscal, serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes dos atos, fatos ou negócios a que se refiram. (art. 146, Parágrafo único, CTE);

II - É parcialmente procedente o auto de infração relativo a extravio de documentos fiscais quando comprovada a entrega de parte dos documentos em órgão fazendário próprio.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 27 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de exclusão do Solidário, Sr. [...], arguida pelo Conselheiro Relator. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Gustavo Alberto Izac Pinto e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração sobre o valor da multa formal de R\$ 440,64 (quatrocentos e quarenta reais e sessenta e quatro centavos), com a adequação da penalidade para a prevista no art. 71, inciso XX, alínea "a", 1, do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Gustavo Alberto Izac Pinto e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

Neste processo, a exigência fiscal é de multa formal no valor de R\$ 6.364,80 (seis mil, trezentos e sessenta e quatro reais e oitenta centavos) pelo extravio de 16 (dezesesseis) livros fiscais e 10 (dez) blocos de notas fiscais, modelo 2, série D-1, de nº. 5501 a 6000, em decorrência de suspensão da sua inscrição cadastral por desaparecimento do endereço declarado.

O auto de infração, lavrado em 03.12.2008, foi instruído com o extrato de concessões de documentos fiscais e autenticação de livros emitidos pelo Sistema Informatizado da Secretaria da Fazenda, fls. 08.

Incluído na lide como solidário o sócio administrador da empresa identificado as fls. 04, que teve lavrado contra si o correspondente Termo de

Perempção, fls. 21, pelo não comparecimento nos autos com defesa administrativa.

Revel em primeira instância, a empresa apresenta impugnação (fls. 23), na qual pede a improcedência do lançamento sob alegação de que apresentou os livros e documentos fiscais supostamente extraviados à repartição fiscal, momento em que também solicitou a baixa de sua inscrição cadastral, conforme requerimento padrão para realização de eventos cadastrais, informativo sobre a utilização e apresentação de documentos fiscais e termo de baixa de documento fiscal, fls. 26/31.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente deve ser excluído da lide o administrador da empresa autuada, porque trata-se de exigência de multa formal pelo descumprimento de obrigação acessória e não de imposto, para melhor clareza da minha decisão, transcrevo o artigo 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual – CTE:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;”

Ainda a Instrução de Serviço nº 05/04-GSF, de 30 de dezembro de 2004, fixa os procedimentos a serem adotados pela autoridade fiscal autuante, ao expedir o auto de infração, relativamente a imposto, na fiscalização de empresas, como se vê nos dispositivos a seguir transcritos:

Art. 1º A autoridade fiscal autuante ao expedir o auto de infração, relativamente a imposto cujo sujeito passivo seja pessoa jurídica ou empresa individual, deve proceder em conformidade com o previsto nesta instrução.

Art. 2º O agente do fisco, na fiscalização de empresas, obrigatoriamente, deve:

I - identificar a pessoa natural que exerce a gerência ou a direção da empresa, no período correspondente a ocorrência da infração, por meio do preenchimento do formulário Identificação do Sujeito Passivo Solidário, conforme modelo constante no Anexo Único;

II - expedir notificação para, além dos demais documentos fiscais que julgar necessários aos trabalhos de auditoria, que o contribuinte apresente o instrumento constitutivo da empresa e alterações posteriores, atas de assembléias e, quando houver, procuração com outorga de poderes para administração;

III - confrontar os dados apresentados pelo sujeito passivo com os:

a) do Cadastro de Contribuintes do Estado - CCE;

b) da Junta Comercial do Estado de Goiás - JUCEG - obtidos: por meio de:

1. acesso direto ao sistema informatizado da JUCEG nas unidades que possuem este recurso;

2. consulta ao órgão próprio do Conselho Administrativo Tributário -, nas unidades que não possuem acesso ao sistema informatizado da JUCEG;

IV - notificar o contribuinte para proceder a alteração cadastral, sem prejuízo da aplicação da multa formal cabível, se constatada divergência entre as informações constantes no CCE ou na JUCEG e as fornecidas pelo contribuinte.

§ 1º Os documentos exigidos devem ser apresentados em original, por cópia autenticada ou a ser autenticada pelo agente fiscal, no ato de sua apresentação, mediante exibição do original.

§ 2º Os procedimentos estabelecidos neste artigo aplicam-se, no que couber, à identificação de sujeito passivo solidário, pessoa natural ou jurídica, em conformidade com as normas pertinentes da legislação.

No caso em exame, não há a responsabilidade do administrador, fato que impõe a sua exclusão da presente autuação.

A análise dos documentos trazidos pela impugnante comprova que as notas fiscais e os livros reclamadas no presente auto de infração foram parcialmente apresentados à repartição fiscal própria em 12.03.09.

O Informativo sobre a Utilização e Apresentação de Documentos Fiscais (anexo II da Instrução Normativa 606/2003-GSF) e Requerimento Padrão para Realização de Eventos (fls. 26 e 31) confirmam o recebimento dos documentos pela Delegacia Regional de Fiscalização de Anápolis. Também o Termo de Baixa de Documento Fiscal, confirma a inutilização dos documentos fiscais que relaciona.

Afastada a presunção de extravio dos 16 (dezesseis) livros fiscais e das notas fiscais modelo 2, série D-1, de nº. 5651 a 6000, remanesce como extraviados apenas as notas de nºs 5501 a 5650, correspondentes a 03 (três) blocos de notas fiscais.

Cabe, ainda, a retificação da penalidade proposta no auto de infração para a prevista no art. 71, XX, "a", 1, do CTE, visto que ela é específica a irregularidade praticada.

"Art. 71

[...]

XX - no valor de R\$ 146,88 (cento e quarenta e seis reais e oitenta e oito centavos):

NOTA: valor vigente no período de 01.02.08 a 31.01.09: R\$ 146,88.

a) por documento:

1. pelo extravio, perda ou inutilização de documentos fiscais confeccionados exclusivamente para acobertar operações ou prestações destinadas a consumidor ou usuário final ou emitidos por equipamento emissor de cupom fiscal -ECF-, máquina registradora ou terminal ponto de venda -PDV-;"

Pelo exposto, conheço da impugnação dou-lhe parcial provimento, para julgar procedente em parte o auto de infração no valor da multa formal de R\$ 440,64 (quatrocentos e quarenta reais e sessenta e quatro centavos), correspondente a três blocos de notas fiscais modelo 2, série D-1, de nºs 5501 a 5650.

Sala das sessões, em 11 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Extravio de nota fiscal (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00983/10

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Extravio de documentos fiscais. Procedência parcial. Decisão unânime.

Os livros e documentos de interesse fiscal devem ser conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes dos atos, fatos ou negócios a que se referam (art. 146, parágrafo único, da Lei 11.651/91). Uma vez constatado o extravio ou o desaparecimento de livro e, também, de documento fiscal, é correta a imposição de multa formal nos termos legalmente previstos, multa essa que poderá ser afastada, total ou parcialmente, com a apresentação de provas concretas que descaracterizem, no todo ou em parte, a irregularidade detectada.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 11 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, José Luiz Rosa e Gustavo Alberto Izac Pinto. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar parcialmente procedente o lançamento no valor da multa formal de R\$ 328.496,00 (trezentos e vinte e oito mil, quatrocentos e noventa e seis reais). Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, José Luiz Rosa e Gustavo Alberto Izac Pinto.

RELATÓRIO

Neste processo, a acusação fiscal é de que o sujeito passivo não apresentou à Delegacia Fiscal de sua circunscrição, no prazo máximo de 10 dias contados da data da publicação da portaria que suspendeu sua inscrição no cadastro de contribuintes do Estado, as Notas Fiscais modelo 1 de nºs 376 a 1575, num total de 1.200 jogos, e as Notas Fiscais D1 de nº 251 a 2.750, num total de 50 blocos, que foram considerados extraviados, ficando, em consequência, sujeito à multa formal no valor de R\$ 333.837,50 (trezentos e trinta e três mil, oitocentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos).

Considerou a autoridade lançadora que houve infração às disposições dos artigos 64 e 146 do Código Tributário Estadual – CTE. Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, XVIII, “a”, do CTE.

O auto de infração, lavrado em 05.05.09, encontra-se acompanhado dos seguintes relatórios extraídos do Sistema SEFAZ: Espelho Cadastral, no qual

consta que houve suspensão, por desaparecimento, em 11.03.09; Controle de Autenticação dos Documentos e Livros fiscais; e cópia da Portaria nº 022/09.

Em sua impugnação, o sujeito passivo alega que há insegurança na determinação da infração, pois não foi repetida a intimação para o sujeito passivo apresentar os livros e documentos fiscais, conforme ensina o art. 147 do CTE. No mérito, alega que os documentos fiscais não foram extraviados, mas estão em seu poder à disposição do fisco. Justifica que a Delegacia Fiscal só recebe os blocos de notas fiscais acompanhados de todos os livros e documentos necessários para o processo de baixa. Como estava em atraso com a escrituração dos livros, terá que atualizá-los antes de dar entrada no pedido de baixa, situação essa que acha possível de já ter ocorrido por ocasião do julgamento do processo.

Concluído o relatório, passo às razões de meu voto.

DECISÃO

Conforme previsto na legislação tributária deste Estado, os livros e documentos de interesse fiscal devem ser conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes dos atos, fatos ou negócios a que se refiram (art. 146, parágrafo único, da Lei 11.651/91). No caso de encerramento das atividades, os documentos utilizados deverão ser apresentados ao setor próprio da Secretaria da Fazenda para viabilizar os procedimentos de baixa da inscrição cadastral. Da mesma forma, os não utilizados deverão ser devolvidos ao setor competente da Secretaria da Fazenda para inutilização. Constatando-se extravio ou desaparecimento de livro e, também, de documento fiscal, é correta a imposição de multa formal nos termos legalmente previstos, já que a guarda e conservação dos livros e documentos fiscais é de inteira responsabilidade do contribuinte, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 146 do CTE.

Na hipótese de paralisação das atividades, estabelece o art. 109 do Regulamento do Código Tributário Estadual que, “no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da data do encerramento da atividade do estabelecimento, o [contribuinte](#) é obrigado a solicitar a baixa de sua inscrição no CCE, hipótese em que deve apresentar todos os seus livros e documentos fiscais necessários à conclusão do evento”. Já o caput art. 156, e seu parágrafo único, dispõem que “o documento fiscal não utilizado, quando for recolhido à repartição fazendária, por motivo de baixa ou suspensão da inscrição no CCE ou, ainda, por ter esgotado o prazo para sua utilização, deve ser inutilizado pelo fisco com fornecimento de comprovante ao interessado ou lavratura de ocorrência no livro próprio (...). A inutilização é efetuada, pelo setor próprio da Delegacia Fiscal, por qualquer processo que impossibilite a sua reutilização, como a feitura de vários cortes ou a sua incineração”.

O sujeito passivo pede a nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, contudo apresenta argumentação voltada para a hipótese de cerceamento do direito de defesa. Sob esse enfoque, portanto, foi o seu pedido apreciado. O argumento, que sustenta a arguição de nulidade do auto de infração, e que segundo o sujeito passivo está amparado no art. 147 do CTE, é

de que não foi repetida a intimação para a apresentação dos livros e documentos fiscais. Trata-se de argumentação totalmente equivocada, porquanto, a legislação tributária estabelece procedimentos para serem observados, e cumpridos, no caso de encerramento das atividades cadastrais, independentemente de intimação prévia. No caso, o contribuinte deve apresentar pedido de baixa ou de paralisação das atividades, no prazo estabelecido na legislação tributária específica, disponibilizando ao fisco todos os seus livros e documentos fiscais.

Na questão de mérito, embora tenha alegado que até à data do julgamento já teria condições de ingressar com o pedido de baixa, nenhum documento foi apresentado com vistas a descaracterizar a infração apontada. Permanecem, assim, na condição de extraviados 1200 jogos de Notas Fiscais Modelo 1 e 50 blocos de Notas Fiscais D-1.

Com relação à penalidade, observa-se que o valor atribuído aos 50 blocos de Notas Fiscais de Venda ao Consumidor foi calculado a partir do valor fixado para a Nota Fiscal Modelo 1. Nesse sentido, o valor da multa deve ser revisto, porquanto, para o extravio de Nota Fiscal D-1, há previsão específica de penalidade, conforme art. 71, XX, "a", do CTE, cujo valor, à época do lançamento, era de R\$ 160,24. Para a Nota Fiscal Modelo 1, a multa reclamada foi corretamente calculada, tomando-se como referência o valor de R\$ 267,07, por documento, segundo dispõe o art. 71, XVIII, "a", também do CTE. Assim, para o 50 blocos de notas fiscais da série D1, o valor da multa devida é de R\$ 8.012,00 e para os 1200 jogos de Notas Fiscais Modelo 1, é de R\$ 320.484,00.

Nessas condições, voto, rejeitando a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, argüida pelo sujeito passivo, e, no mérito, conhecendo do recurso dando-lhe parcial provimento para considerar procedente o lançamento no valor da multa formal de R\$ 328.496,00, correspondente ao extravio de 50 blocos de Notas Fiscais D-1 e 1200 jogos de Notas Fiscais modelo 1.

Sala das sessões, em 29 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Falta de autenticação de livro fiscal (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00957/10

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Revisão Extraordinária. Exigência de multa formal pela falta de autenticação de livros fiscais. Improcedência. Decisão unânime.

Quando restar comprovado que o sujeito passivo, de fato, antes de tomar ciência do lançamento, satisfaz a obrigação acessória prevista em lei, cabe admissão de pedido de revisão extraordinária, com apreciação do mérito da questão.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 04 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Álvaro Falanque, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

Acusação é de que deixou de providenciar, a partir de 01 de março de 2007, autenticação dos livros fiscais de 2006, 2007 e 2008 do registro de entradas, registro de apuração de ICMS, registro de inventário, escriturados por sistema eletrônico de processamento de dados SEPD. Em consequência fica sujeito à multa formal conforme relatório do sistema informatizado da Sefaz que comprova a não autenticação até essa data de livros nesta referência. O texto do auto informa que o contribuinte estará sujeito à nova penalidade se não sanar a irregularidade no prazo máximo de 10 dias contados da ciência da autuação.

Extrato de folhas 4 (quatro) informa que de fato inexistiu a tal autenticação.

Houve correta intimação do sujeito passivo tanto na fase singular como na fase cameral, sendo lavrada a respectiva revelia bem como a preempção.

Após, através de pedido de revisão extraordinária, esclarece que a tal obrigação acessória foi cumprida antes do recebimento da intimação do respectivo auto de infração ora em apreciação. Tal autenticação teria ocorrido em 13/08/2009, e a ciência do auto ocorreu em 28/09/2009. Alega então a ocorrência da

espontaneidade prevista no artigo 138 do Código Tributário Nacional. Faz anexação de cópias dos livros fiscais sobre os quais se exige a autenticação, atestando a sua ocorrência. (fls.26 a 44).

Extrato emitido pelo sistema da Sefaz atesta a data das referidas autenticações (fls. 49 e 50).

Despacho exarado pela presidência do Conselho atesta que os argumentos defensórios são consistentes para ensejar a total improcedência do trabalho fiscal, remetendo os autos para apreciação pelo Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

Analisando as provas colacionadas aos autos, não remanesce dúvida de que de fato a espontaneidade restou caracterizada no presente processo. A autenticação dos tais livros foi efetuada em 13/08/2009, e a ciência do auto se deu em 28/09/2009.

Diante desse fato, conheço do pedido de revisão extraordinária, dou-lhe provimento, para julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 27 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Falta de comunicação da cessação de uso de ECF (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02822/10

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Baixa cadastral. Equipamento Emissor de Cupom Fiscal sem solicitação de cessação de uso. Procedência parcial. Decisão unânime.

Nos termos do artigo 121 do Anexo XI do Regulamento do Código Tributário Estadual - Decreto nº 4.852/97, no encerramento das atividades para as quais foi cadastrado, o contribuinte usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF deve solicitar a cessação de uso do equipamento, mediante apresentação, à Delegacia Fiscal da sua circunscrição, do pedido de cessação de uso de equipamento emissor de cupom fiscal, acompanhado de "cupom leitura X", emitido no momento da cessação de uso, e de "cupom leitura da memória fiscal". Encerrada as atividades do estabelecimento sem a adoção desse procedimento em relação ao ECF autorizado para uso, cabe a aplicação de multa formal pelo descumprimento de obrigação acessória, nos termos previstos na legislação tributária.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 14 de julho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração sobre a multa formal de R\$1.311,66 (um mil, trezentos e onze reais e sessenta e seis centavos), porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Delcídes de Souza Fonseca e José Paixão de Oliveira Gomes.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo, com a sua inscrição cadastral suspensa em 31.08.06, deixou de comunicar, dentro do prazo legal, a cessão de uso do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, identificado no relatório da autorização de uso de Sistema Informatizado para emissão de documentos fiscais. Em consequência, foi reclamada a multa formal prevista na legislação tributária estadual para a infração, de R\$ 244,80, por equipamento e por mês, perfazendo um total de R\$ 1.468,80.

A autoridade lançadora considerou que houve infração às disposições dos artigos 63 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91) e 121 do Anexo XI do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97).

O auto de infração, lavrado em 06.03.08, está acompanhado dos relatórios referentes ao Espelho Cadastral e à Autorização de Uso de Sistema Informatizado para Emissão de Documentos Fiscais.

O sujeito passivo foi intimado, por meio dos seus sócios, mas não apresentou impugnação em primeira instância, sendo lavrado o Termo de Revelia de fls. 13.

Em sua impugnação em segunda instância, alega que, no processo de baixa, a irregularidade relacionada com o ECF não foi apontada, o que levou a empresa a entender que a baixa estava correta. Alega, também, que a falta de cessação de uso não causou prejuízo ao Estado, pois o equipamento existe, conforme documentos que acompanham a sua peça impugnatória, e toda a mercadoria que comercializa está sujeita ao regime de substituição tributária. Trata da alteração do quadro societário, pedindo a exclusão dos sócios substituídos. Pede, assim, a improcedência do auto de infração. Exibe, na oportunidade, cópia da nota fiscal de aquisição de uma impressora e o formulário com o Pedido de Cessação de Uso de ECF (fls. 24) para o ECF identificado no auto de infração.

Às fls. 28 a 32 foram juntados relatórios do Sistema SEFAZ – base JUCEG, com a identificação dos sócios da empresa, e, às fls. 35/36, foi juntada cópia da Notificação/Comunicação da Cessação de Ofício do ECF em questão, datada de 07/03/08.

Conforme Resolução nº 25/09, os sócios informados no Espelho Cadastral foram intimados para apresentar cópia da alteração feita no Contrato Social para mudança no quadro societário, contudo não houve manifestação. Posteriormente, por meio da Resolução nº 178/09, o processo foi encaminhado à Delegacia Fiscal de origem para informações sobre a efetiva cessação de uso de ECF, conforme informado no documento de fl. 24.

Em resposta à solicitação feita, a Delegacia Fiscal informou que o ECF em questão foi cessado de ofício em 07/03/08 e que, após esse procedimento, o contribuinte apresentou pedido de cessão de uso, datado de 02.07.09, leitura X e leitura de memória fiscal, bem como o Atestado de Intervenção de nº 3424, datados de 19/08/09, referentes ao equipamento, conforme comprovantes de fls. 44, 45 e 46, respectivamente.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

DECISÃO

A multa formal reclamada no auto de infração é decorrente da falta de comunicação da cessação de uso do ECF utilizado pelo contribuinte. Relativamente a essa questão, está suficientemente comprovado no processo que houve descumprimento da obrigação de providenciar a cessação de uso, quando da paralisação das atividades.

A administração fazendária providenciou, então, a cessação de ofício, conforme Notificação/Comunicação da Cessação de Ofício do ECF (fls. 35/36), datada de 07/03/08. Nessa notificação consta como motivo da Cessação da Autorização: “deixou de comunicar, dentro do prazo legal, a cessação de uso do equipamento Emissor de Cupom Fiscal ECF. Suspenso para baixa cadastral”. Também consta: “A Memória de Trabalho (RAM) dos equipamentos acima identificados, deve ser apagada pela empresa lacradora, no momento da intervenção para cessação de uso, conforme determinado pelo art. 54 da IN 389-GSF. Deve o contribuinte cessar o uso do Sistema Informatizado em até 30 (trinta) dias do recebimento”.

No art. 8º, do Anexo X, do Regulamento do Código Tributário Estadual, na redação com vigência até 30.08.05, constava o seguinte:

“Art. 8º Na cessação de uso do ECF o usuário deve apresentar à delegacia fiscal a que estiver vinculado, o pedido de uso ou de cessação de uso de equipamento emissor de cupom fiscal, modelo ECF-2, indicando tratar-se de cessação de uso, acompanhado de cupom leitura X, emitido no momento da cessação de uso, e de cupom leitura da memória fiscal (Convênio ICMS 156/94, cláusula terceira).

§ 1º O usuário deve indicar no campo OBSERVAÇÕES o motivo determinante da cessação;

[...]“.

Com a nova redação conferida ao Anexo XI pelo art. 1º do Decreto nº 6.234/05, de 31.08.05, a exigência de solicitação de cessação de uso e os documentos necessários para tanto constam dos seus artigos 121 e 122, que assim dispõem:

“Art. 121. O contribuinte deve solicitar a cessação de uso do equipamento de ECF à agência fazendária a que estiver vinculado, mediante o preenchimento do formulário Pedido de Uso, de Alteração de Uso e de Cessação de Uso de ECF, constante do Apêndice VII, indicando tratar-se de cessação de uso, especialmente quando ([Convênio ICMS 85/01](#), cláusula setuagésima quinta):

I - for encerrar suas atividades;

II - for trocar o ECF;

III - for trocar a memória fiscal do equipamento, que implicar na mudança completa do número de fabricação;

IV - for substituir os equipamentos, hipótese em que o contribuinte deve apresentar o pedido de uso dos novos equipamentos a serem instalados;

V - quando ocorrer a mudança na IE;

VI - transferir o ECF para terceiros;

VII - enquadrar-se nos casos de dispensa de uso de ECF, hipótese em que o contribuinte, concomitantemente ao pedido de dispensa de uso de ECF, solicite o pedido de cessação de uso de ECF;

VIII - houver furto ou roubo do equipamento, hipótese em que o contribuinte usuário deve anexar ao formulário, documento comprobatório do registro de ocorrência policial e cópias, acompanhadas dos originais, das leituras da memória fiscal, emitidas a cada final de período de apuração, abrangendo todo o período de utilização do equipamento.

Parágrafo único. O contribuinte que mudar a forma de comercialização ou o ramo de atividade, de modo que se enquadre nos casos de não obrigatoriedade de uso do ECF ou que enquadrar-se nas hipóteses de dispensa de uso de ECF pode solicitar a cessação de uso de ECF, desde que comprove que atende uma dessas condições há pelo menos 6 (seis) meses consecutivos e apresente à agência fazendária de sua circunscrição, além dos documentos exigidos neste capítulo, todos os documentos fiscais emitidos neste período.

Art. 122. O pedido de cessação de uso deve ser acompanhado, além dos requisitos previstos no [art. 121](#), de cupom leitura X, emitido na data da solicitação, e de cupom leitura da memória fiscal emitido na data da solicitação e referente a todo o período de utilização do equipamento ([Convênio ICMS 85/01](#), cláusula setuagésima quinta).

§ 1º O usuário deve indicar no campo OBSERVAÇÕES do formulário mencionado o motivo determinante da cessação.

[...]”.

Na situação analisada, conforme comprovantes juntados às fls. 44, 45 e 46 dos autos, o contribuinte adotou as providências para a cessação do uso do ECF, mas só o fez após ter sido cientificado da lavratura do auto de infração. A título de esclarecimentos, o auto de infração foi lavrado na data de 06.03.08 e o AR, dando ciência da respectiva autuação, foi recebido em 13.03.08. As providências para a cessação de uso somente foram adotadas nos meses de julho e agosto de 2009.

Sendo assim, a exigência inicial é procedente; contudo, considerando que a penalidade prevista para a infração, na data da ocorrência informada no campo próprio do auto de infração, era de R\$ 218,61, por equipamento, a multa reclamada passa a ser de R\$ 1.311,66, cabendo ainda, em função também da data da ocorrência, a aplicação do § 8º, do art. 71 do CTE.

Com esse entendimento, voto, conhecendo da impugnação, negando-lhe provimento para considerar procedente a exigência de multa formal no valor de R\$ 1.311,66, porém com a aplicação do § 8º, do art. 71 do CTE.

Sala das sessões, em 29 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Falta de entrega de arquivo magnético (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01230/10

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária acessória. Falta de entrega de arquivos magnéticos do SINTEGRA. Procedência parcial. Aplicação da forma privilegiada. Decisão unânime.

I - O contribuinte usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD -, para emissão documento fiscal ou escrituração de livros fiscais, deve entregar à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás - SEFAZ -, até o último dia útil de cada mês, arquivo magnético, com registro fiscal, de todas as operações ou prestações efetuadas no mês anterior (Instrução Normativa nº 630/03-GSF, art. 1º, inc. I);

II - O lançamento de ofício por descumprimento de obrigação acessória consistente na falta de entrega de arquivos magnéticos do SINTEGRA, deve ser declarado parcialmente procedente quando a infração, devidamente comprovada pelo Fisco, tenha sido afastada parcialmente pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração, adequando-se o valor para R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) por arquivo, totalizando a multa formal no valor de R\$ 15.750,00 (quinze mil, setecentos e cinquenta reais), porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Sérgio Reis Crispim e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Reza a acusação fiscal que o sujeito passivo deixou de entregar, à repartição fiscal, arquivos magnéticos com as informações das operações ou prestações realizadas, referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a setembro de 2004. Em consequência, fica sujeito a pena pecuniária no valor de R\$ 17.636,64 (dezesete mil, seiscentos e trinta e seis reais e sessenta e quatro centavos).

Legalmente intimado, o contribuinte autuado ingressa com impugnação a Primeira Instância, de folhas 11/15, alegando, essencialmente, que seu credenciamento, nos termos da Instrução Normativa nº 630/03 - GSF, foi baixado

em 29/09/2004, sem bloqueios ou pendências; que seu contador foi notificado para apresentar o SINTEGRA, não sendo mencionada a sua inscrição; que, após o recebimento da notificação deste lançamento, está providenciando a entrega dos arquivos magnéticos.

O julgador singular, em Sentença nº 6839/08 - COJP, de folhas 30 e 31, decide pela procedência da pretensão inicial do FISCO.

Cientificado da decisão descrita acima, o defendente interpõe Recurso Voluntário, de folhas 41/44, declarando, basicamente, que recebeu a documentação do profissional contábil contratado à época; que tal documentação comprova que sua situação estava regularizada; que não possui conhecimento profissional de tributação e acessórios; que 90%, dos profissionais contábeis encontram dificuldades em entender as regras e manuseio do SINTEGRA. Transcreve o artigo 172 do Código Tributário Nacional. Pede, ao final, a revisão e análise de sua situação.

É o relatório.

DECISÃO

Em uma atenta análise aos presentes autos, observo que a lei que rege a matéria relativa a entrega de arquivos magnéticos, a Instrução Normativa nº 630/03-GSF, estabelece o seguinte:

"Art. 1º O contribuinte a seguir indicado deve entregar, por meio da internet, no endereço www.sefaz.go.gov.br, à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás - SEFAZ -, até o último dia útil de cada mês, arquivo magnético, com registro fiscal, de todas as operações ou prestações efetuadas no mês anterior:

I - usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD -, para emissão de documento fiscal ou escrituração de livro fiscal;

II - usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF -;

III - não usuário de SEPD ou ECF que auferir receita bruta anual superior a R\$36.000,00 (trinta e seis mil reais)."

Consta do sistema SEFAZ que o sujeito passivo foi credenciado na condição de produtor ou extrator em 25/08/99 - cuja validação se estendeu até 30/09/2004 -, e que nos exercícios de 2003 e 2004, deixou de entregar os arquivos do SINTEGRA nos termos definidos por lei.

O próprio sujeito passivo reconhece essa obrigatoriedade, tendo, inclusive, providenciado a entrega dos referidos arquivos à posteriori, conforme atesta o documento de fls. 45.

A penalidade aplicada e sugerida pelo autuante de R\$ 839,84 (oitocentos e trinta e nove reais e oitenta e quatro centavos), prevista no inciso XXII, alínea "a" do art. 71, da Lei nº 11.651/91, por arquivo magnético contendo informação

relacionada à operação ou prestação realizadas, pela falta de entrega ou remessa, sucessiva e cumulativamente, deve ser adequada para o valor de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) por arquivo, totalizando o valor de R\$ 15.750,00 (quinze mil, setecentos e cinquenta reais), pelos condicionantes legais para o período delimitado.

Ademais, considerando que o sujeito passivo entregou os arquivos magnéticos a que está obrigado, ainda que posterior a intimação do auto infração, entendo ser pertinente a aplicação da redução de 50% (cinquenta por cento) no valor da multa, prevista no § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91, pelo fato de que não restou demonstrado, ainda que indiretamente, a falta do pagamento do imposto.

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe parcial provimento, para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente o lançamento no valor de R\$ 15.750,00 (quinze mil, setecentos e cinquenta reais), porém com aplicação da forma privilegiada no § 8º do art. 71 do Código Tributário Estadual.

Sala das sessões, em 18 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Falta de entrega de arquivo magnético (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01327/10

Relator: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Falta de entrega de arquivo magnético do SINTEGRA. Improcedência. Decisão unânime.

Não prospera a imposição de multa por falta de entrega de arquivo magnético, tendo o sujeito passivo cumprido a obrigação acessória antes de intimado do respectivo auto de infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 11 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

Em 21 de agosto de 2008, as autoridades fiscais lavraram o auto de infração, formalizando a exigência de multa formal, pelo fato do contribuinte não ter efetuado a entrega de arquivo magnético, contendo todas as operações referentes aos meses de janeiro a junho de 2008.

Os autores do lançamento asseveram que o contribuinte estará sujeito a nova penalidade, caso não sane a irregularidade no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da ciência desta autuação.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica extrato de Consulta Situação de SINTEGRA (fls. 4), constando os meses de omissão de entrega dos arquivos.

Revel em Primeira Instância, o sujeito passivo comparece ao processo apresentando impugnação em segunda Instância (fls. 13 a 18), na qual pede em preliminar a nulidade do auto de infração, por estar eivado de vícios e não possuir objeto.

Quanto ao mérito, pede a improcedência do lançamento, afirmando ter cumprido espontaneamente a obrigação, porque antes da ciência da presente autuação já havia enviado o arquivo à SEFAZ, conforme extrato do documento Situação dos Arquivos Apresentados (fls. 22 a 23).

Frisa que o cumprimento da obrigação acessória ocorreu no dia 21 de agosto de 2008, tendo recebido o presente auto de infração no dia 12 de setembro do mesmo ano.

Transcreve dispositivo legal e reproduz jurisprudência.

É o relatório.

DECISÃO

A multa lançada no auto de infração, segundo a acusação, decorreu do fato do sujeito passivo ter omitido a entrega de arquivo magnético, contendo todas as operações referentes aos meses de janeiro a junho de 2008.

O sujeito passivo, ao se defender da acusação, trouxe ao processo prova do cumprimento da obrigação acessória, conforme se vê no extrato de consulta Situação dos Arquivos Apresentados (fls. 22)

A entrega dos arquivos magnéticos ocorreu no dia 21 de agosto de 2008, data esta anterior a data de tomada de ciência do auto de infração pelo contribuinte, 12 de setembro do mesmo ano, evidenciada portanto a exclusão da responsabilidade do contribuinte, nos termos do art. 138, parágrafo único, do CTN c/c o art. 166 do CTE, posto que ele cumpriu a obrigação antes de qualquer procedimento administrativo.

Por conseguinte, tendo o contribuinte adimplido a obrigação acessória relatada no auto de infração antes de tomar ciência da respectiva intimação, concluo pela improcedência do lançamento.

Ante o exposto, voto conhecendo da impugnação, dando-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 25 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Falta de entrega de arquivo magnético do SINTEGRA (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02096/10

Relator: Conselheiro Gustavo Alberto Izac Pinto

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária acessória. O sujeito passivo deixou de entregar a repartição fiscal arquivo magnético contendo registro fiscal de todas as operações efetuadas, referente aos meses de julho e outubro de 2005, e abril e junho de 2007. Procedência. Decisão unânime. Aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do CTE.

Quando o sujeito passivo não apresentar provas capazes de elidir a pretensão fiscal, o auto de infração deverá ser julgado procedente.

Porém, se a prática da irregularidade não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto, deverá ser aplicada a forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do Código Tributário Estadual - CTE.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 27 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Gustavo Alberto Izac Pinto, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Neste processo o sujeito passivo é autuado pois deixou de entregar a repartição fiscal arquivo magnético contendo registro fiscal de todas as operações efetuadas, referente aos meses de julho e outubro de 2005, e abril e junho de 2007. Em consequência fica sujeito a multa formal no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), e estará sujeito a nova penalidade se não sanar a irregularidade no prazo máximo de 10 dias.

Os artigos 55, inciso II e 64 da Lei nº 11.651/1991, c/c o art. 1º, §§ 5º e 7º do Anexo X do Decreto 4.852/97 e art. 1º da Instrução Normativa 630/03-GSF, foram citados como infringidos pelo sujeito passivo, o que lhe acarretou a penalidade prevista no art. 71, inciso XXII, alínea "a", do Código Tributário Estadual.

Intimado a se manifestar nos autos com impugnação em Primeira Instância, o sujeito passivo apresenta seus argumentos a fim de requerer o cancelamento do auto de infração (fls. 11/12).

Tais razões não foram suficientes para que o julgador a quo rechaçasse a pretensão inicial do fisco, decidindo, então, pela procedência do lançamento (fls. 30 a 32).

Inconformado, o polo passivo continua a requerer o cancelamento da autuação; reitera que o arquivo magnético de Julho/05 não foi apresentado pois a época ainda não estava enquadrada no sistema eletrônico de processamento de dados; que o arquivo magnético de outubro/05, foi transmitido com data posterior; que o arquivo magnético de abril/07, foi apresentado e recepcionado pela SEFAZ em 14/05/07, mas houve falha por parte do Sistema Eletrônico da SEFAZ, no seu carimbo validador, constando como data de entrega a data 02/02/1998; e que o arquivo magnético de junho/07, foi entregue corretamente em 12/07/07 (fls. 36/37).

A Primeira Câmara julgadora resolveu, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência ao Setor de Automação Fiscal da GEAF, para que seu titular preste os esclarecimentos necessários face as argumentações do polo passivo (fl. 50).

Através do Despacho nº 1251/2009, o Coordenador do SINTEGRA atende ao solicitado pela Câmara Julgadora e afirma, entre outras, que "o auto de infração em questão foi emitido em 10/12/2007, portanto, cinco meses após o vencimento do prazo para a entrega da informação, tempo mais que suficiente para a verificação da não aceitação ou não recepção do arquivo enviado, principalmente porque, o 'Comprovante de Regularidade da Entrega de Arquivo Magnético' é um documento que consolida todas as entregas de um mesmo contribuinte" (fls. 51/52).

É o relatório.

DECISÃO

Em uma detida análise de todo o processo, torna-se necessário, primeiramente, como feito na decisão monocrática, transcrever a legislação que tratava da obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos à época em que os mesmos deveriam ter sido entregues. Sendo assim, vejamos:

ANEXO X DO DECRETO Nº 4.852/97 - RCTE

"Art.5

[...]

§ 6º O contribuinte deve fornecer, nas situações estabelecidas neste anexo, arquivo magnético contendo as informações previstas neste artigo, atendendo às especificações técnicas descritas no Manual de Orientação vigentes na data de entrega do arquivo (Convênio ICMS 57/95, cláusula quinta, § 5º).

NOTA: *Redação com vigência de 01.08.00 à 31.12.07.*

[...]

Art. 7º O contribuinte usuário de sistema eletrônico estabelecido neste Estado e o contribuinte usuário do sistema para emissão de documentos fiscais estabelecido em outra unidade federada, devem remeter à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, até o dia 15 (quinze) de cada mês, arquivo magnético, com registro fiscal, das operações efetuadas no mês anterior (Convênio ICMS 57/95, cláusula oitava).

[...]

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 630/03 - GSF

"Art. 1º O contribuinte a seguir indicado deve entregar, por meio da *internet*, no endereço www.sefaz.go.gov.br, à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás - SEFAZ -, até o último dia útil de cada mês, arquivo magnético, com registro fiscal, de todas as operações ou prestações efetuadas no mês anterior:

I - usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD -, para emissão de documento fiscal ou escrituração de livro fiscal;

II - usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF - cujo equipamento tenha condições de gerar arquivo magnético, por si ou quando conectado a outro computador ou interligado a outro equipamento que utilize ou tenha condição de utilizar arquivo magnético ou equivalente."

Ora, em uma simples leitura dos dispositivos legais acima transcritos, nota-se que o sujeito passivo estava obrigado à entrega de arquivo magnético a partir do mês de julho de 2005, face à autorização para uso de ECF interligado, a partir de 21/07/2005.

Da análise do extrato de Comprovante da Regularidade de Entrega de Arquivo Magnético, de folha 05, observo que o sujeito passivo fez a entrega dos arquivos magnéticos dos meses de julho e outubro de 2005, entretanto, após o início do procedimento fiscal, ficando omissos quanto aos arquivos magnéticos dos meses de abril e junho de 2007.

O sujeito passivo, em nenhum momento, junta aos autos, provas capazes de elidir a pretensão fiscal em questão.

Assim, o presente auto de infração deverá ser julgado procedente. Porém, há de ser observada, também, a aplicação da forma privilegiada prevista no artigo 71, § 8º da Lei nº 11.651/91, uma vez que a prática da descrita irregularidade não resultou, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto.

Senão, vejamos:

"Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

§ 8º Quando da prática das irregularidades descritas nos incisos V ao XII deste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.”

Ante todo o exposto, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular, a qual considerou procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do Código Tributário Estadual.

Sala das sessões, em 21 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Falta de estorno de crédito de ICMS (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01180/10

Redator do Voto: Conselheiro Itamar Alves Carrijo

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Falta de estorno de crédito de ICMS, referente às aquisições de insumos cujos produtos resultantes foram beneficiados com isenção. Procedência. Decisão não unânime.

"A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária (art. 9º, § 3º da Lei nº 11.651/91)".

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 26 de fevereiro de 2009, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Eponina Auxiliadora Costa Ferreira, Itamar Alves Carrijo, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva e José Manoel Caixeta Haun. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, José Umbelino dos Santos e Walter de Oliveira, E, por maioria de votos, acatar a propositura do Conselheiro Domingos Caruso Neto de constar em ata e acórdão que o crédito tributário encontra-se com a exigibilidade suspensa, em virtude da liminar concedida na ADIN nº 310-1/90. Foram vencedores os Conselheiros Eponina Auxiliadora Costa Ferreira, Itamar Alves Carrijo, Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva e José Manoel Caixeta Haun. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, José Pereira D'abadia, Edson Abrão da Silva, José Umbelino dos Santos e Walter de Oliveira.

RELATÓRIO

O histórico do presente auto de infração descreve que o sujeito passivo deixou de efetuar estorno de créditos, na importância de R\$ 82.720,65 (oitenta e dois mil, setecentos e vinte reais e sessenta e cinco centavos), no período de janeiro/2005 a abril/2006, relativos a aquisição de insumos cujos produtos foram beneficiados com isenção, uma vez que destinados a Zona Franca de Manaus. Em consequência, deverá pagar a multa formal de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito não estornado, de acordo com demonstrativos e documentos anexos.

Anexados aos autos: a) fotocópia da Ordem de Serviço n.º 0242/2006 (fl. 04); b) Termo de Esclarecimento (fls. 05 e 06); c) Relação de Notas Fiscais remetidas à Zona Franca de Manaus (fls. 07 e 08); d) Saídas Totais por CFOP (fl. 09); e) cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, relativas ao Resumo de Apuração do Imposto (fls. 10 a 21); f) Declaração Periódica de Informações - DPI (fls. 22 a 25); g) Resumo CFOP Geral tipos 50x60x61x70 (fls. 26 a 29).

O presente processo foi julgado procedente em Primeira Instância, de acordo com a Sentença de n.º 53/07 - COJP (fls. 162 a 164).

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de sobrestamento do julgamento, em razão de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 310-1/90. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Delcídes de Souza Fonseca e Arnaldo Machado. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes e Delcídes de Souza Fonseca. Vencido o Conselheiro Arnaldo Machado que votou pela improcedência do lançamento.

Nas razões de recurso para o Conselho Pleno, a atuada argumenta que "não procede a decisão ora recorrida, haja vista que o direito à manutenção em questão decorre da Constituição Federal legislações por ela recepcionadas - normas hierarquicamente superiores ao RCTE e RICMS/GO".

Acrescentando que a regra isentiva do ICMS foi estabelecida pelo Convênio n.º 65/88 e que o Convênio n.º 06/90 revogou a Cláusula Terceira do Convênio n.º 65/88.

"Com a entrada em vigor do Convênio n.º 06/90, passaria a prevalecer a regra de que os contribuintes que promovessem vendas de mercadoria para a Zona Franca de Manaus, sob o benefício da isenção ou não incidência, deveriam, ao final de cada período de apuração do imposto, efetuar o estorno proporcional aos créditos fiscais decorrentes das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem."

E que, "diante desse quadro, o Governo do Estado do Amazonas ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 310 junto ao Supremo Tribunal Federal, pelo qual pleiteou a declaração de Inconstitucionalidade do Convênio n.º 06/90 (Doc. 03 apresentado na Impugnação), bem como a concessão de Medida Cautelar, haja vista que qualquer alteração ao Convênio n.º 65/88 que prejudique o contribuinte fere o art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".

Alegando que "em virtude da suspensão do Convênio n.º 06/90, resta evidente o direito à manutenção e à utilização dos créditos fiscais do ICMS decorrentes das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagens para emprego no processo produtivo de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus".

Acrescentando que "ainda que não estivesse em vigor a cláusula terceira do Convênio n.º 65/1988, cumpre ressaltar que a simples equiparação das saídas destinadas à Zona Franca de Manaus a exportação já seria suficiente para assegurar a manutenção dos créditos em questão".

E que "a Emenda Constitucional n.º 42 assegurou constitucionalmente a garantia da manutenção dos créditos do ICMS nas exportações através da nova redação dada ao art. 155, § 2º, inciso X, alínea "a" da Carta Magna".

Concluindo que "em face da determinação do Decreto-Lei n.º 288/67, devem ser equiparadas, para todos os efeitos legais, as saídas de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus à exportação, restando assegurado o direito de não estornar os créditos do ICMS relativos às operações anteriores".

Solicita, assim, a reforma da decisão cameral ou o sobrestamento do julgamento do presente processo até que a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 310-1/90 seja julgada em definitivo pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

DECISÃO

O lançamento do crédito tributário está, sob o aspecto formal, respaldado pela legislação tributária estadual, reguladora da matéria, identificado e cientificado corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, aplicada a norma legal vigente no período fiscalizado, descrita com clareza a infração fiscal praticada, proposta a penalidade cabível e assegurado à recorrente, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, face ao princípio jurídico do contraditório, que assegura às partes litigantes amplo direito de defesa.

Objetivando maior clareza, passo à transcrição dos artigos 60, 61 e 64, do Código Tributário Estadual, Lei nº 11.651/91.

"Art. 60. Não implicará crédito, para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

(...)

II - salvo se a operação de saída subsequente destinar mercadoria ao exterior, a entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

a) para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

(...)

Art. 61. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado, a mercadoria ou bem entrados no estabelecimento, quando:

I - imprevisível a ocorrência das circunstâncias seguintes, na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço que:

(...)

b) for integrada ou consumida em processo de produção ou industrialização, quando a saída da mercadoria resultante for isenta ou não-tributada;

(...)

§ 3º - O disposto neste artigo também se aplica à operação ou prestação subsequente contemplada com redução de base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional a essa **redução**.

Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária”.

Ademais, sobre o estorno de crédito, estabelece o art. 58 do Regulamento do Código Tributário Estadual – Decreto nº 4.852/97 que:

“Art. 58. O sujeito passivo deve efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado, a mercadoria ou bem que entraram no estabelecimento, quando (Lei nº 11.651/91, [art. 61](#)):

I - sendo imprevisível a ocorrência das circunstâncias seguintes, na data da entrada da mercadoria ou bem, ou da utilização do serviço, forem:

a) objeto de saída ou prestação de serviço correspondente isenta ou não tributada;

b) objeto de saída ou prestação de serviço correspondente contemplada com redução de base de cálculo, hipótese em que o estorno é proporcional a essa redução;

(...).”

O contribuinte não está obrigado a estornar o crédito somente quando lhe for concedido o benefício fiscal da manutenção do crédito previsto no inciso IV, do art. 41, da Lei nº 11.651/91, cuja concessão é feita nos moldes previstos no Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97.

Estabelecem os artigos 40, 41 e 42 do Decreto nº 4.852/97 que:

“Art. 40. Os benefícios fiscais, com base no ICMS, são exclusivamente os previstos nesta Seção e são concedidos ou revogados mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição da República.

Parágrafo único. A deliberação a que se refere este artigo será objeto de ratificação pelo Chefe do Poder Executivo observado o disposto em lei complementar federal e no art. 11, inciso IX, da Constituição Estadual.

Art. 41. São os benefícios fiscais:

(...)

IV - a manutenção de crédito;

(...)

Art. 42. Para os efeitos da legislação tributária, equipara-se a benefício fiscal e sujeita-se às exigências para este requeridas, a concessão, sob qualquer forma, condição ou denominação, de quaisquer outros incentivos, benefícios ou favores, dos quais resulte, direta ou indiretamente, dilação do prazo para pagamento do ICMS ou exoneração, dispensa, redução, eliminação, total ou parcial, do ônus do imposto devido na respectiva operação ou prestação, mesmo que o cumprimento da obrigação vincule-se à realização de operação ou prestação posterior ou, ainda, a qualquer outro evento futuro

Parágrafo único. O disposto neste artigo não alcança os casos de anistia ou remissão do crédito tributário, que serão concedidos através de lei específica."

O art. 2º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97 estabelece que:

"Art. 2º O benefício fiscal da manutenção do crédito quando concedido deve constar do mesmo dispositivo do regulamento que dispuser sobre a não-incidência, isenção ou redução da base de cálculo.

Parágrafo único. Ocorrendo operação ou prestação com não-incidência, isenção ou redução da base de cálculo e havendo a manutenção do crédito, essa alcança todos os créditos regularmente apropriados, exceto os correspondentes ao ativo imobilizado e ao material de uso e consumo, para os quais devem ser observadas regras específicas previstas na legislação tributária."

Portanto, observa-se que no presente caso específico do auto de infração, o art. 60 do Código Tributário Estadual, acima transcrito, não faz nenhuma referência ao benefício fiscal da manutenção do crédito, logo os créditos relativos à aquisição de insumos cujos produtos resultantes foram beneficiados com isenção devem ser estornados.

Vejamos um exemplo de benefício fiscal concedido com a manutenção do crédito, situação que desobriga o contribuinte de promover ao estorno do crédito relativo às entradas:

"Art. 6º. São isentos do ICMS:

(...)

VIII - a saída de mercadoria e a respectiva prestação de serviço de transporte, realizadas em decorrência de doação a entidade governamental ou a entidade assistencial reconhecida como de utilidade pública e que atenda aos requisitos previstos no art. 14 do Código Tributário Nacional, para assistência a vítima de calamidade pública, esta declarada por ato da autoridade competente, ficando mantido o crédito (Convênio ICM 26/75);"

Quanto à solicitação do pedido de sobrestamento do julgamento, em razão de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 310-1/90, feita pelo sujeito passivo eu não a acolho pelo fato de a mesma ter sido rejeitada por unanimidade dos Conselheiros, quando do julgamento cameral.

Entretanto, quanto à propositura do Conselheiro Domingos Caruso Neto de constar em ata e acórdão que o crédito tributário encontra-se com a exigibilidade suspensa, em virtude da liminar concedida na ADIN nº 310-1/90, eu a acato em função das provas anexadas aos autos.

Com estas fundamentações, voto conhecendo do recurso voluntário para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Voto, também, acatando a propositura do Conselheiro Domingos Caruso Neto de constar em ata e acórdão que o crédito tributário encontra-se com a exigibilidade suspensa, em virtude da liminar concedida na ADIN nº 310-1/90.

VOTO VENCIDO

A elaboração do presente voto vencido visa a exposição das minhas conclusões divergentes sobre a exigência da multa formal de 40% (quarenta por cento), calculada sobre o valor do crédito existente no período de janeiro de 2005 a 30/04/2006.

Informa o auto de infração que o contribuinte deixou de estornar o crédito no período de janeiro/2005 a abril/2006, referente à aquisição de insumos, cujos produtos resultantes foram beneficiados com dispensa do recolhimento do imposto porque foram remetidos à Zona Franca de Manaus, embora houvesse saldo credor superior a favor do contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS. Essa condição não evitou a reparação da falta com o estorno proporcional ao crédito das mercadorias destinadas à mencionada Zona considerada para efeito de não incidência do ICMS com os agravos das cominações legais prescritas na peça vestibular.

Do exame da formalização dos autos, observei que o sujeito passivo agiu de acordo com a determinação do artigo 62, inciso I do CTE, cuja redação transcrevo:

“Art. 62. Não se exigirá a anulação do crédito do imposto relativamente:

I – a mercadorias e serviços que venham a ser objeto de operações ou prestações destinadas ao exterior.”

A determinação da não anulação do crédito do imposto nas operações comerciais de mercadoria e de prestação de serviço destinadas ao exterior e ou à Zona Franca de Manaus, prescrita no parágrafo anterior e editada pelo artigo 5º da Lei nº 12.972/96, cuja letra da lei transcrevo:

“Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, data em que se considera reinstituído o ICMS incidente sobre as prestações de serviços de

transporte aéreo intermunicipal e interestadual, produzindo seus efeitos, porém, a partir de:

I - 16 de setembro de 1996, quanto:

a) à não-incidência sobre as operações e prestações de exportação;

b) ao direito aos créditos relativos, que não serão objeto de estorno, às entradas de mercadorias para integração ou consumo -insumos no processo de fabricação de produtos industrializados, inclusive semi-elaborados, destinados ao exterior;

II - 1º de janeiro de 1997, nos demais casos, ressalvado o disposto no artigo 3º.”

A legislação tributária, em vigor, preservou o direito dos contribuintes aos créditos relativos às entradas de mercadorias identificada como insumos a serem utilizados no processo de fabricação de produtos industrializados, inclusive os semi-elaborados, quando forem destinados ao exterior, ao prescreverem que eles não serão objeto de estorno.

Com isso, concluí que a própria legislação fiscal admite a manutenção do crédito aos contribuintes que adquirem insumos e os empreguem no processo de industrialização, cujos produtos finais são destinados ao exterior.

Como o autuado não opera somente com o comércio exterior, a fiscalização apurou a proporcionalidade entre os valores das mercadorias remetidas a Zona Franca de Manaus com as comercializadas no mercado interno e apurou o coeficiente dos valores das mercadorias vendidas com não incidência do imposto. Em seguida, somou os créditos auferidos no período examinado, sobre o total aplicou o coeficiente encontrado e apurou o valor da base de cálculo para aplicação do percentual de 40% (quarenta por cento) correspondente à multa formal exigida na peça de sustentação da presente exigência tributária.

Entretanto, em nenhum momento a fiscalização considerou a norma do artigo transcrito no parágrafo volvido, condição que imperaria o procedimento do autuado, o qual se fez de acordo com o ensinamento do artigo 62, inciso I do Código Tributário Estadual, incluso nas linha passadas.

Quanto ao fato de ser voto vencido na “propositura do Conselheiro Domingos Caruso Neto de constar em ata e acórdão que o crédito tributário encontra-se com a sua exigibilidade suspensa, em virtude da liminar concedida na ADIN nº 310-1/90”, vejo não ter relevância ao caso, pois a sentença concessiva da liminar não impede que o processo seja inscrito em Dívida Ativa, caso o contribuinte não liquide o crédito de direito da Fazenda Pública Estadual e ou o lançamento tributário comporte recurso para a instância administrativa seguinte.

Com este raciocínio, entendo que a exigência da multa formal proposta na autuação não deve prevalecer, motivo pelo qual, ao votar a presente questão, o faço para conhecer da tese do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reforma a decisão singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 13 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Nota fiscal com prazo de validade vencido (improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00002/10

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Transporte de mercadoria acompanhada de documento fiscal com prazo de validade expirado. Improcedência. Decisão unânime.

Não prospera a exigência fiscal relativa a infração não confirmada no processo.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25 de novembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A presente autuação decorreu do fato do contribuinte epigrafado efetuar o transporte de mercadorias acompanhadas de documento fiscal com prazo de validade expirado, sendo-lhe exigida a multa no valor de R\$ 3.497,20 (três mil quatrocentos e noventa e sete reais e vinte centavos), equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação.

A ação fiscal foi realizada no Posto Fiscal Rio do Sal, situado na BR-08, no município de Padre Bernardo (GO), tendo sido anexados à peça básica a 1ª via do Termo de Apreensão nº 1100057863-3 (fls. 6), cópia da Nota Fiscal nº 982650 (fls. 8 a 9) e cópias da CNH do motorista e do certificado de registro e licenciamento do veículo de transporte (fls. 10).

O sujeito passivo comparece ao processo apresentando impugnação em Primeira Instância (fls. 15 a 19), na qual pede a improcedência do lançamento, afirmando ter agido de acordo com o artigo 152 do Decreto 4.852/2007 e artigo 2º, § 5º, do Ato Normativo 138/90 – GSF, transcritos no corpo da defesa, tendo em vista que a referida nota fiscal acobertava uma operação interestadual entre contribuintes paulista e goiano e não uma operação interna do Estado de Goiás, tendo a emissão do documento e a saída da mercadoria ocorrida na data de 08/02/2008.

A julgadora singular, após ler, conferir e analisar os autos, decide pela procedência do lançamento, consoante a Sentença nº 1288/09-COJP (fls. 43 a 45).

Inconformada com a decisão singular, a autuada apresenta recurso voluntário (fls. 49 a 55), no qual formula pedido e argumentos idênticos aos formulados na impugnação (fls. 15 a 19), expostos em linhas anteriores.

É o relatório.

DECISÃO

Dirigindo-me ao mérito do processo, inicialmente, por pertinência e para melhor clareza da minha decisão, transcrevo as regras constantes do art. 152 do Decreto n° 4.852/97 (RCTE) e do art. 2°, I, do Ato Normativo n 138/90-GSF:

“Art. 152. O prazo de validade de nota fiscal emitida por [contribuinte](#) de outra unidade federada inicia-se no momento da entrada da mercadoria em território goiano, comprovada esta pelo visto apostado pelo posto fiscal de divisa interestadual, no documento fiscal, e é idêntico àquele previsto para a distância a ser percorrida pelo veículo transportador até atingir o estabelecimento destinatário da mercadoria ou o local da divisa interestadual, quando em trânsito por este Estado.”

“Art. 2° O prazo de validade de documentos fiscais relativos a mercadorias em trânsito conta-se da data da respectiva saída da mercadoria do estabelecimento emitente e remetente e será:

I - tratando-se de nota fiscal destinada a documentar a operação ou a acobertar o trânsito de mercadorias saídas de estabelecimentos comerciais ou industriais:

a) somente no dia da saída, se o remetente e o destinatário da mercadoria estiverem localizados no mesmo município, ou distantes um do outro em até 100 (cem) quilômetros;

b) até o dia seguinte ao da data da saída, se o remetente e o destinatário da mercadoria estiverem distantes um do outro por mais de 100 (cem) e até 250 (duzentos e cinquenta) quilômetros;

c) até o 3° (terceiro) dia seguinte ao da data da saída, se o remetente e o destinatário da mercadoria estiverem distantes um do outro por mais de 250 (duzentos e cinquenta) quilômetros;

[...]”

Examinando o processo, podemos observar que a Nota Fiscal n° 982650 acobertou a venda de mercadoria de contribuinte estabelecido no município de Votorantim (SP) para contribuinte estabelecido no município de Minaçu (GO).

A mercadoria com a respectiva nota fiscal entraram no Estado de Goiás na data de 14/2/08, conforme carimbo da fiscalização nela apostado (fls. 9), saindo na mesma data.

Nos termos dos dispositivos legais reproduzidos em linhas anteriores, o prazo de validade da nota fiscal expiraria às 24 h. do dia 14/2/08.

O Termo de Apreensão nº 1100057863-3 (fls. 6) foi lavrado às 11 h. do dia 14/2/08, quando o transportador tinha o prazo até as 24 do mesmo dia para chegar ao destino com o documento válido.

Portanto, a questionada nota fiscal estava dentro do prazo de validade, nos termos dos dispositivos legais reproduzidos em linhas anteriores, impondo a conclusão de improcedência do presente lançamento.

Ante o exposto, voto conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 19 de janeiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão de registro no livro próprio de nota fiscal de entrada (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00094/10

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - NULIDADES: Preliminar de nulidade da sentença singular; Preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração. Ambas arguidas pela atuada. Rejeitadas por unanimidade.

1. A sentença monocrática, exarada consoante determina o artigo 38, da Lei 16.469/09, cuja decisão contempla os fundamentos de fato e de direito, não comporta a arguição de nulidade, razão pela qual deve ser mantida;

2. Não é passível de nulidade o lançamento que contenha os elementos indispensáveis para determinar com segurança a infração denunciada e identificar corretamente o infrator. (artigo 20, § 3.º, da Lei 16.469/09.

II - ICMS - Obrigação tributária acessória. Omissão de registro de Notas Fiscais de aquisição de mercadorias. Procedência parcial. Decisão unânime.

1. A entrada de mercadoria, a qualquer título, no estabelecimento de contribuinte do ICMS, deve ser registrada no livro fiscal próprio, conforme previsto no Regulamento do Código Tributário Estadual;

2. Comprovada a omissão do registro de documento fiscal relativo a aquisição de mercadorias ou utilização de serviços, é correta a imposição de penalidade de caráter formal pelo descumprimento dessa obrigação acessória .

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20 de agosto de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença singular, arguida pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Também por votação unânime, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, arguida pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração no valor de multa formal de R\$ 33.392,89 (trinta e três mil, trezentos e noventa e dois reais e oitenta e nove

centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 17 de junho de 2008, o Fisco impõe ao sujeito passivo acima identificado, multa formal no valor original de R\$ 141.792,91 (cento e quarenta e um mil, setecentos e noventa e dois reais e noventa e um centavos), nos termos da legislação tributária, por deixar de registrar no livro próprio as Notas Fiscais de aquisição de mercadorias, cujas cópias foram anexadas ao processo, emitidas nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2.006, conforme relação de fls. 07.

Foi indicada a infração ao artigo 64 da Lei 11.651/91, c/c 308 do RCTE, propondo, outrossim, a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea “c”, da Lei 11.651/91, com redação da Lei 13.446/99.

A ação fiscal, realizada de forma escorreita, foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica os documentos de fls. 07/45, a saber: Demonstrativo de Notas Fiscais de Entrada não registradas; cópias das Notas Fiscais; cópias das páginas do livro Registro de Entradas; e, cópia da Ordem de Serviço.

Com as anuências previstas em lei, estabeleceu-se o contraditório e a ampla defesa com a notificação da autuada, que, devidamente representada por advogados, apresenta Impugnação à Primeira Instância, defensorio de fls. 49/58, na qual argumenta que, ao contrário do que foi constatado pelo agente público, cumpriu parte de seu dever instrumental, eis que houve o devido registro das Notas Fiscais de números 34.625, 34.651, 34.649, 34.685, 34.677, 34.649, 34.701, 34.750, 25.289, 34.819, 34.815, 34.843, 34.851, 34.849, 34.845, 23.352, e 25.442, constantes na relação do auto de infração. Apresenta demonstrativo indicando as páginas do livro Registro de Entradas, nas quais encontram-se registradas as Notas Fiscais. Diz: *“A impugnante cumpriu em parte seu dever instrumental de registro de notas fiscais no livro de registro de entradas e foi surpreendida pela auto ora impugnado. E até pode ser, mas cumprindo-a quase que na totalidade, como demonstrado alhures, há violação ao princípio da segurança jurídica.”* Continua: *“[...] não praticou ato lesivo eis que não deixou de escriturar, pelo menos em parte, no livro de registro, objeto da presente contenda e muito menos lesionou ao erário público, ou à arrecadação fiscal, e isso deve ser reconhecido pela Fazenda Estadual.”*

Argui, assim, a nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, caracterizada pela ausência da comprovação do alegado no documento basilar.

Em relação ao mérito, após tergiversar a respeito dos princípios da legalidade, da verdade material, e da eficiência administrativa, assevera que a fiscalização não poderia proceder ao lançamento fiscal ignorando o devido

cumprimento legal por parte da impugnante. Pugna pela improcedência do lançamento, ou, ao menos em parte ao que fora devidamente cumprido. Junta cópias das páginas do livro Registro de Entrada, nas quais encontram-se registradas as Notas Fiscais acima destacadas.

No julgamento singular, após a apreciação dos argumentos ofertados pela autuada, e considerando que a acusação não foi refutada de forma eficaz pela defesa, o julgador, após considerar que as Notas Fiscais mencionadas na impugnação encontram-se registradas, as exclui do lançamento, mantendo a pretensão do Fisco em relação ao montante de R\$ 33.392,89 (trinta e três mil, trezentos e noventa e dois reais e oitenta e nove centavos), conforme Sentença 6.245/08 – COJP, de fls. 76/78.

A Representação Fazendária, por intermédio do Despacho n.º 2.890/2008, concorda com a decisão singular.

Discordando da decisão monocárpic, que considerou parcialmente procedente o auto de infração, a autuada, por seus advogados, interpõe Recurso Voluntário, defensorio de fls. 82/93, evocando os mesmos argumentos expendidos na sua peça impugnatória, inclusive quanto à nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração. Diz: *“O contribuinte não pode ser penalizado pela incerteza do trabalho fiscal, o que torna indubitoso que a incúria na apuração resulta na anulação do ato administrativo, o qual fica sem fundamentação imprescindível a lhe dar sustentáculo.”*

Alega, outrossim, que a sentença é irrita, em razão da falta de embasamento da decisão proferida, pela ausência de comprovação da materialidade da infração. Assevera não estar comprovado documentalmente qualquer ato lesivo à arrecadação estadual.

Destaca, outrossim, artigos doutrinários e jurisprudência para requerer a improcedência do lançamento. Questiona a multa aplicada.

Este é o relatório.

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

Em proêmio, mister analisar as nulidades suscitadas pela recorrente, a saber: (i) nulidade da sentença singular; (ii) nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração.

Rejeito ambas.

A sentença objurgada foi prolatada nos precisos contornos estabelecidos pelo artigo 38, da Lei 16.469/09, que estabelece:

“Art. 38. A sentença e o acórdão, redigidos com simplicidade e clareza, conterão:

I – a referência ao número do processo e ao nome do sujeito passivo;

II – relatório com o histórico e fundamento do lançamento e as razões das impugnações, recursos e contraditas;

III – a decisão com os fundamentos de fato e de direito.

[...]"

Vejo que o julgador singular manifestou-se a respeito de toda a matéria contida nos autos, analisando todos os argumentos expendidos pelo sujeito passivo, e sobre os mesmos se posicionou. Não há, portanto, nenhuma falha no julgamento em questão capaz de tornar irrita a decisão nele contida.

Em relação à nulidade por insegurança na determinação da infração, não vislumbro a sua ocorrência. A alegação é quanto à violação dos princípios da razoabilidade, segurança jurídica, revisibilidade do ato administrativo, da legalidade e da eficiência administrativa, em decorrência da ausência de comprovação da materialidade da infração relacionada no auto de infração e nos documentos que lhe dão embasamento, em virtude de alegado registro de parte das Notas Fiscais, e, ainda, com o argumento de que em relação às demais Notas Fiscais as mesmas estavam de posse do agente do fisco desde o início dos trabalhos fiscais.

Por ter o mesmo entendimento do julgador singular, transcrevo para fazer parte deste acórdão sua manifestação: *“De início, afastado a possibilidade de ocorrência de nulidade processual por insegurança na determinação da infração face ao registro de parte das notas fiscais conforme alegado pelo impugnante. De fato, os citados princípios não se aplicam à hipótese aventada pelo mesmo, uma vez que, por encontrarem-se registradas parte das notas fiscais, não há que se falar em nulidade processual frente às demais notas fiscais não registradas, mormente quando do processo constam elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator.”*

Relativamente aos questionamentos incidentes sobre a multa aplicada, ressalto não ser da competência deste Conselho qualquer apreciação relacionada com a arguição de ilegalidade ou mesmo inconstitucionalidade de norma tributária. O parágrafo 4.º, do artigo 6.º, da Lei 16.469/09, que estabelece a competência do Conselho Administrativo Tributário, enuncia: *“Não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.”* Assim, questões tais devem ser encaminhadas ao Poder Judiciário.

QUESTÃO MERITÓRIA

Relativamente à matéria tratada neste processo mister transcrevermos, para fins de sustentação da decisão a ser prolatada, os artigos que normatizam a questão, a saber: o artigo 64, da Lei 11.651/91; o artigo 88, parágrafo 1.º, e o artigo 308 do Decreto 4.852/97.

Assim:

“Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

[...]

§ 2.º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais.”

“Art. 88. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei n.º 11.651/91, art. 64).

§ 1.º O contribuinte do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária, relacionada com o ICMS, são obrigados a (Lei n.º 11.651/91, art. 64, § 2.º)

[...]

III – manter e escriturar livro fiscal;

[...]”

“Art. 308. O livro Registro de Entradas destina-se à escrituração da (Convênio SINIEF SN/70, art. 70):

I – entrada, a qualquer título, de mercadoria no estabelecimento;

II – utilização de serviço pelo estabelecimento.

§ 1.º. deve ser também escriturado:

I – o documento fiscal relativo à aquisição de mercadoria:

a) que não transitar pelo estabelecimento adquirente, ainda que por meio de título que a represente;

b) para o ativo imobilizado, cuja escrituração deve ser feita de forma individualizada;

c) para uso ou consumo, cuja escrituração pode ser feita de forma englobada, para cada período de apuração pelo contribuinte não usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, ressalvada a hipótese do imposto relativo ao diferencial de alíquotas;

nota: conferida nova redação à alínea “c” do inciso I do § 1.º do art. 308, pelo art. 2.º do Decreto n.º 5.982, de 30.07.04 – vigência 01.01.05.

[...]

§ 2.º. a escrituração do crédito relativo ao ativo imobilizado deve ser repetida no livro Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.”

Quanto ao mérito, na busca da verdade material, objetivo primeiro desta Casa Julgadora, analisei as peças processuais que compõem esta lide e verifiquei que o feito teve seu andamento pautado pelos rituais próprios estabelecidos pelo Código Tributário, estando pois, perfeitamente instruído com provas documentais que auxiliam no posicionamento que norteará o meu entendimento, na forma que se segue:

Ao meu ver, entendo, com arrimo nos dispositivos legais retro transcritos, que o sujeito passivo efetivamente incorreu em infração à legislação que norteia a matéria tratada no processo, haja vista que não provou o seu cumprimento integral, qual seja: o registro de todos os documentos fiscais nos livros fiscais competentes.

As provas juntadas aos autos, relacionadas com as Notas Fiscais indicadas pelo sujeito passivo, foram apreciada pelo julgador singular, que as considerou válidas, razão pela qual excluiu referidas Notas Fiscais do levantamento original. Materialmente, nada mais foi trazido ao processo.

É inquestionável que todas as Notas Fiscais foram destinadas para o estabelecimento da autuada, e referem-se à aquisição de mercadorias – tecidos, vinculadas à atividade comercial do sujeito passivo. Não se questiona, em momento algum, quanto à veracidade das informações contidas nas referidas Notas Fiscais.

Diante do exposto, em consenso unânime com meus pares, voto, para rejeitar as preliminares de nulidade da sentença singular, e, de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação. No mérito, corretamente tipificada a infração ensejadora do lançamento, voto, em unanimidade com meus pares, para conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para manter a decisão singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração, no valor da multa formal de R\$ 33.392,89 (trinta e três mil, trezentos e noventa e dois reais e oitenta e nove centavos), conforme sentença de fls. 76/78.

Sala das sessões plenárias, em 26 de janeiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão de registro no livro próprio de nota fiscal de entrada (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02158/10

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Omissão de registro de nota fiscal de aquisição de mercadorias. Procedência com aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91. Decisão não unânime.

1. A entrada de mercadoria, a qualquer título, no estabelecimento de contribuinte do ICMS, deve ser registrada no livro Registro de Entradas, inclusive aquelas destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo do estabelecimento (RCTE, art. 308, inciso I e § 1º);

2. Estando comprovada nos autos a falta de registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias no livro registro de entrada, deve ser declarada a procedência do lançamento;

3. Quando da prática da infração não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor previsto para a infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 08 de junho de 2010, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Itamar Alves Carrijo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e Heli José da Silva. Vencidos os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia, Paulo Diniz, Edson Abrão da Silva, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso interposto pela Fazenda Pública ao Conselho Pleno, objetivando a reforma de acórdão cameral que, por maioria de votos, reformou a sentença singular e considerou improcedente o lançamento relativo a exigência de multa formal correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do valor das notas fiscais de fls. 03 a 31, não registradas no livro Registro de Entrada.

Na impugnação de fls. 71, a empresa atuada afirmou que na qualidade empresa de construção civil, não pratica operação de circulação de mercadoria, portanto, não estava obrigada a promover a escrituração de livros fiscais.

Por meio da Sentença nº 7.053/2007, de fls. 95 a 97, o julgador singular considerou procedente o lançamento.

Inconformada, a empresa atuada interpôs o recurso voluntário de fls. 101, reafirmando que não é contribuinte do ICMS, portanto, não está sujeita ao cumprimento de obrigações acessórias impostas pela legislação tributária estadual.

Por meio do Acórdão nº 1.889/2008, de fls. 123 a 125 a Terceira Câmara Julgadora, por maioria de votos, considerou improcedente o lançamento afirmando que o § 2º, do art. 30 do Anexo XIII, dispensa a empresa atuada da escrituração de livros fiscais.

No Recurso ao Conselho Pleno nº 153/2008, de fls. 127 e 128, a Representação Fazendária afirma que a empresa atuada além de manter livros fiscais, também está autorizada a emitir notas fiscais mod. 1, portanto, é considerada contribuinte do imposto, estando, em consequência, sujeita ao registro das notas fiscais de aquisição de mercadorias.

Pede a reforma do acórdão cameral.

É o relatório.

DECISÃO

Cumpre ressaltar, inicialmente, que a legislação tributária estadual assevera que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 11.651/91, art. 64).

Entre as prestações positivas encontra-se a obrigação de manter e escriturar livros fiscais, entre eles, o livro Registro de Entradas, estabelecidas no Decreto nº 4.852/97 (RCTE). Vejamos:

“Art. 88. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária ([Lei nº 11.651/91](#), [art. 64](#)).

§ 1º O [contribuinte](#) do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária, relacionada com o ICMS, são obrigados a ([Lei nº 11.651](#), [art. 64](#), [§ 2º](#)):

[...]

III - manter e escriturar livro fiscal;

[...]

Art. 308. O livro Registro de Entradas destina-se à escrituração da (Convênio [SINIEF SN/70, art. 70](#)):

I - entrada, a qualquer título, de mercadoria no estabelecimento;

II - utilização de serviço pelo estabelecimento.

§ 1º Deve ser também escriturado:

I - o documento fiscal relativo à aquisição de mercadoria:

a) que não transitar pelo estabelecimento adquirente, ainda que por meio de título que a represente;

b) para o ativo imobilizado, cuja escrituração deve ser feita de forma individualizada;

c) para uso ou consumo, cuja escrituração pode ser feita de forma englobada, para cada período de apuração pelo contribuinte não usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, ressalvada a hipótese do imposto relativo ao diferencial de alíquotas;"

No caso vertente, apesar de manter e escriturar os livros fiscais obrigatórios, o sujeito passivo deixou de consignar no livro Registro de Entradas a aquisição de várias mercadorias, conforme comprovam as fotocópias das notas fiscais e das páginas dos livros Registro de Entradas onde as mesmas deveriam estar escrituradas, motivo pelo qual foi alvo da lavratura do auto de infração que constitui a peça básica do presente processo.

Nas duas oportunidades em que compareceu ao processo o sujeito passivo não contestou a acusação, limitando-se a afirmar que não é contribuinte do imposto, portanto, não está sujeita ao cumprimento de obrigações acessórias impostas pela legislação tributária estadual.

Ora, ao se inscrever no cadastro de contribuintes do Estado de Goiás; adotar livros fiscais, inclusive com inúmeras notas fiscais de aquisição de mercadorias registradas (fls. 33 a 66) e solicitar autorização para confecção de notas fiscais mod. 1 (fls. 129 e 130), a própria empresa autuada declarou a sua condição de contribuinte do imposto.

Com essas considerações, entendo que a empresa autuada estava obrigada a promover o registro das notas fiscais de aquisição de mercadorias no seu livro registro de entrada, no qual, aliás, vinha registrando normalmente as demais aquisições, motivo pelo qual, entendo que o acórdão cameral deve ser reformado, mantendo-se a decisão singular que considerou procedente o lançamento, devendo, no entanto, ser aplicada a redução de 50% (cinquenta por cento) na multa, nos termos do § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91, tendo em vista que da prática da infração não resultou, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto.

À conta do exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública, dou-lhe provimento, para reformar o acórdão recorrido e confirmar a decisão singular que considerou procedente o lançamento, aplicando, no entanto, a forma privilegiada prevista no § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91.

Sala das sessões plenárias, em 22 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão de registro no livro próprio de nota fiscal de entrada (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03209/10

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Falta de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadorias. Revisão Extraordinária. Improcedência. Decisão unânime.

I - O direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;(art. 182, I, CTE);

II - Extinguem o crédito tributário a prescrição e a decadência; (art. 156, V, CTN);

III - Declara-se improcedente o auto de infração quando extinto o crédito tributário nele reclamado.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 07 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração em face do reconhecimento da decadência ocorrida. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Em 10 de dezembro de 2008, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, formalizando a exigência de multa formal, pelo fato do sujeito passivo não ter escriturado no livro Registro de Entradas notas fiscais de aquisições de mercadorias, ocorridas no exercício de 2003.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, Relatório Analítico de Notas Fiscais não Registradas (fls. 4 a 6).

O sujeito passivo, embora tenha sido regularmente intimado do auto de infração, não pagou a multa lançada no referido instrumento e nem apresentou defesa nestes autos.

A Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP, fundamentada no art. 43, I, a, da Lei nº 16.469/09, apresenta Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 16 a 17), solicitando ao Conselho Administrativo Tributário a extinção do presente processo, alegando a ocorrência de decadência do direito de constituir o crédito tributário, nos termos do art. 182, I, do CTE.

Argumenta que a autuação refere-se a crédito tributário originário de fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, tendo o sujeito passivo sido notificado da exigência apenas em 7 de janeiro de 2009, quando deveria ser em até em 31 de dezembro de 2008.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, amparado no inciso II, § 4º do art. 43 da Lei nº 16.469/09, por meio do Despacho nº 2187/2010-CAT (fls. 18), admite o Pedido de Revisão Extraordinária e determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

Em 10 de dezembro de 2008, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, formalizando a exigência de multa formal, pelo fato do sujeito passivo não ter escriturado no livro Registro de Entradas notas fiscais de aquisições de mercadorias, ocorridas no exercício de 2003.

A intimação do sujeito passivo realizou-se conforme as regras do art. 15, V, § 2º, V, da Lei nº 13.882/01 (vigente à época), publicado o edital em 30 de dezembro de 2008 (fls. 11), ocorrida a intimação em 7 de janeiro de 2009, conforme regras legais.

A Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP, no Pedido de Revisão Extraordinária, afirma que a autuação refere-se a crédito tributário originário de fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, tendo o sujeito passivo sido notificado da exigência apenas em 7 de janeiro de 2009, quando deveria ser em até em 31 de dezembro de 2008, estando portanto extinto por decadência o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, nos termos do art. 182, I, do CTE.

O Código Tributário Nacional – CTN (art. 713, I), estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

[...].”

As disposições constantes do art. 173, I, do CTN, foram recepcionadas pelo Código Tributário Estadual – CTE (art. 182, I):

“Art. 182. O direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

[...].”

No caso em análise, a autuação refere-se a crédito tributário originário de fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, deveria ser o sujeito notificado da exigência até em 31 de dezembro de 2008, mas foi notificado apenas em 7 de janeiro de 2009, estando portanto decaído o direito de constituição do crédito tributário, nos termos dos dispositivos legais reproduzidos em linhas anteriores, motivando o reconhecimento da decadência anotada pela Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP (fls. 16 a 17) e a consequente extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, V, do CTN:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

[...]

V – a prescrição e a decadência;

[...].”

Ante o exposto, conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração em face do reconhecimento da decadência ocorrida.

Sala das sessões plenárias, em 16 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão do registro de entrada apurado em Auditoria Específica (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02405/10

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Omissão de registro de entrada de mercadorias. Auditoria Específica de Mercadorias. Procedência parcial. Decisão unânime.

O valor inicial da exigência deve-se conformar àquele apurado em trabalho revisional realizado pelo próprio fisco.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 02 de agosto de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, José Manoel Caixeta Haun e Domingos Caruso Neto. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 586.253,43 (quinhentos e oitenta e seis mil, duzentos e cinquenta e três reais e quarenta e três centavos) e multa formal no valor de R\$ 146.563,36 (cento e quarenta e seis mil, quinhentos e sessenta e três reais e trinta e seis centavos), com a adequação da penalidade para 25% de acordo com o art. 71, VII, "L" do CTE. E, por maioria de votos, aplicar a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo e José Manoel Caixeta Haun. Vencido o Conselheiro Domingos Caruso Neto.

RELATÓRIO

Em 20 de junho de 2008, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, formalizando nele a exigência de multa formal no valor de R\$ 574.660,37 (quinhentos e setenta e quatro mil, seiscentos e sessenta reais e trinta e sete centavos), pelo fato do contribuinte epigrafado ter omitido o registro de entrada de mercadorias tributadas no valor comercial de R\$ 1.149.320,73 (um milhão, cento e quarenta e nove mil, trezentos e vinte reais e setenta e três centavos), no período de janeiro a dezembro de 2006.

Aplicada a penalidade prevista no art. 71, inc. XII, letra "a", item 3, do CTE.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica demonstrativos da Auditoria Específica de Mercadorias elaborada pelo Fisco, consoante fls. 10 a 192.

A Primeira Instância decidiu a questão favoravelmente à Fazenda Estadual, conforme a Sentença nº 5100/08-COJP (fls. 207 a 208).

A autuada, inconformada com a decisão singular, apresenta recurso voluntário (fls. 211 a 223), no qual pede, em preliminar, a nulidade da peça básica, relacionando as hipóteses de insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa (fls. 213 e 214).

Quanto ao mérito, pede a improcedência do lançamento, afirmando que a exigência decorrente do procedimento fiscal não pode prosperar, porque os levantamentos não foram realizados através dos próprios documentos fiscais escriturados, mas sim, compilando os arquivos magnéticos.

Questiona a validade do trabalho fiscal, alegando que a auditoria foi realizada através de informações extraídas de arquivos magnéticos, via SINTEGRA. Em que pese a sofisticação tecnológica utilizada pela Secretaria da Fazenda para a elaboração dos complexos e detalhados levantamentos fiscais, neles não há a identificação das notas fiscais cujo registro teria sido omitido.

Considera confiscatória a pena pecuniária aplicada pela autoridade lançadora.

Reproduz dispositivos legais, doutrina e jurisprudência.

Juntou-se ao processo os documentos de fls. 236 a 244.

A pedido do advogado Antônio Balian, juntou-se ao processo a documentação de fls. 266 a 463.

A Terceira Câmara, considerando que o recurso voluntário apresentado pelo sujeito passivo, acompanhado de levantamento contraditório e de diversas cópias de notas fiscais relativas à auditoria (fls. 211 a 463), contesta informações relativas ao trabalho realizado pelo Fisco, por meio da Resolução nº 101/2009 (fls. 465), converte o julgamento em diligência e encaminha os autos à Gerência Especial de Auditoria -GEAUD para que seja refeito o trabalho fiscal, verificando a ocorrência de erros no levantamento original, especialmente em relação aos itens indicados pelo sujeito passivo em seu recurso, prestando outras informações, caso julguem necessárias ao esclarecimento da lide.

O diligenciador, cumprindo a Resolução nº 101/2009, revisa a auditoria fiscal, juntando-a ao processo (fls. 471 a 631), em relatório (fls. 468), informa ter constatado que diversas notas fiscais de entrada não estavam lançadas corretamente nos arquivos magnéticos, após a correção dos arquivos pelo contribuinte, refez a auditoria, apurando uma omissão de entrada no valor de R\$ 586.253,43 (quinhentos e oitenta e seis mil, duzentos e cinquenta e três reais e quarenta e três centavos), sendo a multa respectiva no valor de R\$ 293.126,71 (duzentos e noventa e três mil, cento e vinte e seis reais e setenta e um centavos).

O sujeito passivo, ao se manifestar sobre o resultado da revisão, consoante fls. 635, limita-se a arguir a nulidade da peça básica, relacionando a hipótese de insegurança na determinação da infração.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Apreciando as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração, manifesto-me pelo não acolhimento de ambas as preliminares, por não estarem caracterizados nos autos os vícios formais anotados pela defesa, notando que na Relação de Entradas e na Relação de Saídas (fls. 27 a 192) estão listadas as respectivas notas fiscais e que a exigência fiscal está fundamentada em procedimento fiscal intitulado Auditoria Específica de Mercadorias, que compõe os autos (fls. 10 a 192).

QUESTÃO MERITÓRIA

A multa formal no valor de R\$ 574.660,37 (quinhentos e setenta e quatro mil, seiscentos e sessenta reais e trinta e sete centavos), equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da operação, reclamada no auto de infração, decorreu do fato do contribuinte ter omitido o registro de entrada de mercadorias tributadas no valor comercial de R\$ 1.149.320,73 (um milhão, cento e quarenta e nove mil, trezentos e vinte reais e setenta e três centavos), no período de janeiro a dezembro de 2006.

A Terceira Câmara, por meio da Resolução nº 101/2009 (fls. 465), converte o julgamento em diligência, para que seja feito o trabalho fiscal, verificando a ocorrência de erros no levantamento original.

O diligenciador, cumprindo a Resolução nº 101/2009, revisa a auditoria fiscal, juntando-a ao processo (fls. 471 a 631), cuja conclusão (fls. 495 a 497) apresenta uma omissão de entrada no valor de R\$ 586.253,43 (quinhentos e oitenta e seis mil, duzentos e cinquenta e três reais e quarenta e três centavos).

Acato o resultado da revisão, por ter sido ela realizada em consonância com a resolução cameral e efetuado os ajustes necessários no trabalho fiscal, apurando a omissão efetivamente praticada pelo sujeito passivo.

A autoridade lançadora aplicou a penalidade prevista no art. 71, inc. XII, letra "a", item 3, do CTE - 50% (cinquenta por cento) do valor da operação -, entretanto, a penalidade correta para o caso, falta de emissão de documento fiscal, é de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação, prevista no art. 71, inc. VII, letra "I", do CTE:

"Art. 71:

[...]

VII - de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação ou da prestação:

[...]

l) pela falta de emissão de documentos fiscais exigidos, ressalvado o disposto no inciso X, "b", ou pelo recebimento de mercadoria ou de serviço sem documentação fiscal, cujo valor tenha sido apurado por meio de levantamento fiscal realizado em estabelecimento cadastrado;

[...].”

Aplicando-se 25% sobre R\$ 586.253,43 (quinhentos e oitenta e seis mil, duzentos e cinquenta e três reais e quarenta e três centavos), base de cálculo apurada na revisão, obtém-se R\$ 146.563,36 (cento e quarenta e seis mil, quinhentos e sessenta e três reais e trinta e seis centavos), que é o valor da multa efetivamente devida aos cofres públicos.

No caso, no meu entendimento, cabe a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE:

“Art. 71:

[...]

§ 8º Quando da prática das irregularidades descritas nos incisos V ao XII deste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.”

Ante o exposto, rejeito as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, conheço do recurso, dou-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 586.253,43 (quinhentos e oitenta e seis mil, duzentos e cinquenta e três reais e quarenta e três centavos) e multa formal no valor de R\$ 146.563,36 (cento e quarenta e seis mil, quinhentos e sessenta e três reais e trinta e seis centavos), com a adequação da penalidade para 25% de acordo com o art. 71, VII, "l" do CTE, aplicando-se a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE.

Sala das sessões, em 13 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão do registro de saída apurado em Auditoria do Movimento Financeiro (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 02170/10

Relator: Conselheiro Itamar Alves Carrijo

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Multa formal. Omissão de registro de vendas de mercadorias isentas, não tributadas e ou retidas na fonte. Improcedência. Decisão unânime.

Deve-se considerar improcedente o lançamento em que na Auditoria do Movimento Financeiro, no exercício de início das atividades do contribuinte, não considerou o capital inicial da empresa, em valor superior ao total apurado como omissão de vendas, após a revisão do procedimento.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 24 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, Álvaro Falanque e Aguinaldo Fernandes de Melo.

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o pagamento de multa formal no valor original de R\$ 18.513,39, em razão da constatação de déficit financeiro apurado no Demonstrativo do Movimento Financeiro, no valor de R\$ 74.053,55, no exercício de 2002, prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", e § 8º, da Lei n.º 11.651/91.

Regularmente intimado, torna-se revel e novamente intimado pela GEPRE, apresenta impugnação em Segunda Instancia, arguindo que não foi considerado os fornecedores em aberto, pagos em 2003, informando o valor de R\$ 106.526,85 de fornecedores em aberto de 2002, pagos em 2003, conforme relatório carreado aos autos.

Pautado o processo para julgamento pela Primeira Câmara deste Conselho, o julgamento foi convertido em diligência, para que auditor fiscal estranho a lide tomasse ciência das razões da defesa e mediante a documentação a ser apresentada pelo sujeito passivo, promovesse os ajustes correspondentes na auditoria de folha 05.

Devidamente diligenciado, conforme relatório fiscal de folha 33 e nova Auditoria do Movimento Financeiro de folha 34, instruída com documentos financeiros de folhas 44 a 253, o processo retorna informando redução do valor da

omissão de registro de saídas de mercadorias não tributadas, após aplicação da devida proporcionalidade, para o valor de R\$ 12.968,10 e multa formal no valor de R\$ 3.242,02, mais cominações legais.

Intimado o sujeito passivo para tomar conhecimento da revisão fiscal, este permanece silente.

É o relatório.

DECISÃO

Analisando as auditorias realizadas, quer seja na auditoria inicial como a da revisão fiscal, considerando que o período desta é relativo ao exercício de 2002, e que a data de início das atividades constantes do espelho cadastral foi em 04/07/2002, e a data do registro na JUCEG, também ocorreu em 04/07/2002, constata-se que não foi considerado pela fiscalização, o capital social da empresa, que constitui o primeiro ingresso de numerário no caixa da empresa, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), totalmente integralizado na data da constituição da empresa, conforme contrato social de folhas 22 a 27.

Ainda, caso o contribuinte informe saldo da conta corrente da empresa em valor superior ao Saldo Final das Disponibilidades, apurado na auditoria, não havendo documento hábil e idôneo para comprovar o saldo utilizado pelo contribuinte, o Agente do FISCO, deve considerar como saldo final, o valor que apurou, desprezando o saldo declarado pelo contribuinte, na forma prevista no item 35, do Roteiro 3 – Auditoria do Movimento Financeiro, constante da Instrução de Serviço nº 15/2009-SAT, na forma abaixo transcrita:

“35 - Saldo Final das Disponibilidades - é o valor apurado pelo agente do fisco levando-se em consideração o saldo inicial, os ingressos e desembolsos efetuados no período.

Caso seja obtido documento hábil e idôneo - p. ex., extrato bancário - que informe o saldo da conta corrente da empresa em valor superior ao Saldo Final das Disponibilidades apurado na auditoria, a diferença é considerada omissão de saída de mercadoria tributada, observado o percentual de mercadorias tributadas, item 39.

Se constatar que o Saldo Final das Disponibilidades apurado na auditoria é inferior ao valor declarado na DPI, o agente do fisco deverá mencionar o fato em termo de ocorrência, notificar o contribuinte a apresentar DPI retificadora e lavrar auto de infração - multa formal - por informação incorreta;”

Ao contrário da previsão do roteiro acima, a fiscalização adotou como saldo final das disponibilidades, valor não apurado por ela e não foi comprovada a existência do referido saldo, portanto em desacordo com o recomendado, considerou como omissão de vendas, valor superior ao que deveria ter sido considerado.

Entretanto, considerando ainda, que na revisão da auditoria, acostada à folha 34, a omissão total de registro de vendas realizadas, foi considerada no levantamento, no valor de R\$ 22.616,15, o capital social integralizado, conforme acima mencionado, supera o valor da insuficiência de disponibilidade, portanto, inexistente omissão de vendas, na forma legalmente presumida, ao contrário do asseverado pela fiscalização.

Com as razões e fundamentos acima conheço da impugnação do contribuinte, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração acostado na inicial.

Sala das sessões plenárias, em 22 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão do registro de saída apurado em Auditoria do Movimento Financeiro (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02541/10

Relator: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: I - Processual. Preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo. Rejeitadas. Decisão unânime.

Os questionamentos em sede de preliminares só poderão ser acatados quando a instrução processual indicar que houve afronta ao capítulo de lei que leciona sobre a nulidade dos atos processuais.

II - Multa formal. Auditoria do Movimento Financeiro. Omissão de registro de operação de saída de mercadoria com ICMS retido, referente ao "déficit" financeiro. Procedência. Decisão unânime.

1 - Aplicação da forma privilegiada do §8º do artigo 71 do CTE. Decisão unânime.

2 - Estando evidenciado nos autos que o contribuinte descumpriu o previsto norma legal, o auto de infração que exige recolhimento de multa formal, deve ser considerado procedente, aplicando-se o benefício estabelecido na legislação quando a falta não houver dado ensejo a prejuízo ao erário estadual.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20 de agosto de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Álvaro Falanque e Itamar Alves Carrijo. Quanto ao mérito, também, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração que apontou "omissão de vendas de mercadorias isentas / não trib / ST" no montante de R\$ 67.770,44, relativo a Auditoria do Movimento Financeiro, período 01/01/2005 a 31/12/2005, mais R\$ 65.735,68, relativo a Auditoria do Movimento Financeiro, período 01/01/2006 a 31/12/2006, compondo uma base de cálculo original de R\$ 133.506,12 para aplicação da penalidade, porém com aplicação do benefício previsto no § 8º do art. 71 do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Álvaro Falanque e Itamar Alves Carrijo.

RELATÓRIO

A constituição do presente crédito tributário, de aspecto acessório, exige do polo passivo epígrafado multa formal, pela omissão de saída de mercadorias não tributadas, no valor comercial e período descritos nos autos, apurado por meio de Auditoria do Movimento Financeiro e demais documentos que se encontram acostados ao processo com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva.

A base legal dada por infringida foi assim descrita: artigo 25, §1º, inciso IV e §2º da Lei nº 11.651/91, c/c artigo 141 do Decreto nº 4.852/97. E a penalidade aplicada: artigo 71, inciso VII, alínea "I" do CTE.

A autoria do lançamento apurou a proporcionalidade das mercadorias tributadas e não tributadas e/ou com imposto já retido anteriormente com relação à omissão total de saída apurada na auditoria realizada, conforme previsto pelo legislador no 2º, inciso IV, artigo 25 do CTE.

Impugnando a exordial, o polo passivo comparece ao processo e, em preliminar, questiona a nulidade da lide por insegurança na determinação da infração e/ou cerceamento ao direito de defesa, aduzindo que a fiscalização não teria demonstrado o valor da referida omissão de saída no caso em questão. No mérito, alega que pretende provar tudo que foi aduzido mediante a confecção de levantamento do mesmo teor, reiterando a ausência de prova na acusação fiscal nos termos do artigo 19 da Lei 16.469/09. Pede, em conclusão, a nulidade e/ou improcedência do feito, fls. 91/98.

O ilustre sentenciador "a quo" conhece da Impugnação, nega-lhe provimento, para, em preliminar não excluir o solidário e, também, acolher nenhuma das nulidades pleiteadas pela parte passiva, assim como, no mérito, decidir pela procedência da pretensão inicial do fisco, em cálculo do setor competente, o que garantirá certeza e liquidez ao crédito tributário.

Em grau de recurso voluntário o sujeito passivo reafirma as razões pronunciadas em sede impugnatória, fls. 107/109.

É o relatório.

DECISÃO

Sobre as preliminares de nulidade da peça básica, questionadas pela defesa, não vejo como acolhê-las, tendo em vista ausência de ofensa ao capítulo da norma legal que trata da nulidade dos atos processuais, inserto no artigo 20 da Lei n.º 16.469/09. O sujeito passivo foi corretamente identificado, a infração e a correspondente penalidade aplicadas com acerto, a autoridade lançadora é funcionalmente competente, a instrução processual efetivada com precisão, os prazos processuais, respeitados, inclusive com vista dos autos ao autuado, que foi devidamente intimado, nas fases processuais que lhe são próprias. Assim, rejeitadas estão as inquirições motivadores deste comentário.

Com as questões incidentais resolvidas, volvo-me ao mérito desta ação e destaco que o levantamento, norteador deste feito, foi elaborado através de uma Auditoria do Movimento Financeiro, com base na documentação do polo passivo, tendo sido juntado aos autos todos os demonstrativos necessários à comprovação da acusação fiscal, inclusive, apurada a proporcionalidade entre as mercadorias tributadas e aquelas com substituição tributária e não tributadas.

Assim, a defesa deveria ter trazido aos autos outro levantamento, de igual teor, ou provas da ocorrência de equívocos no procedimento fiscal anterior com o intuito de descaracterizar o constante da peça inicial.

Entretanto, esse cuidado o sujeito não teve. Considerando que o levantamento original é baseado no balanceamento dos ingressos de numerários provenientes de diversas origens e dos desembolsos realizados no decorrer do período auditado, tendo por finalidade apurar as eventuais omissões de registros de saídas, fato esse caracterizado pelo excesso de desembolsos em relação aos ingressos comprovados e que depois dos ajustes necessários foram separados o valor da omissão das mercadorias tributadas das não tributadas, nos termos da recomendação prevista no § 2º, artigo 25 do CTE, que transcrevo:

“Art. 25. A base de cálculo do imposto será arbitrada pela autoridade fiscal, podendo o sujeito passivo contraditá-la no correspondente processo administrativo tributário, sempre que, alternativa ou cumulativamente:

[...]

§ 2º Na hipótese de o contribuinte comercializar também mercadorias isentas ou não tributadas no período fiscalizado, a base de cálculo deve ser obtida por meio da multiplicação do valor apurado em procedimento fiscal pela fração obtida da divisão do valor das entradas tributadas, exceto aquelas sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores, pelo valor correspondente ao total das entradas de mercadorias destinadas à comercialização ou industrialização.”

Deveria o polo passivo ter observado que o excesso de desembolso em relação aos ingressos comprovados, configura omissão de saída, em face à uma presunção legal prevista no inciso IV do § 1º do art. 25 do mesmo diploma legal mencionado no parágrafo imediatamente anterior, “verbis”:

“Art. 25. A base de cálculo do imposto será arbitrada pela autoridade fiscal, podendo o sujeito passivo contraditá-la no correspondente processo administrativo tributário, sempre que, alternativa ou cumulativamente:

[...]

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

[...]

IV - ao déficit financeiro existente no confronto do saldo das disponibilidades no início do período, acrescido dos ingressos de numerários, e deduzidos dos desembolsos e do saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, as

despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas, tais como:

a) salários e retiradas;

b) aluguel, água, luz, telefone e outras taxas, preços ou tarifas;

c) tributos;

d) outras despesas gerais.”

O que equivale dizer que foi aplicada a recomendação do legislador contida no parágrafo 2º do referido artigo, conforme discorrido em linhas pretéritas, com escopo de apurar a proporcionalidade entre as saídas tributadas das não tributadas e/ou com imposto já retido, sendo o caso em questão de exigência de multa formal.

Verifica-se, por fim, que a defesa nada trouxe ao feito no intuito de dar sustentação material às suas alegações, e, dessa forma, por em dúvida a demonstração financeira que deu origem à lide, objetivando, portanto, contestar, de uma forma concreta, o lançamento ora em julgamento, o que só se efetivaria com a confecção de outro levantamento de igual teor para se contrapor ao da fiscalização, pois sem isso fica mantida, na íntegra, a autuação, no entendimento lecionado nos bancos acadêmicos, do seguinte brocardo: “não basta alegar sem comprovar o alegado.”

O ilustre julgador “a quo”, considera que o pleito do polo passivo, no que diz respeito ao benefício supra mencionado, deve ser atendido. Julga procedente o lançamento e condena a autuada ao pagamento da multa formal exigida, mais cominações legais, aplicando, porém, a forma privilegiada prevista no §8º do artigo 71 do CTE, que transcrevo:

Destaco, porém, que o ilícito fiscal objeto desta volume, não teve o condão de acarretar prejuízo aos cofres da Fazenda Estadual, e em tais condições é perfeitamente cabível a aplicação do benefício previsto no §8º do artigo 71 do CTE, que transcrevo:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

“§ 8º- Quando da prática das irregularidades descritas neste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento do imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.”

Assim, voto, unanimemente, rejeitando as preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo. Quanto ao mérito, voto, também, em decisão unânime, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração

que apontou "omissão de vendas de mercadorias isentas / não trib / ST" no montante de R\$ 67.770,44, relativo a Auditoria do Movimento Financeiro, período 01/01/2005 a 31/12/2005, mais R\$ 65.735,68, relativo a Auditoria do Movimento Financeiro, período 01/01/2006 a 31/12/2006, compondo uma base de cálculo original de R\$ 133.506,12, para aplicação da penalidade, porém com aplicação do benefício previsto no § 8º do art. 71 do CTE.

Sala das sessões, em 01 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Seccionamento de bobina de ECF (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03671/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação Acessória. Seccionamento de bobina que contém fita-detelhe de Equipamento Emissor de Cupom fiscal (ECF). Procedência. Decisão não unânime.

I - A bobina que contém a fita-detelhe deve ser armazenada inteira, sem seccionamento, por equipamento e mantida em ordem cronológica pelo prazo decadencial, em relação a cada ECF (RCTE, anexo XI, art. 111, caput).

II - Comprovado que o sujeito passivo praticou a irregularidade constante da peça inicial, o auto de infração deve ser julgado procedente.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de outubro de 2010, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE, nos termos da peça inicial. O período de referência do auto de infração é janeiro/08, em face do Termo de Apreensão datado de 09/01/08 (fl. 13). Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, José Paixão de Oliveira Gomes, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Carlos Andrade Silveira, Gustavo Alberto Izac Pinto e Paulo Diniz que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, em face da decisão proferida pela Quarta Câmara Julgadora que, conheceu do recurso voluntário e, por maioria de votos, deu-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

A acusação constante do auto de infração é de que o sujeito passivo "*Seccionou indevidamente as bobinas de papel contendo as fitas-detelhes impressas pelo equipamento emissor de cupom fiscal - ECF, marca BEMATECH, MODELO MP-20 FI II ECF-IF, série nr 4708990817092 de sua propriedade,*

referente ao período de 01 /01/05 a 31/08/07, no total de 600 (seiscentos) seccionamentos, conforme planilhas em anexo. Estes seccionamentos foram constatados quando da análise da documentação apresentada para auditoria no dia 26/09/07 e apreendidas em 09/01/08 pelo termo de apreensão 1100092821-3 anexo, estando seu comprimento em desacordo com o que prevê os artigos 108 e 111 do anexo XI do Decreto 4.852/97, em consequência fica sujeito ao pagamento da multa formal no valor de R\$ 1.361,37 por seccionamento de bobina de papel que contém a fita-detache, totalizando o valor de R\$ 816.822,00. Anexo portaria 448/07-GSF."

Na peça inicial consta como infringido o artigo 64, Lei 11.651/91, c/c arts. 108, V e 111, Anexo XI, Decreto 4852/97 e foi aplicada a penalidade prevista no artigo 71, inciso XV, alínea "g", c/c § 8º, da Lei nº 11.651/91.

Os sujeitos passivos solidários foram excluídos da lide pelo julgador singular, conforme Sentença de fls. 170/173, e a Fazenda Pública manifestou concordância com essa decisão (fl. 174).

Da decisão proferida pela Quarta Câmara Julgadora, que considerou improcedente o auto de infração, a Representação Fazendária interpõe o Recurso ao Conselho Pleno de fls. 203 a 204, na qual, sustenta ser irrelevante se ocorreu ou não prejuízo ao erário, pois a irregularidade apontada pelo Fisco constitui infração ao disposto no artigo 108, inciso V e artigo 111 do anexo XI do RCTE.

A Fazenda Pública transcreve os referidos dispositivos legais e pede, ao final, a reforma da decisão cameral a fim de ser julgado procedente o auto de infração.

A autuada apresentou contradita (fls. 209/215), em síntese, com os seguintes argumentos:

(a) alega que a regra contida no artigo 71, XV, "g", do CTE, deve ser interpretada e aplicada com temperado e parcimônia, pois visa, em verdade, alcançar aquele que deliberadamente altera ou intenta alterar os registros fiscais com o fim de lesar o erário, de sonegar e/ou ocultar informações e/ou tributo;

(b) afirma que a própria auditoria fiscal constatou que as bobinas seccionadas estavam com a numeração de leitura em irretocável ordem numérica;

(c) defende que a infração consignada no auto de infração consiste em simples irregularidade no arquivamento de registros fiscais e não se desdobra ao campo da obrigação principal, que restou de todo satisfeita a tempo e a hora;

(d) assegura ser lícito afirmar que o arquivamento de dados e registros fiscais/contábeis efetuado de forma diversa, e mesmo incorreta, não equivale à ausência ou modificação/adulteração de dados e registros, restando incontroverso pela própria decisão fustigada que a recorrida seccionou a bobina de papel contendo a fita-detache de equipamento emissor de cupom fiscal ECF, sem,

contudo, deixar de registrá-los e arquivá-los de forma ordenada, sequencial e escoreita, exatamente como exige o artigo 111 do Anexo XI do RCTE;

(e) afirma não ser razoável apenas tão severa e desproporcionalmente a recorrida pelo ato do seccionamento de bobinas se do qual, não obstante a irritualidade, não sobejou qualquer prejuízo ao erário, conforme provado nos autos.

Requer, ao final, que, em se conhecendo do recurso interposto, rejeitem-se as razões que o informa e negue-lhe provimento, mantendo incólume em sua totalidade a decisão cameral.

É o relatório.

DECISÃO

Consta da autuação que o contribuinte seccionou indevidamente 600 (seiscentas) bobinas de papel contendo fita-detalhe impressa por equipamento emissor de cupom fiscal (ECF).

A fita-detalhe é um documento de extrema importância para o Fisco verificar, conferir a regularidade das operações ou prestações praticadas pelo sujeito passivo. Para melhor compreensão do assunto transcrevo o artigo 110 e seu parágrafo único, do RCTE, anexo XI: "*Art. 110. A fita-detalhe é a via impressa, destinada ao fisco, representativa do conjunto de documentos emitidos num determinado período, em ordem cronológica, em um ECF específico (Convênio ICMS 85/01, cláusula nonagésima segunda). Parágrafo único. O primeiro e o último documentos fiscais da fita-detalhe devem ser obrigatoriamente a leitura X.*"

O próprio sujeito passivo admite a prática da infração ao afirmar na contradita (fl. 212): "*(...) restando incontroverso pela própria decisão fustigada que a recorrida seccionou a bobina de papel contendo a fita-detalhe de equipamento ECF, sem, contudo, deixar de registrá-los e arquivá-los de forma ordenada, sequencial e escoreita, exatamente como exige a mens legislatoris do artigo 111 do Anexo XI do RCTE (Decreto nº 4.852/97), alcançando a norma, pois, a sua finalidade.*"

Ao seccionar indevidamente a bobina que contém a fita-detalhe o sujeito passivo infringiu claramente o disposto no artigo 111 e parágrafo único do Anexo XI do Decreto n.º 4852/97, que assim dispõe:

"Art. 111. A bobina que contém a fita-detalhe deve ser armazenada inteira, sem seccionamento, por equipamento e mantida em ordem cronológica pelo prazo decadencial, em relação a cada ECF (Convênio ICMS 85/01, cláusula nonagésima terceira).

Parágrafo único. No caso de intervenção técnica que implique na necessidade de seccionamento da bobina da fita-detalhe, devem ser apostos nas extremidades do local seccionado o número do AIECF correspondente e a assinatura do técnico interventor, podendo, a critério da SEFAZ, serem adotados outros procedimentos."

A penalidade para a infração consistente no seccionamento indevido de fita-detalhe encontra-se devidamente tipificada no Código Tributário Estadual (CTE), no artigo 71, inciso XV, alínea "g", cuja redação vigente no 01.02.07 a 31.01.08 é a seguinte:

"Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XV - no valor de R\$ R\$ 1.361,36 (mil reais trezentos e sessenta e um reais trinta e seis centavos):

(...)

g) por seccionamento da bobina de papel que contém a fita detalhe;"

A penalidade já foi aplicada na forma privilegiada, nos termos do § 8º do artigo 71 do CTE, conforme se pode observar na peça inicial (fl. 2).

Vejo que o trabalho fiscal se encontra respaldado pela legislação tributária, sendo corretas as exigências fiscais lançadas no auto de infração.

Diante do exposto, conheço do Recurso da Fazenda Pública, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, com a aplicação da penalidade na forma privilegiada, conforme o disposto no § 8º do artigo 71 do CTE, nos termos da inicial.

Sala das sessões plenárias, em 21 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Transferência indevida de crédito de ICMS (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01483/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: I - PROCESSUAL. Preliminar. Insegurança na determinação da infração. Nulidade. Argüida pela Representação Fazendária. Rejeitada. Decisão unânime.

1. Não há falar em nulidade por insegurança na determinação da infração quando o lançamento for claramente improcedente em razão da absoluta inconsistência da acusação feita pelo fisco;

2. Preliminar rejeitada.

II - ICMS. Obrigação acessória. Transferência indevida de crédito. Multa formal. Improcedente. Decisão unânime.

1. As regras de transferência de crédito previstas nos art. 55 e 56, do Decreto nº 4.852/97, regulamentadas pela Instrução Normativa nº 715/05-GSF, são específicas para as situações ali delineadas, não se aplicando, à evidência, à sucessão universal decorrente de incorporação de uma empresa por outra;

2. Na sucessão legal em razão de incorporação operada entre empresas, a incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos e obrigações (Lei nº 6.404/76, art. 227 e Código Civil, art. 1.116);

3. A absorção do saldo credor de ICMS se opera por meio da transferência dos livros fiscais para o nome da incorporadora mantendo-se o saldo credor neles escriturados ou transportando-o para os novos livros porventura adotados em substituição aos anteriormente em uso (Decreto nº 4.852/97, art. 303);

4. É improcedente o lançamento quando a infração narrada não restar cabalmente comprovada;

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 01 de junho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela Representação Fazendária, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Carlos Andrade Silveira, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca,

Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Heli José da Silva e Álvaro Falanque. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Carlos Andrade Silveira, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Heli José da Silva e Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

Nesse processo o fisco formaliza exigência de crédito tributário nos valores e períodos discriminados nos campos próprios do auto de infração relativamente à multa formal correspondente a 140% (cento e quarenta por cento) do valor do crédito de ICMS transferido indevidamente por meio das Notas Fiscais nº 6.858 e 6.921.

Foram indicados como infringidos o art.59, inciso II, alínea “a” e art. 64, da Lei nº 11.651/91 c/c art. 55, inciso II, alínea “a” do Decreto nº 4.852/97 e art. 9º, da Instrução Normativa nº 715/05-GSF e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso XII, alínea “c” da Lei nº 11.651/91 c/redação da Lei nº 14.058/2001.

O lançamento foi instruído com os seguintes documentos:

1 – Cópia das folhas 28 e 29 do livro Registro de Apuração do ICMS nº 005-E (fls. 05 a 07);

2 – Cópias do Despacho nº 4.352/08-GEAT do titular da Gerência Especial de Auditoria indeferindo o pedido de transferência de crédito formulado por meio do Processo nº 200800004020044, de 08/10/08 (fls. 08 a 15).

O não comparecimento da empresa autuada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação encontra-se registrado nos Termos de Revelia e Perempção de fls. 18 e 22, redundando na inscrição do crédito tributário na dívida ativa, conforme Certidão nº 263536, de fls. 24.

Em 25 de novembro de 2009 a empresa autuada apresentou o pedido de revisão extraordinária de fls. 27 a 36, afirmando o seguinte:

1 – Que foi incorporada pela empresa [...] conforme Instrumento de Justificação e Protocolo de Incorporação de Sociedade de fls. 73 a 79;

2 – Que o valor exigido no presente auto de infração foi exigido, também, da empresa incorporadora [...] por meio do Auto de Infração nº 4 0109005 770 10, ocorrendo, portanto, duplicidade de lançamento, caracterizando, dessa forma, erro substancial que autoriza a interposição do pedido de revisão extraordinária;

3 – Que o seu pedido de transferência de crédito foi feito com base no art. 55, inciso I, do Decreto nº 4.852/97, tendo em vista que nos casos de incorporação a transferência dos créditos é feita automaticamente para a empresa incorporadora independentemente da regularidade cadastral da empresa incorporada.

Juntou cópia do Processo nº 4 0109005 770 10, oriundo de auto de infração lavrado em desfavor da empresa [...] acusando o aproveitamento indevido de crédito.

Ao final, pediu a improcedência do lançamento.

Por meio do Despacho nº 551/2010-CAT, de fls. 202 a 203 o Presidente do Conselho Administrativo Tributário afirma que não há falar em duplicidade de lançamento, tendo em vista que o auto de infração que deu origem ao presente processo é relativo à exigência de multa formal em razão de transferência indevida de crédito e o auto de infração nº 4 0109005 770 10 lavrado em desfavor da empresa [...] é relativo à exigência de imposto omitido em razão de aproveitamento indevido de crédito. Acrescentando, ainda, que se trata de sujeitos passivos diferentes.

Afirma, no entanto, que as transferências de créditos narradas no presente auto de infração foram efetivadas segundo a regra de absorção do ativo e passivo da empresa incorporada pela empresa incorporadora, nos exatos termos do art. 227 da Lei nº 6.404/76.

Ao final, reconhece a existência de erro de fato substancial que implica em alteração no lançamento, motivo pelo qual, admite o pedido de revisão extraordinária e determina que o processo seja pautado para julgamento pelo Conselho Pleno.

Na sessão realizada no dia 15/04/10 o processo foi retirado de pauta em razão de suspeição alegada pelo relator, conforme Despacho nº 419/2010-CONP, de fls. 206.

Distribuído para novo relator o processo foi pautado para julgamento em sessão realizada no dia 13/05/10, tendo sido suspenso o julgamento em razão de pedido de vista do processo por um conselheiro componente do Conselho Pleno e determinado o retorno para julgamento na presente sessão, conforme Despacho nº 557/2010-CONP, de fls. 207.

Na manifestação oral na sessão de julgamento a douta Representação Fazendária argüiu uma preliminar de nulidade *ab initio* do processo por insegurança na determinação da infração alegando a ocorrência de vício formal no lançamento realizado pelo fisco.

É o relatório.

DECISÃO

O entendimento da Representação Fazendária é no sentido de que deve ser declarada a nulidade *ab initio* do processo por insegurança na determinação da infração em razão de possíveis vícios formais no lançamento realizado pelo fisco, tendo em vista, que se não ficou comprovada irregularidade na manutenção do saldo credor de ICMS nos livros fiscais da empresa incorporada transferidos para o nome da empresa incorporadora, pairam dúvidas em relação ao valor do referido saldo credor que deverão ser dissipadas por meio de novo procedimento fiscal.

Data vênua, não comungo com tal entendimento, tendo em vista que a improcedência do lançamento é patente, situação que se sobrepõe a qualquer vício formal porventura existente, como se verá na análise do mérito.

Rejeito a preliminar.

Em relação ao mérito, observo, inicialmente, que no dia 08/10/08 a empresa autuada formulou pedido de autorização de transferência para a empresa [...] de crédito de ICMS acumulado em razão da realização de operações destinadas ao exterior, dirigido a Gerência Especial de Auditoria – GEAT, devidamente registrado no Protocolo Geral da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás sob o nº 200800004020044.

O Auditor Fiscal designado para analisar o pedido concluiu que o pedido não se enquadrava na permissão prevista na Instrução Normativa nº 715/05-GSF, porque a requerente não comprovou a aquisição de mercadoria, bem ou serviço da empresa destinatária do crédito. Acrescentando, ainda, que a requerente estava com a sua situação cadastral irregular perante o fisco estadual, tendo em vista que a mesma fora incorporada pela empresa [...], tornando-se, assim, uma filial da sucessora legal (incorporadora).

Observou, ainda, o ilustre auditor fiscal que a última Declaração Periódica de Informação – DPI apresentada pela requerente foi relativa ao período de apuração de abril de 2008 onde constava um crédito apto a ser transferido em valor infinitamente inferior ao constante das Notas Fiscais nº 6.858 e 6.921, emitidas, respectivamente, nos dias 30/09/08 e 31/10/08, asseverando, também, que não restou provado que a requerente havia promovido ao estorno do valor equivalente à aplicação do percentual de 9% (nove por cento) sobre o valor da aquisição de carne para desossa, nos termos exigidos pelo art. 11, inciso XXI, alínea “a”, item 5, do Decreto nº 4.852/97.

Ao final, afirmou que diante da incorporação, já confirmada, a empresa incorporadora deveria promover a regularização cadastral do estabelecimento e providenciar a transferência dos livros fiscais em uso da empresa incorporada para o seu nome, assumindo a responsabilidade pela sua guarda, situação em que o saldo credor do ICMS poderia ser mantido nos livros fiscais em uso pela empresa incorporadora, onde continuariam a ser escrituradas as notas fiscais emitidas com débito do imposto, para futura compensação.

Por meio do Despacho nº 4.352/08-GEAT, de fls. 14 e 15 o titular da Gerência Especial de Auditoria – GEAT, concluiu pela impossibilidade de deferimento do pedido de transferência, ressaltando, no entanto, que após regularização da situação cadastral no que concerne a incorporação a execução da transferência dos créditos poderia ocorrer, sem qualquer autorização, nos termos do art. 55, inciso I, do Decreto nº 4.852/97, porém, ao final determinou a execução de procedimento fiscal junto à requerente para apuração das irregularidades.

Na parte final do referido despacho a ilustre autoridade registrou o seguinte:

“A requerente foi incorporada pela [...], conforme noticiado no sítio do Banco do Brasil (fl. 36). Destarte, as transferências de crédito acumulado se dariam, nos termos do dispositivo legal correspondente ao art. 55, I, do RCTE, como muito bem indica o AFRE III Roberli da Costa Batista, em seu judicioso, circunstanciado e irretocável relatório (item 11, fl 75).

Ocorre que tal norma seria auto-aplicável, independente, portanto, de qualquer autorização para sua consumação, ficando, assim, prejudicado o presente pedido por falta de objeto.

No entanto, entre as várias irregularidades apontadas pelo auditor-fiscal supracitado, uma se afigura como crucial: a irregularidade cadastral, fazendo com que nem mesmo possa ainda ser aplicado o art. 55, I, do RCTE.”

Ao meu sentir, referida afirmação revela que desde o primeiro momento a administração tinha conhecimento da incorporação da empresa requerente pela empresa [...], assim, a situação deveria ter sido analisada sob a ótica da absorção universal do ativo e passivo da empresa incorporada pela empresa incorporadora, nos exatos termos do art. 227, da Lei nº 6.404/76 que regula as sociedades por ações, bem como dos artigos 1.116 a 1.118, do Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 22 de janeiro de 2006 onde o legislador assevera que na incorporação a empresa incorporadora sucede a empresa incorporada em todos os seus direitos e obrigações.

A operacionalização da sucessão relativamente ao saldo credor de ICMS acumulado na escrita fiscal da empresa incorporada está prevista no Decreto nº 4.852/97. Vejamos:

“Art. 303. No caso de fusão, incorporação, transformação ou cisão, o novo titular do estabelecimento deve, por intermédio da delegacia fiscal ou regional em cuja circunscrição estiver estabelecido, transferir para seu nome, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da ocorrência, os livros fiscais em uso, assumindo a responsabilidade pela sua guarda, conservação e exibição ao fisco ([Convênio SINIEF SN/70, art. 69](#)).

§ 1º O delegado fiscal ou regional pode autorizar a adoção de novos livros em substituição aos anteriormente em uso.

§ 2º A pessoa jurídica resultante fica responsável pela manutenção e exibição ao fisco dos livros já utilizados e encerrados anteriormente àqueles que estiverem em

uso à época da fusão, incorporação, transformação ou cisão, o mesmo se aplicando aos documentos fiscais relativos às escriturações neles efetuadas.”

Assim, verifica-se, sem nenhum esforço, que a absorção do saldo credor de ICMS existente na escrita fiscal da incorporada, operacionaliza-se por meio da transferência dos livros fiscais onde o mesmo se encontra registrado para o nome da incorporadora ou pelo seu transporte para os novos livros porventura adotados em substituição aos anteriormente em uso. Não se exige, portanto, a emissão de nota fiscal de transferência e tampouco pedido de autorização de transferência do crédito, situação que deveria ter sido comunicada à empresa autuada e declarado prejudicado o pedido de autorização de transferência de crédito por falta de objeto.

As irregularidades consistentes na irregularidade cadastral, falta de apresentação de Declarações de Periódicas de Apuração – DPI e falta de comprovação de estorno de crédito exigido pela legislação tributária, poderiam ser resolvidas por meio de procedimento fiscal realizado junto à incorporadora sem, no entanto, desbordar da questão relativa incorporação.

Entendo, inclusive, que foi esse o comando do Despacho nº 4.352/08-GEAT que determinou a execução de procedimento fiscal em relação às irregularidades verificadas, porém, em momento algum determinou a lavratura de auto de infração relativo a multa formal por transferência indevida de crédito, mesmo porque, tal determinação teria cabimento somente após a intimação da empresa da decisão final do Processo nº 200800004020044 por meio do qual foi solicitada autorização para transferência do crédito, sob pena de malferir regras do processo administrativo no âmbito da administração pública do Estado de Goiás, veiculadas por meio da Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001, especialmente aquelas que impõe a obrigatoriedade da ciência do administrado das decisões proferidas em processos do seu interesse. Vejamos:

“Art. 3º – Sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados, o administrado tem os seguintes direitos:

[...]

II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos mesmos, pessoalmente ou através de procurador legitimamente constituído, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer das decisões proferidas;

[...]

Art. 26 – O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação dos interessados para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

[...]

Art. 28 – Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e atos de outra natureza, de seu interesse.”

Não foi esse, no entanto, o entendimento do auditor fiscal autor do procedimento que tratou a questão sob a ótica das transferências de créditos previstas no art. 59, inciso II, alínea "a", da Lei nº 11.651/91 e no art. 55, incisos I e II, do Decreto nº 4.852/97 que são específicas para os casos de transferência de saldo credor do ICMS acumulado em razão da fruição do benefício fiscal do crédito outorgado previsto no art. 11, inciso XXI, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 e de saldo credor decorrente da manutenção do crédito do imposto relativamente a não-incidência na operação de exportação, nos termos do art. 79, inciso I, alínea "a" e § 3, inciso I, alínea "a", do Decreto nº 4.852/97, não se aplicando, à evidência, ao caso vertente, onde o saldo credor de ICMS da empresa incorporada foi absorvido pela empresa incorporadora segundo a regra de sucessão universal prevista no art. 27, da Lei nº 6.404/76 e artigos 1.116 a 1.118 do Código Civil.

Por derradeiro, é oportuno salientar que a incorporação da empresa autuada pela empresa [...], ocorreu em 09 de setembro de 2008, conforme faz prova o Instrumento de Justificação e Protocolo de Incorporação de Sociedade, de fls. 73 a 79, resultando na absorção pela incorporadora de todos os direitos (ativo) e obrigações (passivo) da empresa incorporada (autuada), a ser operacionalizada, em relação ao saldo credor de ICMS, pela só transferência dos livros fiscais em uso pela empresa incorporada para o nome da empresa incorporadora ou do transporte do referido saldo credor para nos novos livros porventura adotados com autorização do Delegado Regional de Fiscalização, nos exatos termos do art. 303, do Decreto nº 4.852/97, anteriormente transcrito.

Com essas considerações, a conclusão é no sentido de que a acusação de transferência indevida de crédito, com inobservância do art. 55, inciso II e da Instrução Normativa nº 715/05-GSF, não restou configurada, caracterizando, portanto, erro de fato substancial que autoriza o conhecimento do pedido de revisão extraordinária, nos termos do art. 43, inciso II, alínea "a", item 1, da Lei nº 16.649/09 que regula o Processo Administrativo Tributário, para declarar, em consequência, a improcedência do lançamento.

À conta do exposto, conheço do pedido de revisão extraordinária, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 08 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Transporte a maior de saldo credor de ICMS (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 02435/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Transferência a maior de saldo credor para o período seguinte. Manutenção de saldo credor indevido. Multa formal. Improcedência. Decisão unânime.

1. Mero erro na escrituração fiscal sem qualquer repercussão no saldo credor, não caracteriza manutenção de saldo credor indevido passível de exigência de estorno e de multa formal;

2. Quando no curso processual o sujeito passivo conseguir descaracterizar a acusação deve ser considerado improcedente o lançamento.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de agosto de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Washington Luis Freire de Oliveira e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário interposto pela empresa atuada, objetivando a reforma da decisão singular que considerou procedente o lançamento relativo à exigência de multa formal correspondente a 40% (quarenta por cento) do saldo credor mantido indevidamente na escrita fiscal, decorrente de transporte a maior do saldo credor do mês de setembro para o mês de outubro de 2006.

O atuante informa que se trata de reatuação decorrente da declaração de nulidade do Auto de Infração nº 3 0293864 219 48, por insegurança na determinação da infração.

Foram mencionados como infringidos o art. 56, inciso I e o art. 64, da Lei nº 11.651/91, c/c art. 67, inciso II, do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso IV, alínea "b", da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com cópias do livro Registro de Apuração do ICMS relativo aos meses de setembro de outubro de 2006.

Na impugnação apresentada à primeira instância a empresa atuada alegou que ocorreu erro na apuração do mês de setembro, porém, o saldo foi transferido corretamente para o mês de outubro de 2006 e foi solicitada autorização da Delegacia Regional de Fiscalização de sua situação para correção da DPI.

Informa que o erro ocorrido na apuração do mês de setembro foi decorrente do lançamento no quadro débito do imposto dos valores a recolher apurados nos meses de maio, junho e julho e não pagos na época do vencimento. Afirma, no entanto, que os referidos valores foram objetos de autuação pelo fisco conforme faz prova o Auto de Infração nº 3 0225670 358 80.

Por meio da Sentença nº 1517/10, de fls. 54 a 56, o julgador singular considerou procedente o lançamento afirmando que a empresa atuada não conseguiu descaracterizar a acusação de aproveitamento indevido de crédito.

Inconformada, a empresa atuada interpôs o recurso voluntário de fls. 61 a 63, repetindo os mesmos argumentos expendidos na fase singular e pedindo a reforma da sentença monocrática para considerar improcedente o lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

De fato, da análise do livro Registro de Apuração do ICMS conclui-se, sem nenhum esforço, que no mês de setembro de 2006 foi apurado um saldo credor a ser transportado para o período de apuração seguinte no valor de R\$ 401.849,20 (quatrocentos e um mil, oitocentos e quarenta e nove reais e vinte centavos) e que na apuração do mês de outubro de 2006 foi considerado um saldo credor do período anterior no valor de R\$ 989.039,54 (novecentos e oitenta e nove mil, trinta e nove reais e cinquenta e quatro centavos), revelando, portanto, um transporte a maior de crédito na importância de R\$ 587.190,34 (quinhentos e oitenta e sete mil, cento e noventa reais e trinta e quatro centavos), objeto da lavratura do auto de infração que constitui a peça vestibular do presente processo, exigindo o pagamento da multa formal correspondente a 40% (quarenta por cento) do referido valor.

Não se pode olvidar, no entanto, numa rápida análise da apuração do mês de setembro de 2006, constata-se, também, sem nenhum esforço, um erro primário cometido pela empresa atuada que revela, no mínimo, amadorismo do responsável técnico pela escrituração fiscal da empresa atuada, que registrou na linha Outros Débitos do quadro DÉBITOS DO IMPOSTO os valores a recolher apurados nos meses de maio, junho e julho de 2006, redundando na diminuição do saldo credor a transportar para o período seguinte para a importância de R\$ 401.849,20 (quatrocentos e um mil, oitocentos e quarenta e nove reais e vinte centavos), quando o correto seria R\$ 989.039,54 (novecentos e oitenta e nove mil, trinta e nove reais e cinquenta e quatro centavos).

Na apuração do mês de outubro foi escriturado o saldo credor do período anterior no valor correto, ou seja, R\$ 989.039,54 (novecentos e oitenta e nove mil, trinta e nove reais e cinquenta e quatro centavos), passando, assim, a falsa impressão de transferência a maior de crédito, conforme interpretou o autuante.

Nesse ponto, é oportuno ressaltar, que as Declarações Periódicas de Apuração – DPI, dos meses de setembro de outubro de 2006, foram apresentadas no dia 18/12/06, com as informações corretas, ou seja, sem a escrituração dos valores a recolher apurados nos meses de maio, junho e julho como débitos do imposto no mês de setembro de 2006.

Dessarte, concluo que razão assiste à empresa autuada quando afirma que não ocorreu transferência a maior de crédito do mês de setembro para o mês de outubro de 2006, tendo ocorrido apenas um erro crasso de escrituração no mês de setembro, porém, devidamente corrigido por meio do transporte correto do saldo credor para o mês de outubro de 2006.

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões, em 18 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Uso irregular de ECF (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01706/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Uso irregular de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF. Confirmação do acórdão cameral que considerou improcedente o lançamento. Decisão unânime.

1. Considera-se uso irregular de equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados a presença de equipamento, no recinto de atendimento ao público que possibilite o registro ou processamento de dados relativos à operação com mercadoria ou com a prestação de serviços, sem a devida autorização de uso ou que não satisfaça os requisitos da autorização (Decreto nº 4.852/97, Anexo XI, art. 232, I)

2. Deve ser confirmado o acórdão recorrido que considerou improcedente o lançamento quando restar provado nos autos que os equipamentos foram apreendidos em local diverso do recinto de atendimento ao público;

3. Recurso ao Conselho Pleno conhecido e improvido.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 20 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Álvaro Falanque, Elias Alves dos Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Paixão de Oliveira Gomes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso ao Conselho Pleno interposto pela Representação Fazendária em face da decisão cameral consubstanciada no Acórdão n. 2.836/2009, de fls. 62 a 64, por meio do qual a Primeira Câmara Julgadora, por maioria de votos, reformou a decisão singular e considerou improcedente o lançamento que exige multa formal no valor de R\$ 6.806,58 (seis mil, oitocentos e seis reais e cinquenta e oito centavos), em razão da utilização, no recinto de atendimento ao público, de 2 (duas) Impressoras não constantes da autorização n. 986-002, de 07/04/00.

A decisão pela improcedência foi fundamentada no fato de a apreensão dos microcomputadores ter ocorrido em local de recebimento de mercadorias dos fornecedores (produtores rurais) e não no local de atendimento ao público.

No recurso ao Conselho Pleno a Representação Fazendária afirma que a alegação da empresa autuada no sentido de que os equipamentos não se encontravam no recinto de atendimento ao público não foi comprovada, devendo, portanto, ser considerado como verdadeiro o que consta do Termo de Apreensão, ou seja, que os equipamentos foram apreendidos no recinto de atendimento ao público.

Pede a reforma do acórdão cameral para considerar procedente o lançamento.

Na contradita a empresa reafirma que os equipamentos não são utilizados no recinto de atendimento ao público, mas sim, em atividades interna da empresa.

Pede a confirmação do acórdão cameral e, alternativamente, em caso de procedência que seja aplicado os benefícios do Parágrafo 8o do CTE.

É o relatório.

DECISÃO

A legislação tributária estadual assevera que deve ser considerado uso irregular de equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados a presença de equipamento, no recinto de atendimento ao público que possibilite o registro ou processamento de dados relativos à operação com mercadoria ou com a prestação de serviços, sem a devida autorização de uso ou que não satisfaça os requisitos da autorização (Decreto nº 4.852/97, Anexo XI, art. 232, I).

No caso vertente, ficou assentado no acordo recorrido que a apreensão dos equipamentos ocorreu em local de recebimento de mercadorias entregue pelos fornecedores (produtores rurais) e não no local de atendimento ao público, não configurando, portanto, uso irregular.

Da análise das provas constantes dos autos, concluí que o acórdão recorrido está escorreito, não merecendo, dessa forma, nenhuma reparo.

À conta do exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento, para confirmar o acórdão recorrido que reformou a decisão singular e considerou improcedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 29 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Utilização de nota fiscal sem liberação de uso (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02235/10

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária acessória. Utilização de documentos fiscais sem a prévia Liberação de Uso. Espontaneidade. Improcedência. Decisão unânime.

1 - Antes de qualquer procedimento fiscal, o contribuinte e demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária pode procurar a repartição fazendária competente para, espontaneamente: (I) sanar irregularidades verificadas em seus livros ou documentos fiscais, sem sujeição à penalidade aplicável, observado o disposto no inciso seguinte, quando da irregularidade não tenha decorrido falta de pagamento de tributo. (artigo 484, inciso I, do RCTE);

2 - O contribuinte pode formalizar a espontaneidade de que trata o inciso I do caput deste artigo com a lavratura, no livro próprio, de ocorrência descrevendo a irregularidade, e com a obtenção do visto da repartição fazendária competente, na respectiva ocorrência. (§ 2.º, do artigo 484, do RCTE).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de junho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 07 de abril de 2009, o Fisco impõe à empresa acima identificada multa formal na importância de R\$ 171.693,50 (cento e setenta e um mil, seiscentos e noventa e três reais e cinquenta centavos), em razão da utilização dos documentos fiscais Modelo 1, n.ºs 351 a 425, e Modelo 2, série D-1, n.ºs 4251 a 5500, totalizando 1325 (um mil, trezentos e vinte e cinco) documentos, sem a prévia liberação de usos.

Alega o autuante que a prática acima descrita é reiterada.

Indica como infringido o artigo 64, da Lei 11.651/91, c/c o artigo 138, § único, do Decreto 4.852/97. A penalidade indicada é a prevista no artigo 71, inciso XX, alínea "a", do CTE. Aplica, outrossim, a forma privilegiada do § 8º, do artigo 71, do CTE.

Junta ao processo cópia das páginas do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, espelho do Controle de concessão e Autenticação de Documentos Fiscais – CIAF, bem como do Despacho n.º 219/2005 – DRFIA, documentos de fls. 05/09.

Devidamente intimado, o sujeito passivo não se manifesta no processo, permitindo a lavratura do Termo de Revelia de fls. 14.

Novamente intimado, o autuado interpõe a Impugnação de fls. 19/21, alegando que o uso das Notas Fiscais sem a prévia liberação de uso foi um erro involuntário. Que, em momento algum tentou ludibriar o Fisco. Diz, outrossim, que no dia 15 de fevereiro de 2005 compareceu, espontaneamente, na Agenfa de Jataí, antes de qualquer procedimento administrativo, informando o erro e requerendo a regularização das referidas Notas Fiscais, conforme comprova as cópias dos documentos apensados pelo próprio autuante.

Complementa: *“Ressalta-se, ainda, Doutos Julgadores, que em 17/02/2005, tendo em vista o pedido de regularização do Sujeito Passivo, o Supervisor Fiscal r. Carlos Alberto Bueno, autorizou a atualização no sistema das notas fiscais modelo 1, série de n.ºs 351 a 425 da concessão 5788854 e modelo 2, série D1 de n.ºs 4251 a 4500, 4501 a 5000, 5001 a 5500 das concessões 4656032, 5353327, 5788854, conforme fls. 08 dos autos.”*

Conclui: *“Portanto, desde fevereiro de 2005 a situação do Sujeito Passivo junto à Agência Fazendária de Jataí está devidamente regularizada, uma vez que o referido supervisor fiscal determinou que regularização das referidas notas fiscais, lembrando que o auto foi lavrado equivocadamente em 07/04/2009, ou seja, quase três anos após os documentos terem sido regularizados no sistema da Receita.”*

Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração.

Este é o relatório.

DECISÃO

Não havendo preliminares a serem examinadas, estando presentes os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

QUESTÃO MERITÓRIA

Na questão meritória propriamente dita, destaco que, ao proceder à análise do conteúdo do presente processo, na condição de seu relator, verifiquei que a exigência fiscal em comento, surgiu assentada no pressuposto de que a autuada utilizou documentos fiscais sem a prévia liberação de uso.

A acusação é verídica. O próprio sujeito passivo a confirma.

Entretanto, há que se considerar a atitude do sujeito passivo, que ao descobrir a falha cometida, buscou, espontaneamente, antes de qualquer procedimento administrativo, regularizar a situação, nos termos preconizados pela legislação tributária estadual, a destacar, artigo 169, do Código Tributário Estadual – CTE, e o artigo 484, do Regulamento do CTE:

“Art. 169. Antes de qualquer procedimento fiscal, os contribuintes e demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias poderá procurar a repartição fazendária competente para, espontaneamente:

I – sanar irregularidades verificadas em seus livros ou documentos fiscais, sem sujeição à penalidade aplicável, observado o disposto no inciso seguinte, quando da irregularidade não tenha decorrido falta de pagamento de tributo;

[...]”

“Art. 484. Antes de qualquer procedimento fiscal, o contribuinte e demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária pode procurar a repartição fazendária competente para, espontaneamente (Lei n.º 11.651/91, art. 169):

I – sanar irregularidades verificadas em seus livros ou documentos fiscais, sem sujeição à penalidade aplicável, observado o disposto no inciso seguinte, quando da irregularidade não tenha decorrido falta de pagamento de tributo;

[...]

§ 2.º o contribuinte pode formalizar a espontaneidade de que trata o inciso I do caput deste artigo com a lavratura, no livro próprio, de ocorrência descrevendo a irregularidade, e com a obtenção do visto da repartição fazendária competente, na respectiva ocorrência.

[...].”

Entendo, portanto, que cabe razão ao sujeito passivo quanto ao pedido de improcedência do auto de infração. Vejo que, diligentemente, promoveu todos os atos necessários à regularização dos documentos fiscais emitidos sem a prévia liberação de uso. Todos os documentos foram regularizados na data de 17 de fevereiro de 2005, conforme comprovam os documentos que fiz juntar ao processo nas fls. 30/37. Antes, portanto, de qualquer procedimento administrativo.

A fiscalização se equivocou na lavratura do auto de infração. Atropelou, sem qualquer pejo, tornando “*tábula rasa*” os preceitos normativos que versam sobre a espontaneidade. Acusou o sujeito passivo de ser reincidente na prática de utilizar documentos fiscais sem a prévia liberação de uso, olvidando, entretanto, que, inobstante ter incorrido na falha em questão, o mesmo buscou, atempada e espontaneamente a regularização, obtendo a anuência da Administração Tributária, consoante provam os documentos juntados ao processo, em especial os “*vistos*” contidos nas páginas do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, fls. 06/07, bem como o Despacho n.º 219/2005 – DRFIA, documento de fls. 08.

Em face do exposto, quanto ao mérito, em consenso unânime com meus pares, voto, conhecendo da Impugnação, dando-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 02 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: MULTA FORMAL - Utilização indevida de alíquota de ICMS em operação com contribuinte (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01101/10

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Aquisição de mercadoria com consignação indevida, no documento fiscal, da alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte da destinatária. Procedência. Decisão unânime.

I - A empresa de construção civil, ainda que possua inscrição cadastral, não é considerada contribuinte para efeito do diferencial de alíquota. Assim considerado, na aquisição interestadual de mercadoria, bem ou serviço, a sua condição de não contribuinte do imposto deve ser informada ao remetente, para emissão de documento fiscal com a consignação da alíquota interna para fins de cálculo do ICMS devido na operação.

II - É correta a aplicação da multa prevista no art. 71, XII, "b", do Código Tributário Estadual pela aquisição de mercadoria ou serviço, em operação ou prestação interestadual, acobertada por documento fiscal, no qual se consigne, indevidamente, a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário da mercadoria ou serviço;

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Itamar Alves Carrijo e Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

Neste processo a motivação para o lançamento de crédito tributário está na constatação de que o sujeito passivo adquiriu bens, por meio das Notas Fiscais nºs 101761, 101757 e 101762, nas quais se destacou, indevidamente, o imposto pela alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário. Em consequência, foi reclamada a multa formal no valor de R\$ 8.865,04, correspondente a 70% do valor da operação, valor esse já calculado com a redução prevista no § 8º do art. 71 do CTE.

O auto de infração está acompanhado do relatório denominado Espelho Cadastral e de cópia das primeiras vias e, também, das terceiras vias das notas fiscais já mencionadas.

No procedimento de lançamento, a autoridade fiscal considerou que o sujeito passivo incorreu em infração às disposições dos artigos 44, §§ 3º e 4º, e 64 do Código Tributário Estadual - CTE e artigo 145 do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE.

Em sua impugnação, o sujeito passivo pede a nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que as leis citadas pela fiscalização teriam sido revogadas. Pretende, também, ver declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais citados, por divergência de decisão entre o Conselho Administrativo Tributário - CAT e o Tribunal de Justiça de Goiás. No mérito, cita dispositivos que lhe asseguram a condição de contribuinte do ICMS e pede a improcedência do auto de infração.

O julgador singular rejeitou a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, justificando que o lançamento atende a todos os requisitos do art. 142 do CTN. Manifesta-se contrário à declaração de inconstitucionalidade e, no mérito, fundamenta sua decisão no art. 44 e seus §§ 3º e 4º para considerar procedente o auto de infração.

Discordando da decisão singular, o sujeito passivo apresenta suas razões de recurso nas quais alega que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não deixa dúvidas de que, nas operações interestaduais em que o destinatário é uma empresa de construção civil, a alíquota a ser aplicada é a interestadual, conforme art. 155, § 2º, VII, "a", da CF. Cita, também o art. 7º, § 2º, da Lei Complementar - LC nº 116/03, para reforçar a sua tese de que a empresa de construção civil não é consumidora final e que as mercadorias adquiridas para a prestação de serviços devem ser consideradas como insumos.

Também argumenta que a regulamentação feita por meio do § 3º do art. 44 do CTE não faria sentido se a construtora fosse tratada como não contribuinte em todas as situações. Pede a nulidade e a improcedência do auto de infração.

Na sequência do processo constam os ofícios e despachos, assinados pelo presidente do CAT, solicitando informações da Procuradoria sobre as posições dos processos que tratam dessa mesma matéria, em andamento no poder judiciário. A Procuradoria Tributária, em resposta à solicitação então formalizada, recomenda o imediato julgamento de todos os processos administrativos, que se encontram sobrestados, relativos à aplicação da multa prevista no art. 71, XII, "b", da Lei nº 11.651/91 – CTE, justificando que o acórdão do STJ, altamente favorável à Fazenda Estadual, transitou em julgado, conforme decisão que acompanha seu ofício.

Nessas condições foi o processo distribuído para julgamento.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

DECISÃO

Sobre a matéria em discussão neste processo o Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes assim se manifestou no Acórdão nº 1018/02 – CONP:

As empresas de construção civil “são constituídas com o ânimo de produzir e vender bens imóveis e, via regra, funcionam seguindo esse objetivo, sem vender qualquer espécie de mercadoria que, conceitualmente, é bem móvel, não tendo assim natureza de contribuinte do ICMS.

A regra, então, é que tais empresas não são contribuintes do ICMS, não podendo as mesmas se beneficiar da aplicação da alíquota interestadual, em nome da possibilidade, às vezes muito tênue, de praticar fato gerador desse imposto (fornecimento de materiais produzidos fora da obra, por exemplo).

Aprofundando essa questão, manifesto meu entendimento de que a obrigação acessória aqui examinada foi instituída exatamente para recuperar a isonomia tributária entre as vendas internas de material de construção e as vendas de outros Estados para o mercado goiano, isonomia essa que vinha sendo corroída com base numa incorreta interpretação da jurisprudência emanada de vários tribunais do País”.

O Superior Tribunal de Justiça, ao se pronunciar nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança nº 12.062-GO (2000/0053931-7), fez constar na ementa, que “a Constituição Federal prevê, expressamente que, nas operações interestaduais, a alíquota interestadual (menor que a interna) é devida apenas nas vendas para contribuintes do ICMS (art. 155, § 2º, VIII, “a”). Nas operações interestaduais em que o adquirente não é contribuinte do ICMS (caso das construtoras), é aplicável sempre a alíquota interna (art. 155, § 2º, “b”)...”.

Para melhor verificação, torna-se oportuna a transcrição dos incisos VII e VIII do § 2.º do art. 155 da Constituição Federal de 1998:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III - propriedade de veículos automotores.

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da álnea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

[...]"(Grifos Oportunos)

Também na ementa referenciada consta que “não é a legislação goiana que define as construtoras como não-contribuintes do ICMS. Ela apenas reproduz a legislação complementar federal (LC 116/2003), que determina a incidência exclusiva do ISS sobre a atividade (item 7 da lista anexa). Somente as mercadorias produzidas pela construtora fora do local da prestação do serviço é que se sujeitam ao ICMS (hipótese excepcional prevista no item 7.02, “in fine”, da lista anexa à LC 116/03)”.

Dentro dessa sistemática normativa, por meio da Lei nº 13.194/97 foi acrescentado o § 3º ao art. 44 do Código Tributário Estadual – Lei nº 11.651/91 e, posteriormente, a esse mesmo artigo, foi acrescido o § 4º, em providência consumada com a publicação da Lei nº 14.634/03. Assim dispõe o art. 44 do CTE:

“Art. 44. Contribuinte é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º É, também, contribuinte a pessoa natural ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

I - importe mercadoria ou bem do exterior qualquer que seja a sua finalidade;

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - adquira, em licitação pública, mercadoria ou bem importados apreendidos ou abandonados;

IV - adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou industrialização.

§ 2º Equipara-se a importador o adquirente, em aquisição no mercado interno, de mercadoria ou bem importados do exterior em situação fiscal irregular.

§ 3º Para efeito do diferencial de alíquotas, não se considera contribuinte a empresa de construção civil, ainda que possua inscrição cadastral.

§ 4º Na aquisição interestadual de mercadoria, bem ou serviço, o destinatário deve informar ao remetente sua condição de não contribuinte do imposto, se for o caso.” (destaque acrescentado nesta transcrição).

Reconheceu o Superior Tribunal de Justiça ser notório que “o vendedor da mercadoria emite nota fiscal de acordo com as informações prestadas pelo

adquirente” e que, nesse sentido, “é impensável que as construtoras não saibam que as notas fiscais estão sendo emitidas erroneamente, com aplicação da alíquota interestadual, em violação direta do art. 155, § 2º, VII, “b”, da CF”. Concluiu, também, que “as empresas que adquirem mercadorias em outros Estados como se fossem contribuintes do ICMS, embora não o sejam, agem com deslealdade perante o Fisco e afrontam o princípio da boa-fé objetiva, ainda mais quando pretendem apenas o bônus da condição de contribuintes (alíquota interestadual menor, conforme art. 155, § 2º, “a”, da CF), mas não o ônus (pagamento do diferencial de alíquota do Estado de destino, conforme art. 155, VIII, da CF)”.

Voltando ao Acórdão 1018/02 – deste Conselho, é oportuno destacar a conclusão do autor do voto de que “... quando o Estado de Goiás exige que uma empresa de construção civil não adquira mercadorias com o uso indevido de alíquota interestadual, ele não está, numa solidariedade oferecida, a resguardar o interesse fiscal do Estado de origem. Está a resguardar o seu interesse fiscal, a sua arrecadação de ICMS, resguardo esse constituído pela preservação legítima – por que isonômica – das vendas de seus contribuintes.”

Nos Embargos de Declaração, em referência, o STJ se posicionou pela legitimidade da legislação do Estado de Goiás, de apenar a ação das empresas de construção civil que, embora não contribuintes do ICMS (conforme a jurisprudência do STJ, a legislação federal e estadual) apresentam-se como tais no momento da aquisição das mercadorias em outros Estados, ao arrepio do art. 155, § 2º, VII, “b”, da CF, lesando o Erário e a economia local.

Conforme § 4º do art. 44 do CTE, na aquisição interestadual de mercadoria, bem ou serviço, o destinatário deve informar ao remetente sua condição de não contribuinte do imposto, se for o caso. A cobrança de multa formal pela inobservância dessa determinação legal, encontrava-se, inicialmente, prevista no art. 71, VII, “p”, do CTE, mas deixou de ter referência no inciso VII, quando a sua alínea “p” foi revogada pela Lei nº 14.058, em vigor a partir de 27.12.01, e, por força dessa mesma norma, passou a compor o inciso XII, do art. 71 do CTE, pela nova redação que, na ocasião, lhe foi dada. Assim passou a dispor o art. 71, XII, “b”, do CTE:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

b) 70% (setenta por cento) do valor da operação ou prestação pela **aquisição de mercadoria ou serviço, em operação ou prestação interestadual, acobertada por documento fiscal, no qual se consigne, indevidamente, a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário da mercadoria ou serviço**; (o destaque não faz parte do original).

[...]”.

Diante do que foi exposto, em estrita observância ao ordenamento legal a respeito da matéria e à decisão do STJ, é que me manifesto pela confirmação do

lançamento, por não ter sido afastada a acusação inicial de que, na aquisição interestadual realizada pelo sujeito passivo, não foi informada a sua condição de não contribuinte para o destaque do ICMS com a utilização da alíquota interna.

Com essas considerações, voto, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular e considerar procedente o lançamento, destacando, porém que o próprio autuante já fez a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE.

Sala das sessões, em 05 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Apuração do saldo devedor para fins de fruição do programa FOMENTAR (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01476/10

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Apuração do saldo devedor para fins de fruição do Programa Fomentar. Fomento indevido. Procedência. Decisão por maioria.

I - A legislação tributária estadual não permite que entrem no cômputo dos débitos financiados através do programa FOMENTAR outros débitos que não sejam referentes à saída de produtos industrializados;

II - É procedente o lançamento fiscal relativo à exigência de ICMS e demais acréscimos, embasado em procedimento fiscal corretamente elaborado, com atendimento das normas contidas legislação tributária.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16 de setembro de 2009, decidiu, por maioria de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, argüidas pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Manoel Antônio Costa Filho. Vencido o Conselheiro Álvaro Falanque. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Manoel Antônio Costa Filho. Vencido o Conselheiro Álvaro Falanque que votou pela improcedência do feito.

RELATÓRIO

Trata-se de acusação fiscal feita em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciada na seguinte 'descrição do fato' constante do auto de infração:

“Omitiu o pagamento do ICMS em decorrência da adoção de procedimento irregular consistente na utilização indevida de estorno de créditos para formação do montante do saldo devedor do período, relativamente a operações com produtos de industrialização própria do estabelecimento, inseridas no programa Fomentar/Produzir, quando o correto seria o registro dos referidos estornos de créditos na formação do saldo devedor resultante apenas das operações comerciais, que não integram o programa Fomentar/Produzir, conforme auditoria básica do ICMS demonstrativo e nota explicativa em anexo. Em consequência,

devera recolher o tributo na importância de R\$ 852.655,10, juntamente com as cominações legais.”

São dados como infringidos o art. 61 da Lei 11651/1991 em combinação como o art. 67, I, do Decreto 4852/97.

Instrui o processo, dentre outros documentos, a Nota Explicativa, de fls. 03/04, o demonstrativo da diferença apurada, de fls. 05/07, a Auditoria Básica do ICMS, de fls. 08/13, as cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS, de fls. 14/40 e os extratos da Declaração Periódica de Apuração – DPI, de fls. 41/68.

A Nota Explicativa tem o seguinte teor:

“A omissão de pagamento do ICMS, reclamada na peça basilar, ocorreu em virtude de procedimento irregular do contribuinte, quando, ao apurar o ICMS mensal, para efeito de calcular o percentual de 70% (setenta por cento) que seria incentivado pelo FOMENTAR/PRODUZIR, não excluiu os débitos que entravam no quadro “Débito do Imposto” do Livro Registro de Apuração - LRA, e não se referiam a saídas de produtos industrializados. Sendo assim, a formação do saldo devedor para efeito de incentivo financeiro do programa resultou maior que o saldo devedor não sujeito ao incentivo, e conseqüentemente implicou em omissão de pagamento do ICMS apurado no mês.

Para se chegar ao montante do imposto não pago no mês, foi elaborado um demonstrativo no qual foi realizada uma apuração da seguinte forma:

Saldo devedor financiado - compensação dos débitos pelas saídas de produtos industrializados com o percentual de crédito proporcional ao débito por essas saídas em relação ao débito total;

Saldo devedor que não é permitido incentivo - compensação dos débitos pelas saídas de produtos não industrializados mais os débitos exigidos pela legislação vigente escriturados nos campos “Outros Débitos” ou “Estorno de Créditos” do LRA com o percentual de crédito proporcional a esses débitos em relação ao débito total.

Vale ressaltar que, quando da entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, em decorrência de erro no programa de escrituração de livros da empresa, o seu crédito estava sendo lançado na sua totalidade, e essa irregularidade estava sendo ajustada todo mês mediante o estorno do seu valor integral lançado no quadro “débito do imposto” do LRA. Ou seja, o crédito pela entrada, e seu estorno (débito) dentro do mesmo período não implicavam em alteração na apuração do saldo =SALDO ZERO. Esse ajuste foi retirado da apuração do saldo a ser financiado, e do saldo não financiado, por não ter causado qualquer interferência no resultado da apuração (coluna “B” representa o total escriturado no quadro “Débito do Imposto” do LRA, excluído o valor constante da coluna “T” que representa o valor do crédito de ICMS de ativo imobilizado que estava sendo ajustado no período).

A apuração correta do imposto resultou numa diferença a maior entre o total de ICMS normal devido (30% não financiado + média + Saldo devedor das operações não industrializadas com os demais débitos da apuração periódica) e o total pago pelo contribuinte mediante abatimento no crédito outorgado de álcool anidro. No

ano de 2004 essa diferença perfaz um montante de R\$852.655,10 de omissão de pagamento do ICMS apurado.”

Inconformada com a decisão singular que julgou procedente o lançamento fiscal, a autuada interpõe o presente recurso voluntário no qual alega que o processo encontra-se eivado de vício de nulidade *ab initio*, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento ao direito de defesa e que não se sustenta quanto ao mérito.

Argumenta que não infringiu os dispositivos legais citados pela autuante, sendo que “a hipotética infração alegada pela autuante não se enquadra em nenhuma das alíneas do inciso I, do artigo 61 da Lei 11 651/91”, destacando que tanto a alínea “a”, “b” e “c”, se referem a saídas ISENTAS, NÃO TRIBUTADAS e com destino ao EXTERIOR, “que não é a pendência em discussão, pois **todas as** saídas da recorrente beneficiadas pelo Fomentar/Produzir, são tributadas”. Por outro lado, alega que os incisos II, III e IV, do mesmo artigo 61, “também, nada tem a haver com a descrição da ocorrência contida no Auto de Infração”.

Diz ainda que adota o procedimento previsto no artigo 67, inciso I, do Decreto 4.852/97 e discorda da penalidade que lhe foi aplicada (art. 71, inciso III, alínea “c” do CTE).

Entende, assim, que ficou claramente comprovado, que o “Auto de Infração, cujo histórico ou descrição do fato é longo e confuso, foi lavrado COM INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO”.

A recorrente argui uma segunda preliminar de NULIDADE DO PROCESSO por CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, com base no artigo 19, inciso III, da Lei 13.882 de 23 07.2001, em razão da impossibilidade de se chegar aos valores do ICMS, apurados pela auditora e que o Fisco alega que foi omitido o seu pagamento.

Neste sentido, argumenta que o demonstrativo no qual se fundamentou a hipotética infração, não permite que a defendente saiba como a autuante chegou aos valores da autuação.

Reforça sua tese de que houve cerceamento ao direito de defesa, dizendo que é necessário que se organize um mapa para se utilizar como roteiro: “*Inicia-se com o valor de R\$ 42.250,07, que corresponde ao valor da coluna “V - diferença de ICMS normal devido”. Esse valor corresponde ao valor da coluna “X” menos o valor da coluna “d” do campo “V”. Para se saber o valor da coluna “X” é necessário que se faça a seguinte soma do valor da coluna “Q” mais o valor da coluna “R” mais o valor da coluna “U”. Para se saber o valor da coluna “Q” terá que ser feita a seguinte operação: o valor da coluna “P” mais o valor da coluna “M” mais o valor da coluna “K”. Para se saber o valor da coluna “P” é necessário fazer outra operação correspondente ao valor da coluna “N” menos o valor da coluna “O” Para se saber o valor da coluna “N” é necessário fazer a dedução do valor da coluna “L” menos o valor da coluna “M”. Para se saber o valor da coluna “O” é necessário multiplicar o valor da coluna “N” por 70%, etc. Enfim, para se chegar aos mesmos*

resultados que se chegaria com no máximo cinco ou seis operações simples sem risco de se cometer erros, pelos demonstrativos arquitetados pela auditora teria que se fazer uso de quase cem operações”.

No mérito, alega que é signatária de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, firmado com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, com os benefícios dos Programas Fomentar/Produzir e que “está autorizada a financiar 70%, do ICMS apurado mensalmente, relativo aos produtos por ela industrializados”, de tal forma que o “valor do restante do ICMS devido correspondente a 30%, é pago nos prazos normais, ou no caso de existência de saldo positivo de crédito outorgado de AEAC - Álcool Etílico Anidro Combustível, esse débito poderá ser compensado”.

Argumenta que essa compensação foi feita de conformidade com o disposto com artigo 1º, inciso I, alínea “a” e “b” da Instrução Normativa nº 493/01 - GSF de 06.07.2001.

Diz que a sua apuração fiscal é basicamente feita da seguinte forma: “Depois de apurado o valor do ICMS a pagar, que é a diferença entre o débito e o crédito, são calculados os percentuais de 70%, que será financiado pelo Fomentar/Produzir. Aos 30%, restantes, serão somados os valores que não podem ser financiados, que normalmente são: a) Média do Fomentar/Produzir (fixa e corrigida); b) Subprodutos; c) Devolução de Compras; d) Substituição Tributária para frente; e) Débitos pelas entradas referente à substituição tributária e diferencial de alíquotas, e f) ICMS frete.

Aduz que “Tudo é muito transparente, não existem médias, percentuais, ou qualquer fórmula complicada”, sendo que “não se pode dizer o mesmo, dos caminhos tortuosos, obscuros e complicados dos quais se utilizou a auditora para chegar a números mirabolantes, distorcendo completamente a realidade”.

Avalia que o julgador singular “optou por não aprofundar em ou análises técnicas da questão e dar procedência ao trabalho fiscal”, embora os Demonstrativos elaborados pela autuante sejam confusos e eivados de erros, “como é o caso das colunas ‘V b’ e ‘V c’ que constam erroneamente como extraídas do LRA e a coluna ‘Y’ consta como resultante da operação ‘R – W’ e essa coluna ‘W’ não existe”.

Elabora Demonstrativo contraditório e conclui que “a diferença de ICMS que a autuante alega existir, na realidade é resultado da inserção de dados indevidos que alteram dados e percentuais criando diferenças inexistentes”.

Alega que “não usufrui nenhuma vantagem financeira na transposição de valores do percentual de 70% para 30% ou vice-versa”, uma vez que “O percentual de 70% é financiado pelo FOMENTAR/PRODUZIR e o percentual de 30% é quitado com o crédito de ICMS Outorgado Acumulado de Álcool Etílico Anidro Combustível”.

Ao final, pede que o processo seja considerado NULO desde o início, por INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO e/ou POR CERCEAMENTO DE DEFESA e, no mérito, que seja seu recurso conhecido e julgado procedente, reformando-se a sentença proferida em primeira instância.

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada em 08 de outubro de 2007, decide acolher a preliminar de nulidade parcial do processo a partir de fls. 102, inclusive, e todos os atos subsequentes, por cerceamento do direito de defesa, remetendo os autos à Primeira Instância para apreciação de toda a matéria, uma vez que não foi apreciada a preliminar de cerceamento do direito de defesa, argüida pelo sujeito passivo.

Saneado o vício processual, com a prolação de nova sentença de primeiro grau (fls. 124/126), a autuada confirma os termos do recurso anteriormente apresentado, trazendo aos autos peça defensiva de idêntico teor.

Por meio da Resolução nº 215/2008, de fl. 136, a Segunda Câmara deste Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 10/9/2008, resolve converter o julgamento em diligência junto à Gerência de Combustíveis – GECOM, a fim de que fosse designado auditor fiscal estranho à lide para proceder à revisão do trabalho fiscal, levando em conta as razões de defesa aduzidas às fls. 129/134, especialmente as questões preliminares, bem como considerando o levantamento contraditório de fls. 113/116.

Em resposta, a autora do procedimento revisional elaborou o relatório de diligência, de fls. 138/141, acompanhado do Termo Aditivo e dos demonstrativos de fls. 142/166. O Relatório da diligência referido foi vazado nos seguintes termos:

“Em cumprimento ao Despacho nº 1436/09-GECOM e tendo em vista a Resolução 215/2008 – CAT, que converte os autos em diligência a fim de que se refaça os trabalhos da auditoria considerando os demonstrativos iniciais que deverão ser cotejados com aqueles trazidos pelo sujeito passivo, com a intenção de dirimir as dúvidas suscitadas pela empresa, passo a fazer as seguintes considerações:

1 - a recorrente é produtora de Álcool Etilíco Anidro Combustível - AEAC, cujas saldas são diferidas, ou seja, o produto sai da usina sem tributação. Diante deste fato, e conforme o artigo 61, inciso I, letra “b”, da Lei 11.651/91 - CTE, a usina deve proceder o estorno do imposto que se creditou na operação de entrada, no caso, deve ser estornado o crédito referente aos insumos e matéria prima utilizados para a produção do AEAC. O cálculo referente a este estorno de crédito é efetuado no Demonstrativo Mensal de Apuração do Crédito Outorgado Industrial de Álcool Anidro Etilíco Combustível, instituído pela Instrução Normativa nº 493/01 - GSF, cuja letra “g” aponta o valor do crédito a ser estornado. Nos documentos de folhas 89 a 100 acostados aos autos pela recorrente, observa-se o valor dos estornos de crédito por ela efetuados para o exercício de 2004 que são respectivamente, totalizando R\$ 1.725.958,83. A diferença apontada no levantamento original diz respeito basicamente a estes estornos de créditos que foram indevidamente incentivados pela empresa.

2 - a auditoria original pouco difere do mecanismo utilizado pela empresa na apuração do saldo devedor do imposto, as diferenças se resumem ao fato de que

no levantamento realizado pela autoridade fiscal houve uma distribuição dos créditos entre as operações incentivadas e não incentivadas, enquanto que a impugnante faz apuração normal entre débitos e créditos sem usar de proporcionalidade. Outra diferença diz respeito à conferência de dois itens na auditoria efetuada pelo agente do fisco, quais sejam: diferencial de alíquota (DARE's ST) e recolhimento da substituição tributária do açúcar, a fim de verificar a apuração e conseqüente recolhimento do imposto relativo a tais operações fiscais: na defesa apresentada pela empresa estes itens aparecem apenas como excludentes do saldo devedor. Diante do exposto, e visando demonstrar de forma simplificada as diferenças apuradas pela fiscalização, faço a presente revisão no mesmo "modus operandi" da recorrente, apenas com as necessárias correções.

3 - conforme as declarações da impugnante, esta se utiliza do seguinte mecanismo para calcular as parcelas relativas ao incentivo do FOMENTAR. Faz a compensação normal entre débitos e créditos para apurar o saldo devedor, após relaciona alguns valores a serem excluídos deste saldo devedor, por tratar-se de débitos referentes a operações não sujeitas ao incentivo e que estavam integrando o total dos débitos utilizados quando da compensação Exclui: venda de subprodutos, devolução de compras, substituição tributária do açúcar, compensação de DARE's diferencial de alíquotas e média do FOMENTAR. É correta a exclusão dos seguintes itens: venda de subprodutos, devoluções de compra de insumos ou matéria prima, pois os mesmos são débitos que integravam o total dos débitos do LRA, e são oriundos de operações não sujeitas ao incentivo. É equivocada a exclusão dos seguintes itens: substituição tributária do açúcar e compensação de DARE's (diferencial de alíquotas), pois estes não se encontram entre os débitos registrados no LRA, visto que o DARE's dos diferencial de alíquotas são emitidos pelos postos fiscais de fronteiras e não foi levado a débito no LRA; consta apenas o valor total devido na linha Observações do LRA como informação fiscal. O ICMS retido devido referente à Substituição Tributária do açúcar está registrada no livro Registro de Saídas e não houve transporte para o LRA. A média do FOMENTAR, por determinação das normas relativas ao incentivo, deve ser excluída após a apuração do saldo devedor.

4 - entretanto, há uma exclusão que deveria ter sido efetuado pelo contribuinte e que não foi, e que veio a resultar na diferença reclamada pelo Fisco nestes autos. Trata-se do "estorno de crédito" referente aos créditos dos insumos e matéria prima utilizados na fabricação do AEAC cujas saídas ocorre sem tributação e calculado conforme já especificado no item 1. A exclusão é necessária porque o TARE nº 315/2003 só autoriza que seja incentivado o ICMS devido pelas saídas de produtos industrializados, abre exceção apenas para as seguintes operações: a) o ICMS devido pela entrada de bem para o ativo fixo oriundo de Outra unidade da federação e do exterior e b) o ICMS devido sobre a importação de insumos e matéria prima para serem utilizados no processo industrial São apenas estas as previsões legais específicas do TARE nº 315/2003, portanto, não pode ser incentivado pelo FOMENTAR, o estorno de crédito relativo ao insumo ou matéria prima utilizados na industrialização de produtos cuja saída ocorra sem tributação ou qualquer outro tipo de "débito" que não esteja literalmente autorizado no termo de acordo que define as regras do incentivo, por ausência de previsão legal específica. O "estorno de crédito" faz parte do quadro "Débitos" do LRA, e sendo assim seu valor compõe o saldo devedor apurado pela empresa e o mesmo não consta nas exclusões efetuadas, sendo assim, sobre este foi calculado o percentual de 70% do imposto a ser financiado pelo respectivo programa, o que não foi de forma alguma literalmente autorizado pela fisco estadual nas cláusulas do respectivo TARE. Concluindo, da forma como foi apurada pela empresa, foi financiado indevidamente 70% do "estorno de crédito".

5 - é importante também observar que justamente pelo fato das saídas de AEAC ocorrem sem tributação, o que impossibilita a fruição do incentivo FOMENTAR, foi instituído pela IN 493/01-GSF... “ o crédito outorgado ao industrial do setor alcooleiro relativo à operação que realizar com álcool etílico anidro combustível, em substituição é fruição do benefício do Programa FOMENTAR a que fizer jus...”. Portanto, ainda que de modo indireto, ao financiar parte do estorno de crédito (70%) o contribuinte estaria se utilizando de dois benefícios fiscais, sendo que, conforme acima transcrito um veio justamente para substituir o outro.

Em anexo, segue levantamento revisional nos moldes em que empresa alega apurar o Fomentar, apenas com as devidas e necessárias correções justificadas e mencionadas acima.

Refeitos os cálculos, chegou-se ao seguinte resultado:

Exercício do 2004	ICMS Devido ao Fisco
Janeiro	47.078,51
Fevereiro	44.655,57
Março	63.947,28
Abril	85.887,97
Mai	145.238,73
Junho	110.243,87
Julho	160.215,91
Agosto	109.333,56
Setembro	119.339,42
Outubro	108.393,11
Novembro	97.776,56
Dezembro	116.053,41
TOTAL	1.208.163,90

Como o valor encontrado na revisão é maior que o valor atuado, sugiro (s.m.j.) que o valor original do lançamento seja alterado para RS 1.208.163,90, para tanto segue anexo Termo Aditivo.

É de fundamental importância esclarecer que a planilha original, embora mais complexa, não contém erros, os valores nela inseridos conferem com os registrados nos livros fiscais do contribuinte e são exatamente os mesmos utilizados pela recorrente e no levantamento revisional. A diferença apurada a menor no levantamento original é devido ao fato de que a autoridade fiscal utilizou a proporcionalidade dos créditos, o que no caso, atribuiu um resultado mais benéfico para a empresa, enquanto que, na apuração do saldo devedor efetuado por esta e que serviu de base para o levantamento revisional, não foi utilizado o mecanismo da proporcionalidade...”

Contestando o trabalho diligencial, a recorrente alega que a diligência não atendeu ao que foi solicitado na resolução n° 215/2008, que pede que o trabalho seja realizado “...levando-se em consideração os **DEMONSTRATIVOS INICIAIS, que deverão ser cotejados com aqueles trazidos pelo sujeito passivo aos autos, com o objetivo de dirimir dúvidas...**”. Aduz que a auditora encarregada da revisão “também não entendeu absolutamente nada do famigerado demonstrativo”, tendo dito com suas palavras que “**É de fundamental importância esclarecer que a planilha original embora mais complexa...**” e

que “por questão de solidariedade funcional a auditora manteve os mesmos embasamentos, com valores ainda mais absurdos, motivando até um aditivo, que só poderia ser feito em face de alteração das planilhas originais”.

Argumenta que a revisora, ao apresentar planilhas completamente diferentes das originais, acaba por conferir razão à tese de nulidade da recorrente, visto que “seria como considerar como NULOS os demonstrativos dos levantamentos originais, conseqüentemente todo o processo”, destacando que “Novos levantamentos com novos demonstrativos, só poderiam ser apresentados em conseqüência de Nulidade”.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo, entendo que razão assiste à Fazenda Pública Estadual.

Em síntese, trata-se de acusação fiscal de utilização indevida de estorno de créditos para formação do montante do saldo devedor para fins de utilização do programa Fomentar, quando o correto seria o registro dos referidos estornos de créditos na formação do saldo devedor resultante apenas das operações comerciais, que não integram o programa Fomentar.

A nosso ver, não faz sentido a alegação de nulidade *ab initio* do processo por insegurança na determinação da infração, visto que o procedimento adotado pela autora do lançamento fiscal segue, em linhas gerais, o *modus operandi* adotado pela autuada em suas apurações fiscais.

Ademais, a complexidade do procedimento não o torna inseguro, especialmente quando se considera que o trabalho fiscal foi produzido a partir dos registros extraídos dos próprios livros fiscais pertencentes a autuada, devendo ficar registrado que a própria defesa elabora demonstrativo contraditório nos mesmos moldes daquele que instrui a peça fiscal.

Também não tem cabimento a alegação de cerceamento ao direito de defesa, especialmente quando se tem em conta que foram conferidos a autuada os meios e recursos inerentes ao devido processo legal, tendo sido, inclusive, anulada a sentença singular por supressão de instância (falta de apreciação de questão preliminar) e, agora, deferido o seu pedido de diligência, numa ampla apreciação das questões suscitadas pela defesa.

No que toca ao mérito é digno de registro o seguinte trecho extraído da Nota Explicativa, de folha 3/4: “A omissão de pagamento do ICMS, reclamado na peça basilar, ocorreu em virtude de procedimento irregular do contribuinte, quando, ao apurar o ICMS mensal, para efeito de calcular o percentual de 70% (setenta por cento), que seria incentivado pelo FOMENTAR, não excluiu os débitos que entravam no quadro ‘Débito do Imposto’ do Livro Registro de Apuração - LRA, e não se referiam a saídas de produtos industrializados”.

Portanto, a questão, do ponto de vista jurídico, é simples. A legislação tributária estadual não permite que entrem no cômputo dos débitos financiados através do programa FOMENTAR outros débitos que não sejam referentes à saída de produtos industrializados.

A apuração fiscal efetuada através do presente auto de infração tem origem nos seguintes fatos históricos: A autuada a é signatária de TARE para fruição do benefício do programa FOMENTAR relativamente aos artigos de sua linha de produção industrial, dentre os quais se encontra o Álcool Etílico Anidro Combustível e, desta forma, financiava 70%, do ICMS devido em razão da saída deste produto do seu estabelecimento industrial. Acontece que a partir de 1º de janeiro de 2001, o referido produto passou a constar como item de substituição tributária pelas operações anteriores, tendo a [...] como substituta tributária, isto em razão do acréscimo, por parte do artigo 2º do Decreto nº 5416/01, do § 5º ao artigo 12 do Anexo VIII do RCTE, do qual veio a constar a seguinte redação:

“§ 5º [...] - , CNPJ nº [...] é substituta tributária em relação ao imposto incidente na operação anterior interna ou interestadual com álcool etílico anidro combustível destinado a distribuidora de combustível que promove a saída da gasolina resultante da mistura com o álcool (Convênio ICMS 3/99, cláusula décima segunda).”

Diante disto, a autuada e demais produtores de Álcool Anidro Etílico Combustível não poderiam mais usufruir do benefício fiscal a que teriam direito em razão do programa FOMENTAR, razão pela qual o Estado de Goiás passou a conceder um crédito outorgado para o industrial do setor alcooleiro enquadrado no Programa FOMENTAR, aplicável sobre o valor da operação realizada com álcool etílico anidro combustível, no percentual inicial de 60% (sessenta por cento), do ICMS apurado no mês, relativo ao álcool anidro, que equivale ao montante líquido que seria despendido pelo Estado de Goiás no financiamento do ICMS abrangido pelo referido Programa (RCTE, Anexo XI, art. 12, XXVI), benefício este que veio a ser regulamentado pela Instrução Normativa nº 493/01-GSF, de 6 de julho de 2001.

Em grossas linhas, a referida instrução normativa determinou que, mediante simulação, fosse calculado o “ICMS que seria debitado” nas saídas com o álcool etílico anidro combustível caso este produto não estivesse sujeito ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores e, em seguida, que fossem deduzidos os “Créditos do ICMS” relativos aos insumos envolvidos na fabricação do referido produto. Assim, estar-se-ia apurando o ICMS que deveria ser pago segundo o regime anterior (sem substituição tributária) e sobre cujo valor seria calculada a parcela fomentada (70%), com financiamento integral no caso de implantação da indústria alcooleira ou com financiamento parcial (deduzido o valor da média do ICMS que a empresa vinha recolhendo) no caso de expansão da atividade industrial.

Veja-se, portanto, que os “Créditos do ICMS” acima aludidos foram considerados ficticiamente para fins de apuração do provável valor do ICMS devido e, assim, se chegar ao montante do crédito outorgado conferido como

compensação ante a impossibilidade de utilização do benefício do programa FOMENTAR, por força da adoção do regime de substituição tributária pelas operações anteriores em relação ao álcool anidro.

Assim, não existe operação de saída não tributada, como afirmam alguns, a ensejar a obrigatoriedade de estorno de crédito. O procedimento adotado pela autuada é impróprio, visto que efetuou estorno de crédito do imposto em relação aos insumos utilizados na produção de álcool anidro e, ainda por cima, ofereceu o débito daí decorrente ao benefício do programa FOMENTAR.

Daí, é necessário conferir razão ao raciocínio apresentado pela autora do procedimento revisional quando afirma que seria necessária uma exclusão do saldo devedor do ICMS antes que se aplicasse o percentual do FOMENTAR: “Trata-se do ‘estorno de crédito’ referente aos créditos dos insumos e matéria prima utilizados na fabricação do AEAC cujas saídas ocorre sem tributação e calculado conforme já especificado no item 1”.

Ao final do relatório diligencial, a autora afirma: “Concluindo, da forma como foi apurada pela empresa, foi financiado indevidamente 70% do ‘estorno de crédito’”.

Diante do exposto, não há motivo que conduza a declaração de improcedência do lançamento original, devendo ser destacada a impropriedade do Termo Aditivo proposto pela revisora, tanto em razão da sua inoportunidade (o processo já se encontra em apreciação de 2ª instância), quanto pelo critério por ela adotado, que deixou de considerar a proporcionalidade dos créditos entre as operações incentivadas e não incentivadas pelo aludido programa.

Ex positis, rejeito as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração e, quanto ao mérito, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 08 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Benefício fiscal - não cumprimento de condição - crédito pela entradas de 7% (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 03035/10

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: I - ICMS. Obrigação Principal. Utilização indevida de crédito outorgado. Não atendimento de condição para fruição do benefício fiscal. Procedência. Decisão unânime.

1 - Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário. (art. 86, RCTE);

2 - Deve ser excluída do benefício fiscal previsto no art. 11, III, do Anexo IX do Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, a operação de saída da mercadoria que tenha sido recebida em operação interestadual tributada com alíquota superior a 7% (sete por cento), exceto se o crédito apropriado pelo contribuinte limitar-se a 7% (sete por cento).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 15 de outubro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, José Paixão de Oliveira Gomes e Heli José da Silva.

RELATÓRIO

Consta do auto de infração que o sujeito passivo em epígrafe “Omitiu o pagamento do ICMS, na importância de R\$ 2.991.474,22 (dois milhões, novecentos e noventa e um mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e vinte e dois centavos), em razão da escrituração indevida de valores, a título de crédito outorgado, referente à operação de saída interestadual de mercadoria, contemplada com crédito outorgado sob condição, pois apropriou crédito superior a 7% (sete por cento), quando do recebimento de produtos em operação interestadual, perdendo dessa forma o direito de utilizar o benefício fiscal”.

Em razão da infração apontada, o Fisco exige no presente processo o pagamento do ICMS no valor mencionado, acrescido das cominações legais.

Foram indicados como infringidos o art 64 da Lei 11.651/91, c/c art. 11, inc. III; art. 86 do Anexo IX, do Decreto 4852/97 e art. 1º, inciso II da IN 326/98-GSF, sendo aplicada a penalidade do art. 71, inc. IV, alínea “a” da Lei 11.651/91, c/ red. da Lei 14.634/03.

Inconformado com a decisão singular que julga procedente a pretensão fiscal na Sentença nº 3925/10-JULP (fls. 159/161), o sujeito passivo interpõe o presente recurso voluntário e alega que o fiscal autuante para afastar o benefício do crédito outorgado baseou-se na exclusão prevista no art. 1º, inc. II da Instrução Normativa nº 326/98. E que a restrição é ilegal, por alterar a forma de apuração do imposto, por não ter sido instituída por Decreto e ofender ao princípio da não cumulatividade, uma vez que o crédito outorgado instituído pela alínea “h”, inciso II da Lei 13.194/97 veda a possibilidade de qualquer alteração no sistema normal de compensação do imposto.

Dessa forma, o entendimento que deve prevalecer é a de que a manutenção do sistema normal de compensação do imposto significa manter a apuração da integralidade dos créditos das entradas tributadas. E, sendo assim, a instrução normativa não pode restringir o benefício concedido pela Lei estadual nº 12.462/94, devendo limitar-se a complementar a lei. Menciona que a autuação fere o princípio da não cumulatividade e diz que a multa tem caráter confiscatório.

Ao final, pede a improcedência da exigência fiscal.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, quanto à alegação da recorrente de que a autuação é baseada unicamente na exclusão prevista no art. 1º, inc. II da Instrução Normativa nº 326/98 e, por isso, não há fundamentação legal para ampará-la, não há como dar guarida a sua pretensão. O benefício do crédito outorgado encontra respaldo no art. 2, inciso II, alínea “h” da Lei 13.194/97, *in verbis*:

“**Art. 2º** Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado, na forma e condições que estabelecer, a conceder:

[...]

II - crédito outorgado do ICMS:

[...]

h) equivalente à aplicação de até 3% (três por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo na saída interestadual promovida por contribuinte atacadista com mercadoria destinada a comercialização, produção ou industrialização, mantido o sistema normal de compensação do imposto;”

Contudo, os demonstrativos anexados aos autos comprovam que o sujeito passivo apropriou o crédito outorgado previsto no art. 11, III, do Anexo IX do

Regulamento do Código Tributário Estadual, RCTE, sem atender a restrição legal imposta para fruição do benefício, conforme transcrição abaixo:

"Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

III - para os contribuintes industrial e comerciante atacadista, o equivalente ao percentual de 2% (dois por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, na saída interestadual que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização, aplicado sobre o valor da correspondente operação, observado o seguinte (Leis nºs 12.462/94, art. 1º, § 4º, II; e 13.194/97, art. 2º, II, "h"):

[...]

b) o benefício não se aplica à operação:

[...]

2. com petróleo, combustível, lubrificante, energia elétrica e outras mercadorias e operações indicadas em ato do Secretário da Fazenda."

O dispositivo que estabeleceu o benefício fiscal do crédito outorgado nas operações interestaduais (Leis nºs 12.462/94, art. 1º, § 4º, II; e 13.194/97, art. 2º, II, "h"), delegou ao Secretário da Fazenda a competência legislativa para promover a exclusão de outras mercadorias e operações indicadas, além das mencionadas no referido diploma legal.

A Instrução Normativa n.º 326/98-GSF, de 22 de janeiro de 1998, que disciplina a concessão do crédito outorgado ao contribuinte industrial e comerciante atacadista, determina que deve ser excluída do benefício fiscal previsto no art. 11, III, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, RCTE, a operação de saída da mercadoria que tenha sido recebida em operação interestadual tributada com alíquota superior a 7% (sete por cento), exceto se o crédito apropriado pelo contribuinte limitar-se a 7% (sete por cento), in verbis:

"Art. 1º São excluídas dos benefícios fiscais previstos nos arts. 8º, VIII, e 11, III, do Anexo IX do Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, além das mercadorias e operações já mencionadas no referido decreto:

[...]

II - a operação de saída da mercadoria que tenha sido recebida em operação interestadual tributada com alíquota superior a 7% (sete por cento), exceto se o crédito apropriado pelo contribuinte limitar-se a 7% (sete por cento)."

A exigência fiscal está intimamente relacionada a impossibilidade do sujeito passivo apropriar o crédito pelas entradas interestaduais em percentual superior a 7% (sete por cento), sendo, portanto, em uma condição imposta ao aproveitamento do benefício discutido.

Dessa forma, a autuada não estava obrigada a usufruir do benefício fiscal, já que ele é uma faculdade proporcionada pela norma tributária, não se constituindo em qualquer violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade, como alegou a recorrente.

Note-se que o art. 86 do RCTE prescreve que quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício. Vejamos a transcrição:

“Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário.”

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 27 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Benefício fiscal - não cumprimento de condição - dívida ativa (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00966/10

Relator: Conselheira Eliene Mendes de Oliveira Feitosa

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária principal. O sujeito passivo, mesmo estando impedido de usufruir de benefício fiscal por possuir débito inscrito em dívida ativa, efetuou saída interna de feijão, utilizando-se da redução da base de cálculo prevista no artigo 8º, inciso XIX do Anexo IX do Decreto n.º 4852/97. Preliminar de nulidade da peça básica por cerceamento do direito de defesa. Rejeitada. Decisão unânime. Procedência. Decisão unânime.

Quando o sujeito passivo não apresentar provas capazes de elidir a pretensão fiscal, o auto de infração deverá ser julgado procedente.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Washington Luis Freire de Oliveira e Aldeci de Souza Flor. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Washington Luis Freire de Oliveira e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A presente autuação decorreu do fato do sujeito passivo, estando impedido de usufruir de benefício fiscal por possuir débito inscrito em dívida ativa, ter efetuado saída interna de feijão, utilizando-se da redução da base de cálculo prevista no artigo 8º, inciso XIX do Anexo IX do Decreto n.º 4852/97, sendo-lhe exigido o ICMS no valor de R\$ 1.458,00 (um mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais), acrescido das cominações legais.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, as 3ªs vias das Notas Fiscais nºs 006405 e 006406, cópias de Certidão de Débito em Dívida Ativa - Positiva e de Autos de Infração (fls. 4 a 11).

O sujeito passivo comparece ao processo apresentando tempestivamente impugnação em Primeira Instância (fls. 15 a 16), na qual limita-se a arguir em preliminar a nulidade do auto de infração, relacionando a hipótese de cerceamento do direito de defesa, argumentando que não consta neste feito qual o processo que estava em dívida ativa por ocasião da saída das mercadorias.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões da defesa, decide pela procedência do lançamento, consoante a Sentença nº 1809/08-COJP (fls. 27).

Inconformado com a decisão singular, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário (fls. 31 a 32), no qual questiona o sistema de inscrição de débito na dívida ativa adotado pelo Estado.

Ressalta que, sendo empresa de atividade rural e na época da emissão das notas fiscais, não teve acesso à publicação do Diário Oficial referente à inscrição do débito na dívida ativa, não tendo portanto conhecimento da existência da referida inscrição.

Afirma ainda que, quando da lavratura do presente auto de infração, o auto de infração que constava na dívida ativa já estava quitado.

Finaliza, pedido a anulação do auto de infração, relacionando a hipótese de cerceamento do direito de defesa.

A Primeira Câmara, por meio do Despacho nº 102/2009 - I - CJUL (fls. 38), nos termos do art. 8º da Instrução Normativa nº 884/07-GSF, com as alterações dadas pela Instrução Normativa nº 935/09-GSF, sobresta o presente processo até o dia 2 de junho de 2009, a fim de que se faça possível o cumprimento da formalidade prevista no art. 4º, incisos I e II da Lei nº 16.462, de 31 de dezembro de 2008.

Neste sentido, informe-se ao sujeito passivo autuado que, caso tenha interesse em requer a extinção do presente crédito tributário, deve protocolizar, em qualquer Delegacia Regional de Fiscalização, na Gerência de Cobrança e Programas Especiais ou no Conselho Administrativo Tributário - CAT, o requerimento constante do Anexo Único da Instrução Normativa nº 884/07-GSF, individualizando por processo, até a data do sobrestamento, acima anunciada, sendo aconselhável que tome esta providência o mais rápido possível.

O sujeito passivo foi regularmente intimado do Despacho nº 102/2009 - I - CJUL, recebendo inclusive cópia deste instrumento.

É o relatório.

DECISÃO

Em uma criteriosa análise de todo o processo, entendo, inicialmente, que não há que se falar em nulidade da peça básica por cerceamento do direito de defesa, uma vez que a infração praticada encontra-se perfeitamente descrita e capitulada, conforme determina o artigo 142 do Código Tributário Nacional, além de terem sido proporcionadas aos contribuintes autuados, todas as oportunidades de defesa e contraditório.

No tocante ao mérito, o pólo passivo não apresenta nenhuma prova capaz de elidir a pretensão fiscal, limitando-se a meras alegações, devendo, assim, ser julgado procedente o presente lançamento.

Ante todo o exposto, voto, inicialmente, rejeitando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. No mérito, voto conhecendo do recurso, negando-lhe provimento e confirmando a sentença singular, a qual considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 26 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Benefício fiscal sem cumprimento de condicionante (improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00203/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento de ICMS. Descumprimento de condição imposta pela legislação tributária para fruição de benefício fiscal. Improcedência. Decisão unânime.

1. A única condição imposta pela legislação tributária para fruição do benefício fiscal da isenção do ICMS na saída interestadual de mercadoria destinada a industrialização é que os produtos resultantes retornem ao estabelecimento de origem no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias;

2. Estando comprovado no processo que o contribuinte cumpriu a condição imposta pela legislação tributária para fruição do benefício fiscal da isenção, deve ser declarado improcedente o lançamento.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de dezembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, deixar de apreciar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, de acordo com o disposto no art. 18 § 3º do Decreto nº 6.930/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor e Edson Abrão da Silva. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

Nesse processo o fisco formaliza exigência de crédito tributário em desfavor da empresa atuada nos períodos e valores indicados nos campos próprios do auto de infração, relativamente ao ICMS incidente sobre mercadorias destinadas à industrialização no Estado de São Paulo, cujas notas fiscais de remessa foram emitidas sem destaque do ICMS, sendo que o prazo transcorrido entre a remessa e o retorno do produto resultante da industrialização foi de até 2 (dois) dias, caracterizando, ficando caracterizado, dessa forma que não ocorreu a industrialização, ficando, em consequência, a referida empresa sujeita ao pagamento do ICMS incidente na operação de remessa, mais as cominações legais.

Foram indicados como infringidos os artigos, 11, 40 e 64, da Lei nº 11.651/91, c/c artigo 163, inciso V, alínea “b”, do Decreto nº 4.852/97.

Foi proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, alínea “c”, c/c § 9, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

Foram arrolados como solidárias as pessoas físicas dos sócios-administradores [...] e [...], nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91.

Na nota explicativa de fls. 06 e 07, o autuante informa que nos exercícios de 2006 e 2007, a empresa atuada remeteu matéria-prima para industrialização na empresa [...], localizada na cidade de Mogi-Guaçu-SP, e que o prazo transcorrido entre a remessa e o retorno dos produtos resultante da industrialização eram insuficientes para que a referida matéria-prima fosse submetida ao processo industrial, ficando caracterizado, portanto, simulação com o objetivo de usufruir indevidamente do benefício fiscal.

O lançamento foi instruído com os demonstrativos da auditoria básica do ICMS, cópias do livro Registro de Saída de Mercadorias e das notas fiscais, bem como com a declaração de fls. 38, onde a empresa destinatária das mercadorias informa que antes da remessa da matéria-prima a empresa atuada solicita previamente os produtos, informando a quantidade e enviando a matéria-prima necessária para a fabricação correspondente.

Afirma que devido ao alto grau de especialização na produção dos produtos encomendados o prazo transcorrido entre a remessa da matéria prima e o retorno dos produtos acabados é mais do que suficiente, mencionando, ainda, que em muitas ocasiões não há sequer a necessidade de esperar a industrialização, tendo em vista que já possui os produtos acabados em seu estoque.

Devidamente intimada a empresa atuada compareceu ao processo por meio da impugnação de fls. 122 a 126, afirmando que sempre contou com a deferência da empresa [...] no sentido de atender rapidamente os seus pedidos de industrialização visando o aproveitamento do mesmo veículo que leva a matéria-prima para trazer o produto acabado.

Afirma que as operações foram realizadas dentro da legalidade e que consta do Processo nº 3 0193829 080 98, informação do próprio fiscal atestando a veracidade dos carimbos comprovando o trânsito da matéria-prima e dos produtos acabados.

Faz a juntada das cópias das notas fiscais de remessa e retorno da matéria prima e dos serviços de industrialização prestados pela empresa paulista.

As solidárias comparecem ao processo por meio das impugnações de fls. 162 a 179, pedindo as suas exclusões da lide, tendo em vista que não o fisco não comprovou qualquer ação delas com excesso de poder ou infração à lei.

Por meio da Sentença nº 1732/09, de fls. 183 a 186, a julgadora singular rejeitou o pedido de exclusão da lide das solidárias e considerou procedente o lançamento afirmando que o benefício fiscal concedido na remessa da matéria-

prima é condicionado e que não sendo cumprida a condição o contribuinte fica obrigado ao pagamento do imposto devido, nos termos do art. 86, do decreto nº 4.852/97.

Inconformados os sujeitos passivos interpuseram os recurso voluntários de fls. 194 a 219, onde reafirma a necessidade da exclusão da lide das solidárias e improcedência do lançamento, tendo em vista para cada nota fiscal de remessa de matéria-prima a indústria paulista emitiu uma nota fiscal de retorno e uma nota fiscal relativa aos serviços de industrialização.

É o relatório.

DECISÃO

Observo, inicialmente, que o autor do procedimento lançou como débitos de ofício na Auditoria Básica do ICMS o valor do imposto calculado pela aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) sobre o valor das Notas Fiscais nº 752, 807, 873, 899, 948, 1312, 1381 e 1471, emitidas com destino à empresa [...], situada no Estado de São Paulo, sem destaque do ICMS, com a natureza da operação REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO (CFOP 6.901).

A justificativa é que tal operação constituiu simulação de remessa de matéria-prima para industrialização, tendo em vista que o prazo transcorrido entre a remessa e o retorno dos produtos acabados era insuficiente para que a matéria-prima remetida fosse submetida ao processo de industrialização, portanto, os produtos que retornaram não têm nenhuma vinculação com a matéria-prima remetida com o benefício fiscal da isenção.

Relativamente à remessa para industrialização o Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, estabelece o seguinte:

“Art. 6º São isentos do ICMS:

[...]

IV - a saída interestadual de mercadoria remetida para conserto, reparo ou industrialização, desde que o produto consertado, reparado ou industrializado resultante retorne ao estabelecimento de origem no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da respectiva saída, observado o seguinte ([Convênio AE 15/74](#), cláusula primeira):

a) o prazo aqui previsto pode, a critério do Departamento de Fiscalização da [Diretoria da Receita Estadual](#), ser prorrogado por igual período, admitindo-se, excepcionalmente, uma segunda prorrogação;

b) o disposto neste inciso não se aplica à saída de sucata ou de produto primário de origem animal, vegetal ou mineral, salvo se a remessa e o retorno se fizerem nos termos de protocolos celebrados entre o Estado de Goiás e a unidade federada envolvida na operação ([Convênio AE 15/74](#), cláusula primeira, parágrafo único);”

Observa-se, portanto, que a única condição estabelecida é que o retorno do produto industrializado resultante da matéria-prima remetida retorne ao estabelecimento de origem no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da respectiva saída.

A empresa autuada promoveu a juntada de cópias das notas fiscais de remessa da matéria-prima, bem como das notas fiscais de retorno simbólico da matéria-prima e do serviço de industrialização emitidas pela empresa industrial paulista, todas devidamente carimbadas pela fiscalização no trajeto de ida e volta, comprovando, de forma cabal o trânsito físico das mercadorias e o retorno do produtos acabados dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto no dispositivo legal que concede o benefício fiscal da isenção.

No ACÓRDÃO DA IV CJUL Nº 3.353/09, relativo ao julgamento do Processo nº 3 0193829 080 98, tratando da mesma matéria, o ilustre Conselheiro Relator, informa que a Delegacia Especial de Fiscalização de Fronteira, reconheceu, por semelhança, a autenticidade dos carimbos apostos nos documentos fiscais, afastando, por completo, qualquer suspeita de fraude.

Assim, entendo que as provas trazidas ao processo (declaração da empresa [...], cópias das notas fiscais de remessa, retorno simbólico e do serviço de industrialização devidamente carimbadas pelo fisco, declaração a Delegacia Especial de Fiscalização de Fronteira) apontam em sentido contrário à simulação aventada pelo fisco.

Com essas considerações, entendo que não ocorreu o descumprimento da condição imposta para utilização do benefício fiscal da isenção na remessa interestadual de matéria-prima para industrialização, ficando, portanto, plenamente caracterizada a improcedência do lançamento, motivo pelo qual, deixo de apreciar a preliminar de exclusão das solidárias, nos termos do disposto no art. 18, § 3º, do Decreto nº 6.930/09, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário.

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 09 de fevereiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Crédito especial de investimentos concedido mediante Termo de Acordo (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00971/10

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Crédito Especial de Investimentos. Benefício concedido mediante Termo de Acordo de Regime Especial. Cumprimento das cláusulas contratuais por parte do sujeito passivo. Improcedência. Decisão unânime.

I - O Termo de Acordo de Regime Especial, firmado entre o órgão da administração pública fazendária e o sujeito passivo, constitui contrato administrativo para fins de concessão de benefício fiscal (isenção 'latu sensu'), ficando as partes signatárias vinculadas aos termos decorrentes do referido 'pactum' (CTN, art. 176);

II - É improcedente o lançamento fiscal, relativo a benefício fiscal concedido mediante Termo de Acordo de Regime Especial, no qual se exige do sujeito passivo comportamento diferente daquele que foi ajustado.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 03 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

Trata-se de acusação fiscal feita em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciada na seguinte 'descrição do fato' constante do auto de infração:

Promoveu importações de mercadorias destinadas a comercialização no período de janeiro a junho de 2003, porém, deixou de recolher parte do ICMS devido na conta do tesouro estadual, em DARE distinto, conforme estipula item II da cláusula sexta do TARE 342/2001 - GSF. (Obs.: único TARE em vigor para este período). Em consequência, devera pagar o imposto na importância de R\$ 644.299,28, com as devidas cominações legais incidente sobre a diferença apurada, conforme apurado nos demonstrativos e documentos anexos.

Foram dados como infringidos o artigo 63, VI, da Lei nº 11651/91, c/c o artigo 76, I, 'b', do Decreto nº 4852/97 e as Cláusulas Sexta e Sétima do TARE nº 342/2001.

Em 'Notas Explicativas', de fls. 04/08, os autores do procedimento fiscal fizeram o acréscimo das seguintes observações

Notas explicativas.

O TARE celebrado entre a SEFAZ e a empresa [...] de nº 342/2001 - GSF cuja redação original vigorou até o dia 26 de junho de 2003 prevê uma condição mais favorável para a empresa para a quitação de débitos de ICMS oriundos de importações, do que a prevista no Código Tributário de Goiás que em seu art. 63, item IV estipula que o momento do recolhimento do imposto de importação é no momento do desembarço aduaneiro e o que o mesmo deve ser pago integralmente, conforme transcrição a seguir:

Art. 63. Ressalvadas as hipóteses expressamente contempladas com locais, formas ou prazos especiais, o pagamento do ICMS far-se-á nos locais na forma e nos prazos fixados na legislação tributária.

§3º A obrigação tributária principal relativa ao ICMS vence, tratando-se do imposto devido:

I - pela importação c/e mercadoria, bem ou serviço do exterior.

a) no momento do desembarço aduaneiro da mercadoria ou bem ou no momento da entrega da mercadoria ou bem caso a entrega ocorra antes do desembarço aduaneiro;

As condições estipuladas pelo TARE nº 342/2001 - GSF estabelecia dois procedimentos para a quitação do ICMS:

1ª) Através do lançamento no livro de Apuração no campo "Outros Débitos", quando se tratasse de mercadorias **adquiridas com a finalidade de Matérias Primas ou Insumos.**

Obs: Na prática esta hipótese nunca aconteceu, pois até o momento, a empresa nunca promoveu qualquer industrialização.

2ª) Através do recolhimento integral do imposto devido em DARE DISTINTO, no prazo de até 20 dias (caso o desembarço ocorresse no PORTO SECO CENTRO OESTE em Anápolis, esse prazo seria entendido para 90 dias), quando se tratasse de mercadorias **adquiridas com a finalidade de Comercialização.**

Obs: Todas as importações feitas pela empresa se enquadraram nesta hipótese, as mercadorias recebidas foram comercializadas sem sofrerem qualquer processo industrial.

Analisando as maneiras previstas para pagamento do ICMS sobre as importações, em qualquer das hipóteses, fica claro que o ICMS deve ser pago sempre de forma integral. Tratando-se de mercadoria adquirida como Matéria Prima (CFOP 3101), o lançamento em "Outros Débitos" deveria ser pela totalidade do débito (sempre equivalendo a 100% do valor do imposto creditado).

Tratando-se de mercadoria para Comercialização (CFOP 3102) o recolhimento deveria ser através de DARE DISTINTO no valor integral da importação. Em nenhuma de suas cláusulas o TARE deixa transparecer a possibilidade de se efetuar o recolhimento no DARE DISTINTO em valor que não seja o valor integral

da importação. Ao estabelecer que os débitos oriundos de produtos importados, quando destinados para Comercialização, tivesse seu recolhimento em DARE DISTINTO, ficou evidente a intenção de mostrar que os recolhimentos dessas importações seriam tratados de forma diferente das demais importações. Para os débitos oriundos de importações de matérias primas, foi permitido apurações conjuntas com os outros débitos de obrigações próprias, no entanto, foi criado regras de exceções para os débitos de produtos importados quando destinados à Comercialização. Isso faz sentido, porque o objetivo do Crédito Especial de Investimento é o de beneficiar o segmento industrial no Estado.

Somente tem sentido para a SEFAZ a utilização de depósitos na conta de Crédito Especial de Investimento nos períodos em que a empresa, após efetuar a apuração, apresente saldo devedor. Não justifica falar em Crédito Especial de Investimento nos períodos em que a empresa apure saldo credor. Em nenhum mês do período analisado por esta auditoria (janeiro a agosto de 2003) foi detectado saldo devedor de ICMS, portanto não há que se falar em Crédito Especial de Investimento neste período.

Analisando cuidadosamente algumas cláusulas do TARE 342/2001 - GSF cuja transcrição mencionamos a seguir, demonstram claramente que os valores referente às importações de mercadorias para comercialização, devem ser recolhidos diretamente na conta do Tesouro Estadual em DARE distinto e que seus valores não participam da apuração mensal do ICMS, conseqüentemente, não possuem relação com os depósitos a serem feitos na conta especial do Crédito Especial de Investimento.

Cláusula primeira.

I - a conta corrente será

a) provida exclusivamente com depósitos mensais, no valor correspondente a 70% (setenta por cento) do valor do ICMS devido por obrigação própria e ao devido pela entrada de mercadoria importada destinada aos estabelecimentos da ACORDANTE situados neste Estado...

II - o valor dos depósitos a serem efetuados na conta corrente especial será deduzido, no livro Registro de Apuração do ICMS, no mesmo mês de apuração do imposto, devendo o saldo restante ser pago no prazo máximo de até 20 (vinte) dias, contados a partir do encerramento do período de apuração:

É óbvio que ao estabelecer que os depósitos na Conta Especial de Investimentos seriam mensais, fica implícito que haveria anteriormente uma apuração, e, se da apuração resultasse saldo devedor, a empresa deduziria 70% deste valor apurado e o depositaria na Conta Especial de Investimento. É citado que a conta poderia ser provida também com imposto devido pela entrada de mercadoria importada, o que tem sentido, pois como o interesse maior do Estado é que a empresa promovesse a industrialização, era esperado que a maioria das importações realizadas pela empresa fosse a de matérias prima e/ou insumos. O débito de ICMS desta importação de matéria prima, seria apurado juntamente com os débitos de obrigação própria. Este raciocínio fortalece o entendimento do item II que estabelece que os depósitos na conta de Crédito Especial de Investimento serão deduzidos no Livro de Apuração do ICMS e que o saldo restante deveria ser pago em até 20 dias. Ora, só pode haver dedução do saldo se houvesse uma apuração anterior. E nesta hipótese, o saldo apurado seria proveniente das operações próprias acrescido das importações oriundas de matérias primas e/ou insumos.

É um absurdo querer aplicar tal entendimento nos casos de importações de mercadorias para Comercialização, pelas seguintes razões:

- O TARE 342/2001 - GSF trata de maneira específica as importações, quando destinadas para comercialização.

- A obrigatoriedade de recolhimento em DARE DISTINTO mostra que as importações de produtos destinados para Comercialização não podem ser apuradas juntamente com as importações de produtos destinados a outras finalidades.

- Os valores a serem depositados na Conta Especial de Investimento são frutos de uma apuração mensal, e somente após constatação de saldo devedor é que se efetua a dedução de 70% do saldo apurado, como as importações destinadas para comercialização são excluídas da apuração mensal, não se admite efetuar depósitos na conta especial de investimentos de valores originários dessas importações.

Finalmente, para que não paire nenhuma dúvida sobre a conduta a ser observada pela empresa quando importasse mercadorias para Comercialização, transcrevo o § 3º da cláusula sétima.

"Tratando-se de mercadoria importada adquirida para comercialização, o valor do depósito efetuado na conta corrente especial será deduzido do ICMS devido pela Importação..."

Claro como a luz do sol, que o depósito na conta corrente especial não pode ser composto de importações quando estas se destinarem a produtos para comercialização, o parágrafo acima manda deduzir um do outro, ou seja, não se misturam entre si.

Não tem nenhum fundamento argumentações para inocentar as práticas equivocadas da empresa em não cumprir as determinações dos TARES. Os valores a serem depositados na conta especial de investimento são provenientes de 70% do saldo devedor apurado. A obrigação da empresa é apurar corretamente o saldo. Nos meses em que o saldo for credor, não há que se falar em depósito na conta de investimento. Não cabe à empresa ficar inventando maneiras de descobrir meios diferentes para efetuar depósito na conta de investimento que não seja através da apuração mensal.

Justificam que ao buscar meios diferentes, o fazem na intenção de criar meios para colocarem recursos na conta especial de investimento.

Isto não procede, senão vejamos, foi só a empresa começar a cumprir corretamente as determinações dos TARES a partir de outubro de 2003 e a partir desta data, NUNCA MAIS, a empresa deixou de ter saldo devedor, o que lhe propiciou fazer depósitos todo os meses na conta especial de investimento.

Pela legislação estadual, débitos de ICMS proveniente de importações, devem ser recolhidos integralmente em dinheiro na conta do Tesouro Estadual e no momento do desembaraço aduaneiro, ou seja, antes da entrada das mercadorias no estabelecimento do contribuinte. Com a celebração de TARES cria-se condições mais favoráveis para a empresa, tais como, possibilidades de postergar o momento do recolhimento e também de se criar formas diversas de quitação. A empresa se beneficiaria ao ter suas mercadorias liberadas na alfândega sem o pagamento do

imposto estadual em qualquer situação e ainda poderia creditar-se do ICMS quando importasse produtos que não fossem destinados para comercialização, apenas lançando o imposto devido em “outros débitos” sem precisar desembolsar nenhum valor. Entretanto, é inadmissível que uma empresa venha a desfrutar apenas dos benefícios do TARE e não cumpra as partes relativas às obrigações oriundas do TARE. A obrigação imposta pelo TARE nº 342/2001 - GSF era a de pagar em DARE distinto o ICMS toda vez que a empresa importasse mercadorias destinadas à comercialização. Argumentar que o erro praticado não trouxe vantagens para a empresa e nem prejuízos para o Erário, não corresponde à realidade, pois valores depositados indevidamente na conta de investimento, apesar de desembolsados pela empresa, não ficam disponíveis para utilização pelo Tesouro Estadual, resultando prejuízos ao Erário Público.

Esta auditoria foi norteada pelas regras estipuladas no TARE 342/2001 - GSF cuja redação vigorou até o dia 26 de junho de 2003, e pelo TARE 160/2003 - GSF a partir de 27 de junho de 2003, que deu nova redação à cláusula sétima do TARE anterior, modificando-o parcialmente.

Foi levado em consideração o Despacho nº 633/2003 - GSF em que o Secretário da Fazenda autorizou a empresa a fazer a compensação entre os débitos provenientes de importações realizadas no período entre outubro de 2002 a junho de 2003, com o saldo credor acumulado e registrado no Livro de Apuração de ICMS. Considerando que a justificativa para conseguir o Despacho era o fato da empresa ser portadora do TARE 160/2003 - GSF que lhe permitia lançar qualquer débito oriundo de importações em “Outros Débitos”, entendemos que a autorização no referido Despacho era a de convalidar os débitos relativos a importações de produtos para comercialização que foram indevidamente lançados no Livro de Apuração no campo “Outros Débitos”, já que pelo TARE em vigor na época a empresa deveria efetuar o recolhimento em DARE distinto na conta do Tesouro Estadual. Assim sendo, consideramos como autorizados e portanto pagos, todos os valores registrados no Livro de Apuração no campo “Outros Débitos”.

Instrui o processo, dentre outros documentos, a Auditoria Básica do ICMS, de fls. 10/13, e o Demonstrativo Auxiliar da Auditoria da Importações, de fls. 15/20.

Apreciado o processo em primeira instância, em face de impugnação interposta pelo sujeito passivo autuado, o lançamento fiscal foi julgado procedente em sua integralidade, sob o entendimento de que “Tratando-se de mercadoria para comercialização (CFOP 3102), o recolhimento deveria ser feito através de DARE DISTINTO no valor integral da importação (...)” e que “inexiste nos autos os comprovantes de recolhimento alegados pela defesa, razão pela qual considero os argumentos defensórios alegados como insuficientes para afastar a irregularidade detectada pelo Fisco”.

Inconformada com a decisão singular, a atuada interpõe o presente recurso voluntário no qual alega que o crédito especial para investimento foi criado mediante previsão inserida no art. 2º, V, da lei n. 13.194/97, que delegou ao Secretário da Fazenda a competência para estipular valores, prazos e condições para utilização do referido incentivo, mediante regime especial a ser celebrado.

Alega que, entretanto, “a norma não deixou completamente livre ao Secretário da Fazenda a competência para dispor sobre o referido tema, tendo, no

§ 2º do referido artigo, estabelecido quais recursos do ICMS não poderiam ser utilizados para sua formação, quais sejam, os (1) decorrentes de saída de produto primário, (2) decorrentes de saída de produto resultante de industrialização realizada fora do Estado de Goiás e (3) não decorrentes de obrigação própria”, sendo que “todas as situações não expressamente vedadas, encontram-se no universo permitido para inclusão no crédito especial para investimento”, donde conclui que o “ICMS decorrente de importação pode ser incluído no conceito do crédito especial para investimento na forma que disponha o respectivo Termo de Acordo de Regime Especial”.

Argumenta que em 12 de dezembro de 2001 celebrou o TARE n.º 342/01, com a Secretaria da Fazenda de Goiás e que “adotou exatamente o procedimento determinado no referido TARE, qual seja, o de aplicar o crédito especial para investimento sobre o ICMS devido na importação e por decorrência, do respectivo valor, efetuar pagamento de 30% (trinta por cento) do valor devido e depósito, na referida conta, dos 70% (setenta por cento) remanescentes, conforme determina Cláusula Primeira deste termo de acordo”.

Entende que “a fiscalização pretende desassociar a Cláusula Sexta da Cláusula Primeira, como se ambas pudessem ser interpretadas isoladamente”, porém “não há qualquer dúvida sobre procedimento a ser adotado pela empresa, conforme também expressamente determinado pelo Termo de Acordo no § 3º de sua Cláusula Sétima”, pelo que “cabia à empresa deduzir, do valor do ICMS devido pela importação, os depósitos efetuados na conta corrente especial para investimento, o que foi o procedimento efetivamente adotado”.

Ao final, requerer a improcedência do auto de infração em questão, visto a não ocorrência da infração imputada à ora impugnante.

Distribuído o processo para julgamento, a Terceira Câmara Julgadora deste Conselho Administrativo Tributário encaminha o feito em diligência junto à Gerência Especial de Auditoria, por meio da Resolução nº 71/2009, de fl. 123, vazada nos seguintes termos:

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25/3/2009, acatando proposição do Conselheiro Aldeci de Souza Flor, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, encaminhando os autos do processo à Gerência Especial de Auditoria - GEAUD para que seu ilustre titular, por obséquio, determine que fiscal estranho ao procedimento de fiscalização original refaça a auditoria, e preste esclarecimentos, caso julgue necessário, levando em consideração que o valor do depósito efetuado em conta corrente especial será deduzido do ICMS devido na importação, conforme estipulam as Cláusulas primeira, bem como a Cláusula sétima, § 3º do Termo de Acordo de Regime Especial nº 342/2001 - GSF.

Após, caso persista exigência de crédito tributário, a Gerência de Preparo Processual - GEPRE deverá intimar o sujeito passivo para se manifestar sobre o resultado da revisão, no prazo de 15 (quinze) dias.

Realizada a diligência, os autos retornam a este Conselho Administrativo Tributário, com a auditoria revisoral de fls. 125/130 e o Relatório Diligencial de fls. 131/133, do qual transcrevemos o trecho abaixo, *verbis*:

Em atenção ao DESPACHO N° 1592/09-GEAT, de 22/04/2009 (folha 124), para atendimento ao solicitado na Resolução n° 71/2009-3ª C, com manifestação a respeito dos pontos ali contidos, temos a informar que:

1. Foi refeita a Auditoria Básica do ICMS relativa aos meses de janeiro a junho de 2003 (folhas 126 a 129), no tocante às importações de mercadorias destinadas à comercialização, em consonância ao que reza, em especial, as alíneas a, inciso I, cláusula primeira (folhas 35 e 36), inciso II, cláusula sexta (folha 39) e § 1° e 3°, cláusula sétima (folha 39) do Termo de Acordo de Regime Especial n° 342/2001-GSF.

2. Em conseqüência, foi apurada a redução dos valores originais constantes do detalhamento do lançamento (folha 2), vide quadro 1, para o valor mencionado no quadro 2:

QUADRO 1

DETALHAMENTO DO LANÇAMENTO ---> 4 OCORRÊNCIA (S)

NR	PERÍODO	DT-VCTO	LC	V-OPERACAO	V-BASE CALC	ALIQ	V-TB ORIGINAL
01	01/03 a 01/03	01/02/2003	1	536020,11	536020,11	17,00	91123,42
02	04/03 a 04/03	01/05/2003	1	1074895,11	1074895,11	17,00	182732,17
03	05/03 a 05/03	01/06/2003	1	1221446,05	1221446,05	17,00	207645,83
04	06/03 a 06/03	01/07/2003	1	957634,47	957634,47	17,00	162797,86

SOMA TOTAL - VALOR ORIGINAL DO LANÇAMENTO: R\$ 644.299,28

QUADRO 2

DETALHAMENTO DO LANÇAMENTO ---> 1 OCORRÊNCIA (S)

NR	PERÍODO	DT-VCTO	LC	V-OPERACAO	V-BASE CALC	ALIO	V-TB ORIGINAL
01	01/03 a 01/03	01/02/2003	1	114.699,60	114.699,60	17,00	19.498,93
02	LINHA A SUPRIMIR						
03	LINHA A SUPRIMIR						
04	LINHA A SUPRIMIR						

SOMA TOTAL - VALOR ORIGINAL DO LANÇAMENTO: R\$ 19.498,93

3. O valor remanescente apurado, após revisão, de **R\$ 19.488,93**, segundo a planilha de apuração do ICMS devido nas importações realizadas, relativas aos meses de janeiro e abril a junho de 2003, conforme TARE 342/2001-GSF (folha 125) é decorrente da Nota Fiscal de n° 146, emitida em 06/01/2003, no valor total de R\$ 114.699,60, em que o sujeito passivo deixou de depositar na conta crédito especial para investimento R\$ 13.642,25 (70% do débito) e também de recolher para o tesouro estadual R\$ 5.856,68 (30% do débito). Foi verificado não haver registro a débito no Livro Registro de Apuração do ICMS referente ao valor de R\$ 19.488,93. Assim, pela falta do pagamento do imposto devido acima de R\$ 5.856,68 (30% do débito), com base no § 1°, cláusula primeira do TARE retromencionado, o sujeito passivo perdeu definitivamente o direito ao usufruto do benefício do crédito especial de investimento, de R\$ 13.642,75, correspondente a 70% do débito do imposto.

Cuidou ainda o diligente autor do procedimento revisional de relacionar detalhadamente, em demonstrativo inserto à fl. 132, as notas fiscais, os comprovantes de depósito na conta crédito especial de investimento e os documentos de arrecadação de receitas estaduais relativos às operações de importação.

Manifestando quanto ao teor do trabalho revisional, a atuada informa que valor remanescente de R\$19.488,93 foi pago em conjunto com as notas fiscais 138 e 146, cujas cópias traz em anexo (fls. 140/141) juntamente com os comprovantes de pagamento (fls. 142/143).

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo entendo que razão assiste ao sujeito passivo ora recorrente.

Nos termos das disposições do TARE nº 342/2001-GSF a atuada ficou o autorizada a constituir um CRÉDITO ESPECIAL PARA INVESTIMENTO destinado a implantação de um complexo industrial de sua propriedade no Distrito Industrial de Anápolis - DAIA, na medida da execução do respectivo projeto, por meio da conta especial n. 502.911-2, aberta em seu nome no Banco do Estado de Goiás - BEG, agência de Anápolis, conta esta que seria “provida exclusivamente com depósitos mensais, no valor de correspondente a 70% (setenta por cento) do valor do ICMS devido por obrigação própria e ao devido pela entrada de mercadoria importada destinada aos estabelecimentos da ACORDANTE situados neste Estado”, cujo provimento se encerraria “quando a soma de todos os depósitos efetuados atingisse o limite de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais)” ou “quando terminasse a fase pré-operacional, entendida, como tal, o período de até 36 (trinta e seis) meses consecutivos, contados a partir da data de início de vigência do referido termo de acordo” (Cláusula primeira).

A forma de apuração e pagamento do imposto devido em razão da importação foi estabelecida pelas cláusulas quinta e sexta, cujo texto transcrevemos a seguir, *verbis*:

Cláusula quinta. Fica a ACORDANTE autorizada a proceder, nas condições e formas seguintes, à apuração e o pagamento do imposto devido na importação do exterior de:

I - matéria prima, insumos e materiais de embalagem a serem utilizados na industrialização exclusivamente pelos estabelecimentos da ACORDANTE;

II - mercadoria para comercialização;

III - bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento.

§1º Para a liberação da mercadoria ou bem importados, observado o disposto na cláusula sétima, ACORDANTE deve:

I - utilizar o documento denominado “Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS”, nela mencionando, no campo “dispositivo legal”, a seguinte expressão: AUTORIZADO PELO TARE N° / 01-GSF;

II - emitir nota fiscal relativa à entrada, com destaque integral do ICMS devido, fazendo constar no campo “Informações Complementares” a seguinte expressão: AUTORIZADO O PAGAMENTO DO IMPOSTO QUANDO DA ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO, CONFORME CLÁUSULA QUINTA DO TARE N° ____/01-GSF.

§ 2º Constitui crédito para a ACORDANTE, o valor do ICMS destacado na nota fiscal de que trata o inciso II do parágrafo anterior, cuja apropriação deve ser feita na forma da legislação tributária vigente.

Cláusula sexta. O imposto devido pela importação dos produtos relacionados nos incisos I a III do caput da cláusula anterior será pago da seguinte maneira:

I - tratando-se de insumos, material de embalagem, e outras matérias-primas para serem utilizadas no processo industrial pelos estabelecimentos da ACORDANTE e bens para integrar o seu ativo imobilizado, mediante o registro a débito no livro Registro de Apuração do ICMS na coluna “outros débitos”, devendo ser apurado mensalmente e pago junta mente com aquele devido por suas operações próprias de saída;

II - tratando-se de mercadoria adquirida para comercialização, em documento de arrecadação distinto, no prazo de até 20 (vinte) dias, contados da ocorrência do fato gerador, observado o disposto na cláusula seguinte. (*grifamos*)

Da redação acima transcrita, em combinação com a disposição contida na cláusula primeira, é possível depreender que: **i)** a conta especial de crédito de investimento poderia ser provida com valor correspondente a 70% do valor do ICMS devido pela entrada de mercadoria importada nos estabelecimentos da ACORDANTE, sem nenhuma distinção quanto à finalidade ou destinação ulterior da mercadoria importada; **ii)** se a mercadoria importada constituísse insumo, material de embalagem ou outra matéria-prima para uso no processo industrial nos estabelecimentos da autuada bem como se se tratasse de bem destinado a integrar o seu ativo imobilizado, **não haveria pagamento efetivo do imposto**, uma vez que o valor do ICMS destacado na nota fiscal de entrada constitui **crédito** para a autuada (§ 2º da Cláusula quinta) e, ao mesmo tempo, será lançado a débito no livro Registro de Apuração do ICMS na coluna “**outros débitos**” (Cláusula sexta, inciso I); **iii)** se a mercadoria tiver sido adquirida para comercialização, o pagamento da parcela não incentivada (30%) deveria ser realizado em documento de arrecadação distinto, no prazo de até 20 (vinte) dias, contados da ocorrência do fato gerador e observada a forma prevista na cláusula seguinte (cláusula sétima).

Este é o entendimento que decorre de uma interpretação sistemática e não restritiva das cláusulas que compõem o TARE nº 342/2000 - GSF, daí o acerto da exegese realizada pelo autor da Resolução nº 71/2009, ao determinar que a interpretação da matéria relativa à forma de pagamento do ICMS devido em razão

da importação fosse feita considerando conjuntamente as disposições das cláusulas primeira e sétima (§ 3º).

Com efeito, o referido § 3º da cláusula sétima estabeleceu regra objetiva, em total harmonia com a cláusula primeira, no sentido de que a autuada deveria abater no campo próprio do respectivo DARE o valor do depósito efetuado na conta corrente especial, mediante a seguinte observação: “CRÉDITO ESPECIAL PARA INVESTIMENTO CONFORME TARE Nº _____/01-GSF”, devendo, ainda, especificar o valor do crédito e o número do depósito efetuado na referida conta.

É de se ver que o discutido § 3º acha-se assim redigido: “Tratando-se de mercadoria importada adquirida para comercialização, o valor do depósito efetuado na conta corrente especial será deduzido do ICMS devido pela importação, mediante a seguinte observação no campo próprio do respectivo DARE ‘CRÉDITO ESPECIAL PARA INVESTIMENTO CONFORME TARE Nº _____/01-GSF’, especificando, ainda, o valor do crédito e o número do depósito”. Não cabe aqui outro entendimento que não seja o de que do valor total do ICMS devido em razão da importação será diminuído o valor que corresponde ao crédito de investimento (70%), porquanto não faria nenhum sentido constar no campo próprio do DARE, isto é, nas “Informações Complementares”, o valor do crédito e o número do depósito efetuado.

Desta forma, não há que prevalecer a compreensão dos autores do procedimento fiscal, materializada nas Notas Explicativas, no sentido de que a expressão “DARE DISTINTO” é indicativa da exigência de pagamento integral do imposto devido, sem a consideração da parcela correspondente ao crédito especial de investimento concedido a autuada e de que o percentual do referido crédito somente se aplicaria sobre o saldo devedor apurado.

Assim, não guarda harmonia com a vontade da administração pública, expressa no TARE nº 342/2001-GSF, o entendimento de que o § 3º da cláusula sétima não autorizaria a autuada a abater o montante do ICMS devido em razão das importações a parcela relativa ao crédito especial de investimento sob o argumento de que o referido parágrafo “manda deduzir um do outro, ou seja, não se misturam entre si” (Sic!).

Induidoso que o Termo de Acordo de Regime Especial, firmado entre o órgão da administração pública fazendária e o sujeito passivo, constitui contrato administrativo para fins de concessão de benefício fiscal (isenção *latu sensu*), razão pela qual deve seguir a lei em função da qual é celebrado, a quem cabe, previamente, especificar as condições e requisitos exigidos para a sua concessão (CTN, art. 176).

Por isso mesmo, há de se convir que as partes signatárias ficam vinculadas aos termos decorrentes do referido *pactum*, sendo inadmissível ao Fisco, corpo funcional integrante da administração pública, exigir comportamento do sujeito passivo diferente daquele que foi, à luz da lei, ajustado.

Desta forma, os diligentes autores do procedimento fiscal incorreram em erro de interpretação, donde o caráter providencial da proposição contida na diligência (Resolução nº 71/2009) no sentido de que fosse levado “em consideração que o valor do depósito efetuado em conta corrente especial será deduzido do ICMS devido na importação, conforme estipulam as Cláusulas primeira, bem como a Cláusula sétima, § 3º do Termo de Acordo de Regime Especial nº 342/2001 - GSF”.

Atendendo o comando emanado da referida Resolução, o autor do procedimento diligencial refez a Auditoria Básica do ICMS, no tocante às importações de mercadorias destinadas à comercialização, registrando em seu relatório que o trabalho revisional foi feito “em consonância ao que reza, em especial, as alíneas a, inciso I, cláusula primeira (folhas 35 e 36), inciso II, cláusula sexta (folha 39) e § 1º e 3º, cláusula sétima (folha 39) do Termo de Acordo de Regime Especial nº 342/2001-GSF”, tendo implicado a redução dos valores originais, de forma que o valor remanescente apurado, após revisão, foi de R\$ 19.488,93.

No Relatório Diligencial, o autor da revisão informa ainda que a diferença resultante de R\$ 19.488,93 “é decorrente da Nota Fiscal de nº 146, emitida em 06/01/2003, no valor total de R\$ 114.699,60, em que o sujeito passivo deixou de depositar na conta crédito especial para investimento R\$ 13.642,25 (70% do débito) e também de recolher para o tesouro estadual R\$ 5.856,68 (30% do débito)”, tendo sido “verificado não haver registro a débito no Livro Registro de Apuração do ICMS referente ao valor de R\$ 19.488,93”.

Contestando em parte a diligência, a autuada traz a informação de que o valor remanescente foi pago em conjunto com as notas fiscais nºs 138 e 146, cujas cópias foram anexadas às fls. 140/141, através dos documentos de arrecadação e da guia de depósito bancário trazidos às fls. 142/143.

Resta-nos, portanto, avaliar a documentação apresentada e decidir se assiste razão à autuada quanto ao argumento da quitação da quantia ainda restante.

Com efeito, analisando as Notas Fiscais agora trazidas às fls. 140/141 dos autos, em comparação com o documento bancário e o DARE, de fl. 142, podemos constatar que foi efetuado o pagamento do imposto na importância de R\$ 58.574,00 e que foi também efetuado o depósito na conta corrente especial de investimentos (c/c 16.644-4, ag. 4393, Bco Itaú) no valor de R\$ 136.672,64, referente às duas Notas Fiscais mencionadas, conforme cálculo demonstrativo abaixo:

NF	fl./Aut os	Base de Cálculo	Aliq	ICMS 100%	ICMS 70%	ICMS 30%
138	140	R\$ 1.033.810,00	17%	R\$ 175.747,70	R\$ 123.023,39	R\$ 52.724,31
146	141	R\$ 114.699,60	17%	R\$ 19.498,93	R\$ 13.649,25	R\$ 5.849,68
T O T A L		R\$ 1.148.509,60	17%	R\$ 195.246,63	R\$ 136.672,64	R\$ 58.573,99

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário apresentado, dou-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 28 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Saída de mercadoria com isenção condicionada sem comprovar retorno (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01960/10

Relator: Conselheiro José Manoel Caixeta Haun

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Saída de mercadoria para prestação de serviço sob condição de retorno, porém, sem a devida comprovação deste no prazo legal. Improcedência. Decisão unânime.

A saída de bens do ativo fixo de estabelecimento agropecuário com a destino a outro do mesmo titular, a título de prestação de serviços não constitui fato gerador do ICMS, portanto inaplicável o benefício da isenção condicionada ao retorno por prazo determinado e, de consequência, deve se impropeder o auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 27 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa e Elias Alves dos Santos.

RELATÓRIO

Consta da acusação fiscal que o sujeito passivo realizou saída de mercadorias, para prestação de serviço, com isenção condicionada, conforme nota fiscal avulsa de nº 15024949693, datada de 16/07/2003, no valor comercial de R\$ 35.000,00 (tinta e cinco mil reais), sem comprovar o retorno no prazo legal. Em consequência, deverá pagar o imposto devido na importância de R\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), juntamente com as cominações legais.

Regularmente intimada, a empresa autuada mantém-se inerte.

Novamente cientificada, a contribuinte ingressa com impugnação a Segunda Instância de folhas 20/23, alegando essencialmente, que as mercadorias, objeto do presente auto de infração, são equipamento agrícolas usados, isentas de ICMS em 95% (noventa e cinco por cento), de seu valor comercial, que é produtor rural no município de Porto Nacional, Estado do Tocantins, possuindo domicílio rural, também, na cidade de Rio Verde, Estado de Goiás, que a mercadoria, propriedade do autuado, foi deslocada até o Estado do Tocantins, para prestar serviços em sua propriedade, portanto, não saiu do Estado com isenção

condicionada, que este tipo de operação é comum entre os produtores rurais, os quais possuem atividades agrícolas em outros Estados da Federação, que é evidente o excesso de exação por parte do FISCO, que a base de cálculo utilizada no presente auto de infração não procede, que sempre procurou cumprir suas obrigações. Declara, ainda, que não houve negação de tributo. Ao final, pede a improcedência do lançamento.

A Quarta Câmara deste Conselho, em Resolução nº 161/2008, determina o encaminhamento dos autos à Gerência de Preparo Processual - GEPRE, para que haja a intimação do contribuinte, para que o mesmo proceda da seguinte forma: a) junte a nota fiscal como prova de aquisição dos equipamentos elencados no procedimento fiscal; b) prove o retorno do equipamento a Goiás; c) apresente a declaração do imposto de renda, como prova da propriedade dos citados equipamentos.

Cumprida a diligência solicitada, os autos seguem para julgamento.

Decisão cameral de fls. 75 e seguintes, por maioria de votos, rejeita a proposta de diligência, requisitada pelo Conselheiro Relator como, no mérito, também por maioria, conhece da impugnação, dá-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Inconformada a Gerência da Representação Fazendária, interpõe recurso para o Conselho Pleno para argumentar que não houve confisco pois o valor devido representa 12% (doze por cento), da base de cálculo; que os acréscimos decorrem de dispositivos legais; que não se deve aplicar o instituto da isenção pois não foram cumpridas as condições de retorno da mercadoria no prazo legal; embasa seus argumentos nos artigos 42 e 43, ambos do Código Tributário Estadual, em combinação com o artigo 6º, do inciso XXXII, do Anexo IX, do RCTE; que o acórdão é gracioso pois não observou os dispositivos legais citados e requer a reforma da decisão cameral para considerar procedente o auto de infração.

Na contradita às razões da Fazenda Pública, de fls.85, e seguintes, o sujeito passivo argumenta que não cometeu a infração estampada na basilar pois no exercício de sua atividade rural aluga máquinas para prestação de serviços em sua propriedade e depois os remete à origem; que não circulou mercadoria; cita os acórdãos 4403/08 e 1964/02, ambos da 1ª Câmara e reproduz sua redação; que não existe o referido fato gerador; cita trechos da sentença nº 2010/07-COJP, que julgou improcedente o auto de infração nº 3021474917990; que são inaplicáveis as sanções previstas pelo Fisco e requer a manutenção da decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

DECISÃO

Tratam os autos de remessa de mercadoria para prestação de serviço sem o retorno no prazo legal entre contribuinte localizado em Goiás e o mesmo, no Tocantins.

De fato, as notas fiscais de fls. 71 e 72, demonstram que as mercadorias identificadas na Nota Fiscal Avulsa – NFA, de fls. 04, são de propriedade do sujeito passivo e de seu “sócio-parente”.

Ademais, verifica-se que pelas declarações do imposto de renda, de fls. 32 a 60, que existe vínculo negocial e patrimonial entre os senhores [...],[...] e [...]. Em tempo, permite-se concluir pelas Notas Fiscais apresentadas às fls.04, 61 e 62, que as mercadorias transitaram pelas propriedades do sujeito passivo, o que é praxe no meio rural. Tal ainda se justifica em razão das necessidades da atividade e pelo alto custo dos equipamentos, o que torna inviável a aquisição individualizada para cada estabelecimento.

Ante as ponderações acima, conheço do recurso da fazenda, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 15 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida do incentivo fiscal PRODUIR (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00815/10

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Benefício fiscal. Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás - PRODUIR. Comprovação do percentual previsto no art. 22, III, alínea 'a' do Decreto n.º 5.265/2000. Improcedência. Decisão unânime.

I - A data de assinatura do Relatório de Auditoria elaborado para o fim de comprovação do percentual previsto no art. 22, III, alínea 'a' do Decreto n.º 5.265/2000, não constitui o termo inicial do período de fruição do benefício do Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás - PRODUIR, uma vez que tal relatório reporta-se a fatos pretéritos, estes sim, constitutivos do direito do beneficiário do referido Programa;

II - Deve ser declarado improcedente o lançamento fiscal que exige tributo em desconformidade com o previsto na legislação tributária estadual.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 11 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a respeito da preliminar de exclusão na lide dos solidários, levantada pela autuada, e no mérito, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

Trata-se de acusação fiscal feita em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciada na seguinte 'descrição do fato' constante do auto de infração:

"Omitiu o pagamento do ICMS na importância de R\$ 15.415,56 em razão do uso indevido do incentivo fiscal do PRODUIR, escriturado mensalmente em linha observações do LRA n. 06, nos meses de fev a mai de 2006 uma vez que neste período a empresa ainda não estava apta a iniciar a fruição do benefício. Conforme enuncia a legislação do PRODUIR o uso do incentivo com base no imposto que o beneficiário tiver que recolher somente pode ser iniciado após a comprovação da realização de no mínimo 20% de execução do projeto de implantação, verificação esta que e efetuada pela Comissão de Auditoria Interna do Produzir. De acordo com o Relatório de Auditoria n. 051/06, copia anexa, tal

comprovação somente foi efetuada em 14/06/06 (Obs item 01 do demonstrativo auxiliar da auditoria básica). Em consequência fica a empresa sujeita ao pagamento do ICMS acrescido das demais cominações legais.”

Inconformada com a decisão singular que julgou procedente o lançamento fiscal, a autuada interpõe o presente recurso voluntário no qual alega, em essência, que cumpriu com a execução do percentual mínimo exigido do projeto de implantação, conforme pode ser observado no próprio Relatório de Auditoria de que se serviu a fiscalização para lançamento do imposto reclamado.

Argumenta que dentro do cronograma proposto para implementação de seu parque industrial e início de atividades concluiu o percentual exigido em dezembro de 2005, quando já havia cumprido 30,27%, do projeto, conforme provam “as notas fiscais que atestam os investimentos na construção do espaço físico, a aquisição de máquinas e equipamentos e sua respectiva instalação, no montante de 30,27%, do projeto”.

Durante a sessão de julgamento, o conselheiro Delcídes de Souza Fonseca levantou a preliminar de exclusão dos solidários da lide.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo, entendo que razão assiste ao sujeito passivo, ora recorrente.

Como pode ser constatado pela ‘descrição do fato’ do auto de infração “a comprovação da realização de no mínimo 20%, de execução do projeto de implantação” somente foi efetuada em 14/06/06, “de acordo com o Relatório de Auditoria n.051/06”.

Entende, portanto, o Fisco que somente a partir desta data é que autuada teria direito à fruição do benefício do PRODUZIR.

O fundamento do procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário seria extraído da disposição contida no art. 22, III, ‘a’ do Decreto n.º 5.265/2000, que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás – PRODUZIR, *verbis*:

“Art. 22. A fruição do benefício depende da assinatura do contrato de financiamento com o agente financeiro e inicia-se com a utilização da primeira parcela do financiamento, devendo ser observado o seguinte:

(...)

III - tratando-se de financiamento com base no imposto que o beneficiário tiver que recolher ao Estado de Goiás, somente pode ser iniciada quando comprovada a realização de, no mínimo:

a) 20% (vinte por cento) da execução do projeto, no caso da empresa com projeto já aprovado de implantação de novo empreendimento;”

A sentença singular, em sintonia com o entendimento fiscal, conclui que “somente quando comprovada a realização de no mínimo 20% (vinte por cento) da execução do projeto é que pode ser iniciada a fruição do benefício”, sendo que “O Relatório de Auditoria n.º 51/06, foi assinado em 19/06/2006 (fls. 247), então, antes dessa data não poderia haver a fruição do benefício”.

Todavia, este entendimento está equivocado.

O Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás – PRODUIR não estabeleceu a regra de que somente após a elaboração do Relatório de Auditoria é que poderia ser iniciada a fruição do benefício, mas, por óbvio, que, no caso da empresa com projeto já aprovado de implantação de novo empreendimento, quando comprovada a realização de no mínimo 20% (vinte por cento) da execução do projeto, terá início a fase de fruição do benefício.

Propugnar o contrário seria firmar o entendimento de que o Relatório de Auditoria constitui condição para a fruição do benefício, quando esta condição, estabelecida para Regulamento, é no sentido da existência de provas de que, no início da fruição, já tem sido executado 20% do projeto.

Aliás, é próprio da atividade de “auditoria”, sempre realizada com base em documentos existentes (isto é, documentos que registram fatos pretéritos) recompor a realidade registrada para o fim averiguar se os referidos registros estão de acordo com a lei, com os projetos, etc., ou seja, se a execução foi implementada com eficácia e se está adequada (em conformidade) à consecução dos objetivos previstos.

Portanto, não faz nenhum sentido atribuir ao tal Relatório de Auditoria o condão de constituir o termo inicial do período de fruição do benefício, uma vez que tal relatório está se reportando a fatos passados, estes, sim, constitutivos do direito do beneficiário do programa de incentivos.

De fato, outra não é a situação que se verifica no presente processo.

Na cópia do Relatório de Auditoria n. 051/06, de fls. 149/151, é possível verificar o consignado do item “4 - DA AUDITORIA” no sentido de que “A empresa apresentou as notas fiscais dos investimentos realizados em Obras Cíveis e Máquinas no período de 01/04/04 a 24/09/04, no valor de R\$ 1.520.753,69”, conforme “Planilhas Anexas”, sendo que noutro ponto os auditores informam que a parte relativa à máquinas e equipamentos totaliza R\$ 1.436.870,94, mas que “para não prejudicar outros investimentos, desse valor, foram **considerados** somente R\$ 1.349.701,25, que correspondem ao definido em projeto”, destacando que “os equipamentos desta compra foram comprovados no local”.

O resultado final da auditoria é apresentado no quadro 5, denominado “COMPARATIVO ENTRE OS INVESTIMENTOS APRESENTADOS E

APROVADOS PELA AUDITORIA”, no qual é informado o percentual de investimentos aprovados de 30,27%.

Diante de tal constatação é de se indagar: Em que data a autuada comprovou a realização do percentual de 30,27%, de execução do projeto? No dia em que o Relatório de Auditoria foi assinado, conforme entendeu o culto julgador singular, ou no período de 01/04/04 a 24/09/04, conforme notas fiscais apresentadas ao auditor que, inclusive, cuidadosamente registrou que “os equipamentos desta compra foram comprovados no local”?

Data vênha àqueles que tem posição contrária, este relator adota a posição de que a comprovação do percentual de 30,27%, ficou consumada em 24/09/04, sendo possível até que antes desta data a empresa já tinha atingido os 20%, exigidos pelo Decreto n.º 5.265/00.

Diante do exposto, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, deixo de me pronunciar quanto à exclusão dos solidários da lide e, quanto ao mérito, conheço do recurso, dou-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 19 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NOTA FISCAL DE ENTRADA - OMISSÃO DE REGISTRO - Omissão de registro de nota fiscal de entrada - mercadoria sujeita - STOP (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03015/10

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Falta de registro no livro próprio de nota fiscal de entrada, cuja mercadoria está submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores.*

PRELIMINAR.

Exclusão da sujeição passiva dos responsáveis solidários. Rejeitada. Decisão não unânime.

Os sócios identificados na inicial por serem administradores da empresa autuada à época da ocorrência dos fatos geradores, devem permanecerem na sujeição passiva, nos termos do art. 45, inciso XII, da lei 11.651/91.

MÉRITO

A nota fiscal de entrada referente à aquisição de mercadoria deve ser registrada no livro fiscal respectivo do estabelecimento destinatário, sendo exigido o ICMS quando a operação referir-se à mercadoria submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores. Procedente. Decisão não unânime.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de setembro de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Washington Luis Freire de Oliveira, Domingos Caruso Neto e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva e Delcídes de Souza Fonseca. Por unanimidade de votos, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pelo Relator, em relação a preliminar de insegurança na determinação da infração arguida pelo sujeito passivo, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Heli José

da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto e Delcídes de Souza Fonseca. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Washington Luis Freire de Oliveira, Domingos Caruso Neto e Delcídes de Souza Fonseca. Vencidos os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia, Allen Anderson Viana e Edson Abrão da Silva, que votaram conhecendo do recurso para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

O presente auto veicula acusação de que o sujeito passivo omitiu o registro, no livro próprio, de 707 notas fiscais, referente a aquisição de vidros automotivos. Na mesma operação não foi retido o ICMS substituição tributária pelas operações posteriores, e, em consequência, fica sujeito ao pagamento do imposto na importância de R\$ 296.022,21 (duzentos e noventa e seis mil, vinte e dois reais e vinte e um centavos) mais as cominações legais. Na oportunidade foram nomeados dois sujeitos solidários.

Encontram-se indicados, como infringidos, os artigos 45 e 51, § 3º, do Código Tributário Estadual c/c artigos 32, § 1º, e 35, do Anexo VIII, do Decreto n.º 4.852/97. Aplicou-se a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "c", agravada do §9º, inciso II, do referido código.

Impugnando o lançamento, o contribuinte e os solidários, em conjunto, alegam que a solidariedade não se sustenta, pela ausência de comprovação de dolo ou infração de lei por parte das pessoas que foram nominadas. No mérito, argumenta que não existe qualquer documento comprobatório do efetivo ingresso das mercadorias no território goiano e as vias fixas das notas fiscais são insuficientes para comprovar a ocorrência da infração apontada. Requerem seja declarada a inexistência de co-responsabilidade dos solidários e a improcedência do feito (fls. 898 a 915).

O julgador singular, por meio da Sentença n.º 2871/09 - JULP, conheceu da impugnação, negou-lhe provimento, para decidir pela procedência da pretensão inicial do Fisco (fls. 938 a 940).

Inconformados, contribuinte e solidários interpõem recurso voluntário, reiterando os argumentos e pedidos impugnatórios e, acrescentam, que o Fisco obteve as cópias das vias fixas de notas fiscais por meio ilícito, dessa forma, pedem a nulidade do lançamento por vício material ou substancial (fls. 945 a 981).

O julgamento foi adiado (fls. 984 a 989).

A Terceira Câmara Julgadora decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração e, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, argumentada pelos mesmos. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração (fls. 990 a 997).

O polo passivo retorna aos autos, interpondo recurso ao Conselho Pleno, argumentando que as mercadorias jamais ingressaram no território goiano, não há prova da aquisição e nem do ingresso, pelo menos não foi percebido nenhum controle do transporte da mercadoria, observando que em virtude da dificuldade de transporte do vidro, exigindo nota fiscal da mercadoria e dos pallets, há de ter um controle muito eficaz por parte da fiscalização, podendo ser realizadas várias diligências para comprovar o suposto ilícito. Além disso, alega, ainda, que não se pode empregar da presunção de legitimidade dos atos administrativos para desonerar o fisco do dever de produzir provas do ilícito.

DECISÃO

A preliminar de insegurança na determinação da infração porque as provas foram obtidas de forma ilícita, por ser unânime, e não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, inciso II, da Lei 16.469/09, foi inadmitida.

Quanto à preliminar de exclusão da lide, é importante observar que os senhores [...] e [...], por serem administradores da empresa atuada à época da ocorrência dos fatos geradores, devem permanecer na sujeição passiva, nos termos do art. 45, inciso XII, da lei 11.651/91, assim:

Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;

Rejeitados os pedidos de exclusão da sujeição passiva dos responsáveis solidários.

No tocante ao mérito, de acordo com o art. 64 da Lei 11.651/91, não resta dúvida quanto à exigência de cumprimento de obrigação acessória, conforme abaixo:

Art. 64. *O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.*

Ainda, pelo dispõe o art. 308, inciso I, do Decreto 4852/97, o sujeito passivo deverá registrar no livro fiscal respectivo, a entrada, **a qualquer título**, todas as notas fiscais de aquisição, ou seja:

Art. 308 - O livro de Registro de Entradas destina-se à escrituração da:

I - entrada, a qualquer título, de mercadoria no estabelecimento;

Ocorre que dessa irregularidade restou configurada a falta de pagamento do ICMS devido por substituição tributária, nos termos do disposto no § 3º, do art. 51, da Lei 11.651/91, nos moldes do teor transcrito:

§ 3º É exigido o pagamento antecipado do imposto devido pelas futuras operações internas, inclusive quanto à operação a ser realizada pelo próprio adquirente, na hipótese de entrada de mercadoria proveniente de outro Estado ou do exterior e sujeita a substituição tributária.

E, ainda, segundo art. 32, § 1º, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97, senão vejamos:

Art. 32. *O regime de substituição tributária pela operação posterior -retenção na fonte- consiste na retenção, apuração e pagamento do imposto devido por operação interna subsequente, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso (Lei nº 11.651/91, art. 51).*

§ 1º *Aplica-se o regime de substituição tributária à operação realizada com as mercadorias discriminadas nos Apêndices I, II e X deste anexo, observadas, ainda, as disposições específicas do Capítulo II, sendo:*

As mercadorias discriminadas nas notas fiscais estão inseridas no item VI, do Apêndice I, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97, confirmando, efetivamente, que estão submetidas ao regime de substituição tributária pelas operações subsequentes.

A responsabilidade pelo pagamento do referido imposto recai, de fato, recai sobre o responsável identificado na inicial, de acordo com o estatuído no art. 35 dos referidos anexo e decreto acima, assim:

Art. 35. *Fica solidariamente obrigado ao pagamento do imposto devido por substituição tributária o contribuinte estabelecido neste Estado que adquirir mercadoria cujo imposto não tenha sido retido, hipótese em que o adquirente obriga-se, ainda, ao pagamento da multa pelo mesmo devida, dos juros e demais acréscimos legais, calculados desde a data em que deveria ter sido efetuada a retenção.*

Não cumprindo essa obrigação e verificada a irregularidade, é aplicada a multa formal prevista no art. 71, inciso VII, alínea "c" além do ICMS, segundo § 9º, inciso II, da Lei 1.651/91:

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

VII - de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação ou da prestação:

[...]

c) pela falta de registro ou pelo registro com valor incorreto de documento relativo à entrada, aquisição ou utilização de mercadorias, bens e serviços;

...

§ 9º Se da prática das irregularidades descritas nos incisos V e seguintes do caput deste artigo resultar diretamente omissão de pagamento do imposto, a multa neles prevista será aumentada do valor correspondente à aplicação dos percentuais abaixo, sobre o valor do imposto não pago:

...

II - 80% (oitenta por cento), se a irregularidade for praticada em operação ou prestação sujeitas ao regime de substituição tributária.

Posto isso, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para considerar procedente o crédito tributário, confirmando a decisão cameral.

Sala das sessões plenárias, em 26 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NOTA FISCAL DE ENTRADA - OMISSÃO DE REGISTRO - Omissão do registro de nota fiscal de entrada - mercadoria sujeita - STOP (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02449/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: PROCESSUAL. Preliminar. Exclusão do solidário da lide. Rejeitada. Decisão não unânime.

É correta a indicação como solidário do sócio que, comprovadamente, exercia função de administrador da empresa atuada.

ICMS. Obrigação principal. Falta de registro de nota fiscal de aquisição de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Omissão de pagamento de imposto. Procedência. Decisão não unânime.

É procedente o auto de infração que exige o pagamento do ICMS substituição tributária relativamente a mercadoria constante de nota fiscal de aquisição interestadual não registrada no livro Registro de Entrada de Mercadoria.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de agosto de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo Conselheiro Relator. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Domingos Caruso Neto, Washington Luis Freire de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Pereira D'abadia, Carlos Andrade Silveira, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque e Aguinaldo Fernandes de Melo. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Carlos Andrade Silveira, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Washington Luis Freire de Oliveira, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Heli José da Silva e Aguinaldo Fernandes de Melo.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso ao Conselho Pleno interposto pela Fazenda Pública pleiteando a reforma do ACÓRDÃO DA I CJUL Nº 3.005/2009 que, por maioria de votos, conheceu do recurso voluntário, deu-lhe provimento, para reformar a decisão singular e considerar improcedente o lançamento relativo a exigência de multa formal correspondente a 25% (vinte e cinco por cento), do valor das mercadorias constantes das Notas Fiscais de fls. 16 a 35, não registradas no livro Registro de Entrada de Mercadorias acrescido do ICMS substituição tributária pelas operações internas subseqüentes.

Foram mencionados como infringidos o artigo 51 § 3º e artigos 63 e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c art. 32 § 1º, inciso I, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97 e art. 5º, § 3º, inciso II, da Instrução Normativa nº 572/02-GSF e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VII, alínea “c”, c/c o § 9º, inciso II, da Lei nº 11.651/91.

Foi indicado como solidário nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91 o sócio [...] administrador da empresa atuada à época da ocorrência dos fatos.

O lançamento foi instruído com o demonstrativo de cálculo do ICMS substituição tributária pelas operações internas subseqüentes, bem como as cópias das notas fiscais e do livro Registro de Entrada de Mercadorias.

Devidamente intimados para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação a empresa atuada compareceu ao processo por meio peça impugnatória de fls. 67 a 68, afirmando que os fiscais não juntaram ao processo nenhuma prova da aquisição das mercadorias e que não concorda com o índice de IVA utilizado para o cálculo do ICMS substituição tributária.

Pediram a improcedência do lançamento.

O não comparecimento do sujeito passivo solidário encontra-se registrado no Termo de Revelia de fls. 75.

Por meio da Sentença nº 5.132/07, de fls. 77 a 78 a julgadora singular considerou procedente o lançamento afirmando que as cópias das notas fiscais comprovam a aquisição das mercadorias e que o IVA utilizado está previsto na legislação tributária que instituiu a substituição tributária.

Inconformados os sujeitos passivos interpuseram o recurso voluntário de fls. 86 reafirmando os argumentos expendidos na fase singular e pedindo a reforma da decisão monocrática para considerar improcedente o lançamento.

Na sessão realizada no dia 25/04/08, a Primeira Câmara Julgadora, por maioria de votos, reformou a decisão singular e considerou improcedente o lançamento afirmando que as mercadorias constantes das notas fiscais (medicamentos diversos) não coadunam com o objetivo social da empresa atuada que é de comércio atacadista de produtos de limpeza e alimentícios.

Não se conformando com a decisão cameral a Representação Fazendária interpôs o recurso de fls. 347 a 348, dirigido ao Conselho Pleno afirmando que as mercadorias constantes das notas fiscais não registradas são compatíveis com a atividade econômica da empresa.

Na contradita de fls. 100 a 101, os sujeitos passivos pedem a manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

DECISÃO

Das preliminares:

A Cláusula Terceira do Contrato Social de fls. 7 a 10, revela que o sócio [...] exercia a função de administrador da empresa com poderes e atribuições de gerente. Assim, entendo que a sua indicação como solidário atende ao disposto no art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, devendo, portanto, permanecer na lide.

Rejeito a preliminar.

Do mérito:

Cumprе ressaltar, inicialmente, que a legislação tributária estadual assevera que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 11.651/91, art. 64).

Entre as prestações positivas encontra-se a obrigação de manter e escriturar livros fiscais, entre eles, o livro Registro de Entradas, estabelecidas no Decreto nº 4.852/97 (RCTE). Vejamos:

“Art. 88. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária ([Lei nº 11.651/91, art. 64](#)).

§ 1º O [contribuinte](#) do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária, relacionada com o ICMS, são obrigados a ([Lei nº 11.651, art. 64, § 2º](#)):

[...]

III - manter e escriturar livro fiscal;

[...]

Art. 308. O livro Registro de Entradas destina-se à escrituração da (Convênio [SINIEF SN/70, art. 70](#)):

I - entrada, a qualquer título, de mercadoria no estabelecimento;

II - utilização de serviço pelo estabelecimento.

§ 1º Deve ser também escriturado:

I - o documento fiscal relativo à aquisição de mercadoria:

- a) que não transitar pelo estabelecimento adquirente, ainda que por meio de título que a represente;
- b) para o ativo imobilizado, cuja escrituração deve ser feita de forma individualizada;
- c) para uso ou consumo, cuja escrituração pode ser feita de forma englobada, para cada período de apuração pelo contribuinte não usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, ressalvada a hipótese do imposto relativo ao diferencial de alíquotas;”

No caso vertente, apesar de manter e escriturar os livros fiscais obrigatórios, o sujeito passivo deixou de consignar no livro Registro de Entradas a aquisição de várias mercadorias, conforme comprovam as cópias das notas fiscais e as cópias das páginas dos livros Registro de Entradas no qual as mesmas deveriam estar escrituradas, motivo pelo qual foi alvo da lavratura do auto de infração que constitui a peça básica do presente processo.

O ilustre relator autor do voto condutor do acórdão recorrido acolheu a alegação da empresa autuada no sentido de que não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais, com base no seguinte fundamento:

“Embora devidamente instruída a acusação, os produtos constantes das notas fiscais (medicamentos diversos) não coadunam com o objetivo social da autuada, que é o Comércio Atacadista de Produtos de Limpeza, Produtos Alimentícios e Mercadorias em Geral, conforme se vê da Cláusula primeira, A, da Segunda Alteração Contratual (fls. 07).”

A referida conclusão é repelida pela Representação Fazendária com grande propriedade em seu recurso ao Conselho Pleno. Vejamos:

“Diferente do que diz o acórdão recorrido, todas as mercadorias constantes das notas fiscais não registradas (19 no total) pertencem ao universo de produtos comercializados pela autuada, quais sejam: bom brill, macarrão, creme dental, algodão absorvente, sandália havaiana, cola, vinho, sal de fruta, sorrisal, dori!, anador, dipirona, buscopan, apracur. São produtos vendidos em qualquer mercadoria ou armazém. Ressalte-se que a empresa autuada é distribuidora de secos e molhados.

Do total das dezenove notas fiscais não registradas, cujas cópias estão nos atos, em dezesseis delas, além de serem nota fiscal fatura, há prova que as mercadorias foram comercializadas a prazo. É do senso comum que nenhum comerciante vende a prazo para outra empresa se dela não conhecer, no mínimo, seus dados cadastrais completos e quem é o seu dono. Saliente-se ainda que são cinco os fornecedores e de quatro estados da Federação: Santa Catarina, Minais Gerais, São Paulo e Piauí.”

Nas duas oportunidades em que compareceram ao processo os sujeitos passivos argumentaram apenas que os fiscais não juntaram nenhuma prova da entrada das mercadorias no seu estabelecimento.

Nesse ponto, cumpre salientar que não há nos autos nenhuma prova de qualquer ação da empresa autuada no sentido de desconstituir a sua indicação como destinatária das mercadorias, como por exemplo, correspondência enviada as empresas emitentes dos documentos fiscais protestando contra a utilização indevida de sua inscrição ou mesmo ação judicial com a finalidade de apurar crime de falsidade cometido pelas referidas empresas.

Por outro lado, a Instrução Normativa nº 572/02-GSF, de 1º de novembro de 2002, que dispõe sobre a forma de escrituração de livros e documentos fiscais, forma de apuração e prazo para pagamento do ICMS pela empresa enquadrada no regime tributário diferenciado aplicável à microempresa e à empresa de pequeno porte, nas aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, estabelece o seguinte:

“Art. 1º A empresa enquadrada no regime tributário diferenciado aplicável à microempresa e à empresa de pequeno porte, nas aquisições de mercadorias relacionadas no Apêndice I do [Anexo VIII](#) do RCTE, deve adotar os procedimentos descritos nesta instrução, em substituição à sistemática prevista nos arts. 74 e 75 do [Anexo VIII](#) do RCTE.

Art. 2º As unidades da Secretaria da Fazenda ficam dispensadas da emissão de DARE 2.1 correspondente à aquisição interestadual de mercadoria sujeita à substituição tributária pela operação posterior, relacionada no Apêndice I do [Anexo VIII](#) do RCTE, pelo contribuinte enquadrado no regime tributário diferenciado aplicável à microempresa e à empresa de pequeno porte, que deve apurar, escriturar e pagar o ICMS relativo a essa operação, de acordo com os procedimentos descritos nesta instrução.

Art. 3º Na aquisição interestadual de mercadoria relacionada no Apêndice I do Anexo VIII do RCTE, o contribuinte enquadrado no regime tributário diferenciado aplicável à microempresa e à empresa de pequeno porte deve calcular o ICMS devido por substituição tributária pela operação posterior que corresponde à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista no art. 6º da Lei nº 13.270, de 29 de maio de 1998, sobre a base de cálculo da substituição tributária e o valor do ICMS normal relativo à operação anterior, destacado no documento fiscal correspondente à aquisição.

[...]

Art. 5º Os documentos fiscais relativos a mercadorias sujeitas à substituição tributária devem ser regularmente registrados, sem débito e sem crédito, adotando-se, ainda, os seguintes procedimentos:

I - na coluna OBSERVAÇÕES do livro Registro de Entradas, devem ser abertas três subcolunas para registro dos valores de ICMS normal, ICMS retido e ICMS calculado na forma do art. 3º, sob os títulos, respectivamente, ICMS NORMAL, ICMS RETIDO e ICMS ST. OP. INTERESTADUAL APÊNDICE I calculado na forma do art. 3º;

[...]

III - no campo "outros créditos" do livro Registro de Apuração do ICMS, registrar o valor total do ICMS normal mencionado no inciso I do caput deste artigo com a expressão: CRÉDITO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ART. 4º, I, "a", DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 572/02 - GSF;

IV - no campo "outros débitos" do livro Registro de Apuração do ICMS, registrar o valor total do ICMS a ser debitado mencionado no inciso II do caput deste artigo, com a expressão: DÉBITO DE ICMS RELATIVO A AQUISIÇÃO DE MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ART. 4º, I, "b", DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 572/02 - GSF";

Assim, a falta de registro das notas fiscais de aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações internas subsequentes, redundou na falta de pagamento do imposto.

Com essas considerações, entendo que razão assiste à Representação Fazendária no seu pleito de reforma do acórdão cameral para confirmar a decisão singular que considerou procedente o lançamento.

À conta do exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para reformar o acórdão cameral e confirmar a decisão singular que considerou procedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 24 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NULIDADE DA PEÇA BÁSICA - INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL - Aproveitamento do crédito em valor superior ao permitido - ICMS normal e retido (Nulidade)

ACÓRDÃO DA 1ª CJUL N.º 02814/10

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: *Processual. Nulidade. Incompetência funcional da autoridade lançadora. Acolhimento. Decisão unânime.*

I - Os atos praticados por autoridade incompetente são nulos conforme disposto no artigo 20, I da Lei n.º 16.469/09.

II - As atribuições dos funcionários fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás são estabelecidas no artigo 4º da Lei n.º 13.266/01.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 14 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por incompetência funcional da autoridade lançadora. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo omitiu pagamento de ICMS, no período de julho a dezembro de 2004, em razão do aproveitamento de crédito em montante superior ao permitido, relativo ao ICMS normal e retido, referente à saída de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores com destino a contribuinte estabelecido em outra unidade federativa, sujeitando-se, por conseguinte, ao pagamento do imposto na importância de R\$ 30.490,54 (trinta mil, quatrocentos e noventa reais e cinquenta e quatro centavos), mais acréscimos legais.

Propôs-se a aplicação da penalidade prevista no art. 71, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 11.651/91, com a redação conferida pela Lei nº 14.634/03.

No histórico do auto de infração as autoridades lançadoras informam que se trata de reatuação do auto de infração nº 3 0144751 358 88, julgado nulo por insegurança na determinação da infração em junho de 2007.

Para instrução processual, foram anexados os demonstrativos próprios da Auditoria Básica do ICMS, se evidenciando na Parte 3/3 - Conclusão - o montante do imposto omitido decorrente da escrituração indevida de créditos, e especificados no Demonstrativo Auxiliar - Créditos Escriturados Indevidamente, o

levantamento "Demonstrativo Para Cálculo de Ressarcimento ICMS ST conforme Art. 46, II, f, Anexo VIII, RCTE", notificação fiscal para apresentação de documentos fiscais e cópias do livro Registro de Apuração do ICMS dos meses de julho a dezembro de 2004.

Instaurando o contraditório em primeira instância, a empresa e seus sócios administradores, incluídos na lide como solidários, impugnam a ação fiscal com os seguintes argumentos: a) preliminarmente, aduzem nulidade processual em virtude da existência de consulta formulada pela impugnante em data anterior ao início do procedimento de fiscalização, relacionada à matéria objeto de autuação, ainda pendente de solução; b) alegam a inaplicabilidade à lide da responsabilidade solidária dos sócios administradores, em virtude da não ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 134 e 135 do CTN; c) no mérito, afirmam que houve estorno indevido de crédito do ICMS, por erro na apuração do IVA_p (Índice de Valor Agregado Apurado) mediante a utilização de critério não previsto na legislação tributária, especialmente em razão da não consideração dos estoques inicial e final e de algumas operações realizadas e que lhe dariam direito a crédito do ICMS (produção feita por encomenda, em estabelecimentos situados no território goiano e fora do Estado de Goiás, com fornecimento de matéria prima pelo sujeito passivo autuado), bem como inclusão indevida das remessas de mercadorias industrializadas para a Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio.

Tendo em vista a alegação dos impugnantes de que se encontrava pendente de solução a consulta formulada à Secretaria da Fazenda, versando sobre assunto pertinente à autuação, o preclaro julgador singular converteu os autos em diligência, para que se verificasse se o sujeito passivo autuado já tivera ciência da solução dada à consulta e, caso contrário, que se notificasse o mesmo, concedendo-lhe prazo para pagamento do ICMS exigido nos autos com o benefício da espontaneidade, ou apresentação de nova defesa face ao resultado da consulta.

O processo retornou para julgamento com a informação de que o contribuinte autuado protocolizou consulta em 29.06.2007, processo nº 200700004012838, tendo sido recebida e solucionada por meio do Despacho nº 112/2008-SAT, fls. 212, que adotou o Parecer nº 002/2008-GPT, fls. 208/212, sendo cientificada ao consulente em 30.01.2008, fls. 212-verso,

Novamente intimados, na forma legal, os sujeitos passivos não apresentaram nova manifestação.

O julgador singular decidiu a questão favoravelmente à Fazenda Estadual, inclusive mantendo o solidário na lide, consoante a Sentença nº 2347/09-COJP (fls. 283 a 287).

O eminente julgador afastou a ocorrência de nulidade processual ou improcedência do auto de infração, face à alegada pendência de consulta formulada pelo sujeito passivo autuado, anteriormente ao início do procedimento de fiscalização, sustentando que o sujeito passivo não recuperou a espontaneidade,

porquanto o início do procedimento fiscal foi marcado pela notificação realizada pela fiscalização documento de fls. 14 dos autos.

No mérito, ressaltou que a ação fiscal desenvolveu-se com critérios adequados ao objeto de fiscalização e que a defesa não conseguiu afastar a acusação fiscal.

Inconformados com a decisão singular, os sujeitos passivos apresentam recurso voluntário no qual reiteram as suas razões da impugnação, pedindo a nulidade do auto de infração, porque a autuada se encontrava amparada pelos efeitos da consulta e porque a notificação fiscal de fls. 14, foi expedida em 30.10.2007, após, a protocolização do pedido de consulta formulado pela empresa autuada, pedem a exclusão da lide dos sócios-administradores, fls. 316, e a improcedência do auto de infração.

Em memorial de fls. 327/355, a recorrente apresenta nova arguição de nulidade do lançamento por incompetência funcional da auditora fiscal (AFRE-I) da receita estadual da classe I para realização do lançamento tributário, fls. 343. Junta aos autos sentença n.º 6667/09-COJP, proferida pelo Corpo de Julgadores de Primeira Instância do Estado de Goiás, referente ao PAT n.º 3028619500561, lavrado em desfavor da recorrente, em caso idêntico, que decidiu pela nulidade do lançamento por incompetência funcional.

Na decisão anexada a julgadora entendeu que as autoridades lançadoras não poderiam ter lavrado o auto de infração em relação à matéria, objeto da consulta, no período entre a protocolização do processo de consulta e 20 (vinte) dias contados da data que o consulente tiver ciência da resposta, consoante dispõe os artigos 49 e 50 da Lei n.º 16.469/09.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente é importante destacar que a nulidade por incompetência funcional, arguida agora em memorial pela recorrente, não se confunde com a preliminar de nulidade alegada em sua peça de impugnação e de recurso voluntário.

Aquela preliminar havia sido suscitada em razão do auto de infração ter sido lavrado em desfavor de contribuinte amparado pelos efeitos da consulta, enquanto esta última tem por fundamento a incapacidade funcional da AFRE I, que subscreve o auto de infração, para realização do lançamento tributário.

Apesar da sentença, anexada pela defesa como paradigma, tratar de incompetência funcional por impedimento da autoridade lançadora, o item “c” dos pedidos, na manifestação da recorrente em memorial de fls. 343, deixa claro que se trata de nulidade por preliminar diversa da que foi o motivo da decisão singular e objeto do pedido constante do item “b” do mesmo memorial.

Portanto, apreciando, primeiramente, a preliminar de incompetência funcional da autoridade atuante, em razão do porte da empresa, deve-se mencionar que a empresa está classificada, para fins de fiscalização, como sendo de médio porte no período fiscalizado, conforme consta dos sistemas informatizados da Secretaria da Fazenda.

As atribuições dos funcionários fiscais estão dispostas na Lei nº. 13.266/98, que Instituiu a carreira do fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, e estabeleceu o seguinte em seu artigo 4º:

“Art. 4º As atribuições conferidas, privativamente, aos funcionários fiscais, integrantes do Quadro de Pessoal do Fisco da Secretaria da Fazenda, são as seguintes:

I – ao Auditor-Fiscal da Receita Estadual I – AFRE I:

a) executar tarefas de arrecadação de tributos estaduais, quando decorrentes da atividade de fiscalização em unidade fixa ou móvel;

b) constituir o crédito tributário decorrente do exercício das correspondentes tarefas de fiscalização referentes a:

1. controle de mercadorias em trânsito e aos serviços de transporte com elas relacionados, desenvolvidas em unidades de fiscalização fixa ou móvel;

2. acompanhamento de abates de animais em estabelecimento frigorífico ou similar;

3. verificação de quantitativos de mercadorias existentes em estabelecimentos de produtor agropecuário, bem como o exame de documentos e livros de sua escrita fiscal;

4. débito declarado pelo contribuinte em documento de informação, extravio de livros e documentos fiscais e desaparecimento de contribuinte;

5. procedimentos de vistoria de estabelecimentos em geral; vistoria em equipamento emissor de cupom fiscal-ECF e sistema eletrônico de processamento de dados-SEPD, desde que sua realização não exija a verificação de livros fiscais e contábeis;

6. mercadorias recentemente adquiridas encontradas em situação irregular em qualquer estabelecimento, independentemente de auditoria para apuração da irregularidade fiscal;

7. contribuintes estaduais considerados como microempresa;

c) executar a contagem física e respectiva avaliação de estoque de mercadorias em estabelecimento de qualquer contribuinte estadual, bem como a apreensão de documentos e equipamentos utilizados no controle paralelo de vendas;

d) executar o controle do regime ou sistema especial de fiscalização ou arrecadação, assim definidos na legislação tributária estadual, quando para isso designado por Ordem de Serviço específica;

e) constituir o crédito tributário decorrente do exercício de tarefas de fiscalização referentes a contribuintes estaduais considerados empresa de pequeno porte com verificação de seus livros fiscais, mediante ato do Secretário da Fazenda;”

Depreende-se desse artigo que a fiscalização realizada por AFRE I somente pode ser realizada pela conferência de livros e documentos fiscais de contribuintes estaduais considerados empresa de pequeno porte, mediante ato do Secretário da Fazenda ou em contribuintes estaduais considerados como microempresa.

Está provado no processo que a fiscalização envolveu a conferência dos documentos fiscais emitidos e do livro Registro de Apuração do ICMS de forma a possibilitar a elaboração da Auditoria Básica do ICMS e o do Demonstrativo para o Cálculo de Ressarcimento do ICMS Substituição Tributária do período analisado, situação essa não alcançada pela competência funcional dos funcionários fiscais pertencentes à Classe I.

Ainda que nos autos conste o nome de autoridade fiscal ocupante da classe II, a sua participação foi de forma auxiliar, conforme se depreende da verificação dos levantamentos fiscais, fls.21/26, da notificação inicial para apresentação dos livros fiscais, fls. 14, e do próprio auto de infração, fls. 03, nos quais se observa somente a assinatura do auditor fiscal pertencente a classe I.

O art. 20, I, da Lei n.º 16.469/09, estabelece que são nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida e, com base nessa previsão legal, o auto de infração deve ser anulado por ter sido lavrado por autoridade incompetente.

“Art. 20. São nulos os atos praticados:

I - por autoridade incompetente ou impedida;”

Esse entendimento também foi compartilhado pela fazenda pública estadual que concordou com a nulidade do feito por incompetência funcional em sua sustentação oral no julgamento do processo.

Ante o exposto, deixo de apreciar outras questões apresentadas pela defesa para acolher a preliminar de nulidade do lançamento por incompetência funcional da autoridade lançadora, arguida pelo sujeito passivo, e declarar nulo AB INITIO o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 28 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NULIDADE DA PEÇA BÁSICA - INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL - Escrituração indevida de crédito de ICMS - falta de apresentação de nota fiscal de entrada (Nulidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02895/10

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: I - ADMISSIBILIDADE RECURSAL. 1. Exclusivamente para fins de apreciação de nulidade absoluta. Admissão. Decisão unânime. 2. Para apreciação de preliminar de exclusão do solidário. Admissão. Decisão por maioria.

II - INADMISSIBILIDADE RECURSAL EM RELAÇÃO AO MÉRITO. Decisão unânime. Inexistência dos pressupostos recursais do artigo 41, inciso II, da Lei n.º 16.469/09.

III - NULIDADE. Preliminar de nulidade "ab initio" do processo, por incompetência funcional da autoridade lançadora. Rejeitada. Decisão por maioria.

1. estando o estabelecimento autuado classificado, no exercício auditado, como empresa de médio porte, é competente para fiscalizá-lo o Auditor Fiscal da Receita Estadual II - AFRE II, nos termos do artigo 4.º, inciso II, alínea "a", item "2", da Lei n.º 13.266/98;

2. inexistindo relevante motivação que fundamente a acusação de que o AFRE II não laborou, efetivamente, na auditoria realizada, deve-se classificar como vazia a referida acusação.

IV - SOLIDARIEDADE. Pedido de exclusão da lide, feito por Conselheiro, relativamente ao responsável solidário. Rejeitado. Decisão majoritária.

1. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente, com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, do CTE).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 10 de novembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, admitir o recurso para o Conselho Pleno, para o fim exclusivo de apreciação da preliminar de incompetência funcional das autoridades lançadoras, arguida pelo Conselheiro Edson Abrão da Silva. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcides de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Luiz Honório dos Santos, José Luiz Rosa, Célia Reis Di Rezende, Aguinaldo Fernandes de Melo, Eponina Auxiliadora Costa Ferreira, Manoel Antônio Costa Filho e José Pereira D'abadia. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo Conselheiro Edson Abrão da Silva, por incompetência funcional das autoridades lançadoras. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Luiz Honório dos Santos, Célia Reis Di Rezende, Eponina Auxiliadora Costa Ferreira, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcides de Souza Fonseca, José Manoel Caixeta Haun, José Luiz Rosa, Aguinaldo Fernandes de Melo e José Pereira D'abadia. Por maioria de votos, também, admitir o recurso para apreciação da preliminar de exclusão do solidário [...], arguida pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Foram vencedores os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Delcides de Souza Fonseca, José Manoel Caixeta Haun, José Luiz Rosa, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia e Aguinaldo Fernandes de Melo. Vencidos os Conselheiros Heli José da Silva, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Luiz Honório dos Santos, Célia Reis Di Rezende e Eponina Auxiliadora Costa Ferreira. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão da lide do solidário [...], arguida pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Luiz Honório dos Santos, Célia Reis Di Rezende, Eponina Auxiliadora Costa Ferreira, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcides de Souza Fonseca, José Manoel Caixeta Haun, José Luiz Rosa, Aguinaldo Fernandes de Melo e José Pereira D'abadia. E, quanto ao mérito, por votação unânime, acatar a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pelo Conselheiro Relator, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei n.º 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Delcides de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Luiz Honório dos Santos, José Luiz Rosa, Célia Reis Di Rezende, Aguinaldo Fernandes de Melo, Eponina Auxiliadora Costa Ferreira, Manoel Antônio Costa Filho e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Revela a peça inaugural deste feito que o contribuinte em epígrafe omitiu o recolhimento do ICMS, na importância de R\$ 7.163,37 (sete mil, cento e sessenta e três reais e trinta e sete centavos), em virtude da escrituração indevida de valores a título de crédito, correspondente ao montante do imposto destacado nas Notas Fiscais relacionadas no livro de Registro de Entradas, cujas primeiras vias não foram apresentadas à fiscalização. Ante a esta constatação, a autoridade fiscalizadora formalizou o lançamento reclamando o pagamento do tributo devido ao erário goiano.

Indicou-se como infringidos os artigos 64 e 66 da Lei n.º 11.651/91, c/c artigo 166, inciso I, alínea "a", e artigo 308, do Decreto n.º 4.852/97 - RCTE.

Foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso IV, alínea "a" do CTE, com a redação da Lei n.º 14.634/03.

Às fls. 04, consta a indicação do responsável solidário para o cumprimento da obrigação tributária, senhor [...], que não comparecendo ao processo permitiu a lavratura do Termo de Revelia de fls. 35.

Insurgindo-se contra o procedimento fiscal, as alegações do sujeito passivo de que o extravio da documentação não pode ser entendido como omissão de pagamento do imposto, e que estaria providenciando cópias perante os respectivos emitentes, não contribuíram para a reversão do entendimento fiscal. O julgador singular combateu os argumentos defensórios e decidiu pela confirmação do lançamento, Sentença n.º 2.379/2007, de fls 36/37.

Intimado da Sentença exarada pela Primeira Instância, o solidário não se manifestou e foi declarado perempto, conforme Termo de Perempção, fls.41.

O atuado retorna ao feito com recurso interposto contra o julgamento singular, fls. 43/45, alegando que a decisão atacada não veio resguardar os sagrados interesses e direitos enumerados pelo Repositório Processual Pátrio, devendo ser reformulada na íntegra.

Aduz que as notas fiscais que originaram o estorno dos créditos estão todas devidamente registradas com base na primeira via, que posteriormente foram extraviadas e para comprovar as suas idoneidades, o requerente faz prova dos pagamentos conforme pode ser observado pelo extrato da Companhia Energética de Goiás, e cópias das notas fiscais enviadas pelas empresas fornecedoras.

Ressalta que a comprovação da idoneidade dos documentos que originou os créditos pode ser verificada nos arquivos da SEFAZ, por meio do Sintegra, e que na data do aproveitamento dos referidos créditos foram informados de forma regular e todos os registros constando a primeira via das Notas Fiscais. Requer a reforma da decisão singular.

A Primeira Câmara desse Conselho ao receber os autos para apreciação converteu o julgamento em diligência solicitando que o sujeito passivo seja

intimado para apresentar cópias autenticadas das vias fixas das Notas Fiscais registradas no mês de janeiro/05, cujas primeiras vias não foram apresentadas à fiscalização e também cópias dos extratos de fls. 22/27, carimbadas pelo emitente.

O atendimento da solicitação cameral consta às fls. 52/68.

A Quarta Câmara deste Conselho, em sessão realizada no dia 16 de junho de 2008, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração, no valor do ICMS de R\$ 1.026,14 (um mil, vinte e seis reais e quatorze centavos).

A decisão encontra-se consubstanciada no Acórdão n.º 2.930/2008, de fls. 71/73.

A Representação Fazendária, por intermédio do Despacho n.º 1.831/2008, anui concorde com a decisão cameral.

O sujeito passivo interpõe recurso para o Conselho Pleno, dizendo que a decisão cameral merece censura, e, por conseguinte, reforma. Argumenta que o valor a ser recolhido constante da decisão, refere-se a dois documentos fiscais, sendo uma Nota Fiscal de n.º 39353, com base de cálculo no valor de R\$ 6.670,00 e um conhecimento de frete no valor de R\$ 3.675,37, sendo a base de cálculo no valor de R\$1.733,67, emitidas pela empresa [...] inscrita no CNPJ n.º 40.802.126/0001-02, e no CCE n.º 20037169-9, que foram extraviados, porém, devidamente registrados nos livros fiscais da requerente. Diz que tentou buscar cópias dos referidos documentos fiscais, não obtendo êxito, tendo em vista que a referida empresa já havia desaparecido do mercado.

Complementa, que para comprovar a idoneidade dos documentos que originou os créditos resta apenas verificar nos arquivos da SEFAZ, através do Sintegra, que na data do aproveitamento dos referidos créditos foram informados de forma regular todos os registros constando a primeira via das Notas Fiscais.

É o relatório.

DECISÃO

Em prefação, mister destacar que o Conselho Pleno, em votação unânime, admitiu o recurso interposto pelo sujeito passivo, para o fim exclusivo de apreciação da preliminar de incompetência funcional das autoridades lançadoras, arguida pelo Conselheiro Edson Abrão da Silva. Também, em votação majoritária, admitiu o recurso para fins de apreciação da preliminar de exclusão do responsável solidário, Sr. [...], arguida pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho.

Assim, há que se decidir a respeito da suscitada nulidade, bem como da preliminar de exclusão do responsável solidário.

QUESTÕES PRELIMINARES

DA INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL

Quanto à preliminar em questão, hei por bem em rejeitá-la. Não há, indubitavelmente, incompetência funcional das autoridades autuantes. Consta na peça exordial a indicação de dois Auditores Fiscais da Receita Estadual, sendo um da classe AFRE I e o outro da classe AFRE II, designados pela Ordem de Serviço n.º 0369/2006, fls. 05, para promoverem a fiscalização do estabelecimento autuado.

O estabelecimento fiscalizado, no exercício auditado, encontrava-se enquadrado como empresa de médio porte.

A competência para a realização do mister em questão, encontra-se legalmente definida pela Lei n.º 13.266, de 16 de abril de 1.998, que institui a carreira do Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, cujas atribuições dos funcionários fiscais encontram-se regulamentadas pelo artigo 4.º, que estabelece, em relação aos AFRE's I e II:

"Art. 4.º. As atribuições conferidas, privativamente, aos funcionários fiscais, integrantes do Quadro de Pessoal do Fisco da Secretaria da Fazenda, são as seguintes:

I – Ao Auditor Fiscal da Receita Estadual I – AFRE I:

- a) executar tarefas de arrecadação de tributos estaduais, quando decorrentes da atividade de fiscalização em unidade fixa ou móvel;
- b) constituir o crédito tributário decorrente do exercício das correspondentes tarefas de fiscalização referentes a:
 1. controle de mercadorias em trânsito e aos serviços de transporte com elas relacionados, desenvolvidas em unidades de fiscalização fixa ou móvel;
 2. acompanhamento de abates de animais em estabelecimento frigorífico ou similar;
 3. verificação de quantitativos de mercadorias existentes em estabelecimentos de produtor agropecuário, bem como o exame de documentos e livros de sua escrita fiscal;
 4. débito declarado pelo contribuinte em documento de informação, extravio de livros e documentos fiscais e desaparecimento de contribuinte;
 5. procedimentos de vistoria de estabelecimentos em geral; vistoria em equipamento emissor de cupom fiscal – ECF e sistema eletrônico de processamento de dados – SEPD, desde que sua realização não exija a verificação de livros fiscais e contábeis;
 6. mercadorias recentemente adquiridas encontradas em situação irregular em qualquer estabelecimento, independentemente de auditoria para apuração da irregularidade fiscal;

7. contribuintes estaduais considerados como microempresa;

c) executar a contagem física e respectiva avaliação de estoque de mercadorias em estabelecimento de qualquer contribuinte estadual, bem como a apreensão de documentos e equipamentos utilizados no controle paralelo de vendas;

d) executar o controle do regime ou sistema especial de fiscalização ou arrecadação, assim definidos na legislação tributária, quando para isso designado por Ordem de Serviço específica;

e) constituir o crédito tributário decorrente do exercício de tarefas de fiscalização referentes a contribuintes estaduais considerados empresa de pequeno porte com verificação de seus livros fiscais, mediante ato do Secretário da Fazenda.

II – ao Auditor Fiscal da Receita Estadual II – AFRE II:

a) constituir o crédito tributário relativo aos tributos estaduais, decorrentes de:

1. procedimento de auditorias referentes a estabelecimentos que mantenham somente escrita fiscal ao tempo do fato objeto do lançamento, independentemente de seu porte;

2. procedimento de auditorias realizadas por meio de exame de livros fiscais e contábeis, documentos ou mercadorias referentes a estabelecimentos considerados microempresa, empresa de pequeno porte empresa de médio porte;

c) executar o controle do regime ou sistema especial de fiscalização e/ou arrecadação, assim definidos na legislação tributária estadual, quando para isso designado por Ordem de Serviço específica;

d) constituir o crédito tributário, decorrente de procedimento de auditorias, efetuado mediante ato do Secretário da Fazenda, quando se referir a estabelecimentos de grande porte que possuam livros fiscais e contábeis ao tempo da ocorrência do fato objeto do lançamento;

[...]"

O trabalho foi realizado, portanto, com a participação de um AFRE I e um AFRE II. Vê-se, na legislação retro transcrita que o Auditor Fiscal da Receita Estadual – AFRE II, possui competência plena para o mister em questão, a teor do contido no item “2”, alínea “a”, inciso II, do artigo 4.º. Não há, portanto, qualquer indício de incompetência funcional na auditoria realizada.

Juntou-se aos autos cópia do Acórdão do Conselho Pleno n.º 2.385/09, relacionado com a mesma empresa e mesmos autuantes – AFRE I e AFRE II, cuja decisão, tomada por maioria de votos, manteve o entendimento cameral relacionado com a nulidade por incompetência funcional. Destaco, por importante, que na decisão em questão fui voto vencido.

O autor e redator do Acórdão em questão, entendeu que o AFRE II, inobstante constar seu nome na Ordem de Serviço e nos levantamentos realizados, não laborou, efetivamente, na realização da auditoria. E, por

consequência lógica, restaria tão somente o AFRE I, cuja competência não abrange a fiscalização de empresas de médio porte, razão pela qual surgiria a figura da incompetência funcional.

Nesse diapasão é que foi arguida a preliminar de nulidade por incompetência funcional, neste processo, calcada, portanto, na assertiva de que o AFRE II não laborou na realização do trabalho suporte da autuação, e, restando, tão somente o AFRE I, o mesmo seria incompetente para o mister realizado.

Referida arguição funda-se em mera acusação, sem qualquer respaldo fático ou jurídico. A meu ver, promove uma grave acusação em desfavor da conduta laboral de um servidor público, sem: (i) apresentar provas reais de conduta irregular na execução do seu mister; (ii) não lhe oportunizar qualquer manifestação a respeito da acusação que lhe é imposta, a qual, inclusive, denigre a sua folha de serviço, suprimindo-lhe o constitucional direito do contraditório e da ampla defesa; (iii) não ter, sequer, ouvido o superior hierárquico que expediu a Ordem de Serviço, na qual foi incluído o seu nome para a realização da auditoria objurgada.

Entendo, portanto, que no estado em que os autos foram encaminhados a este Conselho Pleno, não há qualquer possibilidade de se acatar a acusação de que o AFRE II não participou, efetivamente, dos trabalhos realizados, razão pela qual não compartilho da arguição de nulidade do lançamento por incompetência funcional. Rejeito-a.

DO PEDIDO DE EXCLUSÃO DO SOLIDÁRIO

Quanto ao pedido de exclusão da lide do solidário [...], arguido pelo Conselho Nivaldo Carvelo Carvalho, não acolho, visto que, na condição de administrador, participou diretamente da situação de que decorreu a omissão objeto da ação fiscal, conduta que se subsume ao artigo 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, a seguir transcrito:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII – com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis

[...] “ (grifos oportunos).

MÉRITO.

PROCESSUAL. INADMISSIBILIDADE RECURSAL.

Da análise que promovi no Recurso interposto, e, considerando o fato de que a decisão cameral adjetivou-se, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, com o consenso unânime dos julgadores camerais, procedi à arguição de inadmissibilidade do Recurso, por entender que o mesmo não se acha revestido, comprovadamente, dos requisitos exigidos para a sua admissibilidade, nos termos preconizados pelo artigo 41, inciso II, da Lei n.º 16.469/09.

De fato, a decisão recorrida foi tomada, na fase cameral, por unanimidade de votos e, não estando comprovada divergência jurisprudencial, ou contrariedade a disposição expressa na legislação tributária estadual, ou, ainda, a prova incontestante constante do processo, como prevê o artigo 41, inciso II, da Lei n.º 16.469/09, abaixo transcrito, não cabe recurso para o Conselho Pleno:

“Art. 41. Cabe recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

[...]

II – unânime:

a) divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica;

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação estadual;

2. prova incontestante, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão.

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

d) quando apresentada prova incontestante cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo.

§ 1.º. na hipótese do inciso II do caput, a parte deve, sem a qual o recurso deve ser liminarmente inadmitido:

I – juntar cópia do acórdão objeto da divergência ou a prova incontestante cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento;

II – demonstrar, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, ou a falsidade da prova.

[...]”

O recurso interposto não se subsume às condicionantes contidas no diretivo retro transcrito. O sujeito passivo tão somente repete os argumentos já apreciados na fase cameral.

Portanto, arguo e acolho a preliminar de inadmissibilidade do Recurso, em relação ao mérito, pelo fato de que o mesmo não se acha revestido,

comprovadamente, dos requisitos exigidos para a sua admissibilidade, nos termos preconizados pelo artigo 41, inciso II, da Lei n.º 16.469/09.

Pelo exposto, em consenso majoritário com meus pares, rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo Conselheiro Edson Abrão da Silva, por incompetência funcional da autoridade lançadora. Acompanhado pela maioria dos Conselheiros, rejeito, também, o pedido de exclusão da lide do responsável solidário Sr. [...], apresentado pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. E, no mérito, arguo e acolho, de forma unânime, a preliminar de inadmissibilidade do Recurso para o Conselho Pleno, sob o fundamento de que a peça recursal não se encontra em consonância com o disposto no artigo 41, inciso II, da Lei n.º 16.469/09.

VOTO VENCIDO

Solicitei a elaboração deste voto vencido porque o meu convencimento decisório sobre a preliminar de nulidade da peça básica, por incompetência funcional das autoridades lançadoras, que argui na sessão de julgamento dos autos, divergiu do conclusão esposado pelo Conselheiro autor do voto vencedor, visto que considerei a decisão definitiva do processo nº 3 0232419 049 52, Acórdão do CONP nº 00406/2009, em que esta empresa figurou no polo passivo, cujo discurso fundamenta:

A Ordem de Serviço nº 0369/2006, fl. 05, que delega poderes aos auditores fiscais - AFTE I e II, para o exercício da função de fiscalizar empresas de médio porte e examinar o movimento real tributável, - Auditoria Básica do ICMS – por mês, no período de 01/01/2004 a 31/12/2005 é recebida no dia 26/12/06.

A validade do trabalho fazendário está condicionada à delegação de poderes fiscais por ato do Secretário da Fazenda e as atribuições conferidas pela mencionada Ordem de Serviço aos auditores fiscais da classe I e II não apresentam essa exigência da legislação que rege a competência do funcionário fiscal o que invalida todo o resultado apostado na conclusão da ação fiscal.

Por isso, entendo que o lançamento tributário, ora discutido, não alcança o seu objetivo, visto que o resultado atuado distanciou da realidade funcional da autoridade administrativa ensinada pelo art. 142 do CTN que transcrevo:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.” (Original grifado).

O ato administrativo é vinculado e obrigatório, pois emana de pessoa que tem atribuição legal para o cumprimento da tarefa funcional que é lançar o tributo

de direito do Poder Público sem a existência de liberdade de escolha do agente fiscal que pratica o ato.

A falta dos requisitos legais das autoridades fiscais pôs o ato de lançar o tributo desprovido do comando legal para a sua validade.

Neste sentido, a Professora Misabel Abreu Machado Derzi, no Livro Comentário ao Código Tributário Nacional, página 357, ensina:

“Não cabe à Administração tributária decidir sobre a conveniência, oportunidade e o conteúdo do lançamento. Apresentando-se os requisitos legais, no tempo certo, deverá ser efetuado o lançamento, sem margem de discricção, como refere expressamente o parágrafo único do art. 142.”

Pelo que observei, a Ordem de Serviço nº 0369/2006 não confere competência funcional aos autores do lançamento inicial deste feito, pois nela não registra a delegação de poderes ao agente fiscal – AFRE I, para a execução da função de fiscalizar a empresa de médio porte, pelo ato do Secretário da Fazenda, como determina a Lei nº 13.266/1998.

Em face aos ensinamentos legais e doutrinários, argui e acolhi a preliminar de nulidade da peça basilar deste feito, por incompetência funcional das autoridades lançadoras e declaro nulo “ab initio” do presente processo.

Igual votação ocorreu com a exclusão do sujeito passivo solidário identificado no documento de fl.04, pois as minhas decisões sobre esta questão, se faz em obediência às sentenças do STJ, que consolidou a ementa de que “o não-recolhimento do tributo, por si só, não constitui infração à lei suficiente a ensejar a responsabilidade solidária dos sócios, ainda que exerçam gerência, sendo necessário provar que agiram os mesmos dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.” REsp 898168/SP, publicada no DJ do dia 05/03/2008.

Com suporte na ementa transcrita no parágrafo volvido, acolho a preliminar de exclusão do sócio e sujeito passivo solidário, arguida pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho e o excludo da lide.

Para finalizar este voto vencido, acolho a preliminar de nulidade da peça básica, que argui na sessão de julgamento dos autos, e declaro nulo ab initio o processo, e, também, excludo da lide o polo passivo solidário identificado no documento de fl. 04 deste volume.

Sala das sessões plenárias, em 14 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NULIDADE PARCIAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Aproveitamento indevido de crédito - ilegalidade ao acrescentar 2% na alíquota de ICMS (Nulidade Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03562/10

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: *Processual. Preliminar de nulidade parcial do processo. Cerceamento do direito de defesa. Retorno do feito à Primeira Instância. Acolhimento. Decisão unânime.*

I - A apreciação equivocada da impugnação feita pelo julgador singular, que gerou defesa indevida, impõe a invalidação da respectiva decisão, por cerceamento do direito de defesa, e o retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação de toda matéria.

II - Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam (CPC, art. 248).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 04 de novembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo Relator, a partir da decisão singular, fls. 439, devendo os autos retornarem à primeira instância para apreciação de toda a matéria. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, José Paixão de Oliveira Gomes, Paulo Diniz, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Célia Reis Di Rezende, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Consta dos autos que o sujeito passivo omitiu pagamentos de ICMS em razão do aproveitamento indevido, a título de crédito, dos valores apurados no levantamento de ICMS, referente ao adicional de 2%, na alíquota do ICMS, relativo a operações sujeitas ao regime normal de tributação, utilizado em desacordo com o artigo 6º da IN 784/2006-GSF, em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 391.638,54 (trezentos e noventa e um mil, seiscentos e trinta e oito reais e cinquenta e quatro centavos), juntamente com a penalidade e os acréscimos legais.

Os autos estão instruídos com demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS. Dentre esses demonstrativos: Relatório crédito indevido de 2% (fl. 40),

Demonstrativo auxiliar – Créditos escriturados indevidamente (fls. 44 e 54), cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 80 a 389).

O sujeito passivo, devidamente intimado, comparece em Primeira Instância. Pede a descaracterização da não contenciosidade. Sustenta a existência de nulidades em face de suposto erro do autuante, cerceamento ao direito de defesa. Pede o reenquadramento do rito processual e o cancelamento do auto de infração por nulidade ou improcedência (fls. 393 a 408).

O julgador singular decidiu que o processo está sujeito ao rito processual correspondente ao duplo grau e, assim, apreciou a defesa do sujeito passivo. Afastou as nulidades apontadas pelo polo passivo e considerou procedente o auto de infração (Sentença nº 5595/08-COJP, fls. 439 a 443).

Irresignado com a decisão do julgador monocrático, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário.

Sustenta a inexistência de correlação entre a capitulação apontada pela autoridade fiscal e aquela imputada à recorrente, afirma que presente discussão diz respeito ao preenchimento de obrigação acessória por parte da recorrente para fins de obtenção do seu direito de usufruir o benefício fiscal concedido pelo Estado de Goiás, questiona a validade, vigência e eficácia da decisão proferida pelo CD/FOMENTAR,

Ainda quanto às questões preliminares, o sujeito passivo pugna pela nulidade do auto de infração, alegando cerceamento ao direito de defesa, violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, suscita a validade da multa em virtude da onerosidade excessiva.

Ao final, pede o recorrente que seja processado e admitido o presente recurso voluntário e que a ele seja dado integral provimento, reformando-se a decisão recorrida e cancelando-se o auto de infração (fls. 447 a 483).

A Terceira Câmara Julgadora decidiu, por maioria de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo a primeira por cerceamento do direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração (fls. 487 a 496).

Inconformado, o polo passivo apresenta Recurso ao Conselho Pleno onde reitera os argumentos do recurso voluntário (fls. 500 a 529).

É o relatório.

DECISÃO

O questionamento proposto pelo relator e acolhido pela unanimidade dos votantes, nesta sessão plenária, refere-se à preliminar de nulidade da decisão singular, por cerceamento do direito de defesa.

Basta atentarmos para os fundamentos dispostos na decisão monocrática para perceber que parte substancial dos argumentos, ali inseridos, são estranhos à matéria discutida no processo e que, até aquele instante, guardavam relação única com o Auto de Infração.

Tal distorção, fez com que os atos seguintes à decisão singular percorressem caminhos alienígenas, dificultando e cerceando o exercício pleno do direito de defesa.

A fim de melhor elucidar esta celeuma, transcrevo parte da sentença, “in verbis”:

[...]No caso em exame o representante legal do pólo passivo, ao apresentar sua defesa, ficou restrito às “questões de direito” ou mais precisamente de um suposto “direito em tese” a ser comprovado, relativamente a entendimento diverso sobre o limite do benefício fiscal referente ao programa FOMENTAR/PRODUZIR, isto é, a divergência não se desenvolve no plano fático, ou da prova, mas no plano da compreensão normativa apenas.”[...]

Ora, o objeto do Auto é a omissão de pagamento de ICMS em razão do aproveitamento indevido, a título de crédito, dos valores apurados no levantamento de ICMS, referente ao adicional de 2%, na alíquota do ICMS, relativo a operações sujeitas ao regime normal de tributação.

As razões dispostas na impugnação guardavam ressonância com o teor do Auto e, inclusive, em folhas 399, item 17, confessava: “...por uma questão de equívoco interpretativo, e como se observa das planilhas de fls. 44/45 e 52/53, recolheu adicional de 2% e creditou-se no mês de geração do imposto e não no mês do efetivo pagamento, o que implicou diferenças no pagamento do ICMS devido.”

Pois bem, em função da decisão singular equivocada, o recurso voluntário passou a questionar pontos que não diziam respeito ao Auto e que também não constavam de sua peça impugnatória.

Por causa disso, o Acórdão 598/2010, fls. 491, da Terceira Câmara Julgadora, destacou o equívoco a que o recorrente viu-se inserido, vejamos:

[...]A alegação da recorrente de que a presente discussão diz respeito ao preenchimento de obrigação acessória por parte da autuada para fins de obtenção do seu direito de usufruir o benefício fiscal concedido pelo Estado de Goiás, inclusive o questionamento quanto à validade, vigência e eficácia da decisão proferida pelo CD/FOMENTAR está equivocada, não possui relação com esta atuação.”[...]

Esses equívocos repetem-se na peça recursal ao Conselho Pleno e demonstram, cabalmente, o grande prejuízo ao direito de defesa do autuado, vez que está a defender-se de “fantasmas”, inseridos a partir da decisão singular.

Dessa forma, em face da discrepância entre o teor das informações contidas na sentença recorrida e os argumentos de fato e de direito que compõem esse processo, e em respeito aos princípios constitucionais, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, proponho a nulidade da Sentença nº 5595/2008 (fls. 439 a 443), devendo os autos retornarem ao julgador monocrático para nova redação da sentença, abrindo-se, conseqüentemente, novo prazo para o conhecimento do recorrente.

Nesse diapasão, argui e acolhi, juntamente com a unanimidade de meus pares, a preliminar de nulidade da sentença singular, por cerceamento ao direito de defesa, em função da decisão singular equivocada.

Ante o exposto, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, acolho a preliminar de nulidade parcial do processo, a partir de fls. 439, devendo os autos retornarem à Primeira Instância para apreciação de toda a matéria.

Sala das sessões plenárias, em 14 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NULIDADE PARCIAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Aproveitamento indevido de crédito destacado em nota fiscal sem a efetiva operação (Nulidade Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 02857/10

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Processual. Cerceamento ao direito de defesa. Ausência de intimação do sujeito passivo em uma das fases processuais. Nulidade parcial. Preliminar acolhida. Decisão Unânime.

1. O sujeito passivo deve ser intimado em todas as etapas processuais sob pena de nulidade, a partir da ausência de intimação, por cerceamento do direito de defesa.

2. Somente no caso de decisão inteiramente favorável não se procederá a intimação a parte (Art. 15, § 7º, da Lei n.º 13.882/01).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial do processo, a partir de fls. 133, arguida pela atuada, por cerceamento ao direito de defesa, com retorno dos autos àquela fase para que o polo passivo seja intimado da decisão cameral, fls. 129/131. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira e Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que a atuada omitiu o pagamento do ICMS em razão do aproveitamento indevido de crédito, lançado no livro Registro de Entradas, destacado nas notas fiscais de aquisição n.º 1762, 1763, 1764, 1780, 1781, 1782, 1783, 1784, 1785, 1786, 1787, 1788, 1789, 1790, 1791 e 1793, sendo que as mesmas não correspondem a uma efetiva operação, em consequência, deverá recolher o ICMS na importância de R\$ 208.647,30 (duzentos e oito mil, seiscentos e quarenta e sete reais e trinta centavos), mais os acréscimos legais.

Para instrução processual, o Fisco juntou planilha demonstrativa, fls. 16, termo de interrogatório, prestado pelo sócio da empresa remetente, junto a 12ª Delegacia Regional de Polícia de Porangatu, na qual declara que as operações de saídas destinadas a empresa atuada, foram operações simuladas com a finalidade específica de beneficiar a mesma com créditos do ICMS, fls. 17/18, cópias das notas fiscais, fls. 19/31, e cópias do livro registro de Entradas, fls. 35/82.

Foi identificado às fls. 03, como sujeito passivo solidário, a pessoa do sócio e administrador da firma atuada.

Instaurando o contraditório, a empresa atuada, via procurador devidamente constituído, ingressa com impugnação em primeira instância, arguindo a nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração, sustentando, em síntese, que a acusação do Fisco está amparada apenas na declaração do proprietário da empresa emitente das notas fiscais em questão, situação que, segundo entende, configuraria simples presunção.

O julgador singular acolheu as razões da defesa e anulou o auto de infração por insegurança na determinação da infração, consoante Sentença n.º 3.347/06-COJP, fls. 103/104.

Inconformada, a Fazenda Pública confirmou o recuso de ofício apresentado pelo julgador singular e pediu o afastamento da nulidade AB INITIO, com o consequente retorno dos autos à primeira instância para julgamento do mérito, fls. 105/106.

Por maioria de votos, a Terceira Câmara julgadora acolheu a preliminar de cerceamento ao direito de defesa, arguida por um dos Conselheiros, em razão da existência de falha na intimação do sujeito passivo identificado como solidário, determinado o retorno dos autos ao NUPRE (Núcleo de Preparo Processual) de origem para intimar o sócio, incluído na lide como solidário, a apresentar defesa em primeira instância, fls. 130/131.

Cientificada da decisão cameral, a Fazenda Pública concordou com a decisão, fls. 132.

Intimado, fls. 133, o sujeito passivo solidário apresentou impugnação em primeira instância, e, em novo julgamento singular, as nulidades foram afastadas e o auto de infração julgado procedente.

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, no qual requer a nulidade por insegurança na determinação da infração e, alternativamente, a nulidade parcial porque não foi intimado da decisão cameral que anulou a decisão singular.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, é importante analisar se a ausência de ciência da decisão cameral de fls. 129/131, acarretou prejuízo ao direito de ampla defesa do sujeito passivo, conforme alegado em sua peça.

Cumprido destacar que, após a sentença que anulou AB INITIO o lançamento, a Terceira Câmara acolheu a preliminar de nulidade parcial do processo, arguida por um dos Conselheiros, a partir de fls. 86, inclusive, e determinou o retorno dos autos ao NUPRE de origem, para que o solidário, identificado às fls. 03, fosse intimado a apresentar impugnação em primeira instância. Sendo que, dessa decisão, a empresa atuada não tomou

conhecimento, somente a Fazenda Pública foi intimada para interpor recurso para o Conselho Pleno, fls.132.

A legislação processual que trata da matéria (lei vigente à época, Lei n.º 13.882/01, e a atual, Lei n.º 16.469/09) estabelece que a decisão cameral pode ser objeto de recurso para o Conselho Pleno, devendo as partes serem intimadas para interpor recurso para o Conselho Pleno (art. 17, III, “b”, da Lei n.º 13.882/01), caso queiram.

No entanto, nos casos em que a decisão tenha sido inteiramente favorável a uma das partes, a intimação não deverá ser realizada, conforme dispõe o § 7º do art. 15 da Lei n.º 13.882/01, in verbis:

“Art. 15 [...]

§ 7º Não se intimará a parte da decisão que lhe for inteiramente favorável;”

A inteligência do dispositivo acima citado não permite concluir pela dispensa de intimação para o sujeito passivo apresentar recurso ao Conselho Pleno, quanto a decisão cameral que anulou a sentença anterior.

Ao contrário, a decisão em primeira instância havia sido favorável ao sujeito passivo, visto que acolheu a nulidade por insegurança na determinação da infração. Tanto é assim que ela ensejou o recurso de ofício do julgador singular, confirmado pela Fazenda Pública no Parecer n.º 216/06, fls. 105/106.

Por óbvio que a declaração de nulidade parcial excluindo os efeitos de uma decisão anterior que deu provimento a impugnação do sujeito passivo, favorece a Fazenda Pública e não o sujeito passivo, devendo, por isso, ser o polo passivo a parte intimada para interpor recurso e não a Representação Fazendária.

Assiste razão a recorrente quando afirma que foi tomada de surpresa por uma segunda decisão desfavorável, proferida pelo Corpo de Julgadores de Primeira Instância, já que sequer foi intimada do Acórdão que anulou a Sentença anterior.

Ante o exposto, se faz necessário a correção do curso processual com expedição de intimação ao polo passivo (empresa atuada e sujeito passivo, indicado como solidário, fls. 03), no endereço do advogado constituído no processo (fls. 138), para conhecimento do teor do Acórdão Cameral de fls. 130/131 e da manifestação do Representante Fazendário, fls. 132, para, caso queira, apresentar Recurso ao Conselho Pleno quanto a decisão cameral que anulou a Sentença singular de fls. 103/104, que lhe era favorável.

Caso não haja apresentação de Recurso do Contribuinte ao Conselho Pleno, os autos deverão retornar ao NUPRE de origem a fim de que o sujeito passivo solidário seja novamente intimado a apresentar impugnação em primeira instância. Nessa hipótese, é importante destacar que havendo ou não apresentação de nova peça de impugnação, os autos deverão ser encaminhados

para julgador integrante do Corpo de Julgadores de Primeira Instância e este deverá proferir nova decisão, apreciando todas as peças já apresentadas pelo polo passivo para que não haja cerceamento ao direito de defesa da autuada em razão de supressão de instância.

Sala das sessões plenárias, em 07 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NULIDADE PARCIAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Diferencial de alíquota - aquisição interestadual de mercadoria para uso e consumo (Nulidade Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02720/10

Relator: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: I - Processual. Cerceamento ao direito de defesa. Ausência de intimação do sujeito passivo. Nulidade parcial. Preliminar acolhida. Decisão unânime.

1 - O sujeito passivo identificado deve ser intimado em todas as etapas processuais sob pena de nulidade, a partir da ausência de intimação, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 20, inciso III da Lei 116.469/09.

II - Processual. Preliminar de mérito de decadência. Acolhimento. Aplicação do Princípio da Fungibilidade e da Economia Processual. Decisão unânime.

1 - Acata-se um recurso por outro, quando preservados os requisitos de conteúdo daquele que seria o correto.

2 - A falha na intimação do sujeito passivo, não sanada antes da fluência do prazo decadencial, implica na necessidade de acolhimento da preliminar de mérito de decadência do crédito tributário.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 02 de setembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que anulou os autos parcialmente por cerceamento do direito de defesa, em virtude de falha verificada na intimação do sujeito passivo. E aplicando os princípios da economia processual e da fungibilidade, reconhecer a decadência do lançamento, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Célia Reis Di Rezende, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca e Manoel Antônio Costa Filho.

RELATÓRIO

A constituição do presente crédito tributário deve-se a omissão do recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquotas incidente na operação

estadual de aquisição das mercadorias destinadas ao uso/consumo constantes das notas fiscais relacionadas no demonstrativo que se encontra acostado ao processo com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva. Constatado através de Auditoria básica do ICMS 2000. Em consequência deverá pagar o imposto devido na importância de R\$ 1.850,00 (um mil, oitocentos e cinquenta reais) acrescido das cominações legais.

Intimado sobre a peça exordial o sujeito passivo queda-se silente motivando o termo de revelia de fls. 67.

Dirigindo-se a segunda instância o sujeito passivo afirma que o crédito tributário em estudo encontra-se prescrito; suscita a preliminar de nulidade da intimação, fls. 71/77.

A egrégia Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade da intimação, arguida pela atuada, por cerceamento do direito de defesa, tornando nulo os autos a partir de fls. 64, inclusive. Fls. 80/82.

Intimado sobre a preambular o atuado comparece ao feito e ratifica os termos de defesa já apresentados, fls. 86/90.

O ilustre sentenciador monocrático julga improcedente o auto de infração, fls. 91/92.

Através do Parecer n.º 137/07 a Representação Fazendária recorre da decisão que julgou improcedente o auto de infração. Pede que seja declarada nula a sentença singular; face a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa, constante nas folhas 80 a 82; que estava sujeita a um recurso da Representação Fazendária e a mesma não foi notificada para se manifestar, conforme determina a norma legal, que a decisão singular não havia transitado em julgado; que houve prejuízo para a Fazenda estadual; por isso entende que a decisão singular deve ser anulada; caso a solicitação supra não seja atendida, pede que a peça básica seja julgada procedente; que não houve decadência pois o lançamento foi efetuado antes de expirar o prazo decadencial; pede o acolhimento da preliminar de cerceamento ao direito de defesa; ou a procedência da basilar, fls. 93.

Em contradita ao parecer supra a defendente reafirma as razões de defesa já pronunciadas, fls. 96/98.

A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial dos autos a partir da intimação de fls. 83, por cerceamento ao direito de defesa da Fazenda Pública, devolvendo os autos a GEPRE para que faça a sua intimação, fls. 104/106.

Recurso da Fazenda para o Conselho Pleno rebate a alegação da defesa para pugnar pela procedência da exordial, fls. 107/108.

Em contradição ao recurso da Fazenda o polo passivo retorna ao feito e reafirma as razões de defesa já pronunciadas fls. 111/112.

É o relatório.

DECISÃO

Preliminarmente, destaco que, observo no processo falha relacionada a procedimento de intimação, que prejudica a análise do mérito. Dessa forma, deve prevalecer a decisão cameral que anulou os autos parcialmente, por cerceamento ao direito de defesa, em virtude da falha verificada na intimação do sujeito passivo de fls. 83.

Por outro lado, assiste razão ao polo passivo ao arguir a decadência do crédito tributário, que foi reconhecido pela unanimidade dos conselheiros deste Conselho Pleno.

A Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, que instituiu o Código Tributário do Estado de Goiás (CTE), repetindo o Código Tributário Nacional, disciplina a decadência no que se refere aos tributos estaduais, nestas palavras:

“Art. 182. O direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado[...].”

Não obstante o esforço do representante fazendário em manter a lavratura deste auto de infração, a interpretação unânime dos componentes desta Casa é de que o instituto da decadência do crédito tributário deve ser observado em decorrência do princípio da economia processual e da fungibilidade. Ademais, o crédito reclamado na inicial é de 2000, porém o início do procedimento fiscal somente ocorreu em 2006.

Princípio da fungibilidade, em linhas gerais, recomenda seja um recurso conhecido por outro se ausente a má-fé e se houver divergência, doutrinária e/ou jurisprudencial, sobre qual o cabível contra a decisão impugnada.

Segundo essa recomendação buscou-se evitar prejuízos à parte em razão da complexidade do sistema recursal na vigência do Código de Processo Civil de 1939, bem como observar, no meu entender, os princípios da economia processual, da celeridade dos autos processuais, da instrumentalidade das formas e do devido processo legal.

Os princípios da economia processual e da fungibilidade foram devidamente situados no sistema jurídico como um todo, à luz da Constituição Federal.

Novas aplicações do princípio da fungibilidade, no intuito de despertar o interesse pela busca de outras situações em se seja possível aplicar o princípio, ainda que sejam outros os requisitos para a sua aplicabilidade no atual sistema processual, possibilitando a utilização do processo como instrumento útil, tempestivo e justo na prestação jurisdicional.

Mas, pelo princípio da fungibilidade, à parte, ressalvadas as hipóteses de erro grosseiro, não pode ser prejudicada pela interposição de um recurso por outro, acatando-se um recurso por outro, quando preservados os requisitos de conteúdo daquele que seria o correto.

Ante o exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que anulou os autos parcialmente, por cerceamento ao direito de defesa, por falha na intimação. E aplicando os Princípios da Fungibilidade e da Economia Processual, reconheço a decadência do auto de infração, arguido pelo sujeito passivo.

Sala das sessões plenárias, em 21 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NULIDADE PARCIAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Falta de escrituração de nota fiscal de entrada (Nulidade Parcial)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 03517/10

Relator: Conselheiro Gustavo Alberto Izac Pinto

EMENTA: *Processual. Acolhida a preliminar de nulidade parcial do processo, argüida pelo Conselheiro Relator, por cerceamento ao direito de defesa, caracterizada pela falha na intimação do autuado no endereço tributário reconhecido pela SEFAZ. Anula o processo a partir do documento de fls. 194, inclusive. Decisão unânime.*

O cumprimento das normas processuais, atinentes à formalização do ato administrativo, é observado pelo setor fiscal competente e a comprovação da existência de falha na notificação do sujeito passivo causa a nulidade parcial do processo e implica a devolução do feito a quem compete a renovação do ato anulado.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19 de novembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de nulidade da sentença singular, argüida pelo Relator, por cerceamento ao direito de defesa, declarando, de consequência, nulos os atos processuais a partir da intimação de fl. 194, inclusive. Participaram do julgamento os Conselheiros Gustavo Alberto Izac Pinto, Edson Abrão da Silva e Domingos Caruso Neto.

RELATÓRIO

Reza a acusação fiscal que o sujeito passivo deixou de escriturar no livro registro de entradas, as notas fiscais relacionadas no levantamento em anexo. Em consequência, fica sujeito ao pagamento de multa formal de 25% do valor da operação. Constata-se a presença de sujeitos passivos solidários.

Devidamente intimados, os sujeitos passivos ingressam, em conjunto, com impugnação a Primeira Instância, de folhas 197/241, na qual, inicialmente, fazem um histórico da autuação, dizendo que a impugnação é tempestiva. Reproduzem a legislação e dizem que os autores só basearam o trabalho em dados obtidos no banco de dados. Solicitam a exclusão da lide do solidário, citando o CTN e decisões judiciais. Arguem preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração.

No mérito falam na necessidade de uma revisão fiscal, afirmando que não receberam as mercadorias e, neste caso, deveriam ser determinadas verificações nos emitentes dos documentos para que as mesmas informem onde as mercadorias foram entregues. Falam que não tem comprovação de entrada e saídas das mercadorias. Citam decisões desta casa, alegando a necessidade de,

novamente, ser verificada a existência de estoque no local do endereço onde a empresa funcionava. Falam que a razão social da atuada mudou e que por este motivo existe erro na identificação do polo passivo. Declaram que todos os seus procedimentos são regulares e que por este motivo deve no mínimo ser dado a atuada o crédito das notas fiscais de entradas. Pedem, ao final, a exclusão dos solidários Sr. [...] e Sra. [...] da lide, o acolhimento das preliminares de nulidade por insegurança na determinação da infração e por erro na identificação do atuado, a vistoria no local do endereço declarado para verificar se existe algum estoque no local, o retorno dos autos ao NUPRE para incluir outros sócios como solidários, diligência nos emitentes das notas fiscais para comprovar onde as mercadorias foram entregues e o endereçamento das intimações de estilo ao subscritor desta defesa.

O julgador singular, em Sentença nº 4035/2010 - JULP, de folhas 255/257, decide pela procedência do presente auto de infração.

Inconformados com a decisão monocrática descrita acima, os sujeitos passivos interpõe Recurso Voluntário, de folhas 261/303, reiterando as alegações e fundamentações apresentada na peça defensoria da instância inferior.

DECISÃO

Com objetivo de esclarecimento quanto ao retorno do processo à fase inicial, com renovação das notificações às pessoas envolvidas na exigência do crédito tributário e para que não ocorra dúvida quanto ao procedimento administrativo a ser adotado para a formalização dos atos processuais, a partir do documento de fl. 194 e o reinício das fases de defesa processual, aproveito o momento para alterar este acórdão na parte imediatamente anterior ao seu final.

Estudei a formalização deste processo e observei que o sujeito passivo não foi corretamente notificado do lançamento que o incluiu neste tipo de responsabilidade tributária, fato que motiva a declaração da nulidade do processo a partir do documento de fls. 194 e a devolução dos autos à sua origem para sanar a irregularidade a partir do início deste processo.

Em face desta constatação e para orientar o saneamento deste processo e evitar a continuidade do cerceamento ao direito de defesa, transcrevo o art. 14 da Lei nº 16.469/2009, que determina:

“A intimação é feita por meio de:

I – por carta registrada, com aviso de recepção;

II – por telefax, telex ou via eletrônica, com prova de expedição;

III – pela ciência direta à parte:

a) provada com sua assinatura;

b) no caso de recusa em assinar, certificada pelo funcionário responsável, na presença de suas testemunhas.

IV – tomada de conhecimento, no processo, comprovada pelo termo de vista ou pela posterior manifestação da parte;

V - edital, no caso do sujeito passivo:

a) - não ser localizado no endereço declarado;

b) – não oferecer endereço alcançado pelo serviço de correio;

c) - encontrar-se no exterior, sem representante ou preposto conhecido no País.

§ 1º As formas de intimação revistas nos incisos I a IV do caput não comportam benefício de ordem.

§ 2º A intimação por edital realizar-se-á por publicação em órgão da imprensa oficial ou afixada em local acessível ao público no prédio em que funcionar o órgão preparador do processo.

§ 3º A intimação deve ser feita ao:

I - sujeito passivo ou ao seu procurador, sendo válida a ciência a qualquer preposto destes;

II - Representante Fazendário que tenha se manifestado quando do julgamento, considerando-se, no caso de ausência desse, válida a ciência a outro Representante.

§ 4º Considera-se preposto qualquer dirigente ou empregado que exerça suas atividades no estabelecimento ou na residência do sujeito passivo ou do procurador.

§ 5º Não será intimada a parte de decisão que lhe for inteiramente favorável.

§ 6º O disposto neste artigo, aplica-se, no que couber, a solidário indicado pela autoridade lançadora.

§ 7º Havendo comparecimento espontâneo de outro sujeito passivo ao processo, ficam dispensadas a sua intimação e a lavratura de termo de sua inclusão no feito.

§ 8º Na hipótese de o sujeito passivo estar com o estabelecimento em situação cadastral irregular, antes da intimação por edital, deve ser intimado em uma das formas previstas nos incisos I a III do caput:

I - em outro estabelecimento em situação cadastral regular, situado neste Estado;

II - por meio do proprietário ou de um dos sócios, no endereço de residência ou de domicílio deste, quando o sujeito passivo não possuir outro estabelecimento em situação cadastral regular, neste Estado.

A outra regra ensina a considerar como efetivada a intimação e que, seguida na ordem determinada o setor fiscal competente e encarregado para a formalização processual obterá êxito, transcrevo a título de ilustração também.

Art. 15. Considera-se feita a intimação:

I - se por carta:

a) na data de recebimento, comprovada pelo aviso de recepção;

b) sendo o aviso de recepção omissivo quanto à data de recebimento:

1. na data de recebimento informada pelo correio, por via eletrônica;

2. 7 (sete) dias após a data da entrega da carta à agência postal, quando não houver a informação da data de que trata o item 1;

c) não sendo o aviso de recepção devolvido, na data de recebimento informada pelo correio, por via eletrônica;

II - se por telefax ou via eletrônica, no dia seguinte ao da expedição;

III - se por ciência direta, na data do respectivo ciente ou termo de recusa;

IV - se por tomada de conhecimento, na data em que a parte tiver vista do processo ou nele se manifestar;

V - se por edital, 3 (três) dias após a data de sua publicação ou afixação.”

Estas são as formas a serem seguidas pelo setor de formalização e preparo do processo, incluindo, nelas as pessoas encarregadas pelas notificações fiscais em cada órgãos fiscal para este fim indicado.

Na sessão de julgamento cameral, após estudo e análise da formalização do processo, firmou-se o consenso unânime dos Conselheiros presentes de que o sujeito passivo não foi corretamente notificado na forma prescrita no Código de Processo Administrativo Tributário, ou seja, nos termos dos artigos transpostos nas linhas anteriores.

Essa eventualidade causou a perda do direito de defesa na primeira fase do processo, situação que causa cerceamento ao direito de defesa e nulidade dos atos processuais a partir do momento em que o sujeito passivo ficou prejudicado.

A observância do documento de fl. 194 me motivou a arguir e a acolher a preliminar de nulidade parcial do processo, pois o referido documento identifica o endereço tributário do contribuinte com o logradouro: RUA OSCAR ALVES LEÃO Nº 161 A – PARQUE DAS MANSÕES – CATALÃO – GO – CEP 75.700-000. Entretanto, no Contrato Social o endereço é identificado com mais definição, ou seja Rua Oscar Leão nº 161, quadra 22, lote 1, Parque das Mansões – Catalão – Goiás – CEP: 75707-210.

Neste caso, o processo está nulo a partir do documento de fl. 194, inclusive, e com retorno dos autos à fase singular para a expedição da intimação e direcionamento ao contribuinte autuado no endereço evidenciado nos documentos mencionados no parágrafo anterior.

Entretanto, esclareço que a partir de 2008 o Contrato Social da empresa sofreu alteração na composição dos sócios, cuja razão social passou a ser [...] com os sócios [...] e [...], conforme registro efetivado na cópia do Contrato Social de fls. 252 e 253.

Por isso, o retorno do processo à fase inicial implica notificação das sócias [...] e [...] e renovar a intimação do sujeito passivo solidário [...] da lide.

Pelo exposto e ao terminara este voto, arguo e acolho a preliminar de nulidade parcial do processo, por cerceamento ao direito de defesa, cuja causa está sintetizada na ementa deste voto, declaro nulo o processo a partir do documento de fl. 194, inclusive, e determino o retorno dos autos à fase inicial para que se intime o autuado, na pessoa dos sócios [...] e [...] e o sujeito passivo solidário [...], se renove o prazo de defesa e, se for o caso, restaure a fase contenciosa do processo com a impugnação a Primeira Instância.

Sala das sessões, em 13 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: NULIDADE PARCIAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Saída de mercadoria para consumidor final com alíquota 12% quando a correta é 17% (Nulidade Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01972/10

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: *1 - Preliminar de nulidade parcial do feito, por cerceamento ao direito de defesa, arguida pelo Conselheiro Relator, por falta de apreciação de dispositivo legal, ocorrido na Segunda Instância julgadora. Anula o processo a partir da decisão cameral inclusive. Decisão unânime.*

1 - O cumprimento das normas processuais, atinentes à formalização dos atos administrativos, deve ser observado pelas autoridades administrativas competentes. Portanto, o julgamento do processo se efetiva de acordo com o pedido da parte, a legislação tributária vigente à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, e a instrução do contraditório por qualquer das partes. A ausência destes requisitos essenciais causa cerceamento ao direito de defesa, anulação parcial do ato processual e a devolução do processo a quem compete a renovação do ato anulado.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 30 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial do processo, por cerceamento do direito de defesa, a partir da decisão cameral, por não ter sido apreciado dispositivo legal na Câmara, arguida pelo Conselheiro Relator. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Heli José da Silva, Paulo Diniz, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Gustavo Alberto Izac Pinto e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

O Fisco estadual acusa a autuada de ter omitido o ICMS, em saídas interestaduais, com destino a consumidor final (não contribuinte), onde foi utilizada alíquota a menor. O autuante frisou que a autuada utilizou a alíquota de 12%, quando o correto seria 17%, nos termos do artigo 27 do CTE.

A cobrança é relativa à diferença de alíquotas de 5%, sendo anexado aos autos o demonstrativo de fls. 14/15. Os dados foram retirados dos arquivos magnéticos elaborados pelo contribuinte.

O autuante juntou ao processo cópia do TARE nº 151/02-GSF e os dados dos destinatários, comprovando serem consumidores finais fls. 126/421.

O julgamento ocorrido na instância singular decidiu pela procedência da peça exordial na Sentença nº 4345/08-COJP de fls. 446/448.

Não concordando com a decisão proferida pelo julgador monocrático, a empresa apresenta recurso voluntário solicitando inicialmente preliminar de insegurança, entendendo inexistir provas da acusação, fala em cerceamento, dizendo que a multa não foi especificada. No mérito, cita a legislação, diz que as vendas foram para contribuinte, reproduz a Constituição Federal, cita decisões do STJ, e ao final pede nulidade ou a improcedência.

A Representação Fazendária, em sessão cameral, solicitou rejeição das preliminares e no mérito a procedência do auto de infração.

Em julgamento cameral ocorrido na Quarta Câmara do CAT, a maioria dos votantes rejeitou as preliminares de nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. E no mérito, por unanimidade de votos, reconheceram a procedência do auto de infração, mantendo a decisão exarada em instância singular.

Inconformada com a decisão que lhe foi desfavorável a autuada ingressa na instância máxima e requer a reconsideração pelas argumentações abaixo delineadas:

Reforça a sua tese do pedido de nulidade do auto de infração em decorrência da ausência de provas para amparar a autuação. Alega meras conjecturas sobre as vendas interestaduais realizadas a não contribuintes de ICMS, uma vez que a SEFAZ-GO não pode fiscalizar estabelecimentos destinatários de outra unidade da federação. Solicita a nulidade do auto de infração por falta de especificação da base de cálculo e dos demais valores para a composição da multa punitiva aplicada.

Em relação ao mérito do processo, relata que as mercadorias foram destinadas a contribuintes localizados em outro estado e direcionadas a comercialização e que tal fato pode ser comprovado pela escrituração dos livros fiscais. Questiona a multa aplicada e argumenta que caso haja a manutenção do auto de infração, a multa deve ser ajustada para o valor de R\$ 18.543.365,58 (dezoito milhões, quinhentos e quarenta e três mil, trezentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e oito centavos). Esclarece que mesmo reduzida é escorchantemente excessivamente elevada. Ao final, solicita a reforma da decisão cameral.

É o relatório.

DECISÃO

Os comentários das razões que compuseram o presente recurso terão continuidade posteriormente, porque na formalização dos atos processuais

ocorreram falhas incidentais que precisam ser sanadas e que acarretam a nulidade parcial do processo.

Observei que a decisão proferida pela Quarta Câmara deste egrégio Conselho Administrativo Tributário não pode prevalecer, pois a mesma deixou de apreciar dispositivo legal, arguido por mim, na condição de relator do processo.

Por ocasião do julgamento cameral não foi considerado a legislação tributária que trata especificamente da matéria, no caso, o artigo 43-A do Código Tributário Estadual, *in verbis*:

“Art. 43-A Nas operações ou prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, devem ser considerados os benefícios fiscais aplicáveis às operações ou prestações internas destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, salvo disposição em contrário.

NOTA: Por força do art. 12 da Lei nº 16.440, de 30.12.08, fica convalidada a utilização de benefícios fiscais aplicáveis às operações internas destinadas a consumidor final, nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, realizadas até o início da vigência deste artigo.”

Tal posicionamento é convalidado pelo RCTE, no capítulo dos benefícios fiscais, Anexo IX, art.8º, inciso VIII, abaixo transcrito:

“Art. 8. [...]

VIII - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do equivalente ao percentual de 10% (dez por cento), na saída interna realizada por contribuinte industrial ou comerciante atacadista que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização, ficando mantido o crédito, observado o disposto no § 2º e, ainda, o seguinte ([Lei nº 12.462/94, art. 1º](#)):

[...]

§ 2º A redução de base de cálculo prevista no inciso VIII deste artigo, observadas as exigências ali estabelecidas, aplica-se, também, à operação interna com mercadorias destinadas ([Lei nº 12.462/94, art. 1º](#), III. “a” e “b”):

NOTA: Por força do inciso III e do § único, todos do art. 4º do [Decreto nº 5.825](#), de 05.09.03, ficam convalidados os procedimentos adotados de 01.01.02 até 12.09.03, relativos à aplicação, nos termos do § 4º do art. 46 do Anexo VIII do RCTE, do saldo credor do imposto apresentado em decorrência de operações internas realizadas por contribuinte industrial ou atacadista destinadas à empresa de construção civil ou à órgão da administração pública direta, desde que tenham atendido às condições estabelecidas. É vedada a restituição ou compensação de importâncias já pagas.

I - à utilização em obras de construção civil, realizadas diretamente por empresa de construção civil, regularmente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ - do Ministério da Fazenda;

II - a órgão da administração pública direta, inclusive autárquica ou fundacional.

ACRESCIDO O inciso III ao § 2º do art. 8º PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 5.834, DE 30.09.03 - VIGÊNCIA: 30.09.03.

III - **a hospital e clínica de saúde.** (grifo nosso)

ACRESCIDO O inciso IV ao § 2º do art. 8º PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 6.460, DE 23.05.06 - VIGÊNCIA: 29.05.06."

De fato, muitas das operações de saídas interestaduais realizadas pela empresa são destinadas a contribuintes, que exercem atividade de hospital e clínica de saúde, e necessitam ser analisadas com maior acuidade, motivo pelo qual, se faz necessário o retorno dos autos à fase cameral, para que seja apreciado esse aspecto da legislação, ignorado por aquela instância.

Esta minha conclusão contou com o consenso unânime dos Conselheiros presentes na sessão de julgamento deste feito, os quais definiram o convencimento de que este ato processual deve ser anulado, fato que me impulsionou a arguir e a acolher a preliminar de nulidade parcial do processo, por cerceamento ao direito de defesa, para que a falha verificada no julgamento cameral deste volume possa ser reexaminada pela autoridade julgadora competente.

Sala das sessões plenárias, em 15 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: OPERAÇÃO COM GADO - Declaração falsa quando da remessa de gado para produtor rural (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01781/10

Relator: Conselheiro José Manoel Caixeta Haun

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Remessa de gado destinada a produtor rural. Declaração falsa. Improcedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que a declaração relativa à remessa de gado destinada a produtor rural é verdadeira, mister se faz improceder o lançamento de ofício.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 28 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, Domingos Caruso Neto e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

A acusação fiscal versa sobre o fato do sujeito passivo ter prestado declaração falsa ao ter remetido em 21/03/2006, trinta e três cabeças de gado bovino fêmeas de 18 a 24 meses, através da Nota Fiscal nº 16015874806, emitida em São João D'Aliança destinada a um produtor do Município de Cabeceiras, pois tal produtor nega ter recebido o gado citado. Fica sujeito ao pagamento do imposto no valor de R\$ 1.995,84 (hum mil, novecentos e noventa e cinco reais e oitenta e quatro centavos), acrescido das cominações legais.

Em consequência, por ter infringido os arts. 11; 13, inciso I; 64 e 67, inciso II da Lei nº 11.651/91, c/c art. 163, inciso V, alínea "b" do Decreto 4.852/97, foi penalizado com o disposto no art. 71, inciso VIII, alínea "c", § 9º, inciso I do Código Tributário Estadual. Os documentos de fls. 05/08 serviram para instruir os autos.

O Termo de Revelia é firmado às fls. 11, por ausência da manifestação defensoria na fase monocrática.

Após a decretação da revelia, o sujeito passivo comparece ao feito para impugnar o auto de infração em Segunda Instância (fls. 15/17). Argui a preliminar de nulidade da peça básica por cerceamento do direito de defesa. Argumenta que vendeu e entregou o gado ao referido produtor do Município de Cabeceiras; cita o artigo 174, parágrafo único e o artigo 278, inciso III, Parágrafo único; do Decreto nº 4852/1997; que efetuou operação dentro dos moldes da lei; que não cometeu ato ilícito; que a responsabilidade legal para exigir e conferir a documentação necessária e legal por parte do destinatário, no ato da emissão da Nota Fiscal Avulsa é do servidor responsável pela emissão e se este não o fez, a

responsabilidade é do mesmo; se o documento é inidôneo por conter dados falsos não compete ao sujeito passivo ser responsabilizado.

No mérito, assevera que o documento de fl.05, não merece fé pública por descumprimento das formalidades legais exigidas em sua elaboração; que sendo carente de legitimidade não serve para descaracterizar uma operação lícita e legal; que o sujeito passivo cumpriu todas as formalidades legais exigidas na presente operação e que o agente autuante não poderia exigir o recolhimento do imposto ora reclamado, por tratar-se de operação não sujeita a incidência tributária do ICMS, conforme previsão do artigo 6º, inciso XLIII, Anexo IX, Decreto nº 4.852/97. Requer a nulidade do auto de infração ou subsidiariamente, sua improcedência.

A Resolução cameral 040/2007, de fls. 21, converte o julgamento em diligência à Delegacia Fiscal de origem para que realize a juntada aos autos da cópia da nota fiscal, emitida na operação destacada no documento de fl.06, bem como anexe aos autos a procuração outorgada pelo sujeito passivo, caso não tenha sido o mesmo o requisitante do referido documento fiscal.

Intimado, o sujeito passivo manifesta-se à fl. 28, e colaciona cópia xerox da 3ª via da Nota Fiscal avulsa nº 1601.587480-6, e da Guia de Trânsito Animal - GTA nº 575488.

Encaminhado à julgamento, a decisão cameral, por unanimidade de votos, é de acolher a preliminar de nulidade parcial do processo por cerceamento do direito, arguida pelo Conselheiro Relator, anulando os autos a partir da fl.11, inclusive.

O douto Conselheiro Relator entende que o outro co-proprietário da empresa, não foi regularmente notificado do lançamento que o incluiu neste tipo de responsabilidade tributária, o que motiva a declaração de nulidade a partir do documento de fl.11.

Intimado, o sujeito passivo solidário queda-se silente e tem decretada sua revelia à fl.39.

Inconformado, o sujeito passivo direto, comparece ao feito (fls. 43/44), para insurgir-se contra a decisão singular e na sua peça defensiva reitera a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa; no mérito, requer sua improcedência por entender que não cometeu a infração estampada na basilar.

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por meio da Resolução 99/2008, acatando proposição de um dos Conselheiros presente na sessão, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, devendo ser remetido o processo à GEPRE, intimando o sujeito passivo, para que se assim desejar, anexe aos autos prova da operação que está sendo negada pelo destinatário.

Esclarece que esta prova consistiria em comprovante de recebimento ou qualquer outro documento que provasse que o destinatário declarado adquiriu as mercadorias e que estas lhes foram entregues.

Atendendo a solicitação supracitada, o recorrente anexa aos autos os documentos de fls. 50/54.

Resolução cameral de fls.56, converte o feito em diligência à Delegacia Fiscal de origem para que esta indique auditor fiscal que deverá promover as seguintes ações: (i) confirmar a veracidade e autenticidade das informações dos documentos de fls.50/54, informando a existência dos animais destacados na nota fiscal de fls. 30 e GTA, de fls.29; (ii) intimar o destinatário/declarante, identificado às fls. 05, para que se manifeste em relação às declarações de fls.05, e aos documentos de fls. 50/54, bem como intimar as partes interessadas para que se manifestem.

Relatório de fls. 58 aponta que, na prospecção realizada junto à Agrodefesa, constatou-se o lançamento de na ficha de movimentação de gado do produtor rural, a entrada de 33 (trinta e três) cabeças de gado bovino fêmea na faixa etária de 18 a 24 meses. Intimado, o sujeito passivo compareceu à Delegacia Fiscal de Formosa em 13/10/2009 e ratificou as informações anteriores em relação à Nota Fiscal nº 587480. Às fls. 63 e seguintes foi juntada a documentação relativa ao controle de vacinação promovida pela Agrodefesa.

É o relatório.

DECISÃO

Tratam os autos de declaração falsa prestada pelo sujeito passivo relativa a remessa de gado bovino para destinatário que denega o recebimento do referido plantel.

A detida análise do feito aponta que razão assiste ao sujeito passivo quanto à veracidade de suas informações. De fato o documento de fl.68, que consiste na declaração de João Lázaro de Melo, confirmando a compra de 33 (trinta e três) cabeças de gado nos termos da Nota Fiscal Avulsa nº 16015874806, emitida na cidade de São João D'aliança – GO em 21/03/2006, em conjunto com a declaração de fls 58/59 – expedida pelo fisco, comprovando a veracidade dos documentos de fls 50 a 54, convenceram-me de que o auto de infração em tela não deve prosperar.

Ante o exposto e com a devida vênia da ilustrada unanimidade em meu voto, é que conheço da impugnação, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 07 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: OPERAÇÃO COM GADO - Omissão pagamento antecipado do imposto - saída interna de gado para abate -TARE (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00735/10

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de recolhimento antecipado do imposto. Saída interna de gado para abate em estabelecimento signatário de Termo de Acordo de Regime Especial. Nota fiscal idônea. Improcedência. Decisão unânime.

I - Nos termos do artigo 8º, inciso XIV, do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual, a utilização da redução na base de cálculo do imposto na saída interna de gado bovino, bufalino, asinino, equino e muar, destinados ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor, está condicionada, entre outras, ao cumprimento da exigência de que o estabelecimento frigorífico ou abatedor onde ocorrer o abate do gado seja signatário de Termo de Acordo de Regime Especial com a Secretaria da Fazenda para tal fim.

II - As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12 de fevereiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

O histórico do presente auto de infração descreve que o sujeito passivo remeteu mercadorias acobertadas pela nota fiscal nº 66028, sem efetuar o pagamento antecipado do ICMS incidente na operação.

Não foi nomeado sujeito passivo solidário.

No momento da ação fiscal deu-se a apreensão dos bois gordos, sendo apreendidas, também, a referida nota fiscal e a guia de trânsito animal (GTA) que acobertavam o transporte do gado, de acordo com o Termo de Apreensão e de Liberação anexados ao processo.

Em decorrência de erro na forma da intimação, o sujeito passivo foi considerado revel e perempto, o que ensejou o Pedido de Revisão Extraordinária constante do processo nº 27437213, apensado a este, onde a advogada,

legalmente constituída, alega sua razões de admissão do pedido e argui a improcedência do feito ante o fato de que a atuada é signatária do TARE nº 003/04-GSF, onde é autorizada a recolher o ICMS incidente na aquisição de gado de produtor goiano no mês subsequente ao de apuração deste tributo, juntado cópia do referido TARE à guisa de prova desta assertiva e pleiteando a improcedência deste lançamento.

A Revisão Extraordinária foi admitida e a julgadora encarregada do seu julgamento converteu os autos em diligência, para que fiscal estranho à lide procedesse algumas verificações, visando a juntada de RD-8, comprovar se houve aquisição ou recebimento de gado para abate para terceiro, prestando outras informações pertinentes.

O resultado desta diligência foi que:

a) não foi possível analisar as RD-8 porque a empresa está com sua inscrição no CCE/GO baixada, não sabendo o contador onde estão tais documentos;

b) não há como precisar se a operação acobertada pela nota fiscal nº 66028, é de aquisição ou de recebimento para abate por conta e ordem de terceiro;

c) pelo arquivo magnético do mês da autuação, houve a emissão de 03 notas fiscais de entrada, emitidas como código CFOP 1401 - Compra para industrialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, sendo a de nº 66296, emitida em 17/02/05, para acobertar entrada de gado adquirido do produtor Olício Alves de Oliveira, no total de 126 cabeças, e

d) juntada de fotocópias das notas fiscais números 66296 e 66474, esta de 18/02/05; dos livros de entrada e de apuração do ICMS referentes a fevereiro de 2005 e a relação das notas fiscais emitidas pela atuada com o CFOP 1401 acobertando aquisições do produtor Olício, neste período.

Na contradita, a parte passiva não concorda com a afirmação de não ser possível precisar se houve aquisição ou recebimento para abate para terceiro, pelo fato de que recolheu, na condição de responsável, o ICMS devido pelo produtor nestas operações, o que não faria se tivesse recebido gado para abater para terceiro, pois é obrigado apenas a guardar o comprovante deste pagamento pelo encomendante, juntando fotocópia do Memorando nº 34/02-SRE, onde no seu item 1, a dispensa de emissão de RD-8 e no 2, a autoriza a emitir nota fiscal de entrada para ajuste de peso e valor do gado englobando todas as aquisições de um mesmo produtor.

Não houve acolhimento de seus argumentos pela julgadora "a quo", sob o fundamento de que não há nos autos prova de que a operação acobertada pela nota fiscal nº 66026, se tratava de aquisição de gado para abate por conta própria.

Recorrendo, reitera sua argumentação defensiva, relacionando as 07 notas fiscais de entrada, emitidas para acobertar o trânsito do gado adquirido do

produtor Olício Alves de Oliveira, com a nota fiscal de entrada no frigorífico nº 66296, no total de 126 bois gordos, que é a soma das aquisições feitas do referido produtor, juntando novamente várias fotocópias de documentos como amparo a tais afirmações.

É o relatório

DECISÃO

A obrigação de pagar o ICMS devido pela saída do gado para o abate é do produtor, conforme dispõe o artigo 13, inciso I da Lei nº 11.651/91 - CTE, porque ele mantém relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador da respectiva obrigação tributária.

Porém, a transferência da obrigação ao estabelecimento destinatário é admitida, nos termos do artigo 128 do Código Tributário Nacional -CTN.

No presente caso, tal transferência de responsabilidade pelo pagamento do ICMS incidente nesta operação foi consignada para a autuada, conforme Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 003/04-GSF, firmado entre esta e a Secretaria da Fazenda de Goiás, o qual foi desconsiderado pelos autuantes, mesmo estando com o seu número transcrito no corpo da nota fiscal que acobertava o trânsito dos semoventes até o estabelecimento da recorrente.

Acrescento, ainda, que a emissão de nota fiscal de entrada acobertando o trânsito das mercadorias do estabelecimento do produtor rural para o abatedor, ocorreu com supedâneo nos itens 1 e 7 do Memorando nº 034-SRE, que, respectivamente, dispensa a emissão de RD-8 e o pagamento antecipado do ICMS na situação consubstanciada nesta autuação.

Quanto à fundamentação legal para o benefício fiscal em questão, estabelece o art. 8º, inciso XIV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 - RCTE que:

"Art. 8º A base de cálculo do ICMS é reduzida:

[...]

XIV - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do percentual equivalente a 3% (três por cento), na saída interna com gado bovino, bufalino, asinino, equino, muar, ovino e caprino destinados ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor, devendo ser observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, [art. 1º, II, "a", 1\)](#):

a) o estabelecimento frigorífico ou abatedor onde ocorrer o abate do gado deve ser:

1. omissis;

2. signatário de termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

b) omissis ;"

O procedimento do fisco consistiu apenas em apreender o gado, a Guia de Trânsito Animal e a nota fiscal que acobertava o seu trânsito até o frigorífico, sem atentar para o fato de que este era detentor de TARE em vigor à época da autuação, mesmo havendo no corpo da nota fiscal apreendida a observação expressa de que o destinatário era beneficiado por TARE, não restando nenhuma dúvida quanto ao benefício.

Nesse sentido, o Regulamento do Código Tributário Estadual, ao tratar de benefícios fiscais, assim dispõe em seus artigos 81, 82, 83, 85 e 86:

“Art. 81. Benefício fiscal é o subsídio concedido pelo Estado, na forma de renúncia total ou parcial de sua receita decorrente do imposto, relacionado com incentivo em futuras operações ou prestações nas atividades por ele estimuladas ([Lei nº 11.651/91, art. 39](#)).

Art. 82. Os benefícios fiscais, com base no ICMS, são exclusivamente os previstos neste Capítulo e são concedidos ou revogados mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do [art. 155, § 2º, XII, “g”](#), da Constituição da República ([Lei nº 11.651/91, art. 40](#)).

Art. 83. São benefícios fiscais ([Lei nº 11.651/91, art. 41](#)):

I - [a isenção](#);

II - [a redução da base de cálculo](#);

III - [o crédito outorgado](#);

IV - [a manutenção de crédito](#);

V - a devolução total ou parcial do imposto.

[...]

Art. 85. A concessão de benefício fiscal não dispensa o sujeito passivo do cumprimento das obrigações acessórias previstas na legislação tributária ([Lei nº 11.651/91, art. 43](#)).

Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o [contribuinte](#) perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário” (destaque acrescentado ao texto).

Face à legislação tributária estadual e analisando as provas constantes dos autos, concluo que o trabalho da fiscalização não está correto porque o benefício fiscal aplica-se às saídas internas de gado bovino do estabelecimento do produtor rural para frigorífico signatário de termo de acordo, conforme artigo 8º, inciso XIV, alínea “a”, item 2 do Decreto nº 4.852/97 - RCTE. Trata-se de benefício fiscal destinado às operações promovidas por produtor rural. E incontestavelmente tal condição foi respeitada, conforme provas colacionadas aos autos.

O imposto exigido neste auto de infração é aquele devido na saída do gado do estabelecimento do produtor rural para o frigorífico, o qual tem o direito de apurá-lo mensalmente e pagá-lo até o 5º dia útil do mês subsequente à apuração, na condição de responsável tributário, consoante Cláusula Sexta do TARE nº 003/04-GSF, sendo a nota fiscal que acobertou esta operação corretamente emitida, pois era a autorizada para a situação em tela, conforme o Memorando nº 034/02-SRE.

Não havendo, portanto, como confundir esta operação com a de abate para terceiro, esta sim sujeita ao recolhimento antecipado do ICMS devido, nos termos da Cláusula Segunda do TARE supracitado, sendo obrigação da autuada apenas exigir e guardar o comprovante de tal recolhimento, de acordo com o § 2º desta Cláusula.

Ademais, a nota fiscal nº 66296 (fls. 57), emitida em 17/02/2005, engloba a entrada no frigorífico de 126 bois gordos para abate, que é o total acobertado pelas 07 notas fiscais para trânsito destes semoventes adquiridos do produtor Olício Alves de Oliveira no dia 15/02/2005, cada uma acobertando 18 cabeças, tudo de conformidade com o item 2, do Memorando nº 034/02-SRE, devidamente registrada conforme fls. 59 destes autos.

Com estas fundamentações, voto conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a sentença “a quo” e considerar improcedente a exordial.

Sala das sessões, em 08 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de baixa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00803/10

Relator: Conselheiro Sérgio Reis Crispim

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Passe Fiscal. Efetiva comprovação da saída da mercadoria do Estado de Goiás. Recurso voluntário. Improcedência. Decisão unânime. Reforma da decisão singular.*

Não pode ser mantido o lançamento do crédito tributário que exige o pagamento de ICMS pela falta de baixa do Passe Fiscal, quando o conjunto probatório constante dos autos for suficiente para demonstrar que a mercadoria saiu do Estado de Goiás e seguiu o destino previsto na nota fiscal em referência.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 03 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Antônio Martins da Silva e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é a de que o sujeito passivo deixou de comprovar a efetiva saída do território goiano da mercadoria relativa a Nota Fiscal nº 2487 ao não apresentar para baixa no posto fiscal de saída o passe fiscal de trânsito nº 028134 20070727 0002 6, razão pela qual a mercadoria é considerada destinada ao Estado de Goiás. Fica sujeito ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais nos termos do inciso VII, item 2, parágrafo 9I do artigo 71 do Código Tributário Estadual.

Foram infringidos os artigos 12, inciso II, alínea d, item 3; artigo 14, inciso VI; artigo 46, inciso I, alínea a item 2; e artigo 64, todos da Lei nº 11.651/91 em combinação com o artigo 4º da Instrução Normativa nº 556/02-GSF.

Foi indicado o solidário de fls. 02.

Após as intimações respectivas, somente o sujeito passivo solidário apresentou impugnação em Primeira Instância, alegando, essencialmente, que na condição de transportador não incorreu na infração descrita na inicial, pois apresentou o passe fiscal para baixa em tempo hábil. Requer a improcedência do auto de infração.

O julgador singular refuta as argumentações da defesa, nos moldes estipulados pelo art. 5º da Instrução Normativa nº 556/02-GSF, e decide pela

procedência do auto de infração na Sentença nº 1462/2009 – JUIP de fls. 29 a 30. Relata em sua decisão que a prova apresentada – carimbo da fiscalização estadual -, encontra-se ilegível.

Novamente intimados, na segunda fase processual, somente o solidário comparece. Alega em sua defesa que a mercadoria, devidamente acobertada pela nota fiscal nº 2487, tramitou conforme especificação descrita no respectivo documento fiscal e chegou ao seu destino final, o Distrito Federal. Anexa documentos de fls. 41 a 44 para efeito de comprovação de sua tese.

Este é o relatório.

DECISÃO

Passo a julgar. Invoco o inciso IV, do artigo 5º, da Instrução Normativa 556/02 - GSF, a qual transcrevo abaixo, in verbis:

“Art. 5º Não ocorrendo a baixa do Passe Fiscal, nas situações em que esta for exigida, a comprovação da regularidade fiscal da operação pode ser feita por meio de processo administrativo, no qual o remetente ou o destinatário comprove o recebimento ou o fato impeditivo do recebimento da mercadoria, mediante a apresentação de:

(...)

IV - outros documentos comprobatórios da regularidade fiscal da operação.’

Em análise procedida no conteúdo destes autos pude constatar que o procedimento fazendário não deve ser mantido haja vista a apresentação do passe fiscal de fls. 22, com carimbo de baixa, bem como da cópia do Livro Registro de Entradas, fls. 42 a 44, com apontamento da nota fiscal, objeto de autuação e mais os espelhos de validação do carimbo anexados pelo Conselheiro Antônio Martins da Silva, fls. 47 e 48.

De fato, as provas documentais acima citadas comprovam inequivocamente que a mercadoria discriminada na nota fiscal nº 2487 alcançou o destino previsto, Brasília – DF.

Resta, assim, comprovado pelo polo passivo que ele não transgrediu o dispositivo legal historiado na basilar, motivo pelo qual, absolvo-o de todas as imputações que lhe foram feitas.

Pelo exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento para reformar a sentença singular e julgar improcedente a peça basilar.

Sala das sessões, em 16 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de baixa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01010/10

Relator: Conselheiro José Pereira D'abadia

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Falta de baixa de Passe Fiscal de Trânsito. Omissão do ICMS. Improcedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que, não obstante não tenha havido a baixa no Passe Fiscal de Trânsito, em tempo hábil, a mercadoria tenha transitado por este Estado e chegado a seu destino, mister se faz improceder o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 01 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

Descreve o histórico do auto de infração que o sujeito passivo deixou de comprovar a efetiva saída do território goiano das mercadorias descritas nas Notas Fiscais n.ºs 386116, 386117 e 386118 sem a devida baixa no posto fiscal de saída do Passe Fiscal de Trânsito n.º 001058 20061214 0125 8, sendo considerada destinada ao Estado de Goiás. Fica sujeito ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais previstas no artigo 71, inciso VII, alínea "o", 2, § 9º I, da Lei n.º 11.651/91, com a nova redação dada pela Lei n.º 14.065/2001.

O lançamento de ofício está alicerçado nos artigos 12, inciso II, d.3; 14, inciso VI, artigo 46, I, alínea "a", 2; e 64, todos da Lei n.º 11.651/91 em combinação com o artigo 4º da Instrução Normativa n.º 556/02-GSF.

Cientificado, o sujeito passivo ingressa com impugnação ao auto de infração às fls. 20 destes autos para argumentar que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais mencionadas não foram comercializadas no Estado de Goiás; que conforme documentação anexa, foram entregues a destinatário situado no Estado do Pará. Requer a improcedência da exordial.

O julgador singular invoca o artigo 5º da Instrução Normativa n.º 556/02-GSF para argumentar que, não obstante, as alegações do sujeito passivo, este nada traz ao feito que possa ilidir a pretensão fiscal e por isso, conhece da impugnação, nega-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração.

Após a perempção e o Termo de Inscrição em Dívida Ativa, o sujeito passivo ingressa com Pedido de Revisão Extraordinária, dirigido ao Presidente desta Casa. Argúi a preliminar de nulidade do feito, por cerceamento do direito de defesa, em virtude da ineficácia da intimação que lhe teria sido endereçada para pagar ou apresentar recurso ou impugnação à Segunda Instância.

No mérito, acrescenta que a carga constante da Nota Fiscal nº 386118, chegou ao seu destino, em Macapá-AP, e as Notas Fiscais nºs 386116 e 386117, foram entregues em Belém-PA. Aduz ineficácia na intimação, que impossibilitou questionar o tributo reclamado em recursos permitidos pela legislação. Acosta aos autos, a título de prova, os documentos de fls. 38/171 e requer a improcedência do feito.

Despacho de fls.174, comprova a existência de prova inequívoca de erro que importou em ineficácia de intimação feita ao sujeito passivo, vez que a intimação não foi encaminhada para o endereço na cidade de Sales-SP, onde se efetuou a intimação em primeira instância, de fls.18, sendo encaminhada indevidamente para São Paulo.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário com fulcro no inciso II, §4º do artigo 43 da Lei nº 16.469/09, admite o Pedido de Revisão Extraordinária e determina, ao órgão competente, o cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa bem como o encaminhamento do feito para julgamento em uma das câmaras julgadoras.

Despacho de nº 1665/GCOP, confirma o cancelamento da inscrição do crédito tributário em dívida ativa e envio do feito para julgamento cameral.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e, de plano, invoco o inciso IV, do artigo 5º da Instrução Normativa nº 556/02-GSF, o qual transcrevo abaixo, in verbis

“Art.5º. Não ocorrendo a baixa do Passe Fiscal, nas situações em que esta for exigida, a comprovação da regularidade fiscal da operação pode ser feita por meio de processo administrativo, no qual o remetente ou, o destinatário comprove o recebimento ou o fato impeditivo do recebimento da mercadoria, mediante a apresentação de:

[...]

IV – outros documentos comprobatórios da regularidade fiscal da operação.”

Cotejando-se o acima exposto com o relatório de fls. 70 a 171, é de se entender que, não obstante, não tenha sido dada a baixa no Passe Fiscal nº 001058 20061214 0125 8, considero que a mercadoria chegou a seu destino, o que deita por terra a acusação fiscal. De fato, o aludido relatório extraído do Sistema Global de Posicionamento – GPS, aponta precisamente a posição do

veículo em cada instante de seu percurso. No caso em tela, verifico às fls. 109 dos autos, que o veículo transportador adentrou o Estado de Goiás pela cidade de Itumbiara, às 19:17 (dezenove horas e dezessete minutos) do dia 14/12/2006 e deixou-o no dia 16/12/2006 às 07:11 (sete horas e onze minutos), ao ultrapassar os limites do município de Porangatu-GO às fls.113, e, assim procedendo, até o Estado do Pará, onde a mercadoria tomou outro destino, desta vez por vias navegáveis, até o Estado do Amapá.

Ante todo o exposto, entendo que está satisfeita a condição prevista na referida instrução normativa, motivo pelo qual dou-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração

Sala das sessões, em 30 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de baixa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01501/10

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Passe fiscal. Não Comprovação da Saída da Mercadoria do Estado de Goiás. Omissão do ICMS. Improcedência. Decisão unânime.

É improcedente o auto de infração que exige ICMS pela falta de baixa do Passe Fiscal, quando demonstrada nos autos que as mercadorias tidas como destinadas a este Estado, foram exportadas para outro país.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a respeito das preliminares de nulidade da peça básica, levantadas pela autuada e, no mérito, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é a de que o sujeito passivo deixou de comprovar a efetiva saída do território goiano, das mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais nºs 506025; 506028; 506029; 510391; 509487; 508952 e 506030, ao não apresentar para baixa no posto fiscal de saída, o Passe Fiscal de Trânsito nº 0011982007122200197, emitido em 22/12/2007, razão pela qual as mercadorias são destinadas ao Estado de Goiás. Fica sujeito ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais nos termos do § 9º I, item 2, alínea "o", do inciso VII, do artigo 71 do Código Tributário Estadual. Foi nomeado como solidária, a pessoa jurídica [...], na condição de remetente das mercadorias e, o Sr [...], na condição de condutor do veículo.

O lançamento de ofício encontra-se alicerçado nos artigos 12, inciso II, alínea d.3; 14, inciso VI; 45; 46, inciso I, alínea A.2 e 64, todos da Lei nº 11.651/91, em combinação com o artigo 4º da Instrução Normativa nº 556/02-GSF.

Após a revelia do solidário [...], os sujeitos passivos [...] e [...], ingressam individualmente com impugnação ao auto de infração. Alegam que, os problemas políticos importantes no país de destino das mercadorias impediram que o cronograma da exportação se realizasse, mas que finalmente foi exportada a mercadoria consignada nas notas fiscais listadas no passe fiscal; que o dispositivo legal no qual tipificou-se a infração não menciona como destino outro país, mas

outra unidade da federação e por isso não se permite presunção legal. Colaciona ao feito vasta documentação para comprovar suas alegações e requerem a improcedência do lançamento.

Por meio do documento de fls.171, foi apensado aos autos o Processo Administrativo de nº 200800004004029, com o qual os impugnantes pedem a regularização de passes fiscais, dentre os quais o autuado, e no qual apresenta o CTRC nº 9929, de fls. 263, com o qual se teria transportado as mercadorias exportadas, e também apresenta a declaração de fls. 271, pela qual o servidor municipal conveniado confirmaria que após seu carimbo naquele CTRC (o doc de fls. 263, deste processo ou de fls. 07, daquele processo administrativo).

Tendo em vista que o CTRC nº 9929 (fls.263), não permitia a leitura das notas fiscais de cujas mercadorias transportava, foi requisitado dos sujeitos passivos cópia legível e autenticada desse documento. Veio aos autos o documento de fls. 254, em resposta.

O julgador singular acolhe a preliminar de exclusão do Sr. [...] por entender que não tem interesse na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária porém mantém os demais como coobrigados. No mérito, argumenta que as provas colacionadas ao feito demonstram a comprovação parcial da saída do Estado das mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais nºs 506028 e 508952, e retifica o crédito tributário para R\$ 34.918,42 (trinta e quatro mil, novecentos e dezoito reais e quarenta e dois reais). Ao final, conhece da impugnação, dá-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte a pretensão fiscal.

Inconformado, o sujeito passivo [...] interpõe recurso para arguir a preliminar de nulidade, por cerceamento do seu direito de defesa, da intimação acerca da decisão de primeira instância. Argumenta que foi recepcionada por terceiro que não possui relação com a recorrente e nem habilitação para receber documentos em seu nome; que a contribuinte mudou-se e providenciou a alteração junto à Sefaz deste Estado. Requer o reconhecimento da tempestividade da peça recursal. Acrescenta que a narração da infração por parte do julgador singular não encontra ressonância com o descrito na basilar e após requer sua retificação para o que está descrito na peça básica.

No mérito, aduz que por motivos alheios à sua vontade, problemas sócio-econômicos na Bolívia, a mercadoria não deixou o Estado de Goiás em tempo hábil, o que causou o vencimento do respectivo passe fiscal de trânsito e, a presunção, por parte do Fisco goiano de que as mercadorias não foram exportadas e aqui quedaram-se; que antes de seu vencimento, comunicou-se com o órgão fazendário para pedir a prorrogação do passe fiscal; que a documentação probante colacionada ao feito ilide na íntegra a pretensão fiscal; cita dispositivos legais e julgados desta Casa; que não pode o auto de infração ser lavrado com base em presunções; que as mercadorias chegaram a seu destino como comprova o documento nº 8; que a documentação apresentada atende o dispositivo do inciso IV do artigo 5º da Instrução Normativa 556/02. Requer a reforma da decisão singular para julgar improcedente o lançamento de ofício em concomitância com a

suspensão da exigibilidade do crédito tributário enquanto não concluída a apreciação do recurso interposto.

Em tempo, o solidário [...], comparece ao feito e, no recurso interposto de fls. 399 e seguintes, requer a correção da narrativa elaborada pelo julgador singular quanto à realidade dos fatos. No mérito, reitera a argumentação do sujeito passivo quanto aos percalços ocorridos à exportação dos têxteis; que a documentação colacionada ao feito comprova a transposição de fronteira das mercadorias discriminadas em todas as notas fiscais analisadas; que o julgador singular ignorou as provas apresentadas e reitera a argumentação do sujeito passivo. Requer a reforma da decisão singular para considerar improcedente o auto de infração em concomitância com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário enquanto não concluída a apreciação da peça recursal em comento.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e, com fulcro no § 3º do artigo 18 da Lei nº 6.930/09, deixo de me pronunciar acerca das questões relativas às preliminares de nulidade da peça básica.

No mérito, entendo que o feito não deve prosperar pois as provas carreadas ao feito de fls.361 a 380 – comprovantes emitidos pelo SISCOMEX – apontam que as mercadorias foram exportadas e, por isso, não se pode considerá-las como destinadas ao Estado de Goiás, o que ilide na íntegra a pretensão fiscal inicial.

Ante todo o exposto, em voto sintonizado com a anuência explícita de meus pares, conheço do recurso, dou-lhe provimento para reformar a decisão singular e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 09 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de baixa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01663/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Falta de baixa do Passe Fiscal de Trânsito no último posto fiscal de saída deste território. Improcedência. Decisão unânime.

A ausência do ilícito fiscal, que ampara a exigência do cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, inibe a aplicação de penalidade correspondente à omissão no recolhimento do imposto, impede a constituição do crédito e, em qualquer fase do processo, torna o auto de infração improcedente.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Sob a descrição de que o contribuinte deixou de comprovar a efetiva saída de mercadorias do território goiano, referente a nota fiscal nº 224778, ao deixar de proceder à baixa do passe fiscal de trânsito nº 0011042008091000270, emitido em 10/09/2008, no posto fiscal de saída, a fiscalização entendeu que elas foram destinadas ao Estado de Goiás e foram comercializadas fora do controle fiscal. E, em consequência, exigiu do autuado o ICMS no valor de R\$ 22.776,77 (vinte e dois mil, setecentos e setenta e seis reais e setenta e sete centavos), acrescido das cominações legais.

O respaldo do ato fiscal considerado ilícito são os artigos 12, inciso II, alínea "d", item 3; 14, inciso VI; 46, inciso I, alínea "a", item 2; e 64 da Lei nº 11.651/92, c/c art. 4º da Instrução Normativa nº 556/02-GSF.

A fiscalização propôs a penalidade prescrita no art. 71, inciso VII, alínea "o", item 2, agravada com a aplicação do § 9º, inciso I, do CTE.

O sujeito passivo não se manifesta em Primeira Instância e motiva a expedição do Termo de Revelia de folha 12.

O contraditório do sujeito passivo - impugnação de fls. 16 a 21- questiona a lavratura do auto de infração com o entendimento de que a autuação é totalmente equivocada, uma vez que as mercadorias, entre elas um veículo Mercedes-Benz, modelo 1718, ingressaram em solo goiano regularmente no dia

10/09/08, conforme Passe Fiscal; que o veículo foi entregue em outra empresa para instalação de "caçamba basculante" e para o devido emplacamento; que durante a execução destes serviços a impugnante foi autuada, em 18/09/08; que o veículo seguiu para Brasília - Distrito Federal, conforme chancela no referido Passe Fiscal, nos termos do Convênio firmado entre o Estado de Goiás e Distrito Federal, no dia 14/10/2008, também conforme documento emitido pela Delegacia Regional de Fiscalização de Luziânia; que restou comprovado que a mercadoria tinha como destino o Distrito Federal e que somente lá poderia ser tributada. Requer a improcedência do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

A presunção de que as mercadorias advindas do mercado interestadual foram comercializadas no território goiano se afasta com a comprovação por parte da impugnante, da efetiva baixa do Passe Fiscal no último posto fiscal de divisa interestadual. E, o objetivo da emissão deste documento é controlar as operações comerciais relativas à circulação de mercadoria ou bem neste Estado. A exigência da sua baixa no setor fiscal competente demonstra que a mercadoria ou bem completou o seu trânsito e ou chegou ao seu destino.

No momento da ação fiscal, o contribuinte não comprovou a baixa do referido documento. Esta condição, uma vez não satisfeita, ensejou a exigência do imposto com os acréscimos legais definidos na peça que sustenta este volume, cujo cálculo teve por base o valor comercial contido na nota fiscal, que acobertou o produto posto em circulação.

Esta é a forma demonstrada pela autoridade lançadora no cumprimento das determinações das normas procedimentais atinentes à sua função administrativa.

Na fase de defesa, o contribuinte mostrou que não praticou o ato lesivo historiado no auto de infração. Ele se valeu das alternativas previstas na legislação fiscal vigente e comprovou a saída do veículo dos limites deste Estado com a cópia do Certificado de Registro de Licenciamento de Veículo nº 7168775686, expedido em Brasília-DF, documento de fl. 44, instrução processual esta que descaracteriza a cobrança do presente crédito.

Em face a este comportamento do sujeito passivo, a ação fiscal se perde no seu curso, visto que a contraprova carreada para instrução da peça de defesa, por si só abona a reforma do lançamento.

Esta circunstância formou o convencimento unânime dos pares que compõem esta Câmara Julgadora, ensejou a reforma do lançamento inicial e afiançou a improcedência da peça básica.

Analisei o presente volume e conclui que, na demanda, assiste razão ao autuado, motivo pelo qual, ao finalizar este voto, conheço da impugnação, dou-lhe

provimento para reformar o lançamento inicial e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 28 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de baixa (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01737/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Deixou de comprovar a baixa do Passe Fiscal de Trânsito no último posto fiscal de saída das mercadorias do território goiano. Presunção de comercialização das mercadorias no mercado interno sem controle da fiscalização estadual. Procedência. Decisão unânime.

A ausência de provas essenciais na instrução do recurso, apresentado pelo sujeito passivo perde o seu objetivo, garante a constituição do crédito, ratifica o trabalho fazendário descrito no auto de infração com a confirmação da procedência da ação fiscal em qualquer fase do processo administrativo tributário.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 31 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Sob a descrição de que o contribuinte deixou de comprovar a efetiva saída de mercadorias do território goiano, referente a nota fiscal nº 503373, ao deixar de proceder à baixa do passe fiscal de trânsito nº 001198 200070928 0018-3, emitido em 28/09/2007, no posto fiscal de saída, a fiscalização entendeu que elas foram destinadas ao Estado de Goiás e foram comercializadas fora do controle fiscal. E, em consequência, exigiu do atuado o ICMS no valor de R\$ 2.012,50 (dois mil e doze reais e cinquenta centavos), acrescido das cominações legais.

O documento de fl. 03 identifica o motorista no polo passivo solidário da lide.

O respaldo do ato fiscal considerado ilícito são os artigos 12, inciso II, alínea "d", item 3; 14, inciso VI; 46, inciso I, alínea "a", item 2; e 64 da Lei nº 11.651/92, c/c art. 4º da Instrução Normativa nº 556/02-GSF.

A fiscalização propôs a penalidade prescrita no art. 71, inciso VII, alínea "o", item 2, agravada com a aplicação do § 9º, inciso I, do CTE.

O atuado e o sujeito passivo solidário não se manifestaram em Primeira Instância e motivaram a expedição do Termo de Revelia de folhas 15 e 16.

O Termo de Perempção de fl. 22 assinala que o autuado se manteve inerte em Segunda Instância.

O sujeito passivo solidário instaura o contraditório com a apresentação da peça impugnatória, e, depois de fundamentar sobre a causa da autuação, comprova o alegado com a entrega da mercadoria em Brasília/DF conforme evidencia a cópia do documento fiscal, inserido à fl. 34. Ao final, requereu a improcedência do presente feito, documentos de fls. fls. 24 a 44.

DECISÃO

A formalização deste ato administrativo evidencia que o sujeito passivo deixou de comprovar a ausência do ilícito fiscal denunciado pela fiscalização, cujas faculdades de prova estão prescritas no art. 5º da Instrução Normativa nº 556/2002-GSF, cuja ordem seleciona:

"Art. 5º Não ocorrendo a baixa do Passe Fiscal, nas situações em que esta for exigida, a comprovação da regularidade fiscal da operação pode ser feita por meio de processo administrativo, no qual o remetente ou o destinatário comprove o recebimento ou o fato impeditivo do recebimento da mercadoria, mediante a apresentação de:

I - certidão ou documento oficial do fisco da unidade da Federação de destino, na qual esteja declarado que a mercadoria ou bem ingressou em seu território;

II - cópia da página do livro Registro de Entradas do estabelecimento destinatário, devidamente autenticada pelo Fisco em cuja circunscrição localiza-se o contribuinte, em que conste o lançamento da nota fiscal consignada no Passe Fiscal;

III - laudo ou certidão da ocorrência policial, em caso de furto, roubo ou sinistro de qualquer natureza;

IV - outros documentos comprobatórios da regularidade fiscal da operação.

§ 1º Quando no Passe Fiscal estiverem consignadas várias notas fiscais e a comprovação da regularidade fiscal for feita em relação a apenas uma ou algumas delas, fica permitida a baixa parcial do Passe Fiscal, em relação aos documentos cuja comprovação tenha sido feita.

§ 2º Compete ao Chefe do Departamento de Fiscalização da Superintendência da Receita Estadual proceder a baixa do Passe Fiscal mediante solicitação do interessado, na situação prevista neste artigo, bem como no caso de emissão indevida ou quando esta tenha sido feita com erro" (Original grifado em itálico).

Com isto, na busca da verdade da ocorrência do fato gerador denunciado na peça essencial deste feito e da reforma do lançamento tributário, o contribuinte não logrou êxito, visto que a peça impugnatória não foi instruída na forma prescrita nas linhas anteriores, o quê comporta a afirmação de que as mercadorias discriminadas na Nota Fiscal nº 503373, cópia inserida à fl. 10, não saíram deste Estado.

Esta circunstância formou o convencimento unânime dos pares que compareceram na sessão cameral do dia, o qual ensejou a confirmação do lançamento de ofício e afiançou a declaração da procedência da peça básica.

Analisei a formalização do presente volume e concluí que, na demanda, o sujeito passivo não ganha o espaço desejado para a improcedência do lançamento, motivo pelo qual, ao proferir o meu voto, conheço das razões impugnatórias, nego-lhes provimento para confirmar o lançamento inicial e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 30 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de baixa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 02015/10

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária principal. O contribuinte deixou de comprovar a efetiva saída de mercadorias do território goiano. Passe Fiscal de Trânsito. Presunção de que as mercadorias foram consideradas destinadas ao Estado de Goiás. Improcedência. Decisão unânime.

Quando o sujeito passivo apresentar provas capazes de ilidir a pretensão fiscal, o auto de infração deverá ser julgado improcedente.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

Consta do processo auto de infração sob a descrição de que o contribuinte deixou de comprovar a efetiva saída de mercadorias do território goiano, referente a nota fiscal nº 4369, ao não apresentar para baixa, no Posto Fiscal de saída, o passe fiscal de trânsito nº 0011042009052100518, emitido em 21/05/2009, razão pela qual as mercadorias são consideradas destinadas ao Estado de Goiás e, em consequência, deve pagar o ICMS na importância de R\$ 14.839,22 (quatorze mil, oitocentos e trinta e nove reais e vinte e dois centavos), mais as cominações legais. Na oportunidade foi nomeado um sujeito solidário.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seus arts. 12, inciso II, alínea "d", item 3; 14, inciso VI; 46, inciso I, alínea "a", item 2; e 64 c/c art. 4º da IN 556/02-GSF. E a penalidade no art. 71, inciso VII, alínea "o", item 2, combinado com §9º, inciso I, do mesmo código.

O sujeito solidário não se manifestou em Primeira Instância, conforme Termo de Revelia da folha 15.

A autuada instaura o contraditório com apresentação de impugnação onde alega que o auto de infração é impróprio uma vez que o produto transportado não se enquadra na exigência de emissão do passe fiscal; que a mercadoria foi entregue ao seu destinatário em Brasília, conforme comprovam o CTRC (fl. 36), com o recibo do destinatário, portanto, conforme prevê o art. 5º da IN 556/02-GSF; e que os Órgãos julgadores da SEFAZ/GO tem decidido favoravelmente ao sujeito passivo nessa situações. Pede a improcedência do lançamento (fls. 17 a 28).

O julgador singular conheceu da impugnação e negou-lhe provimento para decidir pela procedência da pretensão inicial do fisco (fls. 39/40).

O sujeito solidário manteve-se inerte em Segunda Instância (fl. 45).

A atuada insurge-se em Segunda Instância, onde reafirma, em síntese, que as mercadorias deixaram o Estado de Goiás. Ao final, requer a reforma da decisão singular e que seja desconstituída a atuação (fls. 47 a 53).

É o relatório.

DECISÃO

Em um atento estudo de todo o processo, observo que a transportadora atuada consegue comprovar, mediante juntada de documentos idôneos, como a cópia do Conhecimento de Transporte de Carga – CTRC, de folha 36, bem como cópia da Ordem de Coleta de Mercadoria, de folha 35, que a empresa destinatária das mercadorias, qual seja, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos recebeu as mesmas, evidenciando, assim, a improcedência do lançamento.

O artigo 5º da Instrução Normativa nº 556/2002 – GSF, determina que a empresa atuada por não ter dado baixa no passe fiscal de trânsito, pode comprovar, mediante a apresentação de documentos, que a mercadoria não teve como destino final o Estado de Goiás, sendo devidamente entregue em outro Estado, ao seu destinatário final. De tal forma procedeu a empresa atuada.

Senão, vejamos:

“Art. 5º Não ocorrendo a baixa do Passe Fiscal, nas situações em que esta for exigida, a comprovação da regularidade fiscal da operação pode ser feita por meio de processo administrativo, no qual o remetente ou o destinatário comprove o recebimento ou o fato impeditivo do recebimento da mercadoria, mediante a apresentação de:

I - certidão ou documento oficial do fisco da unidade da Federação de destino, na qual esteja declarado que a mercadoria ou bem ingressou em seu território;

II - cópia da página do livro Registro de Entradas do estabelecimento destinatário, devidamente autenticada pelo Fisco em cuja circunscrição localiza-se o contribuinte, em que conste o lançamento da nota fiscal consignada no Passe Fiscal;

III - laudo ou certidão da ocorrência policial, em caso de furto, roubo ou sinistro de qualquer natureza;

IV - outros documentos comprobatórios da regularidade fiscal da operação.”

Ante todo o exposto, voto conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 16 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PEREMPÇÃO - Falta de adoção de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF (Perempção)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00110/10

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: *Multa formal. Obrigação acessória. Equipamento emissor de cupom fiscal. Perempção. Decisão unânime.*

É reconhecida a perda do direito do sujeito passivo de apresentar impugnação em Segunda Instância (art. 28, inciso II, da Lei 16.469/09).

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de janeiro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de perempção, arguida pela Conselheira Relatora. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Domingos Caruso Neto e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo deixou de adotar em seu estabelecimento o equipamento emissor de cupom fiscal - ECF, a partir de 1º.09.07, quando ficou obrigado a utilizá-lo, de acordo com o faturamento, conforme relatórios anexos, por isso aplicada a multa formal.

O pedido foi considerado procedente em Primeira Instância.

O impugnante argumenta que 100% de suas vendas são destinadas a outros contribuintes, portanto está dispensado do uso do equipamento, registrando que no momento em que houve a mudança dos códigos do CNAE, foi erroneamente, enquadrado no ramo de comércio varejista de eletrodoméstico, o que já foi providenciado a correção de maneira que hoje é comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso industrial, partes e peças.

Pede a anulação e arquivamento do auto de infração.

DECISÃO

Às fls. 26 está apensada a comprovação da intimação do autuado, em Segunda Instância, no dia 06.01.09, o que ocorreu via correio, portanto teria até o dia 21.01.09 para interposição do recurso, considerando que o lapso temporal é da ordem de quinze dias.

Conquanto, o recurso foi recepcionado pela repartição em 23.01.09 (quarta-feira), fls. 28, por isso fora do prazo.

Nessa situação, caracteriza-se a perempção prevista no inciso II do art. 28 da Lei 16.469/09, senão vejamos:

Art. 28. Consideram-se:

[...]

II - peremptos, a impugnação em instância única ou em segunda instância, o recurso voluntário e o recurso para o Conselho Pleno, quando não apresentados, apresentados fora do prazo legal ou, ainda que no prazo, em órgão diverso do indicado legalmente.

Com fulcro no inciso II, § 4º, do citado dispositivo legal acima, é inadmitido o recurso em razão da perempção do direito da parte passiva para interposição do recurso, assim:

§ 4º A declaração de perempção deve ser feita, quando apresentados fora do prazo legal ou, ainda que no prazo, em órgão diverso do indicado legalmente:

[...]

II - pela Câmara Julgadora, quanto à impugnação em segunda instância e ao recurso voluntário;

Desse modo, resta apenas indicar a correção do lançamento, o que se dá pelo que fundamenta a exigência diante da disposição legal, senão vejamos o art. 64 da Lei 11.651/91 e os artigos 1º e 4º, inciso IV, do Anexo XI, do Decreto 4.852/97:

Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

[...]

Art. 1º É obrigado ao uso de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF - o estabelecimento que exerça a atividade de venda ou revenda de mercadoria ou bem, ou de prestação de serviço em que o adquirente ou o tomador seja pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS (Convênio ECF 01/98, cláusula primeira).

[...]

Art. 4º. É obrigatória a utilização do ECF nos seguintes prazos:

[...]

IV - 1º de setembro do ano em que a receita bruta do período de 1º de janeiro à 30 de junho for superior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), para o contribuinte que esteja em atividade;

A multa está prevista exatamente pela falta ou não-utilização de equipamento emissor de cupom fiscal, o que está comprovado, senão vejamos o texto do art. 71, inciso XV, alínea "h", da Lei 11.651/91, dado acréscimo pela Lei 13.194/97:

Art. 71. São aplicadas as seguintes multas:

[...]

XV - no valor de...

[...]

h) por mês ou fração de exercício de atividade, pela falta ou não utilização de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF, ou programa ou sistema eletrônico de processamento de dados, para emissão de documentos ou escrituração de livros fiscais, quando exigido pela legislação tributária;

Posto isso, declarada a perempção do direito do sujeito passivo.

Sala das sessões, em 28 de janeiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PRESCRIÇÃO - Omissão do recolhimento do ICMS apurado no livro Registro de Apuração de ICMS (Prescrição)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02031/10

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento de ICMS regularmente registrado e apurado em livro próprio. Revisão Extraordinária. Improcedência. Decisão unânime.

I - A inércia do sujeito ativo em cobrar o crédito tributário pelo prazo de 5 (cinco anos), contados da data da sua constituição definitiva, enseja a prescrição, extinguindo esta o crédito tributário;

II - Declara-se improcedente o auto de infração quando extinto o crédito tributário nele reclamado.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 06 de julho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para, em face da manifestação da Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP, considerar extinto o crédito tributário, por prescrição, nos termos do inciso V do art. 156 do Código Tributário Nacional - CTN. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Álvaro Falanque, Washington Luis Freire de Oliveira, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Paulo Diniz, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Célia Reis Di Rezende e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

Em 1º de fevereiro de 1996, as autoridades fiscais lavraram o auto de infração, formalizando nele a exigência de ICMS regularmente registrado e apurado em livro próprio, referente aos meses de setembro e outubro de 1995, não recolhido pelo contribuinte.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, vias de DARES 1.1 (fls. 3 e 4).

O sujeito passivo, embora regularmente intimado do auto de infração, não efetuou o pagamento do imposto e nem apresenta defesa nestes autos.

Houve parcelamento do débito tributário, denunciado o Acordo de Parcelamento, os autos foram encaminhados para a Divisão de Dívida Ativa, tendo esta inscrito na dívida ativa o crédito tributário, conforme Certidão de Inscrição (fls. 45).

A Divisão de Dívida Ativa emite o Laudo de Análise de Prescrição Administrativa (fls. 46).

Os autos foram encaminhados para execução fiscal, emitindo a Procuradoria Regional de Goiás o Parecer nº 004/2009-RCG (fls. 47 a 48), no qual opina que a cobrança judicial do crédito tributário não seja efetivada, pela ocorrência de prescrição do crédito tributário, bem como a devolução dos autos ao órgão da Secretaria da Fazenda para cancelamento da inscrição na dívida ativa.

A Procuradoria Geral do Estado acata o Parecer nº 004/2009-RCG e por meio do Despacho “AG” nº 01617/2009 (fl. 49 a 50), determina a emissão de ofício à Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP da Secretaria da Fazenda, com cópias deste despacho e do referido parecer, restituindo após os autos à Procuradoria Regional de Goiás.

A Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP, fundamentada no art. 43, I, b, item 2, da Lei nº 16.469/2009, constatando a prescrição do crédito, fundamentada no Laudo de Análise de Prescrição Administrativa (fls. 46), no Parecer nº 004/2009-RCG (fls. 47 a 48) e no Despacho “AG” nº 01617/2009 (fl. 49 a 50), apresenta Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 51 a 52), solicitando ao Conselho Administrativo Tributário a extinção do presente processo.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, amparado no inciso II, § 4º do art. 43 da Lei nº 16.469/09, por meio do Despacho nº 1674/2010-CAT (fls. 53), admite o Pedido de Revisão Extraordinária e determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

Em 1º de fevereiro de 1996, as autoridades fiscais lavraram o auto de infração, formalizando nele a exigência de ICMS regularmente registrado e apurado em livro próprio, referente aos meses de setembro e outubro de 1995, não recolhido pelo contribuinte.

A Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP, no Pedido de Revisão Extraordinária, afirma que a ação de cobrança do crédito tributário está prescrita, juntando Laudo de Análise de Prescrição Administrativa, Parecer e Despacho emitidos pela Procuradoria Geral do Estado – PGE.

A Procuradoria Regional de Goiás, ao opinar no Parecer nº 004/2009-RCG que a cobrança judicial do crédito tributário não seja efetivada, pela ocorrência de prescrição do crédito tributário, fundamentou-se nas regras dos arts. 174 e 175, V, do Código Tributário Nacional – CTN, que estabelecem que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da

data da sua constituição definitiva, ausentes as hipóteses de interrupção da prescrição, sendo efeito da prescrição a extinção do crédito tributário.

A Gerência de Cobrança e Programas Especiais afirma que a constituição definitiva do crédito tributário se deu em 4 de março de 1996, havendo interrupção da prescrição pelo parcelamento do débito, tendo o último parcelamento sido denunciado em 27 de agosto de 1998, não ocorrendo nova interrupção do lapso prescricional, não havendo ajuizamento de execução fiscal.

Anota que a partir da constituição definitiva do crédito tributário, contadas as suspensões e interrupções, já transcorreram mais de 5 (cinco) anos, indicando ter a prescrição ocorrido em 27 de agosto de 2003.

No caso, em face da manifestação da Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP (fls. 51 a 52), do Laudo de Análise de Prescrição Administrativa (fls. 46), do Parecer nº 004/2009-RCG (fls. 47 a 48) e do Despacho “AG” nº 01617/2009 (fl. 49 a 50), reconheço a prescrição constatada pela Gerência de Cobrança e Programas Especiais, que implica na extinção do crédito tributário, nos termos do inciso V, do art. 156 do CTN:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

[...]

V a prescrição e a decadência;

[...]”

Ante o exposto, conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe provimento para, em face da manifestação da Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP, considerar extinto o crédito tributário, por prescrição, nos termos do inciso V do art. 156 do Código Tributário Nacional - CTN.

Sala das sessões plenárias, em 20 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PRESCRIÇÃO - Omissão do recolhimento do ICMS apurado no livro Registro de Apuração de ICMS (Prescrição Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02072/10

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ICMS. Revisão Extraordinária. Omissão no recolhimento do imposto. Crédito tributário quitado em parte antes do prazo de 05 (cinco) anos e o seu remanescente foi atingido pela prescrição. Processo extinto. Decisão unânime.

I - A prescrição e a decadência são institutos legais que põem fim ao lançamento do crédito tributário, quando estiverem devidamente confirmadas no processo, motivo pelo qual os autos são considerados extintos nos termos do artigo 156, inciso V do Código Tributário Nacional.

II - A prescrição da ação de cobrança alcança os processos quitados parcialmente, garante o pagamento efetivamente comprovado antes do término do prazo de cinco anos e extingue a parte remanescente do crédito tecnicamente constituído no lançamento de ofício.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 17 de junho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para, em face da manifestação da Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP, considerar parcialmente extinto o crédito tributário, por prescrição parcial, apenas em relação à parte não paga pelo sujeito passivo, nos termos do inciso V do art. 156 do Código Tributário Nacional - CTN. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Heli José da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Álvaro Falanque e Itamar Alves Carrijo.

RELATÓRIO

No auto de infração, a fiscalização descreveu que o contribuinte omitiu o recolhimento do ICMS regularmente registrado e apurado em Livro Próprio nos meses de agosto a dezembro de 1996 e janeiro, março a junho e agosto de 1997, fato gerador comprovado com a juntada das folhas do Livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 04 a 30 dos autos. Em consequência, a autoridade fazendária reclamou o ICMS no valor de R\$ 2.815,30 (dois mil, oitocentos e quinze reais e trinta centavos) mais os acréscimos legais.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seu arts. 62 c/c art. 87 do Decreto nº 3.745/92, enquanto que a penalidade proposta assenta-se no art. 71, inciso I, alínea "a", do referido código.

O contribuinte deixou passar em branco as fases de defesas em Primeira e Segunda Instância.

Através do Despacho n.º 3370/2009-GCOP (fl. 58/59), a Gerência de Cobrança e Programas Especiais constata possível ocorrência de prescrição do crédito, uma vez que a partir da constituição definitiva do crédito, contadas as interrupções e suspensões, já transcorreram mais de 5 anos, tendo a possível prescrição ocorrido em 30/12/2002. E, conforme os fundamentos do art. 43, inciso I, alínea "b", item 2, da Lei nº 16.469/2009 c/c art. 183 do Código Tributário Estadual, solicita o pronunciamento do Conselho acerca do fato. Anexa, ainda, o Laudo de Análise de Prescrição, o Parecer e o Despacho expedido pela Procuradoria Geral do Estado.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, ao examinar o requerido, constata que restou demonstrada a prescrição da ação de cobrança apontada no pedido de revisão extraordinária, conforme atesta o Laudo e a manifestação da PGE. E com amparo no inciso II, § 4º, art. 43 da Lei n.º 16.469/09, admite o pedido de revisão extraordinária e determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para ser pautado a julgamento pelo Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

A análise da formalização do presente volume e diante das ocorrências temporais entre a notificação do sujeito passivo e a data em que o processo retornou à normalidade do seu trâmite e, ainda, dos pronunciamentos legais constantes nas folhas deste processo, constatei que o lançamento do crédito tributário parcialmente perdeu o seu leme ao ser atingido pelo instituto da prescrição na parte remanescente do crédito.

Em face aos ensinamentos do art. 174 do CTN, a ação para cobrança do remanescente do presente crédito tributário prescreveu após transcorridos 05 (cinco) anos contados da data da última notificação do sujeito passivo, ocorrida em 01/10/1997, mais oito dias, cuja redação transcrevo:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; ([Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005](#))

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”

A constituição definitiva do crédito tributário sucede ao seu lançamento realizado por autoridade administrativa competente, vinculada e obrigatória, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional.

Entretanto, o artigo 156 do referido diploma legal registra as modalidades de extinção do crédito e dentre elas, o inciso V trata da prescrição e a decadência, fato ocorrido neste lançamento, cuja regra transcrevo:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

[...]

V - a prescrição e a decadência;

[...].”

Pelo que observei na formalização deste processo e comparado a sua fase de tramitação com as normas legais transcritas nos parágrafos volvidos concluí que o pronunciamento da Procuradoria Fiscal e o conteúdo do despacho de fl. 58 da GECOPE, corroborado com o despacho da Presidência deste Conselho Administrativo Tributário, que, ao seu final, determinou a remessa dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância para pautar a julgamento pelo Conselho Pleno, atende ao requerido.

Com isto, resolvida ficou a presente questão, o que importa em afirmar que o objetivo lançamento tributário ficou prejudicado com a ocorrência da parcial prescrição do crédito pendente.

Pelo exposto e ao finalizar este voto, o faço para conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para, com apoio na redação do art. 156, inciso V do Código Tributário Nacional e na manifestação da Gerência de Cobrança e Programas Especiais, considerar parcialmente extinto o crédito tributário lançado de ofício, visto a manutenção do valor quitado antes do decurso do prazo prescricional.

Sala das sessões plenárias, em 20 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: PRESCRIÇÃO - Omissão do recolhimento do ICMS apurado no livro Registro de Apuração de ICMS (Prescrição)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03645/10

Relator: Conselheiro Gustavo Alberto Izac Pinto

EMENTA: ICMS. Revisão Extraordinária requerida pela Gerência de Cobrança e Processos Especiais-GCOP. Omissão no recolhimento do imposto. Crédito tributário prescrito. Decisão unânime.

A prescrição e a decadência são institutos legais que extinguem o lançamento do crédito tributário, quando estiverem devidamente confirmadas no processo, motivo pelo qual, estes autos, são considerados extintos nos termos do artigo 156, inciso V do Código Tributário Nacional.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 02 de dezembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para, em face da manifestação da Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP, considerar extinto o crédito tributário, por prescrição, nos termos do inciso V do art. 156 do Código Tributário Nacional - CTN. Participaram do julgamento os Conselheiros Gustavo Alberto Izac Pinto, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Álvaro Falanque, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aguinaldo Fernandes de Melo, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira e Heli José da Silva.

RELATÓRIO

O auto de infração descreve que o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido pelo regime normal que, devidamente escriturado no livro fiscal próprio, o contribuinte não o liquidou no prazo regulamentar no valor de R\$ 701,13 (setecentos e um reais e treze centavos), relativo ao período de janeiro a maio de 1999, cujo valor comercial soma a importância de R\$ 4.124,30 (quatro mil, cento e vinte quatro reais e trinta centavos).

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seu art. 63 c/c art. 75 do Decreto nº 4.852/97, e art. 2º da IN 155/94 - GSF. E a penalidade proposta pela fiscalização obedece a prescrição do art. 71, inciso I, alínea "a", do CTE.

No Despacho n.º 0467/2010-GCOP, fls. 20/21, a Gerência de Cobrança e Programas Especiais constata uma possível ocorrência de prescrição do crédito, uma vez que a partir da constituição definitiva do crédito já transcorreram mais de 5

anos, tendo a possível prescrição ocorrido em 23/07/2004. E, com os fundamentos do art. 43, inciso I, alínea "b", item 2, da Lei nº 16.469/2009 c/c art. 183 do CTE, solicita o pronunciamento deste egrégio Conselho Administrativo Tributário sobre a ocorrência deste fato. Anexa, ainda, o Laudo de Análise de Prescrição, acompanhado do Parecer expedido pela Procuradoria Geral do Estado.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, ao examinar o requerido, constatou "que restou demonstrada a prescrição da ação de cobrança apontada no pedido de revisão extraordinária, conforme atestado pelo Laudo e manifestação da PGE."

E com amparo no inciso II, § 4º, art. 43 da Lei n.º 16.469/09, admitiu pedido de revisão extraordinária e determinou encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que o processo fosse pautado a julgamento pelo Conselho Pleno.

DECISÃO

Da análise da formalização do presente volume e diante das ocorrências temporais entre a notificação do sujeito passivo e a data em que o processo retornou à normalidade do seu trâmite e dos procedimentos legais constantes nas folhas deste processo, constatei que o lançamento do crédito tributário perdeu o seu leme ao ser atingido pelo instituto da prescrição.

Em face aos ensinamentos do art. 174 do CTN, a ação para cobrança do presente crédito tributário prescreveu após transcorridos 05 (cinco) anos, contados da data da última notificação do sujeito passivo, ocorrida em 23/07/1999, mais 08 (oito) dias, cuja redação transcrevo:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; ([Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005](#))

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

A constituição definitiva do crédito tributário sucede do lançamento fiscal realizado por autoridade administrativa competente vinculada e obrigatória, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional.

Entretanto, o artigo 156 do referido diploma legal registra as modalidades de extinção do crédito e dentre elas, o inciso V, trata da prescrição e a decadência, fato ocorrido neste lançamento, cuja regra transcrevo:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

[...]

V - a prescrição e a decadência;

[...].”

Pelo que observei na formalização deste processo e comparado a sua fase de tramitação com as normas legais transcritas nos parágrafos volvidos concluí que o pronunciamento da Procuradoria Fiscal e o conteúdo do despacho de fls. 20 e 21 da GCOP, corroborado com o despacho da Presidência deste Conselho Administrativo Tributário, que, ao seu final, determinou a remessa dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância para que ele fosse distribuído e pautado a julgamento pelo Conselho Pleno, atende ao requerido.

Com isto, resolvida ficou a presente questão, o que importa em afirmar que o objetivo lançamento tributário ficou prejudicado com a ocorrência da prescrição.

Pelo exposto e ao finalizar este voto, o faço para conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para, com apoio na redação do art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional e na manifestação da Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP, considerar extinto o crédito tributário lançado de ofício.

Sala das sessões plenárias, em 21 de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - Pagamento em duplicidade (Deferimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00913/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. ICMS registrado e apurado em livro próprio. Parcelamento espontâneo. Duplicidade. Pedido de restituição. Deferido. Decisão unânime.

1. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo e seus acréscimos pagos indevidamente;

2. Estando comprovado nos autos que o sujeito passivo efetuou pagamento de ICMS em duplicidade deve ser deferido o pedido de restituição.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 16 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do pedido, dar-lhe provimento para deferir a restituição no valor de R\$ 7.962,12 (sete mil, novecentos e sessenta e dois reais e doze centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Gustavo Alberto Izac Pinto, Aguinaldo Fernandes de Melo, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Washington Luis Freire de Oliveira e Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de restituição de indébito tributário formulado pela empresa [...] em decorrência do parcelamento em duplicidade do ICMS relativo aos meses de janeiro e março de 2007 no valor de R\$ 5.218,54 (cinco mil, duzentos e dezoito reais e cinqüenta e quatro centavos).

O pedido foi analisado inicialmente pela Gerência de Políticas Tributárias da Superintendência de Administração Tributária que formulou o Pedido de Diligência nº 405/2008, de fls. 33, solicitando da Delegacia Regional de Fiscalização de Rio Verde a revisão dos lançamentos consubstanciados nos autos de infração objetos dos parcelamentos, tendo em vista que foram lavrados considerando os valores após a aplicação da Taxa de Efetivo Pagamento – TEP que é aplicável apenas aos pagamentos efetuados até o vencimento indicado no calendário fiscal.

Por meio do documento de fls. 39 a Delegacia Regional de Fiscalização de Rio Verde informa que constatou um pagamento a maior no valor de R\$ 5.218,54 (cinco mil, duzentos e dezoito reais e cinqüenta e quatro centavos) e, em contrapartida, constatou débito do sujeito passivo no valor de R\$ 3.307,50 (três mil, trezentos e sete reais e cinqüenta centavos), relativamente a aplicação indevida da Taxa de Efetivo Pagamento – TEP, quando da lavratura do auto de infração.

Por intermédio do Despacho nº 4.683/2009-SAT, de fls. 42 o Superintendente de Administração Tributária encaminhou os autos ao Conselho Administrativo Tributário para apreciação nos termos do inciso II, do art. 6º, da Lei nº 16.469/09.

O processo foi pautado para apreciação do Conselho Pleno por determinação do Despacho nº 3.253/09, de fls. 44.

Em sessão realizada no dia 10 de dezembro de 2009 o Conselho Pleno converteu o julgamento em diligência e encaminhou o processo à Gerência Especial de Recuperação de Crédito – GECOPE, solicitando a manifestação sobre o valor efetivamente pago a maior.

O processo retornou com o Despacho nº 337/2010, de fls. 59 e 60, informando que a requerente faz jus a restituição da importância de R\$ 7.962,12 (sete mil, novecentos e sessenta e dois reais e doze centavos).

É o relatório.

DECISÃO

A obrigação de restituir aquilo que recebeu indevidamente é corolário do repúdio do nosso sistema jurídico a qualquer forma de enriquecimento ilícito. Referida obrigação encontra-se positivada no direito privado desde os primórdios do século passado quando o Código Civil de 1916 estabeleceu o seguinte:

“Art. 964. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir. A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.”

O Código Civil de 2002 regulou a matéria em seu art. 876. Vejamos:

“Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.”

A restituição de pagamento indevido de tributos, multas e outros acréscimos, foi positivada na legislação tributária estadual por meio da Lei nº 11.651/91, que estabelece o seguinte:

“Art. 172. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo e seus acréscimos, seja qual for a modalidade do seu pagamento, nas seguintes hipóteses:

I - pagamento, espontâneo ou sob protesto, de tributos, multas e outros acréscimos, indevidos ou maiores que o devido, em face da legislação aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;"

No caso vertente, observa-se o seguinte:

1) Em 30 de julho de 2007 a requerente solicitou o parcelamento do Auto de Infração nº 3 0322408 212 67, relativamente ao ICMS registrado e apurado em livro próprio nos meses de janeiro, março, abril, maio e junho de 2007, conforme Parcelamento nº 126587-3;

2) Em 15 de agosto de 2007 a requerente solicitou o parcelamento do Auto de Infração nº 3 0265169 668 39, relativamente ao ICMS registrado e apurado em livro próprio nos meses de janeiro e março de 2007, conforme Parcelamento nº 114192-9.

Assim, ficou evidenciado que o ICMS relativo aos meses de janeiro e março de 2007, no valor de R\$ 5.218,54 (cinco mil, duzentos e dezoito reais e cinquenta e quatro centavos), foi parcelado em duplicidade, tendo em vista que consta dos dois autos de infração.

O cálculo efetuado pela Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP considerou como pagamento a maior o ICMS e os acréscimos legais decorrentes de multas, juros e correção monetária, perfazendo o total de R\$ 7.962,12 (sete mil, novecentos e sessenta e dois reais e doze centavos), que entendemos ser o valor a ser restituído.

Nesse ponto, cumpre salientar que o valor do débito da requerente no valor de R\$ 3.307,50 (três mil, trezentos e sete reais e cinquenta centavos), referido pela Delegacia Regional de Fiscalização de Rio Verde, decorrente do abatimento indevido da Taxa de Efetivo Pagamento – TEP no momento da lavratura dos autos de infração poderá ser exigido pela Fazenda Pública Estadual por meio de novo lançamento.

Com essas considerações entendemos que está sobejamente provado que a requerente faz jus a restituição do valor pago indevidamente informado no Despacho nº337/2010-GCOP

À conta do exposto, conheço do pedido, dou-lhe provimento, para deferir a restituição pleiteada na importância de R\$ 7.962,12 (sete mil, novecentos e sessenta e dois reais e doze centavos), devendo os autos ser encaminhados ao Gabinete do Secretário da Fazenda para as providências subseqüentes previstas no § 3º, do art. 42, da Lei nº 16.469/09.

Sala das sessões plenárias, em 27 de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - Pagamento indevido (Deferimento Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01324/10

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS - Obrigação principal. Pedido de restituição. Duplicidade de recolhimento. Deferimento parcial. Decisão Unânime.

Reconhece-se o direito à restituição do indébito tributário, quando houver a comprovação de que o pagamento efetuado ao Erário Estadual foi indevido.

Deixando o requerente de corrigir documento comprobatório do seu direito, perde a apreciação desta parte do seu pleito.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do pedido para deferir a restituição no valor de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais). Participaram do julgamento os Conselheiros Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Heli José da Silva e José Manoel Caixeta Haun.

RELATÓRIO

Solicita restituição de indébito tributário, em decorrência do pagamento indevido do Auto de Infração nº 3021196685388 sob o argumento de ser o mesmo improcedente, pois exige ICMS já recolhido anteriormente via do DARE de fls. 08, o qual fora preenchido com o mês de referência errado e corrigido posteriormente conforme expedientes de fls. 07 e 13.

O Presidente deste Conselho providencia o saneamento formal deste processo quanto à identificação da signatária dos pedidos e, com amparo no artigo 42 da Lei nº 16.469/09, o encaminha para apreciação por este Colegiado.

Em sessão plenária ocorrida no dia 19/01/2010 propus a retirada de pauta e remessa destes autos à Secretaria Geral deste Conselho para juntada ao processo nº 3021196685388, possibilitando a análise deste e, após, da restituição em tela.

Acolhida esta proposição, foram juntadas aos autos fotocópias do referido processo.

Retornando a julgamento neste Pleno, propus novamente na sessão plenária do dia 04/03/2010 a retirada dos autos para análise do pedido de Revisão Extraordinária do processo nº 3021196685388, juntando o mesmo a este pedido de restituição, possibilitando verificar naquele que o contribuinte solicitara revisão extraordinária do mesmo sob o argumento de que o pagara indevidamente, vez que os valores ora reclamados foram recolhidos antes da autuação com o DARE de fls. 08.

Apreciando o pedido constante do processo nº 3021196685388, o Presidente deste Conselho, por meio do Despacho nº 1172/2007-CAT, orientou a requerente a apresentar Declaração Periódica de Informação retificadora relativa ao mês de setembro de 2002 a fim de sanar o erro de código do tributo ICMS na DPI original.

Porém, inadvertidamente, a empresa recolheu os valores autuados, ocasionando o envio do processo nº 3021196685388 ao arquivo em razão do seu pagamento.

É o relatório. Decido.

O Código Tributário Estadual, instituído pela Lei nº 11.651/91, estabelece em seus arts. 172 e 173 que:

“Art. 172 - O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo e seus acréscimos, seja qual for a modalidade do seu pagamento, nas seguintes hipóteses:

I - pagamento, espontâneo ou sob protesto, de tributos, multas e outros acréscimos, indevidos ou maiores que o devido, em face da legislação aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

.....
Art. 173. O conhecimento do pedido de restituição de indébito tributário compete ao órgão determinado na legislação processual específica.

§ 1º O pedido de restituição do indébito tributário deve estar instruído com o documento de arrecadação ou com outro documento comprobatório do pagamento efetivado.

§ 2º A exigência prevista no parágrafo anterior poderá ser suprida por certidão expedida pelo órgão competente da Secretaria da Fazenda.

§ 3º O reconhecimento do direito à restituição é subordinado à comprovação de que o indébito tributário não produziu efeito fiscal.”

Dispõe também a Lei 16.469, de 19 de janeiro de 2009, que regula o Processo Administrativo Tributário, no art. 42 que:

“Art. 42. A restituição do tributo pago indevidamente pelo sujeito passivo, decorrente de lançamento, deve ser feita após o reconhecimento do direito a esta pelo Conselho Pleno, em instância única.

§ 1º Inicia-se o Processo de Restituição com o pedido formulado pelo sujeito passivo, ou por terceiro que prove haver assumido o encargo financeiro, apresentado junto ao Protocolo Setorial - PROSET -, devendo o pedido ser remetido à Presidência do CAT, que deve determinar as providências necessárias ao preparo do processo.

§ 2º O pedido de restituição deve ser instruído com o original do comprovante de pagamento ou com o extrato emitido pelo Sistema de Arrecadação - SARE - e com as provas de que o pagamento é indevido.

§ 3º A execução do acórdão prolatado no Processo de Restituição, favorável ao requerente, far-se-á por despacho do Secretário da Fazenda.

§ 4º Aplica-se ao acórdão prolatado em Processo de Restituição o disposto no § 5º do art. 38."

Portanto, analisando os documentos originais do pedido de revisão extraordinária, constantes do processo nº 3021196685388, e do pedido de restituição de indébito, constata-se que realmente o contribuinte recolheu em duplicidade o valor de R\$240,00 (duzentos e quarenta reais) motivado pelo erro do mês de referência no Documento de Arrecadação Estadual de fls. 08, corrigido conforme extrato de fls. 13, enquanto deixou de retificar o item do tributo ICMS que constou como 59 na Declaração Periódica de Informação relativa ao período 09/2002, quando o correto seria o item 60 - Substituição Tributária pelas Operações Posteriores -, perdendo, portanto, o direito à restituição do valor de R\$28,00 (vinte e oito reais) por não ter retificado a referida Declaração Periódica de Informação.

Com estas fundamentações, voto conhecendo do Pedido de Restituição, dando-lhe parcial provimento para deferir a restituição em relação ao valor de R\$240,00 (duzentos e quarenta reais), acrescido das cominações legais.

Sala das sessões plenárias, em 25 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: RESTITUIÇÃO DE INDEBITO TRIBUTÁRIO - Pagamento indevido (Deferimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01361/10

Relator: Conselheiro Sérgio Reis Crispim

EMENTA: I - ICMS. Processual. Preliminar de inadmissibilidade do recurso, suscitada pelo representante fazendário. Rejeitada. Decisão unânime.

1 - Quando a lide estiver de acordo com o especificado em lei, não há possibilidade de não se admitir o recurso da polaridade passiva.

II - Pedido de restituição. Pagamento indevido. Deferimento. Decisão unânime.

1 - O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo e seus acréscimos, pago indevidamente, seja qual for a modalidade do seu pagamento (CTN, art. 166; Lei nº 11.651/91, art. 172 e RCTE, art. 486);

2 - Estando comprovada nos autos a ocorrência de pagamento indevido, deve ser deferido o pedido de restituição.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 30 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pela Representação Fazendária, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no art. 42, da Lei nº 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Gustavo Alberto Izac Pinto, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia e Aldeci de Souza Flor. E, no mérito, por votação unânime, conhecer do pedido, dar-lhe provimento para deferir a restituição no valor da multa formal de R\$ 17.341,15 (dezessete mil, trezentos e quarenta e um reais e quinze centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Gustavo Alberto Izac Pinto, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Neste processo, a empresa em epígrafe apresenta Pedido de Restituição referente ao Processo Administrativo Tributário nº 3022935286524, requerendo ao Conselho Pleno o reconhecimento do direito à devolução integral e atualizada da importância paga pelo contribuinte, uma vez que as exigências da fiscalização descritas no auto de infração supra citado (já arquivado), foram devidamente cumpridas pela requerente, ou seja, apresentação de documentos fiscais considerados extraviados, junto à SEFAZ-GO, demonstrando, desta forma, que não causou nenhum prejuízo ao Estado, mas apenas retardamento da entrega dos documentos.

A título de comprovação, o sujeito passivo anexou cópia dos protocolos efetuados junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás. Afirma que o pagamento foi indevido e, portanto, deverá ser restituído, para que não se caracterize o enriquecimento ilícito do Estado.

Informa que a pessoa jurídica em evidência já está extinta, devendo o crédito ser transferido para outra pessoa jurídica descrita na peça ou, na impossibilidade de transferência para terceiros, para o titular daquela já extinta.

O Presidente deste Conselho ciente da narrativa do fatos e com amparo no que dispõe o art. 42 da Lei 16.469/09 determina o encaminhamento dos autos para que sejam pautados ao Conselho Pleno, Despacho nº 2752/2009-CAT de fls. 19.

A Resolução nº 78/2009, fls. 20, encaminha o processo à SEGE para juntada dos autos descritos às fls. 05, processos nº: 3021360743543, 3022934479086 e 3022935286524.

A documentação foi anexada aos autos às fls. 22 a 132. Em seguida, os autos retornam ao Conselho Pleno para julgamento.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente analiso a preliminar de inadmissibilidade do recurso para este Conselho Pleno, arguida pelo representante fazendário. A unanimidade dos presentes decidiu por rejeitá-la, sob o fundamento de que a peça recursal estaria em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei nº 16.469/09. De fato, após mais detalhado estudo das peças constitutivas desta ação, convenci-me da ausência de afronta ao texto de lei supramencionado. Assim, rejeito a preliminar em questão.

Com o aduzido em linhas imediatamente volvidas, dirijo-me ao mérito do processo que trata do pedido de restituição de indébito tributário.

Pela leitura do relatório que integra este *decisum* é fácil perceber que a exordial se deu por pedido de restituição relativo a extravio de documentos fiscais relativos ao processo nº 30229352 865 24.

Quando do pedido de vistas da procuradora do referido processo à Gerência Executiva de Recuperação de Crédito esta emitiu um demonstrativo atualizado do valor devido, cujo montante foi recolhido pela autuada aos cofres públicos, conforme atesta o documento de fls. 130 dos autos.

Neste Conselho Pleno restou constatado que o valor recolhido não é devido, uma vez o contribuinte procedeu a devolução dos documentos tidos como extraviados (Anexo II, da IN 606/03-GSF, fls. 14). E, dessa forma, o valor pago no documento de fls. 130 deve ser integralmente restituído a parte passiva.

Pelo exposto, voto, em sintonia com a unanimidade de meus pares, por rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pelo representante fazendário, por estar em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei nº 16.469/09. E também, voto unanimemente, acatando o pedido de restituição formulado pela parte passiva, deferindo a restituição no valor da multa formal de R\$ 17.341,15 (dezessete mil, trezentos e quarenta e um reais e quinze centavos).

Sala das sessões plenárias, em 25 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - Serviço de comunicação prestado sem destaque do imposto no doc. fiscal (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02964/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Preliminares. Nulidade por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. Rejeitadas. Decisão unânime. Preliminar de decadência. Rejeitada. Decisão unânime. Prestação onerosa de serviço de telecomunicação sem o destaque do ICMS devido. Procedência parcial. Decisão unânime.

I - O processo em conformidade com as normas procedimentais, devidamente instruído, sem vícios ou anomalias, e com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não padece de nulidade.

II - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I).

III - Ocorre o fato gerador do imposto, no momento das prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, tais como a geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, ainda que iniciadas ou prestadas no exterior (CTE, art. 13, II).

IV - Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I, II e XV do art. 19, o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como bonificações e descontos concedidos sob condição (CTE, art. 20, II).

V - O auto de infração deve ser julgado parcialmente procedente quando ficar comprovada a inexigibilidade de parte do crédito tributário constante da inicial.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 28 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo sujeito passivo, sendo, a primeira, por cerceamento ao direito de defesa, a segunda, por insegurança na determinação da infração, e também a preliminar de decadência. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, José Paixão de Oliveira Gomes e José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, também por votação unânime,

conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 100.833,57 (cem mil, oitocentos e trinta e três reais e cinqüenta e sete centavos), observando o pagamento de fls. 216. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, José Paixão de Oliveira Gomes e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Noticia a peça inicial que o sujeito passivo "Omitiu pagamento de ICMS em razão de ter realizado prestações onerosas de serviço de telecomunicação e ter emitido documento fiscal sem o destaque do ICMS devido, lançando o valor do imposto nas colunas isentas ou não tributadas ou outras do livro registro de saídas, conforme nota explicativa anexa. Em consequência, deverá pagar o imposto incidente nas prestações no valor de R\$ 143.285,28 (cento e quarenta e três mil, duzentos e oitenta e cinco reais e vinte e oito centavos), conforme demonstrativos anexos, mais os acréscimos e cominações previstos na legislação. Omissão de ICMS do exercício de 2003."

Consta como infringidos os artigos 11, V; 13, XII; 40 e 64, Lei 11651/91, c/c art. 4, III; 6, XIV; 13, VI, 88 e 1, Anexo IX do Dec. 4.852/97 e foi aplicada a penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, alínea "b", § 1 da Lei 11651/1991.

Com a inicial foram acostados: Nota Explicativa ao Auto de infração (fls. 6/8), Relação dos Serviços de Telecomunicação Autuados e valor do ICMS Devido (fls. 9/10), Demonstrativo do Cálculo do Valor Original do ICMS Devido dos Serviços Autuados (fl. 11), Relação de Notas Fiscais de Serviços Telecomunicações Autuadas (fls. 12/13), DVD-R anexo ao auto de infração (fl. 14), livro Registro de Saídas (fls. 15/148).

Intimado da acusação fiscal (fl. 150), o sujeito passivo apresenta a peça impugnatória de fls. 153 a 163.

Em primeira instância, o auto de infração foi julgado procedente, nos termos da peça inicial, conforme Sentença nº 5984/08-COJP (fls. 272/274).

Em face da decisão monocrática, o sujeito passivo interpõe o recurso voluntário de fls. 278 a 290, em síntese, com os seguintes fundamentos:

(a) alega que o pagamento de parte do crédito tributário exigido nestes autos deve acarretar a sua imediata extinção, nos termos do art. 156, I, do CTN;

(b) defende que os créditos tributários oriundos de operações realizadas entre 1º de janeiro a 6 de agosto de 2003, exigidos nestes auto de infração, encontram-se extintos pela homologação tácita do pagamento antecipado;

(c) afirma que locação de modem/roteador não constitui fato gerador do ICMS. Acrescenta que a locação de modem ou roteador é mera facilidade adicional oferecida ao usuário, sendo desvinculada da prestação de serviços de

comunicação propriamente ditos. Segundo a recorrente, não há que se falar em incidência do ICMS;

(d) assegura que o Supremo Tribunal Federal sequer reconhece a locação como serviço;

(e) defende que o serviço de comunicação independe do equipamento. Esta é mera facilidade adicional e optativa;

(f) destaca que a autuação é manifestamente nula e sequer o julgador de primeira instância foi capaz de compreender o objeto da exigência fiscal. Afirma que a decisão recorrida deixou de apreciar os serviços de instalação e manutenção de linhas telefônicas;

(g) defende que a prestação de serviços de manutenção e instalação não constitui fato gerador do ICMS, como pretende a autuação, mas sim de ISSQN;

(h) afirma que a multa tem caráter confiscatório e deve ser reduzida, conforme jurisprudência do STF, e que a cobrança concomitante de multa e juros de mora caracteriza bis in idem;

Em derradeiro, requer o recebimento e provimento do Recurso para ser julgado improcedente o auto de infração ou declarada a nulidade da exigência fiscal, por ausência de clara descrição dos fatos puníveis.

Em 17/03/09, o contribuinte anexa aos autos (fl.294) requerimento no qual solicita que as intimações doravante sejam feitas em nome do advogado GUSTAVO AMARAL MARTINS no endereço mencionado na peça.

O processo veio a julgamento em 22/05/09 e foi convertido em diligência (fl. 295), tendo sido encaminhado os autos à Gerência de Substituição tributária, a fim de ser designando agente do Fisco estranho à lide, para manifestar-se acerca dos argumentos expendidos na peça recursal do sujeito passivo, especificamente no que tange à eventual inclusão no bojo da autuação de serviços que não estariam inseridos no campo de incidência do ICMS, procedendo, se for o caso, a ajustes na auditoria, observando o entendimento atualmente vigente nessa especializada quanto ao tema em tela. Prestar outras informações que julgar necessárias ao esclarecimento da lide.

Feita a diligência, o autor da revisão (fls. 299/308), afirma que a exigência tributária, após as correções, deve ser reduzida para o valor original de R\$ 100.833,57 e menciona também o pagamento parcial do crédito tributário, conforme documento constante de 216/218.

Intimado da revisão, o sujeito passivo apresenta a manifestação de fls. 320/330, reforçando argumentos apresentados no Recurso Voluntário.

É o relatório.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

O sujeito passivo argumenta que a autuação é manifestamente nula por não descrever precisamente o fato punível.

Entendo diferente, vejo que o histórico do auto de infração não deixa dúvida em relação à matéria objeto da autuação. A nota explicativa (fls. 6/8) e o relatório de fls. 9/10 complementam a acusação fiscal. Estão devidamente informados no lançamento tributário os itens em relação aos quais o Fisco entende como sujeitos à incidência do ICMS e que o contribuinte deixou de submeter à tributação. Desde a fase inicial do processo o contribuinte tomou conhecimento de forma clara e objetiva da acusação fiscal. Portanto, inexistente dúvida em relação à acusação feita ao sujeito passivo.

Também foram asseguradas ao sujeito passivo as garantias processuais próprias do processo administrativo tributário.

Em relação ao julgamento de primeira instância, entendo que a sentença não foi omissa, ela abordou a matéria de forma satisfatória. Não ocorreu omissão na apreciação em relação aos serviços de instalação e manutenção de linhas telefônicas.

Com essas considerações, ficam rejeitadas as preliminares de insegurança na determinação da infração e de cerceamento ao direito de defesa.

Relativamente à preliminar de decadência arguida pela Recorrente, é de se ressaltar que a acusação fiscal constante da peça inicial trata de emissão de documento fiscal sem o destaque do ICMS devido. Nesse caso, como inexistiu "lançamento" (pagamento antecipado pelo sujeito passivo), não há que falar em homologação. Nessa situação, o direito da Fazenda Pública obedece à regra estabelecida no artigo 173, I do CTN.

Em face do disposto no artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN), o Fisco tem cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia fazer o lançamento, para formalizar o crédito tributário respectivo, no todo ou em parte, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

O levantamento fiscal em discussão é relativo ao período de janeiro a dezembro de 2003, assim, conforme o dispositivo acima citado, é forçoso concluir que o Fisco poderia fazer o lançamento tributário até 31/12/08. Como a intimação do lançamento tributário ocorreu em 06/08/08, conforme documento de fl. 150, a decadência ficou afastada.

Portanto, rejeito a preliminar de decadência.

DO MÉRITO

Por força da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer a base de cálculo dos impostos (CF, art. 146, III, "a"). Em relação ao ICMS, a LC 87/96, no artigo 13, assim dispõe:

"Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

(...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

(...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;"

Conforme estabelece o dispositivo acima, a base de cálculo do ICMS, regra geral, é o valor da prestação, incluídas todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo prestador, conforme se pode depreender do comando: "*seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.*"

O valor cobrado, a título de locação de equipamento, são importâncias recebidas ou debitadas para o usuário do serviço. No caso em tela, cobrado mensalmente, não se trata de atividade meramente preparatória e têm a mesma natureza de demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, enquanto integrantes da base de cálculo.

O bem locado tem como objetivo propiciar o serviço de comunicação que configura hipótese de incidência do imposto. Por força do disposto no artigo 13, § 1º da LC 87/96, faz parte da base de cálculo do ICMS as demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, portanto há que se tributar o valor faturado ao usuário. A tributação há que ser integral. Incorreto separar o faturamento em valor relativo à locação e valor relativo à prestação de serviço.

O posicionamento do STF no sentido de que locação de bens, pura e simples, desacompanhada de serviço, não é serviço (RE 116.12/SP) não se aplica ao caso em discussão, como pretende a Recorrente. A autuação em tela diz respeito à prestação de serviço de telecomunicação juntamente com fornecimento (locação) de equipamento para a sua viabilização. É situação completamente diferente de locação pura e simples de bens.

Ademais, nesse sentido, cabe observar a definição de telecomunicação que é dada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, no artigo 60: "*Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.*"

Registro também que os valores constantes da autuação relativos a prestação de serviço de manutenção e instalação foram excluídos do lançamento tributário, conforme manifestação do autor da revisão (fl. 307), por não constituir fato gerador do ICMS.

Em referência às alegações feitas pela autuada quanto ao caráter confiscatório da multa instituída pela lei, vejo que esse assunto é matéria cuja competência para apreciação falta a este órgão, ao qual compete fazer o controle da legalidade do lançamento, que consiste em analisar e verificar se o auto de infração está de acordo com as normas objetivamente postas e se foi assegurado ao sujeito passivo as garantias processuais na tramitação do processo administrativo tributário.

Também, é de se registrar que a Constituição Federal/88, no artigo 150, inciso IV, prescreve que: "*é vedado utilizar tributo com efeito de confisco*". Assim, além da inexistência de competência por parte deste órgão para a apreciação em comento, o confisco diz respeito a tributo e não a penalidade.

Ademais, a atividade administrativa do lançamento tributário é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (CTN, art. 142, parágrafo único). Assim, o agente do Fisco ao tomar conhecimento de irregularidade tem a obrigação de lavrar o auto de infração e aplicar a penalidade prevista para o caso.

Devo, ainda, assinalar a existência de vedação legal, explícita, a este órgão julgador de apreciar as matérias aventadas pela autuada. Nesse sentido, vale conferir o disposto no artigo 6º, § 4º, Lei nº 6.469/09: "*Não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.*"

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe parcial provimento para reformar a decisão singular para considerar parcialmente procedente o auto de infração, no valor de ICMS de R\$ 100.833,57 (cem mil oitocentos e trinta e três reais cinquenta e sete centavos), observando o pagamento parcial de crédito tributário de fls. 216/217.

Sala das sessões, em 26 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - Serviço de telecomunicação prestado sem tributação (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01339/10

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

Autor do Voto Vencido: Conselheira Eliene Mendes de Oliveira Feitosa

EMENTA: I - SOLIDARIDADE. Preliminar de exclusão dos responsáveis solidários. Não acatada. Decisão por maioria.

1 - São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, especialmente: com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, CTE).

II - ICMS. Obrigação tributária principal. Prestação de serviço de comunicação. Valores lançados a título de "habilitação, locação e manutenção de rádio". Incidência. Procedência. Decisão não unânime.

1. integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição (Lei Complementar n.º 87/96, art. 13, § 1º, II, alínea 'a');

2. incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada (Convênio ICMS 69/98).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 20 de outubro de 2009, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários [...] e [...], arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Célia Reis Di Rezende, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza

Fonseca, José Manoel Caixeta Haun, José Luiz Rosa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Aguinaldo Fernandes de Melo e José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Levi Silva Filho, Célia Reis Di Rezende, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Sérgio Reis Crispim, Delcídes de Souza Fonseca, José Manoel Caixeta Haun, José Luiz Rosa, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Aguinaldo Fernandes de Melo e José Pereira D'abadia que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, extrai-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 26 de março de 2007, o Fisco promove a acusação, em desfavor do sujeito passivo acima identificado, de que omitiu o recolhimento do ICMS, no exercício de 2003, no valor de R\$ 265.612,53 (duzentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e doze reais e cinquenta e três centavos), em razão de ter realizado prestações onerosas de serviço de comunicação, sujeitas à incidência do ICMS, que não foram objeto de tributação, conforme demonstrativo dos serviços de telecomunicação com incidência de ICMS que não foram tributados, em anexo. A apuração foi realizada a partir das Notas de Prestação de Serviço série 2, emitidas pelo contribuinte.

Foram indicados como infringidos os artigos 11, inciso V, 13, inciso XII, ambos da Lei n.º 11651/91, c/c os artigos 4.º, inciso III; 6.º, inciso XIV; e 13, inciso VI, todos do Decreto n.º 4852/97, cuja penalidade proposta é a prevista na no artigo 71, inciso VIII, alínea "b", c/c § 9º, inciso I, do CTE, com redação da Lei n.º 12.806/95.

Foram qualificados como responsáveis solidários os diretores [...], e [...].

Juntou-se ao processo os demonstrativos relacionados com a auditoria realizada, bem como cópias das Notas Fiscais e das páginas dos livros fiscais, documentos de fls. 20/287.

Fez-se a anexação, também, do documento de fls. 18/19, denominado Nota Explicativa, no qual é explicitado o procedimento fiscal adotado, bem como as razões que ensejaram a lavratura do auto de infração.

Impugnando o lançamento os autuados comparecem à lide, com peças defensórias apartadas, fls. 295/305 e 380/389, porém contendo as mesmas alegações defensórias, onde, em síntese, afirmam que as operações consideradas como sujeitas à tributação pelo Fisco, na verdade tratam-se de prestações de serviços que, para a realização de tal trabalho dependem de Estações Rádio Base (ERB); que tais estações são cedidas ao cliente/usuário

através de locação; citam a Resolução n.º 221/00 da ANATEL, que atribui ao usuário a obrigação de manter estação móvel e ainda jurisprudência do STJ sobre os serviços de habilitação dos serviços de telecomunicação; que as atividades de manutenção e locação de equipamentos não são atividades-fim; mas atividades-meio. Ao final, pugnam pela improcedência da autuação. Fez a juntada de diversos documentos.

O ilustre julgador monocrático, após percuciente análise do processo, entende que devem ser excluídos da exigência preambular os valores relativos aos serviços de Habilitação de Rádio Trunking e Instalação de Rádio Fixo, tendo em vista as diversas decisões do STJ, que declarou a ilegalidade da cobrança de imposto referente a tais serviços. Assim, julga parcialmente procedente o auto de infração no valor originário de R\$ 263.895,23 (duzentos e sessenta e três mil, oitocentos e noventa e cinco reais e vinte e três centavos), consoante depreende-se da Sentença n.º 3802/07 – COJP, de fls. 414/416. Mantém, outrossim, na lide os consignados como solidários.

Através do Parecer n.º 304/07-GERF, fls. 417/418, a Representação Fazendária aduz que a decisão singular está equivocada; que a legislação pertinente ao assunto é clara a respeito da incidência do ICMS sobre prestação onerosa dos serviços de telecomunicações; transcreve o artigo 13, inciso VI, do Regulamento do Código Tributário Estadual, para ao final solicitar a reforma da decisão singular e que seja mantida a peça básica em sua integridade.

Intimados da decisão monocrática, os autuados, em defesa conjunta, apresentam Recurso Voluntário e contraditam, também, a solicitação da Representação Fazendária. Reafirmam todas as razões expendidas na fase anterior. Destacam novamente, a atividade desenvolvida, de prestadora de serviços de telecomunicações na modalidade Serviço Móvel Especializado - SME; e, em razão da atividade desenvolvida, entendem que o Fisco incorreu em equívoco ao afirmar que houve burla, quando deixou de recolher o ICMS com alíquota de 26% (vinte e seis por cento), para recolher o imposto municipal, calculado à alíquota de 5% (cinco por cento). Diz: *“O Fisco estadual insiste em autuar as empresas, grassando sérias controvérsias acerca da incidência ou não do imposto sobre serviços de comunicação na habilitação, manutenção e locação.”* Mencionam julgados dos pretórios superiores. Pugnam pela exclusão dos responsáveis solidários, e pela improcedência do lançamento.

A Terceira Câmara decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conheceu dos recursos, negou provimento ao voluntário, proveu o de ofício, para reformar a sentença singular e considerar procedente o lançamento.

A decisão cameral encontra-se consubstanciada no Acórdão n.º 3666/2008, de fls. 465/470.

O sujeito passivo, por intermédio do recurso de fls. 475/498, reitera a ilegitimidade passiva dos responsáveis solidários, fazendo menção a extensa jurisprudência a respeito.

No mérito, argumenta que a decisão vergastada viola as disposições do Convênios ICMS 69/98. Diz: "*Na eventualidade de prevalecer o acórdão vergastado, que vai de encontro às diversas decisões do STJ sobre esta matéria, reiterando a sua ilegalidade, estar-se-ia desnecessariamente movimentando a esfera pública e gerando custos ao erário estadual, para ao final, quando uma eventual ação judicial chegar, em grau de recurso, ao Superior Tribunal de Justiça, órgão pacificador das decisões, ser reformada.*"

Diz, ainda, que o acórdão recorrido contraria inúmeros julgados da própria esfera administrativa, citando como exemplo, o auto de infração n.º 3.0241175.030.49, que ampara-se no entendimento do STJ para julgar insubsistente o auto de infração por sua total ilegalidade.

Faz juntada de cópia do acórdão proferido no auto de infração acima destacado.

Requer, ao final, a reforma do Acórdão e a improcedência do auto de infração.

Este é o relatório.

DECISÃO

Em proêmio, mister proceder à análise da preliminar de exclusão dos responsáveis solidários.

DA RESPONSABILIDADE DE SÓCIO ADMINISTRADOR

Quanto ao pedido de exclusão da lide dos solidários [...], e [...], não o acolho, visto que, na condição de administradores, participaram diretamente da situação de que decorreu a omissão objeto da ação fiscal, conduta que se subsume ao artigo 45, inciso XII, da Lei n.º 11.651/91, a seguir transcrito:

"Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII – com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis

[...]" (grifos oportunos).

Observo, como fundamento do meu posicionamento, que o artigo 45, XII, acima transcrito, possui ligação com o artigo 124, do Código Tributário Nacional, e não com o artigo 135, ou mesmo com o artigo 134, também do CTN. Destaque-se

que o artigo 124 e os artigos 134 e 135, referem-se a institutos diferentes, e estão contidos em capítulos distintos do Título II do Livro Primeiro do citado Código, veja-se:

“CAPÍTULO IV

Sujeito Passivo

[...]

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

[...]

CAPÍTULO V

Responsabilidade Tributária

[...]

SEÇÃO III

Responsabilidade de Terceiros

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. [...] [Grifo Oportuno]

Como se percebe, a redação do *caput* do artigo 45 da Lei nº 11.651/91, pela expressão “*pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”, estabelece uma relação essencial entre esse dispositivo e o inciso I do artigo 124 do CTN.

Em elucidativa e didática manifestação a respeito da referida solidariedade, hei por bem em transcrever parte do Acórdão n.º 4.111/08, exarado no processo n.º 3.0266409.719.97, pelo ilustre Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes, “*verbis*”:

“Embora o inciso XII do referido artigo 45 tome de empréstimo as expressões “atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis” e “os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica”, presentes, respectivamente, no caput do art. 134 e no inciso III do art. 135, todos do CTN, isso não significa que o art. 45, XII, cuide de um caso de responsabilidade, pois os incisos do art. 45 da Lei n.º 11.651/91 constituem uma lista exemplificativa de hipóteses específicas de solidariedade tributária.”

Com as razões acima delineadas, entendo que não há como excluir da lide os responsáveis solidários identificados.

QUESTÃO MERITÓRIA

Quanto ao mérito, destaco, em apertada síntese, que no caso em exame, a instrução da acusação revela que a empresa omitiu o pagamento de ICMS no valor original de R\$ 265.612,53 (duzentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e doze reais e cinquenta e três centavos), em razão de ter realizado prestações onerosas de serviço de comunicação, sujeitas à incidência do imposto, que não foram objeto de tributação.

Da análise que realizei no processo, vejo que assiste razão à Fazenda Pública Estadual.

Por uma questão de didática, e, tendo em vista que o presente processo foi julgado neste Conselho Pleno, na mesma data do julgamento do processo n.º 3.0241261.653.63, que versa sobre a mesma matéria, diferenciando-se, tão somente, o período, sendo que naquele processo o autor do voto vencedor, e, por consequência, redator do Acórdão, foi o Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira, tomo a iniciativa de transcrever, para fazer parte integrante deste Acórdão, as razões de voto brilhantemente enumeradas pelo ilustre Conselheiro, por comungar “*Ipsis Verbis*” com as mesmas.

Assim, destacou o insigne Conselheiro, no Acórdão n.º 3.460/09:

*“Quanto ao mérito, em verdade, a discussão que se estabelece no presente caso vai além da análise das disposições do CONVÊNIO ICMS 69/98 (DOU de 29.06.98), que, firmando entendimento em relação à incidência de ICMS nas prestações de serviços de comunicação, mandou incluir na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de **acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços**, bem assim aqueles relativos a **serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada**”.*

No presente caso, chama atenção a proporção que os valores das rubricas LOCAÇÃO DE RÁDIOS e MANUTENÇÃO assumem no total constante dos serviços prestados, conforme ficou consignado nas Notas Fiscais emitidas para a finalidade de documentar os serviços prestados.

Numa análise geral, podemos concluir que uma parcela muito pequena dos serviços prestados pela empresa correspondem a “serviço de comunicação”, sendo este dado como “principal objetivo” da empresa, conforme a cláusula primeira de seu Contrato Social (fls. 301/304).

A título meramente ilustrativo, reproduzimos abaixo, aleatoriamente, alguns dados extraídos das Notas Fiscais emitidas pela autuada.

Fl. dos autos	Nota Fiscal	Serviço Telecomunic ação	Locação de Rádios	Manutenção	Total
049	004461	R\$ 2112,00	R\$ 21120,00	R\$ 4928,00	R\$ 28160,00
052	004502	R\$ 96,00	R\$ 944,00	R\$ 224,00	R\$ 1168,00
060	004486	R\$ 84,00	R\$ 798,00	R\$ 196,00	R\$ 994,00
066	004586	R\$ 18,00	R\$ 120,00	R\$ 42,00	R\$ 180,00
068	004588	R\$ 24,00	R\$ 260,00	R\$ 56,00	R\$ 340,00
071	004591	R\$ 2223,72	R\$ 24090,29	R\$ 8098,69	R\$ 34412,70

Pela amostragem acima, podemos concluir que a parcela relativa aos serviços tributados pelo ICMS (alíquota de 26%) correspondem, em média, a 7% (sete por cento) do total faturado, enquanto que as rubricas relativas a “locação de rádios” e “manutenção” (aliás, manutenção de quê?), que são tributadas pelo ISS (alíquota de 5%) correspondem a 93% da “receita” da empresa.

Ou seja, a principal discussão do processo não é a classificação jurídica das atividades desenvolvidas pela autuada como prestações onerosas de serviços de comunicação, mas sim análise do seu procedimento de quase “zerar” o serviço tributado pelo imposto estadual e ‘descarregar’ o faturamento nas rubricas de “locação de rádios” e “manutenção”. Aliás, esta “principalização do acessório” é prática severamente combatida pela legislação tributária nacional, a ponto de o CTN, no parágrafo único do art. 116 estabelecer que “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Por isto mesmo, não é sem razão que o art. 13, § 1º, II, alínea ‘a’ da Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, dispõe que “Integra a base de cálculo do imposto (...) o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”.

Ou seja, as importâncias pagas, recebidas ou debitadas compõem a base de cálculo do imposto.

Destaque-se que as rubricas lançadas pela autuada, a título de serviços excluídos da tributação do ICMS, nada têm a ver com os serviços de “assinatura básica”, “serviço de despertador”, “siga-me” e similares que foram discutidos judicialmente pelas transportadoras.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de exclusões dos solidários e, quanto ao mérito, conheço do recurso para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.”

Assim, entendo que o Fisco agiu corretamente ao exigir o ICMS incidente sobre o valor de serviços previstos na legislação tributária cima mencionada como inclusos na base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação de serviços de comunicação.

Há que se destacar, outrossim, que em relação ao auto de infração n.º 3.0241175.030.49, indicado pelo sujeito passivo como paradigma para alicerçar seu pleito de improcedência, o mesmo ainda se encontra em tramitação neste Conselho, tendo sido anulado parcialmente, em 20 de outubro de 2.009, pelo Conselho Pleno, em razão de cerceamento do direito de defesa, em face da falta de análise no acórdão cameral da alegação de decadência feita pelo sujeito passivo.

Diante do exposto, acompanhado pela maioria dos meus pares, rejeito a preliminar de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários [...], e [...]. No mérito, em decisão majoritária, voto, conhecendo do Recurso ao Conselho Pleno, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 25 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SERVIÇO DE TRANSPORTE - Omissão de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de transporte (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02698/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: Recursos da Fazenda Pública e do Contribuinte para o Conselho Pleno. ICMS. Obrigação principal. Solicitação de reinclusão dos sujeitos passivos solidários. Acolhimento. Decisão não unânime. Omissão de pagamento do ICMS substituição tributária na contratação de serviço de transporte de carga. Procedência parcial. Decisão não unânime.

I - Os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica são solidariamente obrigados ao pagamento do imposto, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis (CTE, art. 45, XII).

II - A apuração e pagamento do imposto devido por substituição tributária relativamente à prestação de serviço de transporte ou de comunicação, excetuada a prestação com combustível líquido ou gasoso e outros derivados de petróleo, deve ser feita mediante a escrituração regular dos documentos fiscais no livro Registro de Entradas, hipótese em que o ICMS objeto da substituição deve ser escriturado no campo destinado a OBSERVAÇÕES, do referido livro, totalizando ali os valores registrados a cada período apurado nos termos da legislação tributária e o prazo para pagamento do imposto devido por substituição é estabelecido na legislação tributária, devendo este ser efetuado através de documento de arrecadação distinto e específico, sob rubrica própria (Decreto 4.852/97, Anexo VIII, artigos 19 e 20).

III - O auto de infração deve ser julgado parcialmente procedente quando ficar comprovada a inexigibilidade de parte do crédito tributário constante da inicial.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 17 de agosto de 2010, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de reinclusão dos solidários, arguida pela Representação Fazendária. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Célia Reis Di Rezende, Domingos Caruso Neto, José Paixão de Oliveira Gomes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho,

Álvaro Falanque, José Manoel Caixeta Haun e José Pereira D'abadia. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, por erro na identificação dos sujeitos passivos solidários, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Célia Reis Di Rezende, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva e José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, conhecer de ambos os recursos e, por maioria de votos, negar provimento ao recurso do contribuinte e prover o recurso da Fazenda Pública para confirmar a decisão cameral que considerou procedente em parte o auto de infração, sobre o valor do ICMS de R\$ 112.679,03 (cento e doze mil, seiscentos e setenta e nove reais e três centavos). Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Célia Reis Di Rezende, Domingos Caruso Neto, José Paixão de Oliveira Gomes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, José Manoel Caixeta Haun e José Pereira D'abadia, que votaram conhecendo do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar em parte a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS a recolher de R\$ 58.009,64 (cinquenta e oito mil e nove reais e sessenta e quatro centavos).

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos do Contribuinte e da Fazenda Pública para o Conselho Pleno em face da decisão proferida pela Segunda Câmara Julgadora que, por maioria de votos, acolheu a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pela autuada e, quanto ao mérito, por maioria de votos, confirmou a sentença singular que considerou procedente em parte o auto de infração, sobre o valor do ICMS de R\$ 112.679,03.

Versa a autuação que o sujeito passivo "Emitiu conhecimento de transporte de cargas referente ao serviço de frete contratado de terceiros (autônomos e empresas de transporte) na saída de mercadoria em operação interestadual. o valor do frete não foi incluído na base de cálculo da nota fiscal de saída da mercadoria. Registrou o CTRC no livro registro de entrada, sem contudo escriturar o ICMS objeto da substituição no campo destinado a observações, onde deveria totalizar os valores registrados a cada período apurado, nos termos da legislação tributaria. Não apresentou a primeira via do CTRC. Deixou, portanto, de apurar e recolher o ICMS devido pela prestação de serviço de transporte, conforme demonstrativo e documentos anexo.

ANEXO I - nota explicativa ANEXO II - levantamento fiscal."

No polo passivo, na condição de sujeito passivo solidário, foram relacionados os senhores [...],[...] e [...], com fundamento no artigo 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91.

Constam como infringidos artigos 54 e 64, do CTE, c/c o artigo 76, inciso IV, do Decreto 4.852/97 - RCTE e foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea "c", da Lei nº 11.651/91.

A acusação fiscal está instruída com Anexo I - Nota Explicativa; o Anexo II, Levantamento Fiscal; a Relação dos Conhecimentos de Transportes emitidos; Ordem de Serviço; Contrato Social e alterações; cópias das páginas dos livros Registro de Entradas e de Apuração do ICMS; e, cópias dos Conhecimentos de Transporte Avulso. Documentos de fls. 07/526.

A Representação Fazendária, inconformada com a decisão cameral, no tocante a exclusão dos solidários da lide apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 644/645).

Solicita a reinclusão dos sujeitos passivos solidários [...],[...] e [...], alegando que eles são sócios administradores com amplos poderes de administração, conforme 116ª alteração contratual (fl. 55), motivo pelo qual possuem responsabilidade solidária pelo adimplemento do crédito tributário em discussão, nos termos do disposto no artigo 45, XII, da Lei nº 11.651/91.

O contribuinte e os solidários, devidamente intimados, apresentam contradita e recurso voluntário ao Conselho Pleno (fls. 653/659), com os seguintes fundamentos:

(a) pedem a manutenção da decisão cameral que excluiu os sujeitos passivos solidários da lide, tendo em vista que eles não praticaram qualquer irregularidade prevista no artigo 135, III, do CTN;

(b) alegam que a decisão cameral teve entendimento equivocado ao afirmar que não se trata de operação com cláusula CIF, mas sim de cobrança de ICMS - ST pela prestação de serviço de transporte contratada com terceiros;

(c) sustentam que quando há emissão de CTCR e o transporte for por conta e ordem do frigorífico (preço CIF), a base de cálculo do tributo sempre será a soma do valor do frete mais o preço da mercadoria;

(d) afirmam que como o frete foi destacado em separado, mas por conta e ordem do próprio remetente, necessariamente a base de cálculo do ICMS será a soma do valor da mercadoria com o valor do frete;

(e) informam que a IN 34/96-DRE assegura que nas operações com mercadorias contratadas com cláusula ICF, frete de responsabilidade do remetente, inexistente a ocorrência de fato gerador distinto para o serviço de frete, mesmo quando a mercadoria gozar de benefício fiscal;

(f) pedem que, em não sendo acolhidos os argumentos anteriores, seja julgado parcialmente procedente o auto de infração, no valor de ICMS de R\$ 58.009,64, tendo em vista que o ICMS relativo aos meses de março a abril de 2007 já havia sido devidamente recolhido, bem como o CTRC registrado no Livro Registro de Entradas.

É o relatório.

DECISÃO

Os Conhecimentos de Transporte Rodoviários de Cargas (CTRC) juntados aos autos demonstram não se tratar de prestação serviço de transporte com cláusula CIF, conforme afirma a autuada, mas de cobrança de ICMS - Substituição Tributária pela prestação de serviço de transporte interestadual contratado perante terceiros.

Esses CTCRs foram emitidos pelo próprio sujeito passivo para acobertar as prestações de serviços de transportes contratadas perante terceiros autônomos, nos termos do artigo 24, do Anexo VIII, do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE, que assim dispõe:

"Art. 24. São substitutos tributários, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela prestação de serviço de transporte de mercadoria que contratar ou entregar, por conta própria ou à conta e ordem de terceiro, a prestador autônomo em prestação que se iniciar neste Estado, o contribuinte do imposto, exceto o prestador autônomo de serviço de transporte, e o depositário de mercadoria a qualquer título, estabelecido neste Estado."

A alíquota do imposto destacada pelo sujeito passivo nos CTCRs foi de 12% (doze por cento), indicando ser esse o percentual do ICMS a ser aproveitado pelo detentor do direito à apropriação do crédito.

A fiscalização informa que a primeira via do CTRC não foi apresentado ao fisco, por ocasião da notificação para a sua apresentação, tendo sido entregue tão somente a 2^o via. Nos autos consta a via fixa (6^o via - arquivo fiscal). O que se pode concluir que a primeira via acompanhou a mercadoria e foi entregue ao destinatário, juntamente com a nota fiscal da mercadoria, para registro fiscal e aproveitamento do crédito destacado no CTRC.

Assim, em ocorrendo o acatamento à tese do sujeito passivo, estar-se-ia diante de uma situação em que o crédito transferido seria superior ao efetivamente recolhido. Seria transferido 12% (doze por cento) e recolhido 7% (sete por cento).

O sujeito passivo defende que o benefício fiscal contido no artigo 8.º, inciso XLI, do anexo IX, do RCTE, que reduz a base de cálculo para a saída das mercadorias seja aplicado nas prestações constantes dos CTCRC's autuados. Entende a autuada que o benefício fiscal deve ser extensível à prestação do serviço de transporte. Vejamos o referido dispositivo:

"Art. 8.º. A base de cálculo do ICMS é reduzida:

(...)

XLI - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do percentual equivalente a 7% (sete por cento) na saída interestadual de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de ave, leporídeo e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino ou suíno, observado o seguinte (Convênios ICMS 89/05, cláusula primeira)."

Vejo que falta razão ao sujeito passivo nesta demanda, pois a redução da base de cálculo prevista no artigo acima citado não prevê a sua extensão à prestação do serviço de transporte. Ademais, conforme foi visto, não se trata de prestação serviço de transporte com CIF, mas de cobrança de ICMS - Substituição Tributária pela prestação de serviço de transporte interestadual contratado perante terceiros. Também, o ICMS foi destacado nos CTCRs mediante a utilização da alíquota de 12 %, tudo indica que esse percentual de imposto foi transferido para o destinatário da mercadoria, pois a primeira via do CTCR seguiu para o destinatário da mercadoria.

Relativamente à afirmação do sujeito passivo de que a IN 34/96-DRE assegura que nas operações com mercadorias contratadas com cláusula CIF, cujo frete é de responsabilidade do remetente, inexistente a ocorrência de fato gerador distinto para o serviço de frete, mesmo quando a mercadoria gozar de benefício fiscal, deve-se registrar que essa alegação só seria pertinente e válida se o transporte fosse efetuado em veículo de propriedade da autuada, conforme estabelece o artigo 1º da supracitada instrução. No caso em tela, o transporte não é efetuado por veículo do próprio contribuinte, conforme se pode perceber da análise dos CTCRs anexados aos autos. O serviço de transporte é contratado junto a terceiros, transportadores autônomos.

No tocante a alegação de que parte do ICMS exigido na autuação havia sido pago espontaneamente, deve-se assinalar que o sujeito passivo estava sob ação fiscal desde 21/03/2007, conforme notificação fiscal (fl. 600) e esses pagamentos alegados pelo sujeito passivo foram efetuados em maio/2007 (fls. 574/575). Portanto, o sujeito passivo estava sob ação fiscal quando efetuou esses pagamentos. Assim, não há que se falar em pagamento espontâneo.

Em relação à solicitação feita pela Fazenda Pública para a reinclusão dos solidários, registro que as pessoas físicas relacionadas no polo passivo da relação jurídico-tributária, na condição de solidários, exerciam a administração e gerência da pessoa jurídica autuada, no período no qual foi apurada a irregularidade objeto desta autuação, conforme 116ª alteração contratual (fls. 55).

Essa irregularidade não ocorreria sem a participação dos gerentes e diretores da empresa, na forma omissiva ou comissiva, pois a vontade da pessoa jurídica é exercida por meio de seus dirigentes. São os diretores ou gerentes que administram e tomam decisões em nome da pessoa jurídica.

Nesse sentido, com base no CTN (art. 124, inciso II), o legislador estadual atribuiu responsabilidade solidária aos diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica com o contribuinte em face dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis, conforme se depreende do comando inserto no artigo 45, XII do CTE.

Eis o que estabelece esse dispositivo legal:

"Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

(...)

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;"

Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizados pessoalmente, não por serem sócios, quotistas ou acionistas da pessoa jurídica, mas pelo fato de exercerem a sua administração e possuírem poderes de gerência, por meio dos quais cometem abusos, excessos ou infrações à lei, estatuto ou contrato social.

Portanto, os sujeitos passivos solidários devem ser reincluídos na lide.

Diante do exposto, conheço de ambos os recursos, nego provimento ao Recurso do Contribuinte e dou provimento ao Recurso da Fazenda Pública para reincluir na lide os sujeitos passivos solidários [...],[...] e [...] e, no mérito, para confirmar a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração no valor de ICMS de R\$ 112.679,03 (cento e doze mil seiscientos e setenta e nove reais três centavos).

Sala das sessões plenárias, em 21 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SERVIÇO DE TRANSPORTE - Serviço de transporte - imposto não destacado na nota fiscal (improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00163/10

Relator: Conselheiro Itamar Alves Carrijo

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Descumprimento de obrigação fiscal. Improcedência. Decisão unânime.

I - A exigência das informações mencionadas no inciso IV, do art. 264, do Decreto nº 4.852/97, na nota fiscal, somente se aplica nas hipóteses de dispensa de emissão do conhecimento de transporte.

II - Deve-se proceder a acusação fiscal quando o sujeito passivo estiver desobrigado do cumprimento da obrigação ensejadora do nascimento da obrigação principal exigida.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25 de novembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Itamar Alves Carrijo, José Pereira D'abadia e Manoel Antônio Costa Filho.

RELATÓRIO

A ocorrência descrita é de remessa de mercadorias sem que destacasse na nota fiscal a base de cálculo da prestação de serviço de transporte e o ICMS devido. Anexado relatório das notas fiscais com seu respectivo conhecimento de transporte e o ICMS devido. O TARE nº 270/99, não dispensa o sujeito passivo de cumprir as obrigações tributárias e acessórias descritas no art. 264, IV do Decreto nº 4.852/97, visto que os veículos não são próprios e o remetente assumiu a condição de responsável pelo ICMS da prestação, devendo recolher o ICMS no valor de R\$ 27.306,84, mais cominações legais e como período de ocorrência é descrita a data de 01/01/2009 a 26/01/2009. Em observação, cita vide acórdão nº 01966/08 – Julgamento A.I. 3 0237712 824 65.

Descreve a infração no art. 11, IV; 45 e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c art. 264, IV, do Decreto nº 4.852/97 e a penalidade no art. 71, VIII, “c”, e § 9º, inciso I da Lei nº 11.651/91.

Instrui o lançamento com Termo Aditivo de folha 03, em que relaciona as notas fiscais citadas e totaliza a base de cálculo e o valor do ICMS, em seguida anexam consulta de acórdãos cameral e cópias das notas fiscais e conhecimentos de transportes, emitidos no período de 10/09/2008 a 17/01/2009, folhas 19 a 141.

Instaura o contraditório com impugnação cameral, que, após narrar os fatos, transcreve a Cláusula Primeira do TARE nº 270/99-GSF, no qual nomeia o sujeito passivo como substituto tributário do frete em relação a suas operações realizadas com cláusula CIF, devendo o ICMS substituído ser recolhido englobadamente com o por ela devido, não gerando crédito para a acordante, recomendando a aposição de observação no Conhecimento do Transporte emitido, que o ICMS será pago, conforme Cláusula Primeira do TARE nº 270/99-GSF.

Quanto ao não destaque da base de cálculo e do ICMS devido no corpo da nota fiscal, argumenta ser equívoco do autuante, visto que tal obrigação se referir ao frete contratado com prestador autônomo, portanto não cometeu infração e agiu nos estritos ensinamentos do TARE acima citado e cita jurisprudência relativa aos julgamentos dos processos nº 3 023771282465 e 3 0261452 934 83 e 3 0247697 518 69 em que a autuada figura como solidário e pede a improcedência do feito.

Instrui a impugnação com cópia do TARE e dos acórdãos contidos nos processos mencionados.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, não havendo preliminar de nulidade processual arguída, nos dirigimos à permissibilidade da substituição tributária a outras categorias de contribuinte estabelecido neste Estado, conforme disposição então contida no art. 77 do Anexo VIII do Decreto n.º 4.85297, renumerado posteriormente para art. 79, por força dos Decretos n.º 5.067/99 e atualmente para Art. 82, pelo Decreto n.º 5.227/00, na forma abaixo:

“Art. 82. Fica o Secretário da Fazenda autorizado a baixar os atos necessários ao cumprimento das disposições contidas neste anexo, inclusive quanto à concessão de regimes especiais a outras categorias de contribuinte estabelecido neste Estado.”

Com fulcro na permissibilidade acima, foi celebrado com o contribuinte o Termo de Acordo de Regime Especial n.º 270/99-GSF, em que na sua Cláusula Primeira determina:

“Cláusula primeira. Fica a ACORDANTE nomeada substituta tributária na prestação de serviço de transporte, na saída de seus produtos relativos a operações contratadas sob cláusula CIF, devendo, para tanto, efetuar o seu pagamento englobadamente com o devido pelas operações que realizar, não gerando qualquer crédito para a ACORDANTE, fazendo constar ainda no Conhecimento de Transporte a seguinte observação: O ICMS SERÁ PAGO CONFORME CLÁUSULA PRIMEIRA DO TARE Nº 270/99-GSF.”

Conforme determinação acima, o sujeito passivo é substituto tributário do ICMS devido pela transportadora pessoa jurídica estabelecida neste Estado, cujo ICMS é recolhido juntamente com o por ele devido nas operações de vendas com

Cláusula CIF. Do contexto acima, pela leitura da cláusula transcrita, considerando a inexistência do objetivo de dispensa do cumprimento da obrigação tributária principal, nas operações com cláusula CIF, em operações isentas ou não tributadas, o imposto devido sobre a prestação de serviço de transporte deve ser recolhido pelo contratante, por substituição tributária.

Partindo para a documentação fiscal acostada aos autos, principalmente aos Conhecimentos de Transportes, no campo próprio destes, consta a observação: "ICMS de frete por conta do remetente nos termos do TARE 270/99-GSF" e as notas fiscais correspondentes, trazem as informações de corresponderem a operações tributadas e do frete ser por conta do emitente (1), portanto em perfeito acordo com a disposição relativa à substituição tributária acordada com a Secretaria da Fazenda.

A acusação fiscal reporta ao descumprimento do disposto no inciso IV, do art. 264, do Decreto n.º 4.852/97, que no caso teria a obrigação de prestar as informações na forma ali exigida, nos termos do texto legal abaixo:

Art. 264. É dispensado o conhecimento de transporte de carga nos seguintes casos:

[...]

IV - quando o remetente da mercadoria, estabelecido neste Estado e inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado - CCE -, assumir a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente na prestação de serviço de transporte, desde que faça a discriminação, na nota fiscal que acobertar o trânsito da mercadoria (Convênio [ICMS 25/90, cláusula segunda, I e II](#)):

- a) da expressão ICMS DO FRETE DE RESPONSABILIDADE DO REMETENTE;
- b) do valor da prestação;
- c) da base de cálculo do imposto, se diferente do valor da prestação;
- d) da alíquota aplicável;
- e) do valor do imposto devido;
- f) dos dados do veículo transportador;
- g) do código do município em que se originou a prestação de serviço de transporte, quando diverso do endereço do remetente;

O texto legal acima, exige as informações mencionadas para efeito de dispensa da emissão do conhecimento de transporte, mas no presente caso, o TARE acima mencionado não dispensa a emissão regular do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga, portanto não é exigível as informações mencionadas no corpo da nota fiscal, em vista de não haver dispensa de emissão do Conhecimento de Transporte e os itens de informações relacionados, já constarem do respectivo Conhecimento de Transporte emitido, que acompanha a nota fiscal.

Com as razões e fundamentos acima, deve ser considerada com indevida a exigência tributária na forma mencionada na inicial.

Neste termos conheço da impugnação do contribuinte, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 02 de fevereiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SOLIDARIEDADE - Reinclusão de sócio administrador - solidário (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02678/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: Recursos da Fazenda Pública e do Contribuinte. ICMS. Obrigação principal. Solicitação de reinclusão de sujeito passivo solidário. Acolhimento. Decisão não unânime. Recurso do Contribuinte em face de decisão cameral unânime. Falta de comprovação dos requisitos exigidos. Inadmissibilidade. Acolhimento. Decisão unânime.

I - Os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica são solidariamente obrigados ao pagamento do imposto, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis (CTE, art. 45, XII), razão pela qual devem ser mantidos na lide.

II - Deve ser liminarmente inadmitido pelo Conselho Pleno o recurso em face de decisão cameral unânime, quando não ficar comprovado o atendimento aos requisitos previstos no inciso II do artigo 41 da Lei nº 16.469/09.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 15 de abril de 2010, decidiu, por maioria de votos, acatar o pedido da Representação Fazendária de reinclusão do sujeito passivo solidário [...] na lide. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Elias Alves dos Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Itamar Alves Carrijo, Heli José da Silva, Washington Luis Freire de Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, José Manoel Caixeta Haun e José Pereira D'abadia. No mérito, por votação unânime, inadmitir o recurso para o Conselho Pleno, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Elias Alves dos Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Itamar Alves Carrijo, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Washington Luis Freire de Oliveira e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Cuida-se de recursos interpostos ao Conselho Pleno, pela Fazenda Pública Estadual, em face da decisão cameral que, por maioria de votos, acolheu a preliminar de exclusão da lide da solidária [...], e do contribuinte, em face da decisão cameral, que por unanimidade de voto, considerou parcialmente procedente o auto de infração, com o ICMS a recolher de R\$ 133.385,72.

A acusação constante da peça inicial é de que o sujeito passivo "Realizou saída de mercadoria tributada sem a emissão de documentos fiscais, no período de 31/12/2004 a 09/03/2005, no valor de R\$ 837.097,44, apurada mediante auditoria específica de mercadorias, truncamento de estoques, inventário final de 2004 e documentos outros. Em consequência deverá pagar o ICMS, no valor de R\$ 142.306,56, acrescido de penalidades pecuniárias. Responde solidariamente na condição de procuradora: [...] CPF [...], Av. União, qd. 110 lote 01, sala 104, Garavelo residencial park, Aparecida de Goiânia."

O relator, no voto da decisão cameral, assim se manifestou sobre o acolhimento da preliminar de exclusão da solidária da lide:

"Acolho a preliminar de exclusão do sócio da sujeição passiva solidária da lide, pois entendo que a sua indicação, para responder pelo crédito fazendário, deve vir acompanhada de comprovação de que ele tenha agido com excesso de poderes ou de forma fraudulenta ou prejudicial à sociedade, ou, ainda ao arrepio da lei comercial, conforme sentença o Superior Tribunal de Justiça (...)"

A Representação Fazendária, devidamente intimada, apresentou o presente recurso a este Conselho Pleno em face da decisão que excluiu a solidária da lide.

Sustenta a Fazenda Pública que, de acordo com as informações constantes do instrumento de procuração pública, de fls. 2/3, pode-se perceber que a solidária [...] ostenta a qualidade de procuradora da empresa autuada, com amplos poderes.

Segundo a Representação Fazendária, resta claro, então que, na condição de procuradora, a solidária em tela possui a corresponsabilidade pelo adimplemento do crédito tributário em face ao disposto no artigo 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual (CTE) e art. 135, inciso III do CTN.

Ao final, a Fazenda Pública pede a reinclusão da solidária e a sua notificação para apresentar contradita.

O contribuinte foi intimado da decisão cameral e apresentou o recurso de fls. 146/147, com os seguintes fundamentos:

(a) sustenta que solicitou ao seu departamento contábil a conferência dos levantamentos contábeis e fiscais levado a cabo pelo referido agente fiscal e que do resultado da conferência pode constatar a ocorrência de equívocos no trabalho

fiscal, visto que algumas notas fiscais de entradas e de saídas deixaram de ser consideradas no referido levantamento fiscal;

(b) afirma que há outro levantamento da contabilidade, já anexado, que indica outros valores, nos quais acredita estarem corretos.

Pede, ao final, a total improcedência do auto de infração.

O processo veio a julgamento pelo Conselho Pleno e saiu em diligência, conforme resolução de fls. 149, a fim de ser intimado o sujeito passivo solidário para, querendo, apresentar contradita ao recurso da Fazenda Pública.

Devidamente intimada, a solidária apresenta a contradita de fls. 152/162, com os seguintes fundamentos:

(a) alega não estar presente a solidariedade prevista no Código Tributário Estadual e também não se encontrar presente a situação que autoriza a responsabilidade pessoal, nos termos do art. 135 do CTN;

(b) afirma ser imprescindível a comprovação da conduta dolosa como requisito da responsabilidade dos sócios na condição gerentes, mandatários, representantes e demais pessoas dirigentes das pessoas jurídicas, o que não se constata no presente caso;

(c) defende que a responsabilidade pessoal e direta dessas pessoas decorre da prática de atos não autorizados pelo contribuinte, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto e, como consequência, atribui a responsabilidade pessoal, por substituição, ao agente que o praticou;

(e) assegura que, necessariamente, para ser imputada a responsabilidade dessas pessoas, deverão ser notificadas sobre o fato concreto e específico, por elas praticadas em violação de lei ou contrato social e/ou com excesso de poderes, que seja, também, fato gerador, para permitir-lhes o exercício da ampla defesa.

Ao final, requer a Recorrida que seja mantida a decisão cameral que a excluiu da condição de co-responsável pelos débitos tributários em questão.

É o relatório.

DECISÃO

O recurso da Fazenda Pública é no sentido de ser reincluído na lide a solidária [...].

Segundo a Representação Fazendária, resta claro, então que, na condição de procuradora, a solidária em tela possuía corresponsabilidade pelo adimplemento do crédito tributário, em face ao disposto no artigo 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual (CTE) e art. 135, inciso III do CTN.

Em relação a essa solicitação, deve-se assinalar que a acusação fiscal é de que o contribuinte realizou saída de mercadoria tributada sem a emissão de documentos fiscais, no período de 31/12/2004 a 09/03/2005, conforme Auditoria Específica de Mercadorias.

A pessoa física relacionada no polo passivo da relação jurídico-tributária, na condição de solidário, exercia a administração e gerência da pessoa jurídica autuada, no período no qual foi apurada a irregularidade objeto desta autuação, conforme Procuração Pública (fls. 4/5).

Essa irregularidade não ocorreria sem a participação dos gerentes e diretores da empresa, na forma omissiva ou comissiva, pois a vontade da pessoa jurídica é exercida por meio de seus dirigentes. São os diretores ou gerentes que administram e tomam decisões em nome da pessoa jurídica.

Ademais, com base no artigo 124, inciso II, CTN, o legislador estadual atribuiu responsabilidade solidária aos diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica com o contribuinte em face dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis, conforme se depreende do comando inserto no artigo 45, XII do CTE.

Eis o que estabelece esse dispositivo legal:

"Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

(...)

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;"

Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizados pessoalmente, não por serem sócios, quotistas ou acionistas da pessoa jurídica, mas pelo fato de exercerem a sua administração e possuírem poderes de gerência, por meio dos quais cometem abusos, excessos ou infrações à lei, estatuto ou contrato social.

Assim, fica reincluída na lide a solidária [...].

Quanto ao recurso apresentado pelo contribuinte, o sujeito passivo direto, ele fica inadmitido, pois, trata-se de recurso em face de decisão cameral unânime e não se atendeu aos requisitos estabelecidos no artigo 41, inciso II, e seus §§ 1º a 2º, da Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009, conforme abaixo se transcreve:

"Art. 41. Cabe recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

I - não unânime;

II - unânime:

a) divergente de decisão cameral não reformada ou de decisão plenária, que tenha tratado de matéria idêntica;

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual;

2. prova inconteste, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão;

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

d) quando apresentada prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo.

§ 1º Na hipótese do inciso II do caput, a parte deve, sem a qual o recurso deve ser liminarmente inadmitido:

I - juntar cópia do acórdão objeto da divergência ou a prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento;

II - demonstrar, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, ou a falsidade da prova.”

Diante do exposto, conheço do Recurso da Fazenda Pública, dou-lhe provimento para reincluir na lide a solidária [...] e inadmito o recurso interposto pelo Contribuinte por estar a peça recursal em dissonância com os requisitos estabelecidos no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09.

Sala das sessões plenárias, em 16 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBFATURAMENTO - Notas fiscais emitidas com valores inferiores aos de mercado (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00183/10

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: EMENTA: I - NULIDADE: Preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Rejeitada por maioria.

1. Não é passível de nulidade o lançamento que contenha os elementos indispensáveis para determinar com segurança a infração denunciada e identificar corretamente o infrator. (artigo 20, § 3.º, da Lei 16.469/09.

II - SOLIDARIEDADE. Preliminar de exclusões dos responsáveis solidários. Não acatada. Decisão por maioria.

1 - São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente: com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, CTE).

III - DECADÊNCIA. Arguição de decadência parcial do lançamento. Não acatada. Decisão unânime.

1. O direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após o decurso de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte, nos termos do artigo 182, do Código Tributário Estadual, e artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

IV - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de recolhimento do ICMS, em razão do subfaturamento na emissão das Notas Fiscais referentes às prestações de serviços de transporte. Procedência. Decisão não unânime.

1. É devido o ICMS que deixou de ser recolhido pela utilização de base de cálculo com preço abaixo do valor real da operação;

2. Estando evidenciado nos autos que o crédito tributário encontra-se corretamente demonstrado, e não tendo o sujeito passivo

apresentado provas capazes de ilidir o trabalho realizado, deve o auto de infração ser considerado procedente.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 11 de agosto de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros José Pereira D'abadia, Walter de Oliveira, Heli José da Silva, Luiz Honorio dos Santos, Sérgio Reis Crispim, Luis Antônio da Silva Costa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, Arnaldo Machado, Antônio Martins da Silva, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Manoel Antônio Costa Filho. E, por maioria de votos, rejeitar as preliminares de exclusão dos solidários [...] e [...] da lide, arguidas pelo primeiro e pelo Conselheiro Relator. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Luiz Honorio dos Santos, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Manoel Antônio Costa Filho. Vencidos os Conselheiros José Pereira D'abadia, Walter de Oliveira, Sérgio Reis Crispim, Aguinaldo Fernandes de Melo, Arnaldo Machado, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa e Nivaldo Carvelo Carvalho. E, rejeitar também, por maioria de votos, a preliminar de decadência parcial relativa aos meses de janeiro a maio de 2002, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Luiz Honorio dos Santos, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Manoel Antônio Costa Filho. Vencidos os Conselheiros José Pereira D'abadia, Walter de Oliveira, Sérgio Reis Crispim, Aguinaldo Fernandes de Melo, Arnaldo Machado, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa e Nivaldo Carvelo Carvalho. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Luiz Honorio dos Santos, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, Antônio Martins da Silva, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Manoel Antônio Costa Filho. Vencidos os Conselheiros José Pereira D'abadia, Walter de Oliveira, Sérgio Reis Crispim, Aguinaldo Fernandes de Melo e Arnaldo Machado que votaram pela procedência parcial do lançamento no valor do ICMS a recolher de R\$ 39.738,88 (trinta e nove mil, setecentos e trinta e oito reais e oitenta e oito centavos).

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 11 de maio de 2007, o Fisco exige da empresa acima identificada ICMS no valor original de R\$ 62.738,59 (sessenta e dois mil, setecentos e trinta e oito reais e cinquenta e nove centavos), com as cominações legais, nos termos da legislação tributária, por ter omitido o pagamento do ICMS, nos exercícios de 2.002 a 2.004, em razão de ter subfaturado o valor das prestações de serviços de transporte, ao emitir as Notas Fiscais descritas na planilha anexa com valores notoriamente inferiores aos de mercado.

Tratam os autos de reautuação, relativa ao processo n.º 3.0131948.581.60.

Qualificou-se como solidários os senhores [...] e [...].

Encontram-se indicados na inicial, como infringidos os artigos: 15, inciso II; 25, inciso I, alínea “b”; 64; e, 148, parágrafo 3.º, todos da Lei estadual n.º 11.651/91. Aplicou-se a penalidade prevista no art. 71, inciso VII, alínea “h”, 1 e § 9º, inciso I, do Código Tributário Estadual, CTE.

Foram juntados ao processo os documentos de fls. 05/400, a saber: Contrato Social e alterações; espelho cadastral; Ordem de Serviço; Planilha demonstrativa da omissão de ICMS referente a prestações subfaturadas de serviços de transporte de passageiros;

A nota explicativa de fls. 18-a, detalha, pormenorizadamente, a metodologia utilizada na auditoria realizada, demonstrando, com exemplos, as disparidades de preços praticados pela atuada, em relação a outras empresa concorrentes.

Embora regularmente intimados, os sujeitos passivos solidários não apresentaram impugnação ao lançamento em Primeira Instância, incorrendo em revelia, fls. 424 e 425.

O sujeito passivo direto interpõe impugnação, arguindo a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, com o argumento de que os dados indicados pelo fisco foram todos baseados em suposição, lembrando que a empresa transporta passageiros e os seus veículos são na maioria micro-ônibus e vans, cuja capacidade é inferior ao estimado pelo autuante. Pugna pela improcedência do lançamento.

Sendo a matéria submetida a julgamento em Primeira Instância, fls. 427/430, o julgador singular entende que a fiscalização acostou aos autos provas suficientes para demonstrar a ocorrência de subfaturamento. Considerou procedente o lançamento fiscal. Em sua decisão, o julgador monocrático não acolheu a preliminar de nulidade aventada pelo sujeito passivo.

O sujeito solidário [...] é intimado, por edital, em Segunda Instância, e, não comparecendo ao processo é declarado preempito, fls. 433.

Irresignado, o sujeito passivo direto interpõe Recurso Voluntário fls. 435/444, buscando a reforma da decisão monocrática que lhe foi desfavorável, alegando que a exigência fiscal combatida encontra-se assentada em mera presunção, afastada da realidade dos fatos. Expõe as mesmas razões impugnatórias, ao mencionar a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, e, no mérito, pede a improcedência do feito.

Do mesmo modo, o sujeito solidário [...] comparece ao feito, com a interposição do Recurso Voluntário de fls. 445/454, no qual pede a sua exclusão da lide, e alega nulidade por insegurança na determinação. Requer, ao final, seja julgado improcedente o feito fiscal.

A Terceira Câmara Julgadora, conforme certidão de fls. 457, cuja decisão encontra-se consubstanciada no Acórdão n.º 2598/2008, fls. 459/461, decidiu, por maioria dos votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica e a preliminar de exclusão dos sócios solidários da lide. No mérito, por maioria dos votos, conheceu do Recurso Voluntário, negou-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Inconformados, o sujeito passivo direto e o solidário [...], apresentam, em conjunto, Recurso ao Conselho Pleno, fls. 465/476, no qual reiteram os argumentos anteriores. Solicitam a exclusão dos solidários. Dizem: *“As notas fiscais acostadas ao processo indicam serviços de fretamento para diversas partes do Brasil com preços diferenciados de óleo diesel. Ademais, por ser empresa de fretamento de ônibus, adquire o óleo diesel que utiliza em sua frota diretamente das distribuidoras com preço abaixo do praticado no Posto São Sebastião que vende a varejo, exercitando assim seu direito de adquirir os produtos que utiliza com liberdade de escolha do produto e de preço.”* Questiona a aplicação da pauta fiscal. Reitera o pedido de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, em razão do mesmo ter por suporte arbitramento feito de maneira equivocada, baseada em suposições, comparações aleatórias e médias maculadas ao arrepio da norma legal.

Pugnam, ao final, pela reforma da decisão cameral, e, conseqüentemente, pela improcedência do auto de infração.

Este é o relatório.

DECISÃO

Em prefação, mister proceder à análise da preliminar de nulidade, de caráter terminativo, e, também, da responsabilidade solidária,

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

Relativamente à preliminar de nulidade do lançamento, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, em razão do mesmo ter por suporte arbitramento feito de maneira equivocada, baseada em suposições, comparações aleatórias e médias maculadas ao arrepio da norma legal, hei por bem em rejeitar, por entender inexistir nos autos a referida nulidade.

O procedimento fiscal que a autoridade lançadora adotou para certificar-se da ocorrência do fato gerador do imposto omissivo, foi a conferência comparativa do custo da prestação do serviço com o preço avaliado no mercado, onde foram considerados o combustível utilizado por quilômetro rodado, a planilha de preço do mercado, o qual foi averiguado pelo preço constante nas Notas Fiscais, as normas

das Instruções Normativas n.ºs 107/00-SAT, e 194/03-SAT, documentos estes anexados ao trabalho fazendário

Tem-se, portanto, que os elementos utilizados pelo Fisco, para aproximar-se do valor real da operação, estão todos disponibilizados no processo e são suficientes para demonstrar as irregularidades levantadas pela fiscalização. São informações bastantes claras, para que se tenha a exata compreensão de que os valores lançados nas Notas Fiscais foram subfaturados, por não retratarem a veracidade dos fatos econômicos praticados. A título de exemplo, o autuante, na nota explicativa de fls. 18a/19a, cita uma viagem de Goiânia a Porto Seguro (BA), ida e volta, com percurso de 3.718 km, em que a empresa autuada registrou o faturamento de apenas R\$ 1.000,00, sendo que a concorrência, para o mesmo trajeto, tributou o serviço prestado em R\$ 5.440,00.

Portanto, não vejo no trabalho realizado nenhuma irregularidade capaz de torná-lo írrito.

DA RESPONSABILIDADE DE SÓCIO ADMINISTRADOR

Quanto ao pedido de exclusão da lide dos solidários [...] e [...], não acolho, visto que, na condição de administradores, participaram diretamente da situação de que decorreu a omissão objeto da ação fiscal, conduta que se subsume ao artigo 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, a seguir transcrito:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII – com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis

[...] “ (grifos oportunos).

Observo, como fundamento do meu posicionamento, que o artigo 45, XII, acima transcrito, possui ligação com o artigo 124, do Código Tributário Nacional, e não com o artigo 135, ou mesmo com o artigo 134, também do CTN. Destaque-se que o artigo 124 e os artigos 134 e 135, referem-se a institutos diferentes, e estão contidos em capítulos distintos do Título II do Livro Primeiro do citado Código, veja-se:

“CAPÍTULO IV

Sujeito Passivo

[...]

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

[...]

CAPÍTULO V

Responsabilidade Tributária

[...]

SEÇÃO III

Responsabilidade de Terceiros

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. [...] [Grifo Oportuno]

Como se percebe, a redação do *caput* do artigo 45 da Lei nº 11.651/91, pela expressão “*pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”, estabelece uma relação essencial entre esse dispositivo e o inciso I do artigo 124 do CTN.

Embora o inciso XII do referido artigo 45 tome de empréstimo as expressões “*atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis*” e “*os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica*”, presentes, respectivamente, no *caput* do art. 134 e no inciso III do art. 135, todos do CTN, isso não significa que o art. 45, XII, cuide de um caso de responsabilidade, pois os incisos do art. 45 da Lei nº 11.651/91 constituem uma lista exemplificativa de hipóteses específicas de solidariedade tributária.

Com as razões acima delineadas, entendo que não há como excluir da lide os responsáveis solidários identificados.

DA DECADÊNCIA

O Sujeito passivo argui a preliminar de mérito, decadencial, em relação ao período de janeiro a maio de 2.002, com espeque no diretivo insculpido no § 4.º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional – CTN, haja vista que a sua intimação do lançamento ocorreu no mês de maio de 2.007, entendendo, assim, que já haviam transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre a ocorrência dos supostos fatos geradores do ICMS a intimação da lavratura do auto de infração.

Não a acolho.

Destaque-se que, relativamente à decadência, o Código Tributário Nacional preleciona da seguinte forma em seu artigo 173:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

A norma do artigo 173 do CTN foi reproduzida integralmente no artigo 182 do Código Tributário Estadual – CTE, a seguir transcrito:

“Art. 182. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Assim, a Fazenda Pública, como sujeito ativo na relação tributária, tem o direito de constituir o crédito tributário dentro do prazo estipulado no inciso I do artigo 173 do CTN. Da interpretação desse dispositivo legal, e da própria doutrina

da decadência, não constituído o crédito no prazo fixado, ocorre a caducidade do direito ao lançamento por absoluta inércia do ente tributante.

O prazo decadencial encontra-se regido pelo lapso de tempo quinquenal, razão pela qual deve ser declarada nos casos em que a Fazenda Pública quedou-se inerte, não laborando, tempestivamente, no seu mister de efetuar o lançamento dentro do período prescrito legalmente. Não é o que ocorre no presente lançamento.

Destarte, nesse limite de análise, a conclusão torna-se pacífica. Para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2.002, a Fazenda Pública tem até o dia 31 de dezembro de 2.007 para formalizar a constituição do crédito tributário.

Nestes autos vê-se que o lançamento reporta-se aos exercícios de 2.002 a 2.004, tendo o sujeito passivo sido intimado do mesmo na data de 17 de maio de 2.007, fls. 405, portanto, não ocorreu a decadência pleiteada.

QUESTÃO MERITÓRIA

Em relação ao mérito, destaco que ao proceder à análise do conteúdo do presente processo, verifiquei que a exigência fiscal em comento, surgiu assentada no pressuposto de que a recorrente omitiu o pagamento de ICMS em montante já destacado em linhas volvidas, em razão da utilização do subterfúgio do subfaturamento nas prestações de serviços de transportes de passageiros por ela realizados.

Em suma, é essa a situação em julgamento.

Assim, entendo que diante da notória disparidade dos preços praticados pela recorrente, nitidamente inferiores aos de mercado, o Fisco agiu corretamente em arbitrar os valores, nos termos do artigo 148 do Código Tributário Estadual - CTE, conforme demonstrado e documentado no processo. Portanto, reconheço que o sujeito passivo praticou a infração denunciada - subfaturamento - motivo pelo qual considero totalmente procedente a exigência inicial.

O trabalho foi realizado tendo como suporte o § 3º, inciso XXI do artigo 148 do CTE, *“in verbis*:

Art. 148. O movimento real tributável, realizado pelo sujeito passivo em determinado período, pode ser apurado por meio de levantamento fiscal, conforme dispuser o regulamento.

[...]

§ 3º Para efeito de arbitramento, o Fisco poderá se utilizar de métodos ou processos que o leve à maior proximidade possível da avaliação real dos fatos, cujo valor ou preço obtido presume-se correspondente a operação ou prestação tributada, especialmente na ocorrência das seguintes circunstâncias:

[...]

XXI – na comprovação de emissão de documentos fiscais com valor inferior ao realmente atribuído à operação ou prestação.”

Analisei a causa da reclamação do presente crédito fiscal e concluí que, na demanda, assiste razão ao sujeito ativo, visto que a defesa apresentada pelo polo passivo não trouxe elementos suficientes para modificar o procedimento da fiscalização.

O ilustre Conselheiro Edson Abrão da Silva, em apreciação impar de situação idêntica à tratada neste processo, destacou, no Acórdão do Conselho Pleno n.º 2909/07, o seguinte:

“O subfaturamento é a negociação de bens a preço inferior ao valor real comercializado e, etimologicamente, é formado pelo prefixo “sub”, que significa inferior e pela palavra fatura que, de acordo com o mestre Aurélio, significa a “relação que acompanha a remessa de mercadorias expedidas, ou que se remete mensalmente ao comprador, com a designação de quantidades, marcas, pesos, preço, e importâncias, podendo tais referências ser substituídas pela simples menção dos números e valores de notas fiscais extraídas, e guardadas conforme determinações da lei.” (Sinalização do texto efetuada com itálico).

Seguindo, ainda, a orientação do mestre temos a significação de Nota Fiscal como sendo: “Impresso com nome e endereço da firma vendedora e outras informações exigidas pelas leis fiscais, e em que se especificam as mercadorias vendidas, com indicação dos preços unitário e global, e que é obrigatoriamente entregue ao comprador; nota de vendas.” (Texto original sinalizado).

Ora, como a fatura corresponde a cópia fiel dos escritos na Nota Fiscal, e como a legislação contábil determina que para cada fato contábil ocorrido na empresa a escrituração fiscal/contábil obedece às escriturações documentais correspondentes, conclui-se que a operação comercial realizada abaixo do preço real dos bens mercantilizados torna-se irreal para efeito de cobrança do tributo correspondente. Tanto é verdadeira esta afirmação que a sua prática constitui amparo para a ação fiscal na busca das possíveis receitas omissas praticadas pelos contribuintes.

Isto porque, na ótica fiscal, subfaturamento é uma operação em que a fatura (cópia fiel da nota fiscal) cifra valor inferior ao que efetivamente foi realizado na operação comercial. Este procedimento do comerciante causa omissão no recolhimento de parte do tributo, cuja parcela é reclamada através do lançamento do crédito, tal como foi proposto no alicerce dos autos.

No caso em demanda, a fiscalização constatou que a documentação fiscal emitida pela atuada se efetivou com preço inferior ao utilizado pelos comerciantes que operam no mercado, fato comprovado pelo comparativo de preço declarado nos documentos fiscais que instruem o trabalho da autoridade lançadora.

Observei, ainda, que a fiscalização utilizou dos mecanismos próprios para a validade do seu trabalho e garantiu a consistência da ocorrência do fato gerador do tributo devido pela operação de prestação de serviço de transporte de passageiros com preço inferior ao realmente realizado. Desta feita, esta espécie de trabalho fazendário, que não pode ser aleatória nem apócrifa, materializou-se em provas favoráveis ao veredicto condenatório, emanado pela Câmara Julgadora.

As peças que formalizam a lide evidenciam que o sujeito passivo, com objetivos alheios às exigências legais do cumprimento da obrigação tributária principal, cometeu o ilícito fiscal descrito na exordial, de forma que é lícito a fiscalização reclamar o crédito de direito ao sujeito ativo.

Diante dos acontecimentos narrados para a constituição deste crédito, conclui-se que o subfaturamento efetivou-se com a realização da operação mercantil fora dos preços incorporados para os contribuintes semelhantes, ou seja, o preço do mercado. Nenhuma pauta de valores foi utilizada para a apuração do valor real da operação e nenhum arbitramento de preços aconteceu no procedimento da autoridade lançadora. Num procedimento administrativo simples e ao alcance da polaridade passiva, a fiscalização, no cumprimento da sua obrigação funcional, constatou a operacionalização de bens com afronta a norma legal e o sujeito passivo não comprovou a veracidade das suas ponderações defensórias, carreando ao processo documentos substanciais e com poderes para a declaração da improcedência do auto de infração.

Após a transcrição acima, a qual tornou parte integrante deste Acórdão, entendo que o comparecimento do sujeito passivo se encontra destituído de contraprova eficaz, capaz de ilidir o contido na exordial.

Em face do exposto, rejeito, em consenso unânime, a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo. Rejeito, em maioria, a preliminar de exclusão da lide dos responsáveis solidários [...] e [...]. Ainda, de forma majoritária, rejeito a preliminar de decadência parcial do auto de infração, levantada pelo sujeito passivo, relativa ao período de janeiro a maio de 2.002. Quanto ao mérito, em maioria com meus pares, voto, conhecendo do Recurso ao Conselho Pleno, negando-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 02 de fevereiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBFATURAMENTO - Prestação de Serviço de Transporte com valor inferior ao de mercado (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02402/10

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Processual. Preliminar de inadmissibilidade do pedido de revisão extraordinária, arguida pela Representação Fazendária. Não apreciada. Decisão unânime.

Compete ao Presidente do CAT o juízo de admissibilidade de pedido de Revisão Extraordinária apresentado pelo sujeito passivo relativo à sentença em instância única, quando esta, inequivocamente, divergir de jurisprudência anterior, relativa à matéria idêntica, emanada do Conselho Pleno. (Art. 43, inciso II, "a", item 2, da Lei nº 16.469/2009).

ICMS. Subfaturamento do valor da prestação do serviço de transporte. Recolhimento a menor do imposto. Procedência. Decisão não unânime.

A base de cálculo do imposto será arbitrada pela autoridade fiscal, podendo o sujeito passivo contraditá-la no correspondente processo administrativo tributário, sempre que o valor ou preço das mercadorias, bens, serviços ou direitos declarados pelo sujeito passivo sejam notoriamente inferiores ao praticado no mercado considerado. (Art. 25, I, "b" do CTE).

Deve ser mantida a decisão singular não contraditada com provas de inexistência da causa motivadora da autuação.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 06 de julho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, deixar de apreciar o pedido de inadmissibilidade do recurso, arguido pela Fazenda Pública, tendo em vista que o art. 43 da Lei nº 16.469/09 confere competência ao Presidente do CAT para admitir Pedido de Revisão Extraordinária. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Washington Luis Freire de Oliveira, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Paulo Diniz, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Célia Reis Di Rezende, Nivaldo Carvelo Carvalho e José Paixão de Oliveira Gomes. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Elias Alves dos Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Célia Reis Di Rezende, José Paixão de Oliveira Gomes e o Sr. Presidente, Conselheiro Heli José da Silva, que proferiu

voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia, Allen Anderson Viana, Paulo Diniz, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa e Nivaldo Carvelo Carvalho que votaram conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

A presente autuação decorreu do fato de o sujeito passivo ter praticado preço inferior ao de mercado na prestação de serviço de transporte, sendo exigido o ICMS, juntamente com a respectiva penalidade e demais acréscimos legais.

Segundo a acusação, a atuada emitiu os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas - CTCs n.ºs 2327 e 2328 com valores inferiores aos estabelecidos pela SEFAZ, o que originou a diferença de base de cálculo na importância de R\$ 2.543,20 (dois mil, quinhentos e quarenta e três reais e vinte centavos), e imposto devido no total de R\$ 305,18 (trezentos e cinco reais e dezoito centavos).

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, cópia dos CTCs n.ºs 2327 e 2328, de DARE 2.1, das Notas Fiscais n.ºs 193130 e 19331, o Anexo Único da Instrução Normativa n.º 037/05-GSF, que contém a Pauta de Valor dos Serviços de Transporte e, ainda do Termo de Apreensão n.º 1100090168-1.

O sujeito passivo comparece ao processo apresenta impugnação em Primeira Instância (fls. 19 a 23), na qual requer a improcedência do lançamento com a exposição das suas razões.

Posteriormente, apresenta memorial (fls. 37 a 38), acompanhado de documentos (fls. 39 a 45).

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, decidiu pela procedência do lançamento, (fls. 48 a 50).

A atuada, no uso das faculdades prescritas no art. 43, II, "a", item 2, da Lei n.º 16.469/09, ingressa no processo com Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 56 a 58), o qual foi inadmitido pelo Presidente do Conselho Administrativo Tributário, conforme o Despacho n.º 1321/2010-CAT (fls. 76).

Após tomar ciência do referido despacho, a atuada, na forma do artigo e da lei citada no parágrafo anterior, apresenta novamente Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 80 a 84), no qual requer a improcedência do lançamento e, para a instrução, cita decisão deste Conselho dada no processo originário do Auto de Infração n.º 5 0669123 443 34 (Acórdão n.º 02555/03) que considerou improcedente o auto de infração sobre subfaturamento na prestação de serviço de transporte.

Alega que para a fiscalização desprezar o valor da prestação do serviço de transporte declarado pelo sujeito passivo é indispensável a apresentação de

provas consistentes da disparidade do preço consignado no documento fiscal emitido e o valor efetivamente praticado.

Assevera que somente nas hipóteses previstas no art. 148 do CTN (que tem como correspondente na legislação estadual o art. 25 da Lei n° 11.651/91), é que o arbitramento da base de cálculo da prestação de transporte pode ser feito. Por isso, até que se prove o contrário, o valor negociado entre as partes não pode ser objeto de presunção de subfaturamento.

Ressalta que todos os CTCs autuados referem-se a mercadorias vendidas pela empresa identificada como contratante da prestação do serviço, com a qual a autuada possui parceria comercial.

Deste modo, ainda que aquela empresa não a contrate diretamente para prestação de serviço, a autuada tem uma preferência por parte de seus clientes, devido justamente aos menores preços que ela cobra.

Junta extrato do Acórdão n° 02555/03 (fls. 85 a 86).

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, amparado no inciso II, § 4° do art. 43 da Lei n° 16.469/09, expede o Despacho n° 1695/2010-CAT (fls. 98), admite o Pedido de Revisão Extraordinária e determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para ser pautado a julgamento pelo Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

A legislação processual possibilita que autos de infração sujeitos a julgamento em instância única, como é o caso do processo em análise, possam ser apreciados por este Conselho Pleno, quando houver clara divergência entre a decisão singular e jurisprudência anterior, relativa à matéria idêntica, emanada do Conselho Pleno, conforme preceitua o art. 43, II, "a", 2, da Lei n.º 16.469/09, abaixo transcrito:

Art. 43. Compete ao Presidente do CAT o juízo de admissibilidade de pedido de Revisão Extraordinária apresentado fora do último prazo para defesa previsto nesta Lei, relativo a crédito tributário ajuizado ou não:

[...]

II - pelo sujeito passivo, referente a:

a) apreciação extraordinária de lançamento, desde que:

[...]

2. relativa à sentença em instância única, quando esta, inequivocamente, divergir de jurisprudência anterior, relativa à matéria idêntica, emanada do Conselho Pleno.

A partir da edição da Lei n.º 16.469/09, que regula o processo administrativo tributário, o juízo de admissibilidade de pedido de Revisão Extraordinária passou a ser de competência exclusiva do Presidente do CAT, razão pela qual entendo que não cabe, por parte deste Conselho Pleno, a apreciação do pedido de inadmissibilidade arquivado pela Fazenda Pública.

Além do que, o pedido se enquadra nas regras da legislação processual invocada pelo requerente, embora entenda que, no presente caso, no mérito, a decisão recorrida, que considerou procedente o auto de infração, não deva ser modificada.

Analisei a causa do lançamento e observei que a fiscalização demonstrou que o contribuinte declarou preços notoriamente inferiores aos praticados pelo mercado, conforme pauta mínima de preços publicada pela Secretaria da Fazenda deste Estado e as cópias dos CTC's, anexados ao auto de infração.

Verifico, ainda, que o julgador singular andou bem ao manter a peça inicial, justificando que a atuada não trouxe aos autos provas suficientes para contestar a acusação fiscal ou mesmo ameaçá-la.

Ressalta, o preclaro julgador, que a desconsideração do valor da operação ou da prestação praticada pelo contribuinte decorre da verificação, por parte do Fisco, de que os valores constantes dos conhecimentos de transportes rodoviários de carga são notoriamente inferiores ao praticados no mercado, razão pela qual deve ser acatado o preço da pauta mínima de valores, conforme disposto na alínea "b" do inciso I do art. 25 da Lei n.º 11651/91.

Entendo que a decisão singular não merece reparos, porquanto o discurso desenvolvido atendeu às regras da legislação processual vigente e, também, porque a atuada não demonstrou que a exigência do imposto com os acréscimos legais definidos na peça exordial não era devido.

Pelo exposto, conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, nego-lhe provimento para considerar manter a decisão singular que julgou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 12 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas à Subst. Trib. Oper. Posteriores (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02313/10

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - NULIDADES: Preliminar de nulidade do Acórdão cameral. Rejeitada por unanimidade. Preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração. Inadmitida. Decisão unânime.

1. O Acórdão cameral, exarado consoante determina o artigo 38, da Lei 16.469/09, cuja decisão contempla os fundamentos de fato e de direito, não comporta a arguição de nulidade, razão pela qual deve ser mantido;

2. Não se encontrando a peça recursal em consonância com o preceituado no artigo 41, inciso II, deve a mesma ser inadmitida.

II - SOLIDARIEDADE: Reinclusão dos responsáveis solidários. acolhida. Decisão por maioria.

1. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente: com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervierem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, do CTE).

III - ICMS - Obrigação tributária principal e acessória. Falta de pagamento do ICMS Substituição Tributária pelas Operações Posteriores. Omissão de registro de Notas Fiscais de aquisição de mercadorias. Procedência. Decisão unânime.

1. O regime de substituição tributária pela operação posterior - retenção na fonte - consiste na retenção, apuração e pagamento do imposto devido por operação interna subsequente, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso. (artigo 35, Anexo VIII, do RCTE).

2. A entrada de mercadoria, a qualquer título, no estabelecimento de contribuinte do ICMS, deve ser registrada no livro fiscal próprio, conforme previsto no Regulamento do Código Tributário Estadual;

3. Comprovada a omissão do registro de documento fiscal relativo a aquisição de mercadorias ou utilização de serviços, é correta a imposição de penalidade de caráter formal pelo descumprimento dessa obrigação acessória.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 11 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do acórdão cameral, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, Carlos Andrade Silveira, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. E, também, por votação unânime, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, em relação a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, arguida pelo Conselheiro Relator, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, Carlos Andrade Silveira, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Por maioria de votos, acatar o pedido de reinclusão dos sujeitos passivos solidários [...],[...] e [...] na lide. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa. Vencidos os Conselheiros Paulo Diniz, Carlos Andrade Silveira, Edson Abrão da Silva e Delcídes de Souza Fonseca. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, Carlos Andrade Silveira, Aldeci de Souza Flor, Sérgio Reis Crispim, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Eliene Mendes de Oliveira Feitosa.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 04 de agosto de 2008, o Fisco acusa o sujeito passivo acima identificado de ter adquirido, em operação interestadual, mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária pelas Operações Posteriores, por meio das Notas Fiscais de Entradas constantes da planilha anexa, que não foram lançadas no livro Registro de Entradas. Por

consequência, também, não foi efetuada a retenção do ICMS no valor original de R\$ 64.781,96 (sessenta e quatro mil, setecentos e oitenta e um reais e noventa e seis centavos)

Foi indicada infração aos artigos 45 e 51, § 3.º, da Lei nº 11.651/91, c/c 32, § 1º, e 35, do Anexo VIII, do RCTE, propondo, outrossim, a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "c", combinada com o § 9.º, inciso II, da Lei nº 11.651/91 - CTE, com redação da Lei nº 13.446/99.

Qualificou como responsáveis solidários: [...],[...], e [...].

Juntou-se ao processo: cópia da alteração contratual; procuração; cópia da Ordem de Serviço; Demonstrativo do cálculo do ICMS; cópias das Notas Fiscais; e, cópias das páginas do livro Registro de Entradas, fls. 07/151.

Intimados, os autuados, devidamente representados por advogados, interpõem Impugnação, em conjunto, junto à Primeira Instância, defensorio de fls. 161/167, arguindo, preliminarmente, nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, em razão da ausência de comprovação da materialidade da infração mencionada no auto. No mérito, após tergiversar a respeito dos procedimentos relacionados com a cobrança do imposto sujeito à retenção na fonte, bem como da sua atividade mercantil, requer a improcedência do lançamento, argumentando não estar comprovado documentalmente qualquer ato lesivo à arrecadação estadual.

No julgamento singular, após a apreciação dos argumentos ofertados pela autuada, o julgador rejeita a nulidade arguida. No mérito, considera que a acusação não foi refutada de forma eficaz pela defesa, que não apresentou provas e/ou elementos capazes de infirmar o trabalho elaborado pelo Fisco, julga procedente a pretensão do Fisco, conforme Sentença 7.087/08 - COJP, de fls. 179/181.

Discordando da decisão monocrápica, que considerou procedente o auto de infração, os autuados, por seus advogados, interpõem Recurso Voluntário, fls. 187/195, evocando os mesmos argumentos expendidos na sua peça impugnatória, inclusive quanto à nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração. Questiona a constitucionalidade da substituição tributária. Destaca, outrossim, artigos doutrinários e jurisprudência para requerer a improcedência do lançamento.

A Segunda Câmara deste Conselho, em decisão prolatada no dia 19 de agosto de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Também, por votação unânime, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença singular. Por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão da lide dos solidários [...],[...] e [...]. No mérito, por maioria de votos, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

O autor do voto vencedor destacou no Acórdão de fls. 198/202: "*E, em relação a ele, o mérito, cabe destacar a falta de provas que pudessem fundamentar o posicionamento da defesa. Sua tese de que a cobrança deveria ter sido feita pelo sistema da Sefaz no momento da entrada das mercadorias no território goiano é inconsistente. A fiscalização, mais de três anos depois da entrada das mercadorias, fez a correta exigência do imposto devido.*"

Ainda: "*Em momento algum houve por parte da defesa a apresentação de prova robusta que fragilizasse, ainda que parcialmente, a acusação fiscal. A prática da omissão de registro de aquisição de mercadorias por si só já demonstra qual o tipo de comportamento que foi adotado pelo atuado no desenvolvimento de sua atividade empresarial.*"

A Representação Fazendária interpõe Recurso para o Conselho Pleno, fls. 204/207, requerendo a reinclusão dos responsáveis solidários na lide.

Os atuados interpõem, também, Recurso e Contradita para o Conselho Pleno, fls. 213/222 e 223/231, requerendo a reforma da decisão cameral quanto à decisão meritória.

Alegam que no Acórdão não há motivação/fundamentação alguma quanto à rejeição da preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, arguida pela recorrente, limitando-se os julgadores a tão somente proferir narrativas sem apontar a regra normativa que baseia sua decisão, o que impossibilita o exercício da ampla defesa e do contraditório. Asseveraram: "*Outrossim, não há dúvidas de que a decisão imotivada provoca cerceamento de defesa, uma vez que dificulta arduamente a possibilidade de exercer o duplo grau de jurisdição que é instrumento da ampla defesa.*"

Pede a anulação do Acórdão.

Reitera a preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, devida à falha na elaboração do trabalho fiscal. Diz: "*Ao contrário do exposto no Acórdão ora recorrido, a insegurança jurídica alegada vem da falha na elaboração do trabalho fiscal, desinteressando se há clareza ou não quanto ao tipo de acusação que está sendo feita ou se houve perfeita assimilação da acusação pelos Recorrentes.*"

Continua: "*Trata-se de verdadeiro caso de inércia do Fisco, quando na verdade deveria ter exigido o recolhimento do tributo, o que gerou infelizes consequências aos Recorrentes. A Mercadoria entrou no Estado de Goiás, via térrea, passando pelo posto fiscal. Por conseguinte era dever do fisco, lançar no sistema com o IVA devido e efetuar o abatimento dos créditos para que posteriormente o contribuinte pudesse emitir o DARE, que na época o pagamento ocorreria com dez dias.*"

Diz: "*Portanto, foi de suma relevância a falha na elaboração do trabalho fiscal, sendo esta determinante nos erros e confusões que motivam esse auto de infração.*"

Conclui: "O que se quer dizer é que a 1ª Recorrente não poderia recolher o tributo em análise de forma aleatória e discricionária, em prejuízo da certeza jurídica que deve promar do título jurídico hábil para a cobrança criada pela administração fiscal quanto recolhimento do ICMS por substituição tributária."

Pede, ao final: (i) que seja deferida a tutela inibitória consubstanciada na determinação para que o Estado de Goiás, por meio de seus agentes fiscais, abstenha-se de impor medidas coercitivas aos Recorrentes, em especial inscrição em dívida ativa; (ii) seja anulado o Acórdão, por estar complementemente desmotivado; (iii) seja reconhecida a falta de embasamento da decisão proferida no Acórdão nº 2.616/2009 - CJUL, sob pena de malferimento aos princípios de índole constitucional tributária e ao artigo 19, IV, da Lei Estadual nº 13.882/01, pela ausência de comprovação da materialidade da infração nele mencionada e nos documentos que lhe dão embasamento; (iv) que seja julgado improcedente o lançamento.

Pedem, outrossim, que seja mantida a decisão cameral que excluiu da lide os responsáveis solidários.

É juntado ao processo documento - Notificação Extrajudicial, relacionado com renúncia do mandato pelos causídicos contratados, fls. 234/239.

Posteriormente, promove-se a juntada de novo Mandato Procuratório.

Este é o relatório.

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

Em proêmio, mister analisar as nulidades suscitadas pelos recorrentes, a saber: (i) nulidade do Acórdão cameral, por cerceamento do direito de defesa; (ii) nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração.

Rejeito ambas.

O Acórdão cameral objurgado foi prolatado nos precisos contornos estabelecidos pelo artigo 38, da Lei nº 16.469/09, que estabelece:

"Art. 38. A sentença e o acórdão, redigidos com simplicidade e clareza, conterão:

I – a referência ao número do processo e ao nome do sujeito passivo;

II – relatório com o histórico e fundamento do lançamento e as razões das impugnações, recursos e contraditas;

III – a decisão com os fundamentos de fato e de direito.

[...]"

Vejo que o Conselheiro, condutor do voto vencedor, manifestou-se a respeito de toda a matéria contida nos autos, analisando todos os argumentos expendidos pelo sujeito passivo, e sobre os mesmos se posicionou. Não há, portanto, nenhuma falha no Acórdão em questão capaz de torná-lo irritado.

Relativamente à nulidade suscitada pelo sujeito passivo, de insegurança na determinação da infração, assim se manifestou o Conselheiro: *“Em relação à suposta insegurança na determinação da infração, entendo que não resta configurada nesse processo. Há absoluta clareza quanto ao tipo de acusação que está sendo feita, houve perfeita assimilação da acusação por parte do sujeito passivo. Além disso, o conjunto probatório anexado aos autos guarda perfeita sintonia com a acusação feita.”*

Em relação à nulidade por insegurança na determinação da infração, não vislumbro a sua ocorrência. Outrossim, referida arguição deve ser inadmitida, arguição que promovo e acolho, sob o fundamento de que a peça recursal, nesse quesito, não se encontra em consonância com o disposto no artigo 41, inciso II, da Lei nº 16.469/09.

DA REINCLUSÃO DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

Quanto ao pedido de reinclusão na lide dos responsáveis solidários [...], [...], e [...], formulado pela Representação Fazendária, eu o acolho, visto que, na condição de administradores, participaram diretamente da situação de que decorreu a omissão objeto da ação fiscal, conduta que se subsume ao artigo 45, XII, da Lei nº 11.651/91, a seguir transcrito:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação **as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal**, especialmente:

[...]

XII – com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis

[...] “ (grifos oportunos).

Assim, com o consenso majoritário dos meus pares, promovo a reinclusão na lide dos responsáveis solidários acima nominados.

QUESTÃO MERITÓRIA

Relativamente à matéria tratada neste processo mister transcrevermos, para fins de sustentação da decisão a ser prolatada, os artigos que normatizam a escrituração das Notas Fiscais de aquisição de mercadorias, a saber: o artigo 64,

da Lei nº 11.651/91; o artigo 88, parágrafo 1º, e o artigo 308 do Decreto nº 4.852/97.

Assim:

“Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

[...]

§ 2.º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais.”

“Art. 88. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei n.º 11.651/91, art. 64).

§ 1.º O contribuinte do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária, relacionada com o ICMS, são obrigados a (Lei n.º 11.651/91, art. 64, § 2.º)

[...]

III – manter e escriturar livro fiscal;

[...]”

“Art. 308. O livro Registro de Entradas destina-se à escrituração da (Convênio SINIEF SN/70, art. 70):

I – entrada, a qualquer título, de mercadoria no estabelecimento;

II – utilização de serviço pelo estabelecimento.

§ 1.º. deve ser também escriturado:

I – o documento fiscal relativo à aquisição de mercadoria:

a) que não transitar pelo estabelecimento adquirente, ainda que por meio de título que a represente;

b) para o ativo imobilizado, cuja escrituração deve ser feita de forma individualizada;

c) para uso ou consumo, cuja escrituração pode ser feita de forma englobada, para cada período de apuração pelo contribuinte não usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, ressalvada a hipótese do imposto relativo ao diferencial de alíquotas;

nota: conferida nova redação à alínea “c” do inciso I do § 1.º do art. 308, pelo art. 2.º do Decreto n.º 5.982, de 30.07.04 – vigência 01.01.05.

[...]

§ 2.º. a escrituração do crédito relativo ao ativo imobilizado deve ser repetida no livro Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.”

Quanto ao mérito, na busca da verdade material, objetivo primeiro desta Casa Julgadora, analisei as peças processuais que compõem esta lide e verifiquei que o feito teve seu andamento pautado pelos rituais próprios estabelecidos pelo Código Tributário Estadual, estando pois, perfeitamente instruído com as provas documentais que auxiliam no posicionamento que norteará o meu entendimento, na forma que se segue:

Ao meu ver, entendo, com arrimo nos dispositivos legais retro transcritos, que o sujeito passivo efetivamente incorreu em infração à legislação que norteia a matéria tratada no processo, haja vista que não provou o seu cumprimento integral, qual seja, o registro dos documentos fiscais nos livros fiscais competentes. O sujeito passivo nada traz ao processo capaz de comprovar o registro das Notas Fiscais.

É inquestionável que todas as Notas Fiscais foram destinadas para o estabelecimento da autuada, e referem-se à aquisição de mercadorias – tecidos, vinculadas à atividade comercial do sujeito passivo. Não se questiona, em momento algum, quanto à veracidade das informações contidas nas referidas Notas Fiscais.

A complementação da autuação se fez com a indicação da forma qualificada contida no parágrafo 9º, inciso II, do artigo 71, do Código Tributário Estadual, que estabelece:

“§ 9.º. Se da prática das irregularidades descritas nos inciso V e seguintes do caput deste artigo resultar diretamente omissão de pagamento do imposto, a multa neles prevista será aumentada do valor correspondente à aplicação dos percentuais abaixo, sobre o valor do imposto não pago:

I - 60% (sessenta por cento), observado o disposto no inciso seguinte;

II - 80% (oitenta por cento), se a irregularidade for praticada em operação ou prestação sujeitas ao regime de substituição tributária.

Assim, a fiscalização detectou que pela prática em questão, de não se registrar as Notas Fiscais de aquisição de mercadorias, ocorreu a omissão do pagamento do ICMS Substituição Tributária pelas Operações Posteriores, cuja a legislação estabelece, nos artigos 32 e 35, do Anexo VIII, do RCTE:

“32. O regime de substituição tributária pela operação posterior - retenção na fonte - consiste na retenção, apuração e pagamento do imposto devido por operação interna subsequente, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso (Lei nº 11.651/91, art. 51).

§ 1.º Aplica-se o regime de substituição tributária à operação realizada com as mercadorias discriminadas nos Apêndices I, II e X deste anexo, observadas, ainda, as disposições específicas do [Capítulo II](#), sendo:

I – Apêndice I, relação de mercadorias e respectivos Índices de Valor Agregado – IVA, cujo regime é estabelecido por iniciativa do Estado de Goiás, aplicável a contribuinte estabelecido neste Estado, possibilitada a sua adoção, mediante termo de acordo de regime especial, a contribuinte sediado em outra unidade da Federação

II – Apêndice II, relação de mercadorias e respectivos Índices de Valor Agregado - IVA, cujo regime é estabelecido por força de convênios ou protocolos firmados pelas unidades da Federação, aplicável a contribuinte estabelecido neste Estado ou em outra unidade da Federação.

[...]

Art. 35. Fica solidariamente obrigado ao pagamento do imposto devido por substituição tributária o contribuinte estabelecido neste Estado que adquirir mercadoria cujo imposto não tenha sido retido, hipótese em que o adquirente obriga-se, ainda, ao pagamento da multa pelo mesmo devida, dos juros e demais acréscimos legais, calculados desde a data em que deveria ter sido efetuada a retenção.”

Portanto, em relação ao mérito, o sujeito passivo não conseguiu demonstrar o recolhimento do imposto incidente sobre a entrada das mercadorias constantes das Notas Fiscais autuadas, que se submetem ao regime da Substituição Tributária pelas Operações Posteriores.

Diante do exposto, em consenso unânime com meus pares, voto, para rejeitar a preliminar de nulidade do Acórdão cameral, suscitada pelo recorrente.

Arguo e acolho, de forma unânime, a inadmissibilidade da preliminar de nulidade, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no artigo 41, inciso II, da Lei nº 16.469/09.

Por maioria de votos, acolho o pedido de reinclusão, na lide, dos responsáveis solidários [...],[...], e [...], formulado pela Representação Fazendária.

No mérito, corretamente tipificada a infração ensejadora do lançamento, voto, em unanimidade com meus pares, para conhecer do Recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento, para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 05 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01211/10

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: PROCESSUAL. Preliminares. Cerceamento do direito de defesa e exclusão da solidária. Não apreciadas. Decisão unânime.

1. Quando puder decidir sobre o mérito, a favor da parte a que aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade ou órgão julgador não deve pronunciá-la (Decreto nº 6.930/09, art. 18 § 3º).

II - ICMS. Obrigação Principal. Omissão de recolhimento de ICMS substituição tributária. Improcedência. Decisão unânime.

1. O regime de substituição tributária não se aplica à operação que destine mercadoria a contribuinte que seja sujeito passivo por substituição, definido como tal no convênio ou protocolo que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria, em relação à mesma (Decreto nº 4.852/97, Anexo VIII, art. 32, § 6º, inciso III, "a");

2. Estando comprovado nos autos que o contribuinte destinatário da mercadoria objeto do lançamento é substituto tributário em relação à mesma, deve ser reformada a decisão singular para considerar improcedente o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, José Luiz Rosa e Sérgio Reis Crispim.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário interposto em face de sentença singular que rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, bem como o pedido de exclusão da lide do sujeito passivo solidário e, quanto ao mérito, considerou procedente o lançamento.

A acusação é que a empresa autuada deixou de recolher o ICMS substituição tributária relativamente às mercadorias constantes das Notas Fiscais nº 808.953, 815.888, 829.099 e 841.328, destinadas à contribuinte estabelecido no Estado de Goiás.

Foi arrolada como solidária, nos termos do art. 45, inciso XIII, da Lei nº 11.651/91, a empresa [...], na qualidade destinatária das mercadorias.

Foram indicados como infringidos o artigo 51 §§ 1º e 3º da Lei 11.651/91, c/c o art. 34, inciso II, alínea “a” do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97.

Foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea “a”, da Lei 11.651/91.

Na impugnação ao lançamento dirigida a primeira instância a solidária alegou que exerce a atividade de indústria de lubrificantes, portanto, o produto Lubrax Ind.08-440 (08150), constante das notas fiscais constitui matéria prima para a fabricação do óleo lubrificante em relação ao qual é substituta tributária, portanto, nessa situação a substituição tributária não se aplica nos termos do art. 32, § 6, inciso II, alínea “b”, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97.

A empresa autuada, por sua vez, impugnou o lançamento afirmando que a incidência do imposto ocorre no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento adquirente, portanto, entende como incorreta a sua indicação como sujeito passivo no lançamento.

Afirmou, ainda, que ocorreu cerceamento do direito de defesa porque não recebeu todos os documentos e planilhas necessários ao exercício do contraditório.

Quanto ao mérito alegou a não-incidência nas operações interestaduais com petróleo prevista na Constituição Federal, bem como a não aplicação da substituição tributária prevista no art. 32, § 6º, inciso II, alínea “b”, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97.

Juntou a declaração de fls. 56, onde a empresa destinatária declara que os produtos adquiridos constituem matéria prima na fabricação de óleo lubrificante em relação ao qual é substituto tributário.

Por meio da Sentença nº 4.9073/08, de fls. 62 a 64, a julgador singular rejeitou a preliminar de cerceamento do direito de defesa, bem como o pedido de exclusão da lide formulada pela empresa autuada e quanto ao mérito considerou procedente o lançamento.

Inconformada a empresa autuada interpôs o recurso voluntário de fls. 71 a 84, pedindo a reforma da decisão singular afirmando que não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, tendo em vista que a responsabilidade pelo pagamento do imposto é da empresa destinatária das mercadorias.

Pede, ainda, a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa em razão de não ter recebido os documentos e demonstrativos suficientes para o exercício do contraditório.

Quanto ao mérito alega que a substituição tributária não se aplica ao caso vertente tendo em vista que as mercadorias serão utilizadas como matéria prima pela empresa destinatária no processo de fabricação de produto (óleo lubrificante) em relação ao qual é substituta tributária.

A solidária interpôs o recurso voluntário de fls. 90 a 91, pedindo a reforma da decisão singular para considerar improcedente o lançamento, afirmando que a não aplicação do regime de substituição tributária na situação objeto do lançamento está amparada no art. 32, § 6, inciso III, alínea “b”.

É o relatório.

DECISÃO

A aplicação do regime de substituição tributária à operação realizada com a mercadoria discriminada nas Notas Fiscais nº 808.953, 815.888, 826.099 e 842.328, de fls. 07 a 10, está amparada no inciso II, do § 1º, do art. 32, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, que assevera que o regime de substituição tributária pela operação posterior – retenção na fonte –, aplica-se à operação realizada com as mercadorias discriminadas no Apêndice II, cujo regime é estabelecido por força de convênios e protocolos firmados pelas unidades da Federação aplicável a contribuinte estabelecido neste Estado ou em outra unidade da Federação.

A condição de substituta tributária da empresa autuada está claramente delimitada no art. 34, inciso II, alínea “a”, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/07, que estabelece que são substitutos tributários assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelas operações internas subseqüentes, bem como pelo diferencial de alíquotas, se for o caso, o industrial fabricante ou o importador em relação às mercadorias constantes do Apêndice II.

Ressalte-se, no entanto, que no inciso II, do § 6º, do art. 32, do anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, o legislador estabeleceu uma exceção relativamente à aplicação do referido regime de apuração e pagamento do imposto que, ao meu sentir, alcança a operação objeto do presente lançamento. Vejamos:

“Art. 32. O regime de substituição tributária pela operação posterior -retenção na fonte- consiste na retenção, apuração e pagamento do imposto devido por operação interna subseqüente, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso (Lei nº 11.651/91, [art. 51](#)).

§ 1º Aplica-se o regime de substituição tributária à operação realizada com as mercadorias discriminadas nos Apêndices [I](#), [II](#) e [X](#) deste anexo, observadas, ainda, as disposições específicas do [Capítulo II](#), sendo:

[...]

II - [Apêndice II](#), relação de mercadorias e respectivos Índices de Valor Agregado-IVA-, cujo regime é estabelecido por força de convênios ou protocolos firmados pelas unidades da Federação, aplicável a contribuinte estabelecido neste Estado ou em outra unidade da Federação.

III - Revogado;

[...]

§ 6º O regime de substituição tributária não se aplica:

I - à operação que destine mercadoria sujeita à retenção na fonte a estabelecimento que irá utilizá-la em processo de produção ou industrialização, inclusive de manipulação, exceto quando a mercadoria for destinada:

a) à indústria de panificação, ainda que cadastrada sob outro código de atividade econômica-[CAE](#);

b) a contribuinte do ICMS, relativamente a combustível e lubrificante:

1. derivado de petróleo;

2. não derivado de petróleo, quanto ao diferencial de alíquotas;

c) revogada;

d) à indústria empacotadora de açúcar;

e) à indústria de vestuário, de roupas de cama, de mesa e de banho;

II - à entrada do produto já elaborado, destinado à comercialização, do qual o adquirente seja fabricante, assumindo este a responsabilidade pela apuração e pagamento do imposto por operação interna subsequente;

III - à operação que destine mercadoria:

a) a contribuinte que seja sujeito passivo por substituição, definido como tal no convênio ou protocolo que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria, em relação à mesma ([Convênio ICMS 81/93](#), cláusula quinta, I e parágrafo único);”

Observa-se, portanto, que no inciso I, do § 6º o legislador estabeleceu que o regime de substituição tributária não se aplica à operação que destine mercadoria sujeita à retenção na fonte a estabelecimento que irá utilizá-la em processo de produção ou industrialização, excetuando, no entanto, o combustível e lubrificante derivado de petróleo.

Logo em seguida, no inciso III, do § 6º, estabeleceu que o regime de substituição tributária não se aplica a contribuinte que seja sujeito passivo por substituição, definido como tal no convênio ou protocolo que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria, em relação à mesma.

Da atenta análise do dispositivo legal acima mencionado, observa-se que o inciso I se refere às operações que destine mercadoria a estabelecimento que irá utilizá-la como insumo em processo de industrialização, onde a mercadoria resultante não consta do Apêndice II.

Por outro lado, o inciso III se refere, especificamente, a mercadoria destinada a contribuinte que seja sujeito passivo por substituição, definido como tal no convênio ou protocolo que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria, em relação à mesma. Vale dizer, mercadoria constante do Apêndice II, em relação a qual o contribuinte destinatário (industrial fabricante) é substituto tributário nos termos do art. 34, inciso II, alínea “a”, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97.

Ora, no caso vertente, a empresa destinatária cujo ramo de atividade é INDUSTRIALIZAÇÃO, ENVASAMENTO E COMERCIALIZAÇÃO DE ÓLEOS LUBRIFICANTES EM GERAL, está definida na alínea “a”, do inciso II, do art. 34, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, como substituta tributária, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelas operações internas subseqüentes, tendo em vista que a mercadoria por ela industrializada (óleo lubrificante) está relacionada no Apêndice II.

Destarte, conclui-se, sem nenhum esforço, que no caso vertente, não se aplica a regra prevista na alínea “b”, do inciso I, do § 6º, do art. 32, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, que determina que a operação que destine combustível e lubrificante derivado de petróleo a estabelecimento que irá utilizá-lo no processo de industrialização, não está excetuada da aplicação do regime de substituição tributária.

Assim, conclui-se que razão assiste às recorrentes quando afirmam que deve ser aplicada a regra especial prevista na alínea “a”, do inciso II, do referido dispositivo legal que assevera que o regime de substituição tributária não se aplica à operação que destine mercadoria a contribuinte que seja sujeito passivo por substituição, definido como tal no convênio ou protocolo que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria, em relação à mesma.

Com essas considerações, por entender que o lançamento é improcedente, deixo de pronunciar sobre as preliminares de cerceamento do direito de defesa e exclusão da solidária da lide, nos termos do § 3º, do art. 18 do Decreto nº 6.930/09, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário.

À conta do exposto, em sintonia com a unanimidade dos meus pares, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões, em 14 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01430/10

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Domingos Caruso Neto

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores por industrial, em remessas interestaduais de mercadorias destinadas ao Estado de Goiás. Responsabilidade do remetente restabelecida após cassação de liminar. Legitimidade dos documentos emitidos, como prova do destino das mercadorias. Procedência. Decisão não unânime.

I - Havendo cassação de liminar que determinava o não recolhimento de ICMS, o imposto é devido pelo substituto tributário legalmente definido, pois uma simples medida liminar, dado o seu caráter juridicamente precário e transitório, não possui o condão de alterar o pólo da sujeição passiva;

II - Documentos de utilização autorizada pelo Fisco e regularmente emitidos por contribuinte devidamente cadastrado, gozam da presunção de legitimidade, servindo como meios de prova das informações nele registradas, inclusive sobre a localização dos destinatários das mercadorias.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 17 de novembro de 2009, decidiu, por maioria de votos, pela admissibilidade das preliminares de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, de decadência e de erro na identificação do sujeito passivo, todas argüidas pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Álvaro Falanque, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, Aguinaldo Fernandes de Melo, Washington Luis Freire de Oliveira, José Luiz Rosa, Antônio Martins da Silva, Paulo Diniz, Itamar Alves Carrijo, Nivaldo Carvelo Carvalho, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia e Heli José da Silva. Vencido o Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pelo sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa. Foram vencedores os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Washington Luis Freire de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Itamar Alves Carrijo, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Álvaro Falanque, Delcídes de Souza Fonseca, Aguinaldo Fernandes de Melo, José Luiz Rosa, Paulo Diniz, Nivaldo Carvelo Carvalho e José Pereira D'abadia. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência, argüida pelo sujeito passivo. Foram vencedores

os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Washington Luis Freire de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Itamar Alves Carrijo, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Álvaro Falanque, Delcídes de Souza Fonseca, Aguinaldo Fernandes de Melo, José Luiz Rosa, Paulo Diniz, Nivaldo Carvelo Carvalho e José Pereira D'abadia. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão da lide do sujeito passivo Cervejarias Kaiser Brasil S/A. Foram vencedores os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Washington Luis Freire de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Itamar Alves Carrijo, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Álvaro Falanque, Delcídes de Souza Fonseca, Aguinaldo Fernandes de Melo, José Luiz Rosa, Paulo Diniz, Nivaldo Carvelo Carvalho e José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor, Washington Luis Freire de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Itamar Alves Carrijo, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Álvaro Falanque, Delcídes de Souza Fonseca, Aguinaldo Fernandes de Melo, José Luiz Rosa, Paulo Diniz, Nivaldo Carvelo Carvalho e José Pereira D'abadia que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Consta do lançamento que o sujeito passivo omitiu o pagamento de ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores, referente a remessa de cervejas para o Estado de Goiás, por meio de notas fiscais emitidas sem o destaque do ICMS retido. Em consequência, é exigido Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na importância de R\$ 11.017.896,01 (onze milhões, dezessete mil, oitocentos e noventa e seis reais e um centavo), mais as cominações legais.

A ação fiscal é dirigida contra estabelecimento industrial do Estado de São Paulo; contra estabelecimento comercial goiano destinatário das mercadorias; e contra representante legal do remetente.

O pólo passivo foi regularmente intimado para a apresentação de Impugnação ou pagamento da quantia exigida.

Em sua Impugnação, o industrial paulista assevera que as operações se deram com cláusula FOB, e assim sendo não se responsabilizou pela entrega das mesmas ao destinatário. Acrescenta que emitiu notas fiscais sem o destaque do imposto devido por substituição tributária, em razão de que ordem judicial, pois o

destinatário goiano pugnou e obteve, junto à justiça estadual, medida liminar, concedida em mandado de segurança, determinando o não recolhimento do ICMS antecipado. Assim, ao deixar de efetuar a retenção do imposto, a impugnante nada mais fez do que dar cumprimento à ordem judicial, razão pela qual não cometeu qualquer tipo de infração à legislação tributária.

Afirma que desconhece o destino dado pelo destinatário às mercadorias que lhe foram entregues, e que por não ter conseguido comprovar as remessas interestaduais se viu compelida a recolher, para o Estado de São Paulo, imposto relativo à venda interna de mercadorias.

Pugna pelo reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, em razão de ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos, o que acarretou cerceamento ao direito de defesa da impugnante.

Alega a ocorrência de decadência, pois transcorreram mais de cinco anos entre a ocorrência dos supostos fatos geradores e a intimação da lavratura do auto de infração.

Declara a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo, pois os créditos tributários reclamados seriam de responsabilidade exclusiva do comerciante goiano.

Aduz que não cometeu qualquer infração, pois agiu em estrito cumprimento a ordem judicial e pede o afastamento da responsabilidade tributária por substituição, com fundamento no art. 34, parágrafo único, I, 'a', 1, do Anexo VIII do Decreto nº 4.852, de 29 de Dezembro de 1997, que instituiu o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (RCTE).

Salienta a impossibilidade de existir nova exigência, pelo Estado de Goiás, de ICMS que já foi recolhido pela impugnante ao Estado de São Paulo.

Por fim, sustenta a ilegalidade da imposição da multa, em razão do não cometimento de qualquer infração e também por seu caráter confiscatório.

O solidário autuado como representante legal do remetente pugna por sua exclusão da lide, em razão de ter deixado de integrar o quadro de administradores da empresa, antes da ocorrência dos fatos geradores registrados no lançamento fiscal.

O destinatário goiano não se manifesta, tornando-se revel.

O Julgador Singular retira da lide o solidário autuado como representante legal, e rejeita as preliminares e as razões de mérito suscitadas pelo remetente paulista, decidindo pela procedência do lançamento.

A Fazenda Pública manifesta sua concordância com a decisão singular.

Por seu turno, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário, reafirmando as teses apresentadas em sua Impugnação.

Em memorial, apresenta parecer de autoria do tributarista Roque Antonio Carraza.

Através de Resolução, Câmara deste Conselho determina diligências no sentido de se comprovar a efetiva realização das operações objeto do lançamento, através de intimação dos sócios do destinatário. Em atendimento à resolução, agentes do Fisco informaram não ter sido possível a localização dos responsáveis pelo estabelecimento comercial.

Em manifestação sobre o trabalho diligencial e em novo memorial, o sujeito passivo industrial repete as argumentações e os pedidos apresentados em fases processuais anteriores.

O sujeito passivo destinatário das mercadorias novamente não se manifestou, tornando-se perempto.

Assim, a Segunda Câmara, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela atuada, sendo a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Também por votação unânime, rejeitar a preliminar de decadência, arguida pela atuada. E, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela atuada, por erro na identificação do sujeito passivo. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Já em Recurso ao Conselho Pleno, o sujeito passivo repete todos os argumentos apresentados desde sua Impugnação. Anexa memoriais.

DECISÃO

Em seu Recurso ao Conselho Pleno, o sujeito passivo argui preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que o mesmo não forneceria, adequadamente, os indispensáveis pressupostos fáticos e jurídicos que ensejaram a sua lavratura, acarretando assim ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos. Acrescenta que a relação de notas fiscais abrangidas pela autuação não foi encaminhada para a atuada, o que impediu a defendente de, em cada caso específico, verificar se de fato ocorreu a falta de destaque e recolhimento do ICMS-ST, conforme alegado pela fiscalização.

Inicialmente, destaco que as planilhas que compõem o lançamento do crédito tributário, descrevem analiticamente operações que se caracterizam como fatos geradores do ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores.

Ademais, inexistente na legislação processual a obrigação de envio de todos os levantamentos para o sujeito passivo, juntamente com a intimação do auto de infração. Isso porque o processo, desde a sua constituição, encontra-se à disposição do sujeito passivo para ser livremente analisado, no Núcleo de Preparo Processual informado na intimação.

De qualquer forma, o sujeito passivo ora recorrente compareceu em todas as instâncias administrativas, compreendendo perfeitamente a acusação fiscal e exercendo em toda a sua plenitude o seu direito de defesa.

Por isso, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, por cerceamento ao direito de defesa.

No que se refere à preliminar de mérito de decadência, a decisão recorrida afirma que não ocorreu a perda do direito do Fisco à constituição do crédito tributário pelo lançamento, com base no argumento de que seria aplicável ao caso a regra do inciso I do art. 173 Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional (CTN).

Entretanto, a recorrente pugna pela aplicação, ao caso, do disposto no art. 150, § 4º do CTN, no qual se estabelece a contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir do fato gerador, conforme pretendido pela autuada.

Como sabemos, o CTN é uma Lei Federal, que vige com status de Lei Complementar. Por isso, para a aplicação da decadência, que é instituto que recebe disciplina especial no mencionado Código, é imperioso estudar a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nessa senda, não desconhecemos a posição daquele tribunal superior, no sentido da aplicação da regra do art. 150, § 4º do CTN, nos casos da ocorrência de pagamento, ainda que parcial. Todavia, no caso concreto, o sujeito passivo não realizou qualquer pagamento em relação aos fatos geradores objeto do lançamento. Inexistindo pagamento, não há o que se homologar, não se aplicando a regra do § 4º do art. 150, mas sim a estatuída no inciso I do art. 173 do CTN:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Assim, ocorrendo os fatos geradores em 2001, o direito de a fazenda pública lançar o crédito tributário somente extinguir-se-ia em 31.12.2006. E como a intimação da recorrente se deu em 07.12.2006, conforme se observa às fls. 111, por conservadorismo e eficiência processual adoto a posição do STJ sobre a matéria, rejeitando a preliminar de mérito.

Quanto à preliminar de exclusão da lide da recursante, destaco inicialmente que a discussão fundamental, neste processo, se consolida em dois pontos.

O primeiro, de ordem jurídica, relaciona-se à responsabilidade do industrial paulista remetente das mercadorias, pelo recolhimento do imposto devido por substituição tributária, quando da cassação das liminares que provisoriamente tenham determinado que não se procedesse a retenção.

O segundo, de ordem material, se refere à comprovação, ou não, do ingresso, em território goiano, das mercadorias descritas nas notas fiscais relacionadas pelo Fisco e objeto do presente lançamento.

É da questão jurídica que tratamos, nesta preliminar.

É o próprio CTN, em sua função de estabelecer normas gerais em direito tributário, que determina, em seu art. 97, que a sujeição passiva tributária é definida em lei, nestas palavras:

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, [...] e do seu sujeito passivo”.

A condição de sujeito passivo da obrigação tributária, da recorrente, foi definida na Lei Estadual, com base em acordos regularmente celebrados pelas unidades da federação, conforme os dispositivos a seguir transcritos.

A Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, que instituiu o Código Tributário do Estado de Goiás (CTE), tratando sobre a sujeição passiva aplicável às operações interestaduais, assim dispõe:

“Art. 49. A sujeição passiva por substituição tributária atenderá ao seguinte:

(...)

V - caso o substituto tributário ou o contribuinte não estejam localizados neste Estado, a substituição dependerá de Convênio a ser firmado com o Estado da localização do sujeito passivo(...).

Cuidando especificamente da responsabilidade do industrial na substituição tributária aplicável a operações posteriores, o CTE estabelece:

“Art. 51. Fica atribuída ao estabelecimento industrial, na condição de substituto tributário, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido nas operações internas subseqüentes, observadas as disposições estabelecidas na legislação tributária, em relação às operações com as mercadorias constantes do Anexo VI desta lei”.

O Anexo VI da lei relaciona um grande número de produtos, inclusive a cerveja:

“TABELA ANEXO VI

(Art. 51)

PRODUTOS SUJEITO À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PELAS OPERAÇÕES POSTERIORES

(...)

2203.00.00 Cervejas de malte (...).”.

E para garantir extraterritorialidade à lei estadual, conforme determinado no art. 102 do CTN, os entes federados celebram convênios e protocolos, como os Protocolos ICMS de nºs 11/91 e 19/97, assim transcritos no RCTE:

“Art. 34. São substitutos tributários, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelas operações internas subseqüentes, bem como pelo diferencial de alíquotas, se for o caso:

(...)

II - em relação à mercadoria constante do Apêndice II, os seguintes contribuintes, estabelecidos neste ou em outra unidade da Federação:

(...)

d) o industrial fabricante, o importador, o arrematante de mercadoria importada apreendida ou abandonada, ou o engarrafador de água, estabelecido neste Estado ou nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Tocantins e Distrito Federal, na remessa de cerveja, inclusive chope, refrigerante e água mineral, destinadas ao Estado de Goiás (Protocolos ICMS 11/91 e 19/97);

NOTA: Redação com vigência de 23.11.00 a 10.06.07”.

Por fim, o Apêndice II do Anexo VIII da lei relaciona um grande número de produtos, inclusive a cerveja, com se segue:

“APÊNDICE II

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ESTABELECIDA POR CONVÊNIO OU PROTOCOLO

(Anexo VIII, art. 32, § 1º, inciso II)

NOTAS:

01. As mercadorias a que se refere este Apêndice estão relacionadas de acordo com os códigos da nova Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado-NBM/SH-, que incorporou a codificação prevista na Nomenclatura Comum do MERCOSUL-NCM-, a partir de 1º de janeiro de 1997, por força do Decreto Federal nº 2.092/96.

02. Quando houver divergência entre a descrição constante deste Apêndice e a utilizada pela NBM/SH, deve prevalecer, sempre para efeitos de aplicação do regime de substituição tributária, a descrição adotada por este anexo;

CÓDIGO DA NBM/SH MERCADORIA IVA%

I - BEBIDA

(Protocolo ICMS 11/91 e 19/97)

1) CERVEJA

2203.00.00 Cervejas de malte, inclusive chope, em qualquer recipiente, cujos IVA são:

a) na operação em que o remetente for industrial, importador, arrematante ou engarrafador 140

b) na operação em que o remetente for distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista:

1. cerveja 70

2. chope 115"

Entendo que uma medida liminar, em razão de seu caráter precário e transitório, não tem o condão de inverter o pólo da sujeição passiva, que é definida em lei ordinária, cuja extraterritorialidade é garantida pelo CTN e por acordo firmado entre unidades federadas.

O Poder Judiciário não tem, entre as suas atribuições, a de definir sujeição passiva. Tal função é reservada à lei, no ordenamento jurídico pátrio.

Acrescento que, após ter sido intimada a não proceder a retenção, a recorrente poderia ter agido preventivamente, pleiteando junto ao Poder Judiciário, proteção cautelar no sentido de que o destinatário, detentor da medida liminar, fosse obrigado a depositar em juízo o valor correspondente ao imposto não retido, até o julgamento do mandado de segurança.

Ademais, a remetente industrial beneficiou-se economicamente nas operações em comento sim, pois colocou no mercado bebidas não oneradas financeiramente pelo imposto retido. Assim, tanto o industrial quanto os comerciantes puderam alavancar as suas vendas com menores preços finais e/ou garantir maiores margens de lucro.

Destaco que, em seu voto sobre a preliminar, o ilustre relator, Conselheiro Edson Abrão da Silva, a quem muito respeito pela inteligência e pelo saber jurídico ímpares, cita voto do Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira, proferido no Acórdão nº 3179/03. Com todo o respeito às argumentações apresentadas na referida decisão, destaco que em julgamentos posteriores o autor do voto alterou sua posição.

Ante o exposto, voto rejeitando a preliminar de exclusão da lide da recorrente.

Como mencionei anteriormente, a discussão fundamental, neste processo, se consolida em duas questões.

A primeira, de ordem jurídica, já foi enfrentada quando da apreciação da preliminar de exclusão da lide do solidário.

Da segunda, de ordem material, se trata na apreciação do mérito. Relaciona-se à comprovação, ou não, do ingresso, em território goiano, das mercadorias descritas nas notas fiscais relacionadas pelo Fisco e objeto do presente lançamento.

Se discute se as operações, descritas pelo pólo passivo em seus documentos fiscais, tiveram como efetivo destinatário contribuinte estabelecido no Estado de Goiás.

Aqui investigo.

O Estado de Goiás possui grande extensão territorial e de fronteiras. Pelas suas características físico-geográficas, em especial pela existência de divisa seca em diversas regiões, é perfeitamente possível o ingresso de mercadorias em nosso território, sem o registro ou controle, pela fiscalização de trânsito.

Aliás, esta situação é bastante frequente. Pessoalmente, já tive a oportunidade de lançar crédito tributário contra grandes empresas do grupo de bebidas, também negociadas com cláusula FOB. Naquela oportunidade, foram levantadas cerca de 2500 (duas mil e quinhentas) operações realizadas com destinatários goianos, que naquele caso burlavam a fiscalização de trânsito com o fito de escapar do regime de substituição tributária pelas operações posteriores.

Obviamente, também é possível que as mercadorias objeto do presente lançamento tenham sido desviadas e efetivamente entregues em São Paulo, como sugerido pelo pólo passivo.

Mas saliento que o simples fato de a recorrente ter optado, por questões empresariais e baseada em auditoria interna, conforme alegado pela própria defesa, pelo pagamento de crédito tributário para o Estado de São Paulo não constitui prova de que as mercadorias não foram destinadas a Goiás. Tampouco cabe aos contribuintes eleger o sujeito ativo das obrigações tributárias, pois estes são definidos em Lei.

Alguns julgadores, na sustentação de seus votos, trabalharam com máximas de experiência, conforme autorizado pelo Código de Processo Civil, que tem aplicação subsidiária no processo administrativo tributário. Assim, se sustentou em plenário a participação, ou não, da recorrente, em um esquema fraudulento destinado a lesar o erário, em grandes montantes de recursos.

Todavia, particularmente entendo que a motivação principal para decidir esta questão material é de ordem documental.

E sobre isso, destaco que as declarações prestadas pelos sujeitos passivos gozam de presunção de veracidade.

Saliento que a principal declaração que os sujeitos passivos de obrigações tributárias, principais ou acessórias, prestam ao Fisco, é instrumentalizada através de seus documentos fiscais. O sujeito passivo, no caso o industrial paulista, autorizado pelo Fisco de sua circunscrição, emitiu documentos fiscais declarando como destinatária empresa comercial goiana. Trata-se, aqui, de documentos emitidos pelo remetente industrial, empresa conceituada no mundo empresarial, regularmente estabelecida há muitos anos. Vale dizer que, para a emissão de seus documentos, a remetente certamente se cerca de um cadastro de clientes com informações consistentes, de forma a garantir a veracidade das declarações prestadas, tais como os destinatários das mercadorias, pelos quais inclusive é remunerada, para a preservação e ampliação de seu negócio.

Ressalto que inexistente, no processo, qualquer prova capaz de desconstituir as declarações prestadas pelo industrial em seus documentos fiscais.

Por essas razões, presumo idôneas as notas fiscais emitidas, relacionadas pela fiscalização, relativas às operações objeto do lançamento.

Com este fundamento jurídico, com todo o respeito à brilhante argumentação trazida ao processo pelos respeitáveis tributaristas Jorge Henrique Amaral Zaninetti e Roque Antonio Carrazza, entendo que o lançamento do crédito tributário foi muito bem construído, por autoridades fiscais integrantes do valoroso quadro da Gerência de Substituição Tributária, não estando a merecer reparos.

Ante o exposto, em consonância com a maioria de meus pares, conheço do recurso voluntário e nego-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou procedente o Auto de Infração.

VOTO VENCIDO

Solicitei a elaboração deste voto vencido porque na sessão de julgamento plenário do processo, na avaliação da constituição do crédito tributário e na conferência das fundamentações e das contraprovas do recurso do contribuinte, a minha conclusão de voto divergiu, em alguns pontos, da prolatada pelo Conselheiro autor do voto vencedor.

Externo o meu voto na certeza de que o registro da opinião divergente provoca discussões sobre a aplicação da legislação tributária e sobre a forma do cumprimento da tarefa funcional da autoridade administrativa competente, que a executa para buscar as possíveis receitas tributárias pendentes.

Minha divergência refere-se a questões preliminares e de mérito, sobre as quais passo a argumentar.

Quanto à preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, entendo que assiste razão ao sujeito passivo, quanto sustenta que o mesmo não fornece, adequadamente, os indispensáveis pressupostos fáticos e jurídicos que ensejaram a constituição do crédito tributário, acarretando assim ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos. Ademais, o não encaminhamento, para a autuada, da relação de notas fiscais abrangidas pela autuação, dificultou a tarefa da defendente de, em cada caso específico, verificar se de fato ocorreu a falta de destaque e recolhimento do ICMS-ST, conforme alegado pela fiscalização.

Já com referência à preliminar de mérito de decadência, o entendimento externado no voto vencedor é que o recolhimento do imposto por substituição tributária não ocorreu e, ante esta falta, aplica-se a regra do inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional para a contagem do prazo de decadência e não a do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional. Ocorre todavia que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento firme no sentido de que, nos tributos sujeito a lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, a regra aplicável é a do art. 150, § 4º. Por isso, acolho a preliminar de mérito de decadência.

Já quanto à preliminar de exclusão do sujeito passivo da relação processual, o entendimento expresso no voto vencedor é que o remetente poderia ter se acautelado e não o fez, se beneficiando com a transação mercantil.

Todavia, destaco que as empresas destinatárias goianas foram integralizadas com capital mínimo, e com o seu não comparecimento ao processo, não houve comprovação do recebimento da efetiva entrada, em Goiás, das mercadorias objeto do lançamento. Ademais, a autuação decorreu das operações comerciais realizadas entre o fornecedor sediado no Estado de São Paulo e o adquirente deste Estado, cujas remessas das mercadorias se fizeram com a obrigação de ser recolhido o imposto por substituição tributária e com a condição de “free on board” – FOB, motivo pelo qual a parcela do imposto substituído ficou sob a responsabilidade do comprador.

De acordo com as escriturações fiscais, que foram examinadas pela fiscalização, observei que a autuada emitiu os documentos fiscais com obediência a normas do documentário fiscal vigente, porém não destacou a retenção do ICMS na fonte porque, com o entendimento de que existia ilegalidade na legislação tributária goiana, a empresa adquirente impetrou Mandado de Segurança com pleito de afastar a sistemática de retenção do imposto na fonte exigida no Estado de Goiás.

A Justiça de Goiás deferiu o pedido liminar à empresa distribuidora adquirente com a determinação de não-retenção do ICMS – Substituição Tributária pelas operações comerciais seguintes, fato comprovado pela documentação instrutória das peças de defesas.

Como a liminar do Mandado de Segurança foi revogada, tanto a fiscalização paulista quanto a goiana atuaram o sujeito passivo pela falta de

cumprimento de obrigação tributária principal, já que a empresa goiana não tinha efetuado os recolhimentos do imposto por substituição tributária.

Observei que nas operações realizadas entre o fornecedor, distribuidor paulista, e o adquirente, comprador goiano, que usufruía os efeitos da concessão da medida liminar, deliberada para suspender o recolhimento do imposto por substituição tributária pelas operações posteriores, ou seja pelas aquisições, a empresa fornecedora tornou-se impedida de efetuar os pagamentos e de repassá-los a Conta do Tesouro Estadual.

Considero que o procedimento da empresa fornecedora não afrontou as normas da legislação tributária goiana, visto que ela cumpriu a ordem judicial tão somente e recebeu do adquirente o valor comercial das mercadorias repassada a este território sem o somatório da parcela do imposto retido, o que resultou o destaque apenas do imposto devido no Estado remetente das mercadorias vendidas.

Com isto, entendo que cabe ao adquirente das mercadorias a obrigação tributária de repassar ao seu Estado o imposto gerado pela substituição tributária pelas operações seguintes, conforme instituição formalizada no Estado de Goiás.

Nesse sentido, as regras da legislação tributária interna – arts. 45, inciso VIII e 48 do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97 - atribui o crédito gerado pela entradas das mercadorias ao estabelecimento adquirente, operação esta considerada pelo regime normal de pagamento do imposto, visto o afastamento da substituição tributária pela medida judicial.

O meu entendimento é que, no caso de cassação da liminar, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é de quem impediu o fornecedor de efetuar o recolhimento do imposto por substituição tributária e repassá-lo ao Estado adquirente. Como a empresa vendedora não recebeu o valor do imposto por substituição tributária pelas operações posteriores, ela também não possui numerário a ser repassado a este Estado. Finalmente, ela não deu causa à suspensão do pagamento do imposto por substituição tributária para frente e não é autora da ação judicial que deferiu a liminar que vetou a retenção do pagamento do imposto de direito do Estado de Goiás.

No mesmo sentido se manifestou o Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira, através do Acórdão nº 3179/03, que transcrevo a seguir:

“Cuida-se de recurso para o Conselho Pleno interposto por [...] contra decisão cameral que julgou procedente auto de infração, lavrado em seu desfavor, no qual lhe é feita a acusação de que deixou de recolher ao Erário Estadual de Goiás, dentro do prazo legal, na condição de substituta tributária, nos termos dos Convênios 105/92, 111/93 e 112/93, o ICMS no valor de R\$ 778,41 (setecentos e setenta e oito reais e quarenta e um centavos), referente a saída interestadual de lubrificantes destinados a empresa [...], estabelecida em no município de Piranhas, neste estado.

A empresa destinatária, autuada como solidária, embora intimada na forma legal, não apresenta recurso.

A irregularidade apontada na peça de início teria acontecido no período de janeiro e fevereiro de 1997, constando do processo que a empresa destinatária seria, a esta época, detentora de liminar, expedida pelo Juízo da Comarca de Piranhas-GO, concedida nos autos da Ação de Mandado de Segurança, processo nº 216/95, por força da qual suas aquisições de combustíveis e lubrificantes não poderiam ser submetidas ao regime de substituição tributária.

Em suas razões de recurso, a [...] alega, em preliminar, a existência de *erro na identificação do sujeito passivo*, o que estaria consubstanciado pelo fato de ter sido impedida de fazer a retenção e recolhimento do imposto de seu cliente “em razão de ter ele obtido liminar em mandado de segurança” suspendendo a aplicação do regime de substituição tributária, pelo que “foi a recorrente oficiada do teor daquela medida liminar, na qual restou determinado pelo Juízo que não promovesse a retenção e recolhimento do ICMS nas vendas feitas ao cliente amparado por aquela ordem judicial”.

Nesse mesmo sentido, afirma ainda que “a subjugação a esta ordem, emanada do Poder Judiciário, constitui preceito e imposição constitucional e penal e atinge, também, qualquer pessoa, física ou jurídica, que possa estar envolvida no fato ou ato inquinado de ilegal ou abusivo, **ainda que não seja parte na ação**, sob pena de desobediência à ordem judicial, crime previsto no art. 330 do Código Penal”.

Diz ainda que “os efeitos da decisão contrária proferida no mandado de segurança cassando a medida liminar anteriormente concedida somente pode vir a atingir o impetrante que foi parte legítima e ativa na ação mandamental, jamais, entretanto, um terceiro, que não participou, ativa ou passivamente de relação processual em espécie” e que no caso sob exame “o Estado está a pretender que a Recorrente responda e se responsabilize, durante um período em que vigeu decisão judicial, pelo pagamento de um imposto (ICMS) que passou a ser de integral responsabilidade da empresa que obteve medida liminar com a finalidade de não lhe ser retido e recolhido, pela distribuidora/vendedora (ora recorrente)”.

De início, é mister que nos detenhamos na questão preliminar levantada, para depois, se for o caso, nos pronunciarmos sobre *meritum causae*.

Como abordagem preambular à questão posta preliminarmente, julgamos necessária uma análise do instituto da substituição tributária pela operações posteriores, nos moldes como se acha previsto em nosso ordenamento jurídico atual.

Como se sabe, o Direito Tributário é um direito de superposição. Colhe os institutos e conceitos jurídicos existentes no direito privado (civil e comercial) e a partir deles estabelece os seus próprios conceitos e institutos. Assim é que a *abertura da sucessão* constitui hipótese de incidência do imposto sobre

transmissão *causa mortis*; a *propriedade* constitui fato imponible do IPTU; o *ato mercantil* constitui, em essência, a base fática para a exigência do ICMS; etc.

Assim é que se diz que o direito se prevalece do direito, a fim de viabilizar o suprimento das necessidades financeiras do Estado, isto porque, na feliz expressão de Maria de Fátima Ribeiro, “o direito tributário pode utilizar institutos de direito privado, com a ressalva de fixar os efeitos jurídicos próprios”. (*Comentários ao Código Tributário Nacional, RJ, Forense, p. 250*)

No presente processo, antecedendo o *fato gerador presumido* há uma relação jurídica comercial que se estabeleceu entre a [...], vendedora dos produtos (gasolina, óleo diesel e lubrificantes) e a empresa adquirente. Cuida-se de negócio jurídico bilateral, denominado compra-e-venda mercantil, pelo qual as partes assumem obrigações mútuas, uma a de entregar o bem objeto da transação (mercadoria) e a outra a de pagar o preço pactuado.

O Estado, aproveitando-se deste aspecto da realidade jurídica que envolve as operações mercantis, resolveu atribuir ao primeiro (vendedor) o *munus público* de receber o imposto que seria devido, no futuro, pelo segundo (comprador) e repassá-lo aos Cofres Estaduais. Assim, a obrigação do vendedor, chamado substituto tributário, de reter e repassar o imposto ao Fisco, é obrigação decorrente da obrigação futura do comprador, cujos efeitos são antecipados. Uma obrigação depende da subsistência da outra. Por isso, o art. 10 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, estabelece que é assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago quando o fato gerador presumido que não se realizar. Esta cláusula tem o efeito de anular a substituição efetuada: por óbvio, se não há relação jurídica originária (aquela que decorre do fato gerador), não pode permanecer a derivada (decorrente da responsabilidade tributária).

Destarte, o desenho visível da substituição tributária para frente nos indica a existência de duas relações jurídicas: uma que vincula ao Estado aquele que pratica o *fato gerador presumido*, chamado de **contribuinte** substituído – cuida-se de relação jurídica básica, fundamental, sem a qual é impossível se falar em substituição tributária; a outra é a que vincula ao Estado o responsável pela retenção e repasse do imposto, atividade esta que fica a cargo do **substituto** tributário, que não é o contribuinte, vez que não pratica o fato gerador. Como já dissemos, a primeira relação jurídica é originária, a segunda derivada.

Cumprida a obrigação derivada, tem-se por cumprida a originária, vez que ambas têm, em essência, o mesmo objeto. O *discrimen* está no papel (aspecto formal) atribuído a cada uma das partes obrigadas. Ao contribuinte substituído – cuida-se de expressão legal – cabe pagar o imposto relativo ao *fato gerador futuro (presumido)* ao substituto juntamente com as mercadorias que está adquirindo. Diz, então que o substituto, ao receber o valor do imposto do contribuinte, está efetuado a *retenção* do imposto que seria devido em relação ao fato gerador futuro. Ao substituto, uma vez feita a retenção, cabe fazer o repasse do dinheiro de que é depositário ao Estado.

Assim, pode-se depreender que a substituição tributária para frente, possível em face da ocorrência de negócio jurídico de compra-e-venda mercantil, operacionaliza-se, em relação a *fato gerador futuro*, por meio da atividade positiva do substituto consistente em:

- efetuar a retenção do imposto, e
- repassar o imposto retido aos Cofres Públicos

Este é, em síntese, o papel do substituto tributário.

De se destacar que a retenção se faz em relação à obrigação que deverá ser devida em face do fato gerador futuro. É, portanto, condicional. Não é definitiva, vez que a própria lei prevê, como já visto, mecanismos para o seu desfazimento (restituição ao substituído).

Por outro lado, como a retenção vincula-se a fato futuro, cuida-se, na prática, de uma antecipação de receita, ou seja, por ela antecipa-se o recolhimento do imposto, pendente o fato gerador presumido, cuja realização constitui condição resolutória para o seu aperfeiçoamento, isto é, a *legitimidade* da prática arrecadatória do Estado. Inocorrido o fato presumido, ilegítima se faz a cobrança, impondo-se a restituição.

A melhor síntese do regime de substituição tributária pode e deve ser extraída do § 7º do art. 150 da Constituição Federal, o qual expressa que “a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

Sem dúvida, na linguagem constitucional o “fato gerador presumido” é o “fato gerador que deve ocorrer posteriormente”. Cuida-se, pois, de fato gerador real e não da presunção de um fato. A ocorrência é necessária para viabilizar a substituição. A expressão *fato gerador presumido* está a indicar que o legislador chamou à existência os efeitos do fato antes que ele tivesse ocorrido, configurando a *antecipação*. Destarte, não se pode querer que o fato gerador presumido seja a causa da obrigação do substituto, numa invocação errônea do art. 114 do CTN. O *fato gerador futuro* fará nascer a relação jurídica obrigacional imputável ao contribuinte substituído – relação jurídica originária. A obrigação do substituto – relação jurídica derivada – nasce da lei, a qual lhe atribui a *condição de responsável* (por substituição) pela dívida de terceiro, vale dizer, pelo adimplemento da obrigação original do substituído e em nome deste, segundo a técnica de retenção/repasse do imposto.

Pois bem, feita esta análise inicial, resta-nos estudar os efeitos do provimento cautelar obtido pelo contribuinte substituído, nos moldes em que o foi, se a sua cassação confere ao Estado o direito de exigir o imposto – que não foi retido durante a vigência da medida liminar – do substituto tributário, como é a pretensão do Fisco no presente processo.

Como já visto, a obrigação do substituto consiste, essencialmente, em reter o imposto do substituído, relativamente ao fato gerador porvindouro, e, em seguida, repassa-lo ao Erário Estadual. A técnica de retenção implica a quantificação do imposto devido em relação ao fato gerador futuro, mediante a estimação da base de cálculo de substituição, e a sua cobrança do substituído. Operacionalmente, calculado o imposto retido, este é destacado e o seu valor é somado ao preço da mercadoria, para o fim de recebimento do destinatário (substituído). Assim, numa operação cujo valor próprio é de R\$ 1.000,00, se o imposto retido corresponder a R\$ 250,00, o substituto deve cobrar do substituído o montante de R\$ 1.250,00 e entregar R\$ 250,00 ao Estado.

Assim, num dado momento, o substituto passa ser 'depositário fiel' do imposto que reteve, assumindo a obrigação de repassá-lo ao Tesouro Público.

Isto, obviamente, quando a retenção é efetivada, o que não é o caso do presente processo.

Tem-se aqui que o adquirente obteve provimento judicial, via liminar, que impôs a suspensão do regime de substituição tributária em relação às suas aquisições de combustíveis e lubrificantes feitas junto às Distribuidoras. Com isso, a [...] viu-se impedida de efetuar a retenção e o conseqüente repasse do imposto para o Estado.

Observa-se que não houve omissão da [...], mas tão-somente o cumprimento de ordem judicial, pelo que ela não mais poderia proceder à retenção do imposto, passando, então, a receber do adquirente de seus produtos apenas o valor próprio das mercadorias vendidas, sem o acréscimo do imposto retido.

Desta forma, a ordem emanada do Poder Judiciário afastou a incidência da norma que impunha obrigação à [...], ficando afastada a relação jurídica derivada (substituição) e remanescendo apenas a relação jurídica originária, aquela que vincula o adquirente (contribuinte substituído) ao Estado.

Noutras palavras, caberá ao adquirente proceder ao pagamento do imposto devido em relação aos fatos geradores que fizer ocorrer segundo as regras normais de apuração e recolhimento previstos na legislação tributária.

Ressalte-se que é a própria legislação tributária estadual que aponta neste sentido ao fixar regras expressas para o procedimento a ser adotado pelo "detentor de medida judicial liminar suspendendo a aplicação do regime de substituição tributária".

No art. 45, VIII do Anexo VIII do Decreto n.º 4.852 de 29 de dezembro de 1997, encontra-se seguinte disposição:

"Art. 45. O imposto retido constitui crédito na ocorrência das seguintes situações, envolvendo mercadoria já alcançada pela substituição tributária:

[...]

VIII - operação com destino a contribuinte detentor de medida judicial liminar suspendendo a aplicação do regime de substituição tributária.”

É claro que a disposição se refere a uma eventual situação em que tenha sido retido o imposto numa operação com destino ao “detentor” da liminar.

Todavia, o que é importante notar é que só se atribui *crédito* para se abater com o *débito* do imposto, o que indica que o contribuinte protegido pela liminar estará, nos termos da legislação estadual, operando segundo o regime normal de apuração (débito × crédito do imposto).

Como reforço ao dispositivo acima transcrito, o art. 48 da mesma norma prevê:

“Art. 48. Na operação com destino a contribuinte detentor de medida judicial liminar suspendendo a aplicação do regime de substituição tributária, o crédito corresponde ao valor do imposto pago pelo substituto, inclusive da parcela retida, na proporção da quantidade saída, calculado sobre o valor que serviu de base de cálculo à retenção, deve ser escriturado no mês em que ocorrer a operação posterior, mediante o lançamento no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo OUTROS CRÉDITOS, com a expressão: IMPOSTO RETIDO - REMESSA PARA DETENTOR DE MEDIDA JUDICIAL LIMINAR (Convênio ICMS 81/93, cláusula segunda, § 2º).”

Assim, não há dúvida: afastada a aplicação do regime de substituição tributária, remanesce o regime normal de apuração do imposto.

Como consequência, cassada a liminar não se pode exigir da [...] o imposto que seria devido por substituição tributária, relativamente às operações ocorridas ao tempo em que vigorou a medida acautelatória. Primeiro, porque ela não é contribuinte daquele imposto; quem dele constitui-se contribuinte é o adquirente que deverá pagá-lo segundo o regime normal de apuração. Segundo, porque ela não fez a retenção (foi impedida de fazê-lo) e não dispõe de dinheiro algum para *repassar* ao Estado. Terceiro, porque a relação jurídica remanescente, não prejudicada pela medida liminar, vincula tão-somente as pessoas do contribuinte substituído e do Estado. Quarto, porque não deu causa à suspensão do regime de substituição tributária, já que não figura como autora da ação que afastou a aplicação daquele regime.

Por isso, *in casu*, não tem lugar a aplicação do verbete da Súmula nº 405 do STF, que diz que “denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”. É que, por óbvio, a retroação refere-se unicamente à relação jurídica existente entre a pessoa do impetrante (autor) e a do impetrado (Estado), não se dirigindo a terceiros. Basta se visualizar o mandado de segurança numa relação simples entre autoridade coatora e administrado, para se ter o alcance do verbete sumular.

Por outro lado, se prejuízo houve ao Erário, porque o contribuinte substituído, que se insurgiu contra a antecipação do recolhimento do imposto, deixou de recolhê-lo ao tempo próprio (por ocasião da realização do fato gerador presumido), somente ele deve responder pela obrigação tributária respectiva. É a aplicação do princípio contido no art. 811 do CPC, pelo qual o “requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida”.

A [...] nada requereu. Não é parte na ação em que foi concedida a medida liminar. Apenas obedeceu à ordem judicial. Não é justo que seja punida com a diminuição de seu patrimônio, para pagar imposto devido por terceiros, justamente porque se submeteu à ordenança do Poder Judiciário. Ao que se sabe, num Estado de Direito, a punição é justamente para os que desobedecem e não para os que respeitam a ordem jurídica instituída.

Há, entretanto, quem invoque a natureza jurídica da suspensão liminar, ou seja, o “caráter provisório” de que se revestem as medidas acauteladoras para justificar, *in casu*, uma possível imputação de responsabilidade ao substituto tributário. Dizem que se a [...] sabia que a liminar era uma medida provisória e, portanto, precária então ela estava assumindo risco ao negociar com “detentor” da liminar.

Com efeito, ninguém discute a natureza provisória da suspensão liminar. É de Calamandrei o ensinamento clássico de que as medidas cautelares correspondem a “antecipação provisória de certos efeitos da providência definitiva, e destinada a prevenir o dano que poderia derivar do retardamento da mesma providência”. (*Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautellare, Padua, 1932, p. 22*)

Porém, há que se divisar que a [...] não é parte autora, não figura como requerente na ação em que foi concedido o procedimento acautelatório. Na verdade, tanto a [...] como o Estado se situam em posição oposta à do autor da ação, uma vez que foram inibidos pela medida judicial. Como já foi dito, a [...], enquanto substituta tributária, cumpre um *munus publico* que lhe foi imposto e atua como *agente do poder público*, representando o Estado, com a função reter e depois repassar o valor do tributo para os Cofres Públicos.

É por isso que a suspensão provisória do regime de substituição tributária, enquanto durar a medida, traz à tona o regime normal de apuração. Afastado o regime especial, emerge o regime normal. Retirado o papel do substituto, remanesce o papel do contribuinte substituído, este, sim devedor do tributo.

Este entendimento, aliás, é expresso com clareza e precisão no voto do Conselheiro Antônio Augusto Silva Pereira de Carvalho, proferido nos autos do processo nº 5-1713/96, julgado pelo TIT – Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, em 08/06/99, do qual transcrevemos a parte abaixo:

“O Recurso é de ser conhecido, eis que atendidos os pertinentes requisitos de admissibilidade. As preliminares argüidas pela Recorrente confundem-se com o

mérito; como tal serão analisadas. A Contribuinte, cujo CAE corresponde ao número 77.000 – Posto de Revenda de Combustíveis – bateu às portas do Poder Judiciário e obteve decisão liminar por meio da qual restou afastado o regime de substituição tributária com retenção antecipada do imposto, desaparecendo, portanto, as figuras do “substituto” e “substituído”. Via de conseqüência, deixou a Recorrente de ser “contribuinte substituída” e passou a ocupar a posição de simples “contribuinte”. Diante disso, tornou-se obrigada ao recolhimento do imposto relativo às suas próprias operações de venda de mercadorias. Como é cediço e certamente não desconhece a Recorrente, no regime de substituição tributária com retenção antecipada do imposto, o contribuinte substituído não paga o imposto pelas operações que não lhe são próprias, mas apenas retém – e posteriormente recolhe aos cofres públicos – o montante relativo às operações subseqüentes à sua; o desembolso, na realidade, é feito pelos seguintes componentes da cadeia de comercialização, na respectiva proporção. Ora, no caso concreto, impedido o desenvolvimento de tal regime, como o foi pela referida decisão do Poder Judiciário, ficou a cargo da própria Recorrente o recolhimento do imposto pertinente às suas próprias operações, cabendo frisar que em nenhum momento fora desobrigada do pagamento. Decerto que a decisão liminar foi posteriormente cassada; todavia, permaneceu intocado o dever de pagar o imposto, dever este cujo cumprimento sempre coube à Recorrente. A cassação da liminar não implica, como quer a Recorrente, que o imposto devido em função de suas vendas seja “devido pelo estabelecimento distribuidor de combustíveis” (sic). (*Relator: ANTÔNIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO; 5ª Câmara Suplementar; Processo Nº: DRT. 5-1713/96; Data da sessão: 08/06/99; Recurso: NÃO PROVIDO; Publicado no Boletim TIT : nº 339, em 21/08/99*).

Além disso, tenho por importante a percuciente análise feita pelo eminente professor da PUC-SP, Doutor Marco Aurélio Greco, que abordando a questão ora *sub examine* assim se manifestou:

“A existência de medida judicial que proíbe o substituído de exercer seu poder/dever, analisado em item acima, implica a não-configuração dos dois requisitos para a deflagração do vínculo de *engagement*, pelo qual o substituído responderia pela dívida diretamente perante o Fisco. Realmente, a operação própria do substituído é o fato sobre o qual incide a norma jurídica que acarreta o nascimento do poder/dever. Se, antes de sua ocorrência, foi deferida e executada a medida liminar que suspende a aplicação da norma em questão, e tendo ela determinado a não-execução do poder de cobrar, porque o titular da dívida e da sujeição ao poder se rebelou contra a sistemática, a decisão judicial *inibiu a incidência da norma de substituição*, neutralizando, naquele instante, sua exigibilidade e pondo-se (como é da natureza de um sem número de decisões judiciais em matéria fiscal) entre a determinação legal abstrata e o direito individual que, embora provisoriamente, visou proteger.

Ou seja, suspendeu-se a aplicabilidade de todo o mecanismo de antecipação/substituição tributária, de modo que, no instante em que ocorreu o fato que iria gerar o dever do substituído, a norma legal estava com sua eficácia inibida, não chegando, pois, a incidir. Naquele tempo, aquela operação *do ciclo* não ensejou o exercício do poder instrumental de caráter instantâneo, pois a ordem judicial afastou a posição de *sujeição* (suportar a cobrança em separado do imposto) e, sem esta, não há objeto do dever de pagar de que estaria investido o substituído.

Decisão judicial é norma individual. Assim, naquele instante, incidiu uma norma (a judicial) que determinava a não cobrança. O substituto estava *proibido de agir/cobrar* e proibido de operacionalizar a sistemática da substituição. Afastou-se o regime específico e, em princípio, voltou-se ao regime normal (salvo, neste ponto, se a legislação, por alguma imperfeição, não comportar esta consequência). Mas o afastamento do regime da substituição e a liberação do substituto do seu dever foram absolutamente inequívocos. Com a cassação da medida liminar, não há incidência “retroativa” da norma de substituição, para fazer renascer um dever como se tivesse existido desde o passado. O fato (= venda ao substituído) ocorreu na vigência da medida liminar que afastava a norma determinante do dever de agir como agente de arrecadação.” (*Substituição Tributária: ICMS - IPI - PIS - COFINS; São Paulo: IOB, 1998; p. 156/157*)

Complementando o raciocínio, em ilustrativa síntese didática, conclui o renomado professor:

“Digamos de outra forma.

A substituição é atribuída a uma operação (por exemplo, janeiro/94) que se prevê venha a deflagrar operações subseqüentes que são fato gerador do imposto. A cobrança do imposto é feita em contemplação dos fatos que ocorrerão após aquele momento e como etapas subseqüentes do ciclo *daquela mercadoria*. Se a liminar é cassada em 1995, não há um fato gerador posterior a justificar a exigência (falta-lhe a “futuridade”).

Não é mais possível captar a operação que vai deflagrar as subseqüentes porque é um evento já ocorrido em tempo passado; nem existem mais as circunstâncias materiais que permitiriam proceder à “arrecadação do tributo” pelo substituto junto ao substituído, pois, tendo evoluído no ciclo, a mercadoria pode ter ensejado os efetivos fatos geradores da dívida e, então, o tema será aferir a sua eventual ocorrência e não mais exigir o imposto “por previsão”.

Se não há como cumprir o “poder/dever” que lhe caberia, seja porque não há incidência retroativa seja porque o tempo é irreversível e os fatos que permitiriam operacionalizar a antecipação já ocorreram no passado, *não há também como falar em descumprimento de dever*, sendo assim, por consequência, *não há como falar em responsabilidade do substituto por esse descumprimento.*” (*Op. cit. p. 159*)

Analisando a questão sob ótica processual, continua o eminente tributarista:

“O substituto, nesta hipótese, não figura nem como Requerente nem como Requerido; é um *terceiro* que, pelas circunstâncias inerentes à natureza da questão, podia vir a realizar determinada conduta em cumprimento à determinação da legislação e que é de interesse do Requerido, mas que atingiria o interesse do Requerente. Pela operacionalização da substituição, o substituto ou estaria agindo por delegação de função, ou se encontraria como que de posse do “objeto do litígio” entre Requerente e Requerido: o montante do imposto.

[...]

A responsabilidade tributária de que estava investido o substituto cessou no instante em que houve decisão judicial determinando que se comportasse de modo

diferente. A responsabilidade pelos efeitos do processo judicial é de quem lhe deu causa, e não do terceiro que apenas deu cumprimento à ordem judicial.

Em suma, resulta nítido não ser procedente a posição sustentada por alguns de que, na medida em que a lei prevê o regime de substituição, a mercadoria alcançada estaria sujeita apenas a este regime de recolhimento e, sendo este mecanismo inaplicável, então o Fisco não poderia cobrar de ninguém mais o imposto, porque não haveria lei que regulasse a hipótese. Esta tese não procede. A substituição é apenas a criação de uma responsabilidade por dívida alheia. O substituto responde por dívida alheia, mas esta continua sendo "alheia", vale dizer, continua sendo dívida do substituído que, aliás, foi o autor da demanda e aquele que assumiu o risco do seu desfecho. Subsiste a responsabilidade do substituído, no caso de perda da demanda.

[...] Lembre-se que há dois regimes: o do período de apuração, aplicado na generalidade dos casos, e o da substituição, de caráter excepcional (tanto que revestido de amplas garantias para o contribuinte). Afastada a aplicação da norma que excepciona, restaura-se a aplicabilidade da norma geral que já existia. Não há criação de norma pelo Judiciário; apenas se afasta a norma especial. Portanto, subsiste a dívida do substituído, dele exigível." (*Op. cit. p. 161/163*)

Por fim, no que respeita a inaplicabilidade da Súmula 405 do STF, eis as razões aduzidas pelo autor destacado:

"Em primeiro lugar, a Súmula está se referindo às conseqüências que advêm *para o Impetrante* pela perda do mandado de segurança. Não está se referindo ao terceiro. Em segundo lugar, a retroação refere-se aos efeitos ligados à relação jurídica de que está investido o Impetrante, e que foram suspensos pela medida provisória. Não se refere a efeitos de outras relações (dos terceiros). Em terceiro lugar, a retroação é dos *efeitos jurídicos* da medida, e não dos efeitos de fato, especialmente quando se está perante uma situação em que a prática da conduta determinada implica situação de fato *materialmente irreversível*. Se a medida liminar suspende uma relação de "dívida", esta irá restaurar-se plenamente com a revogação da liminar. Mas, tratando-se de uma relação de "responsabilidade", ela não tem condições materiais de ser atuada no momento presente, pois não existem mais as condições fáticas para isso, nem existe o objeto sobre o qual incidir. Esgotou-se materialmente o seu suporte fático." (*Op. cit. p. 163/164*)

Diante do exposto, acolho a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo, argüida pela empresa [...], para excluí-la da relação jurídica processual e, em consonância com a Jurisprudência desta Casa, declarar nulo 'ab initio' o processo".

No mérito, corrobora com a necessidade de afastamento da exigência do imposto contido no lançamento de ofício, a ausência de comprovação da entrada das mercadorias neste Estado, dado que não obstante a grande quantidade de operações realizadas entre fornecedor e cliente não há prova de que as mercadorias tenham ingressado neste território goiano.

As peças de defesa registram que a atuada recolheu o imposto devido ao Estado de São Paulo, o que confirma a existência de circulação dos bens de comercialização, mas a fiscalização deste Estado não instruiu o seu trabalho com a comprovação de que os produtos adentraram no estabelecimento adquirente. Além

disso, as operações de venda se fizeram com cláusula FOB, ou seja que o comprador retiraria a mercadoria na plataforma do seu estabelecimento comercial.

Diante das divergências registradas nos parágrafos anteriores, concluo que o imposto reclamado não é devido.

Por isso, conheço do recurso ao conselho pleno e dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 01 de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01939/10

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Substituição tributária pelas operações posteriores. Operação de aquisição interestadual. Recolhimento a ser efetuado no momento da entrada no território goiano. Bloqueio indevido no sistema. Improcedência. Decisão unânime.

I - Nos termos das Instruções Normativas nºs 428/00-GSF, 490/01-GSF e 517/01-GSF, as operações de aquisição interestadual realizada pelos estabelecimentos atacadista, distribuidor e varejista goianos, referentes às mercadorias constantes do Apêndice I, do Anexo VIII, do Regulamento do Código Tributário Estadual, submetidas ao regime de substituição tributária até 31 de agosto de 2007, estavam sujeitas ao recolhimento do ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores, destacado nos DARE's emitidos pelo próprio Sistema SEFAZ, nos prazos então estipulados.

II - Com relação às mercadorias relacionadas no Apêndice I, a emissão de DARE para pagamento do ICMS substituição tributária em data posterior só era admitida, entre outras situações, se o contribuinte estivesse adimplente em relação ao pagamento do imposto devido por substituição tributária correspondente a aquisições anteriores. Constatada a inadimplência, o sistema de emissão de DARE era bloqueado, tornando o recolhimento obrigatório no momento da entrada no território goiano.

III - A constatação de que o bloqueio no sistema foi indevido, e de que houve equívoco na emissão do DARE causador do bloqueio, é suficiente para a improcedência do auto de infração lavrado por omissão de recolhimento do ICM - ST no momento da entrada, no Estado de Goiás, de mercadoria sujeita à substituição tributária pelas operações posteriores.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 07 de junho de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Carlos Andrade Silveira e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

Neste processo, a acusação fiscal é de que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS substituição tributária pelas operações posteriores, antecipadamente, quando do ingresso no território goiano das mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 236929, 236930 e 236932, no valor de R\$ 10.185,94, já acrescido o IVA, ao qual estava obrigado em razão de estar bloqueado no sistema da Secretaria da Fazenda. Foi apontado como devido o ICMS no valor de R\$ 1.183,14 (um mil, cento e oitenta e três reais e quatorze centavos).

O auto de infração, lavrado em 28.09.05, encontra-se instruído com as terceiras vias das Notas Fiscais nºs 236929, 236930 e 236932. Em seu campo próprio a autoridade lançadora indicou como infringidas as disposições dos artigos 51, § 3º, e 63 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91); art. 5º, § 2º, I, da Instrução Normativa - IN nº 428/00 – GSF. Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, III, “a”, do CTE.

Nas suas razões de recurso, o sujeito passivo alega que se encontrava bloqueado no sistema SEFAZ, para emissão de DARE, na data da lavratura do auto de infração, pela falta de recolhimento do ICMS referente ao DARE nº 10580229-7, no valor de R\$ 29,17, referente à Nota Fiscal nº 1830, emitida em 09/03/04.

Justifica que a Nota Fiscal nº 1830 foi emitida para complementação da mercadoria adquirida por meio da Nota Fiscal nº 1762, em relação à qual foi constatada falta de produtos, no momento da entrega. Informa que o ICMS referente à Nota Fiscal nº 1762, no valor de R\$ 84,30, foi pago em 27/02/04 e que o débito que estava bloqueando a empresa era referente à Nota Fiscal nº 1830. Afirma que, após tomar conhecimento do bloqueio, solicitou à Delegacia Fiscal, por meio de requerimento datado de 27/07/05, o cancelamento do DARE causador do bloqueio. Na tentativa de comprovar suas alegações, junta ao processo:

- Cópia das Notas Fiscais nºs 1762 e 1830;

- Cópia do DARE que comprova o recolhimento do ICMS referente à NF 1762, no valor de R\$ 84,30;

- Requerimento enviado à Delegacia de Rio Verde solicitando o cancelamento do DARE referente à Nota Fiscal nº 1830, com a justificativa de que ele foi emitido em duplicidade porque o ICMS já havia sido pago por meio do DARE referente à Nota Fiscal nº 1762.

Por meio de diligência o processo foi encaminhado à Delegacia Fiscal da circunscrição do contribuinte para que fosse informado se o bloqueio no sistema foi decorrente da omissão de recolhimento do ICMS relativo ao DARE nº 10580229-7, e se o pedido de cancelamento, feito por meio do requerimento anexado às fls. 32, foi acolhido ou não.

O processo retorna com a informação de que o “o DARE nº 11702004031300484 foi cancelado por erro de digitação e substituído pelo DARE

nº 11702004020600075, em 27/10/2005. Também foi admitido que o DARE cancelado foi o único causador do bloqueio da Substituição Tributária para este contribuinte, naquele momento, e que o bloqueio foi o único causador da lavratura do auto de infração em referência.

O sujeito passivo foi intimado para se manifestar sobre o resultado da diligência, mas não compareceu ao processo.

Concluído o relatório, passo a considerar as razões do meu voto.

DECISÃO

A exigência fiscal ora sob análise é de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária que deveria ter sido efetuado no momento da entrada da mercadoria no território goiano, por se tratar de contribuinte com bloqueio no Sistema SEFAZ para emissão de DARE. Trata-se de aquisição interestadual de mercadoria relacionada no Apêndice I, do Anexo VIII do Regulamento do Código Tributário Estadual, a qual estava submetida ao regime da substituição tributária pelas operações posteriores até o dia 31 de agosto de 2007. Nesse contexto, o imposto deveria ser recolhido, no prazo legal previsto, por meio do DARE emitido pelo próprio Sistema SEFAZ, no momento da entrada da mercadoria no território goiano. É o que se depreende da leitura do art. 5º da Instrução Normativa nº 428/00-GSF, a seguir transcrito:

Art. 5º O contribuinte simplificado e o autorizado a manter escrituração fiscal, relativamente ao imposto devido pela operação interna posterior, inclusive quanto à operação a ser realizada pelo próprio adquirente e, ainda, quanto ao diferencial de alíquotas, na hipótese de entrada de mercadoria sujeita à retenção do imposto proveniente de outra unidade da Federação ou do exterior, pode efetuar o seu pagamento no prazo de até 20 (vinte) dias, contados da data de entrada da mercadoria no território goiano, desde que o contribuinte encontre-se:

I - com sua situação cadastral regular;

II - liberado no sistema de processamento de dados para emissão do documento de arrecadação relativo ao imposto devido por substituição tributária;

III - adimplente em relação ao pagamento do imposto devido por substituição tributária, correspondente a aquisições anteriores;

IV - em dia com suas obrigações tributárias, assim entendido, a inexistência de crédito tributário inscrito em dívida ativa ou, existindo, esteja com sua exigibilidade suspensa, inclusive em razão de parcelamento.

(...)” (destaque acrescentado ao texto)

Na situação ora analisada, o imposto foi exigido no momento da entrada da mercadoria neste Estado, pois a adquirente não estava autorizada a recolher o ICMS no prazo previsto, por estar bloqueada no sistema SEFAZ para emissão de DARE. O procedimento da fiscalização, no momento da ação fiscal, foi

absolutamente correto; contudo, no curso destes autos, o sujeito passivo demonstrou que o bloqueio no sistema foi resultante de equívocos referentes a aquisições anteriormente realizadas, conforme admitido pela Delegacia Fiscal da sua circunscrição.

Por meio de diligência, ficou esclarecido que o bloqueio foi resultante da omissão de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 29,17, destacado no DARE nº 10580229-7, referente à Nota Fiscal nº 1830, e que essa nota fiscal foi emitida para acobertar a remessa de parte das mercadorias discriminadas na Nota Fiscal nº 1762, da mesma emitente, que não se fez acompanhar da totalidade dos produtos nela discriminados.

Diante dessa constatação, e certamente após verificar a informação do contribuinte de que o ICMS Substituição Tributária referente à totalidade dos produtos, adquiridos por meio da Nota Fiscal n 1762, foi recolhido, conforme alegado pelo sujeito passivo, a Delegacia Fiscal de Rio Verde informa que “o DARE 11702004031300484 foi cancelado, por erro de digitação, e substituído pelo DARE nº 11702004020600075, em 27/10/2005. Também foi informado que o DARE agora cancelado foi o único causador de bloqueio de Substituição Tributária para este contribuinte, naquele momento, e que o bloqueio foi o único causador da lavratura da peça inicial deste processo.

Cópias das Notas Fiscais nºs 1762 e 1830 foram anexadas às fls. 29 e 30 dos autos. A Nota Fiscal 1762 contém uma observação de que das 40 unidades de “Soleira Ext. Cabine D-10 LD” e 40 unidades de “Soleira Ext. Cabine D-10 LE” só foram entregues 22 e 18, respectivamente. Já a Nota Fiscal 1830, emitida para acobertar operação de simples remessa, traz, em seu rodapé, a seguinte observação: “Remessa para repor mercadoria que faltou na Nota Fiscal 1762 que foi enviada no dia 02.02.04”. A cópia do DARE, anexada às fls. 31, comprova o recolhimento do ICMS referente à Nota Fiscal nº 1762, no valor de R\$ 84,30.

Assim, constatado que o bloqueio no sistema foi indevido, conforme admitido pela Delegacia Fiscal da circunscrição do contribuinte, o auto de infração não deve prosperar. Deve ser ressaltado, contudo, que essa improcedência não significa dispensa de recolhimento do ICMS substituição tributária referente às Notas Fiscais nºs 236929, 236930 e 236932, mas apenas o reconhecimento do direito do contribuinte de efetuar o pagamento do imposto devido sem a imposição da multa punitiva decorrente do lançamento de ofício.

Assim, pelo que foi considerado, voto, conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 15 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 02144/10

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal.

PRELIMINARES

Cerceamento ao direito de defesa. Rejeitada. Decisão unânime.

Não ocorreu cerceamento ao direito de defesa da parte passiva, pois todos os documentos necessários para fundamentar a alegação estão nos autos.

Insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Decisão unânime.

Não caracteriza insegurança na determinação da infração a participação ou participação mínima do sujeito passivo, previamente, no procedimento de fiscalização.

MÉRITO. Substituição tributária. Procedente em parte. Decisão unânime.

É devido o ICMS por substituição tributária pela operação posterior na aquisição interestadual de mercadoria relacionada no Apêndice I, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Álvaro Falanque e Carlos Andrade Silveira. Por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência feito pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Álvaro Falanque e Carlos Andrade Silveira. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Álvaro Falanque e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo adquiriu em operação interestadual mercadoria submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores, relacionada na planilha às fls. 15/16, lançada no livro registro de entradas, sem efetuar a retenção do imposto, conforme documentos anexos, referente ao período de março, abril, junho a novembro de 2004, por isso exigido o ICMS, a multa e demais acréscimos legais.

O crédito tributário foi considerado procedente em parte em instância singular, após considerar o pagamento do imposto relativo às notas fiscais de números 30040 e 33726.

Ao interpor o recurso voluntário o sujeito passivo argumenta que ocorreu cerceamento ao seu direito de defesa, uma vez que os documentos da empresa capaz de arrear o crédito tributário estão em poder da fiscalização, discordando do teor da decisão singular que não acolheu a preliminar com a fundamentação de que "não existem provas de que os documentos fiscais entregues à fiscalização fazendária não foram devolvidos".

Sustenta, ainda, a preliminar de nulidade do auto de infração, transcrevendo textos de alguns doutrinadores, pois não houve, previamente, por parte das autoridades fiscais, pedido de esclarecimento sobre eventuais pendências encontradas durante o procedimento de fiscalização.

Após questionar a constitucionalidade da substituição tributária, busca descrever toda a cadeia de operações desenvolvidas pela empresa, da seguinte forma: compra a pluma de algodão e paga o imposto, mandando, terceirizar em outro Estado, a produção do fio do algodão até a fabricação do tecido, observando que em cada fase de produção são emitidas duas notas fiscais, uma de remessa do produto até a próxima etapa e outra à recorrente referente à prestação de serviço, na qual também há o pagamento do tributo. Quando o tecido fica pronto, a malha é remetida à empresa, observando que para efeito do cálculo de retenção não levou em conta a tributação das operações anteriores, lançando o tributo sobre o valor da última nota fiscal da cadeia de produção. Desse modo, entende que há imprecisão na formação do valor da base de cálculo.

Pede o deferimento da tutela inibitória para que se abstenha de impor medidas coercitivas, além de que se reconheça a falta de embasamento da decisão proferida, por infringência ao disposto nos incisos III e IV do art. 19 da Lei 13.882/01, bem como a improcedência por imprecisão da base cálculo e aproveitamento de crédito e, ainda, não acolhidas as pretensões anteriores, a conversão do feito em diligência a fim de que se considere o crédito a que faz jus em operações anteriores.

DECISÃO

Os documentos solicitados pela fiscalização, conforme notificação às fls. 18, são as notas fiscais de saídas de fios, venda ou remessa para industrialização, além da informação no que tange ao procedimento de industrialização do fio. O

sujeito passivo presta a declaração às fls. 19, de que não comercializa o fio, apenas remete-o para industrialização em estabelecimento fora do Estado.

Observa-se que a notificação é restrita a alguns documentos, dos quais foram juntadas as fotocópias aos autos, além dos livros fiscais. Com essa documentação que instrui a pretensão fiscal tem-se a suficiência de provas para defesa.

Isso, aliado a ausência de comprovação de devolução de algum documento por parte da fiscalização, observa-se que não há qualquer limitação ou obstáculo que impediu a parte de exercer seu direito de defesa na forma legalmente permitida, causando-lhe prejuízo em relação ao objetivo processual.

Quanto à outra preliminar de insegurança na determinação da infração, é importante esclarecer que a empresa ao atender ao pedido da autoridade fiscal, fornecendo a declaração e a documentação, teve sua participação necessária e suficiente no procedimento de fiscalização, de maneira a possibilitar a formatação do crédito tributário.

Rejeitadas as preliminares arguidas.

O objetivo precípua do pedido de diligência requerido pelo sujeito passivo no sentido de considerar o crédito destacado em operações anteriores para efeito de apuração do crédito tributário, não tem sentido, pois já foi atendido pelas autoridades fiscais ao proceder a fiscalização, uma vez que a diferença do ICMS a recolher resultou após computar o crédito destacado em cada nota fiscal, segundo planilha às fls. 15 e 16.

Rejeitado o pedido de diligência.

Quanto ao mérito, sob qualquer ângulo que se aprecie a questão, o que de fato conclui é que a aquisição final feita pela empresa é de tecido, embora obtido por uma forma diferenciada de produção, desdobrada na aquisição de fios têxteis agregados da mão-de-obra, conquanto remetido para fabricação em operação interestadual, percorrendo várias etapas em estabelecimentos diversos, atendidos seu propósito e conveniência. Tudo isso, conforme declaração por ele prestada, nota explicativa e demais documentos anexos.

Portanto, por se tratar de tecido, à época da ocorrência do fato gerador, estava submetido ao pagamento do imposto na fonte pelas operações posteriores, conforme art. 32, § 1º, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97, senão vejamos:

Art. 32. O regime de substituição tributária pela operação posterior -retenção na fonte- consiste na retenção, apuração e pagamento do imposto devido por operação interna subsequente, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso (Lei nº 11.651/91, art. 51).

§ 1º Aplica-se o regime de substituição tributária à operação realizada com as mercadorias discriminadas nos Apêndices I, II e X deste anexo, observadas, ainda, as disposições específicas do Capítulo II, sendo:

O tecido estava relacionado no Apêndice I do Anexo VIII do Decreto 4.852/97.

Ainda, o art. 5º, § 2º, inciso II, da Instrução Normativa 428/00 - GSF

§ 2º O contribuinte deve, quando o ingresso de mercadorias no território goiano for efetuado:

[...]

II - sem emissão do DARE 2.1:

a) procurar a delegacia fiscal em cuja circunscrição localizar-se o seu estabelecimento para emissão do DARE 2.1 no primeiro dia após a entrada da mercadoria no seu estabelecimento;

b) pagar o imposto correspondente no prazo de 20 (vinte) dias contados:

1. da data do carimbo do agente do fisco no documento fiscal;

2. da data de saída da mercadoria constante do documento fiscal ou, na sua falta, da data da emissão deste, caso o documento não esteja carimbado.

Na forma do § 3º do art. 51 da Lei 11.651/91, essa obrigação recai sobre o adquirente, quando não realizado pelo industrial:

§ 3º É exigido o pagamento antecipado do imposto devido pelas futuras operações internas, inclusive quanto à operação a ser realizada pelo próprio adquirente, na hipótese de entrada de mercadoria proveniente de outro Estado ou do exterior e sujeita a substituição tributária.

Desse modo, a planilha de formação da base de cálculo para efeito da substituição tributária, resultou em somar o valor de cada produto em cada fase de produção, acrescido do índice de valor agregado - IVA, considerando o crédito do imposto destacado em cada nota fiscal.

Ao analisar a planilha às fls. 15 e 16, o que por fim último se tem, é a exigência do imposto sobre o tecido, muito embora calculado de maneira esmiuçada, ao considerar o produto em cada fase de produção, o que está explicitado pelas autoridades fiscais em notas ao término do levantamento. Essa planilha de composição de cálculo decorre exatamente da possibilidade gerada pela forma de emissão e escrituração de documento, segundo adotado pelo contribuinte, ressaltando que a sequência da operação por ele declarado não está efetivamente demonstrada por todos os documentos fiscais.

Posto isso, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para confirmar a decisão singular, considerando parcialmente procedente o crédito tributário na importância de R\$ R\$ 16.165,58.

Sala das sessões plenárias, em 22 de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02265/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno. ICMS. Obrigação principal. Pedido de exclusão dos sujeitos passivos solidários. Rejeitado. Decisão não unânime. ICMS-ST relativo à entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à substituição tributária pelas operações posteriores. Procedência. Decisão não unânime.

I - Os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica são solidariamente obrigados ao pagamento do imposto, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis (CTE, art. 45, XII).

II - É devido o ICMS substituição tributária pelas operações posteriores relativamente à entrada de combustível no estabelecimento, mesmo que decorrente do acréscimo de volume em razão da variação de temperatura.

III - Comprovado que o sujeito passivo praticou a irregularidade constante da acusação fiscal, o auto de infração deve ser julgado procedente.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de março de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários [...],[...],[...],[...] e [...] da lide, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Sérgio Reis Crispim, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, José Manoel Caixeta Haun e Cláudio Henrique de Oliveira. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros

Sérgio Reis Crispim, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvalho, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, José Manoel Caixeta Haun e Cláudio Henrique de Oliveira que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno em face da decisão proferida pela Terceira Câmara Julgadora (fls. 231/233) que, por maioria de votos, confirmou a decisão singular que considerou procedente o auto de infração e manteve os solidários na lide.

A acusação constante da peça inicial é de que o contribuinte "*Deixou de recolher o ICMS-ST referente à entrada de produtos combustíveis, sujeito ao regime de substituição tributária, constante no apêndice II, anexo VIII, Decreto 4.852/97, acobertada pela nota fiscal de entrada nr. 5303, emitida em 31.12.04, a título de outras entradas não especificadas, devendo consequentemente recolher o tributo no valor de R\$ 3.098,12 e demais cominações legais. Base de cálculo do diesel constante no ato COTEPE nr. 44/04, cópia anexa.*

<i>produto</i>	<i>quantidade</i>	<i>base cálculo</i>	<i>ICMS-ST</i>
<i>Diesel</i>	<i>9.569</i>	<i>17.211,76</i>	<i>3.098,12."</i>

No polo passivo, na condição de sujeito passivo solidários, foram relacionados os senhores [...],[...],[...],[...], com fundamento no artigo 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91.

Constam como infringidos os artigos 51, § 1º, I; 57, II, "b" e 63, da Lei nº 11.651/91, c/c artigos 53; 65, I, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97 e foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea "a", da Lei nº 11.651/91.

Os autos estão instruídos com 4º via da nota fiscal nº 005303 (fl. 24), emitida em 31/12/04, ato COTEPE/ICMS nº 44/04 – que divulga o preço de combustível (fl. 25).

O contribuinte e os sujeitos passivos solidários, inconformados com a decisão cameral, em peça única, interpuseram recurso ao Conselho Pleno (fls. 236/252), com os seguintes fundamentos:

(a) os solidários afirmam que a responsabilidade tributária caracteriza-se, segundo a regra do art. 135, II, do CTN, pelo comportamento malicioso do sócio gerente, diretor ou administrador. Significando esse comportamento causa determinante do não cumprimento da obrigação tributária perante o Fisco;

(b) o contribuinte alega que o fisco goiano vem tentando desvirtuar a cobrança monofásica do ICMS ao cobrar imposto complementar baseado em ganho em face da variação da temperatura;

(c) os recorrentes afirmam que quando verificado algum acréscimo de volume do produto em razão da variação da temperatura, a autuada passou a emitir nota fiscal para fins de contabilização dos estoques físicos da empresa, com efeitos meramente fiscais, informando o ganho, sem o destaque do imposto, já que este foi integralmente pago no momento da aquisição do produto;

(d) defendem a ausência de previsão legal da ocorrência do fato gerador na hipótese verificada nos autos;

Requerem, ao final, a reforma do Acórdão apreciado, com a exclusão dos solidários do polo passivo, bem como o reconhecimento da improcedência do auto de infração em face das razões alegadas.

É o relatório.

DECISÃO

Versa a autuação que o contribuinte deixou de recolher o ICMS-ST referente à entrada de produtos combustíveis, sujeito ao regime de substituição tributária, constante no apêndice II, anexo VIII, Decreto 4.852/97, acobertada pela nota fiscal de entrada nr. 5303, emitida em 31.12.04, a título de outras entradas não especificadas.

Em relação à preliminar de exclusão dos solidários, registro que as pessoas físicas relacionadas no polo passivo da relação jurídico-tributária, na condição de solidários, exerciam a administração e gerência da pessoa jurídica autuada, no período no qual foi apurada a irregularidade objeto desta autuação, conforme cláusula oitava do contrato social (fls. 15).

Essa irregularidade não ocorreria sem a participação dos gerentes e diretores da empresa, na forma omissiva ou comissiva, pois a vontade da pessoa jurídica é exercida por meio de seus dirigentes. São os diretores ou gerentes que administram e tomam decisões em nome da pessoa jurídica.

Nesse sentido, com base no CTN (art. 124, inciso II), o legislador estadual atribuiu responsabilidade solidária aos diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica com o contribuinte em face dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis, conforme se depreende do comando inserto no artigo 45, XII do CTE.

Eis o que estabelece esse dispositivo legal:

"Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

(...)

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis; (...)."

Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizados pessoalmente, não por serem sócios, quotistas ou acionistas da pessoa jurídica, mas pelo fato de exercerem a sua administração e possuírem poderes de gerência, por meio dos quais cometem abusos, excessos ou infrações à lei, estatuto ou contrato social.

Portanto, os sujeitos passivos solidários devem ser mantidos na lide.

No tocante ao mérito da acusação fiscal, são desprovidas de fundamento as alegações da recorrente de que o fisco goiano vem tentando desvirtuar a cobrança monofásica do ICMS ao cobrar imposto complementar baseado em ganho em face da variação da temperatura, que o imposto foi integralmente pago no momento da aquisição do produto e que inexistente previsão legal da ocorrência do fato gerador na hipótese verificada nos autos.

O fato gerador do ICMS ocorre na saída da mercadoria do estabelecimento. No entanto, como se trata de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores, o ICMS é exigido por ocasião da entrada da mercadoria no estabelecimento, por antecipação, conforme estabelece a legislação tributária. Essa é a sistemática utilizada em relação às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores.

A mercadoria submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores sai do estabelecimento substituído (destinatário) sem débito do imposto, em face da presunção de que o imposto já fora retido por ocasião da entrada. Em decorrência disso, impõe-se a cobrança do ICMS relativo a qualquer diferença decorrente de entrada no estabelecimento de mercadorias sem o pagamento do imposto.

O ICMS não pago relativo à entrada de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária é de responsabilidade do destinatário da mercadoria, por força do disposto no artigo 35, anexo VIII, do RCTE: "*Art. 35. Fica solidariamente obrigado ao pagamento do imposto devido por substituição tributária o contribuinte estabelecido neste Estado que adquirir mercadoria cujo imposto não tenha sido retido, hipótese em que o adquirente obriga-se, ainda, ao pagamento da multa pelo mesmo devida, dos juros e demais acréscimos legais, calculados desde a data em que deveria ter sido efetuada a retenção.*"

É de se alertar que, no momento da venda do combustível oriundo do aumento de volume, a vendedora (empresa autuada) emite documento fiscal e, obviamente, cobra do adquirente o valor com a inclusão da importância correspondente ao ICMS que não fora debitado na sua escrita fiscal e tampouco pago antecipadamente por substituição tributária. Assim, não há nenhuma

justificativa para que o referido imposto, cujo ônus financeiro é suportado pelo adquirente, não seja repassado a quem de direito, ou seja, ao Estado de Goiás, sob pena de caracterizar enriquecimento sem justa causa por parte da empresa atuada.

Diante do exposto, conheço do Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração, mantendo na lide os solidários constantes da peça inicial.

Sala das sessões plenárias, em 03 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 02519/10

Relator: Conselheiro José Manoel Caixeta Haun

EMENTA: *Processual. Solicitação de conversão do feito em diligência. Rejeitada. Decisão unânime.*

Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa. Rejeitada. Decisão unânime.

Processual. Exclusão do solidário do polo passivo da lide. Preliminar por ele arguida. Rejeitada por maioria.

Processual. Preliminar de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, arguida pela autuada. Rejeitada. Decisão unânime.

Solicitação e/ou questionamento trazido a lume pela parte, só poderão ser acatados quando houver dúvida, ou afronta a texto de lei, a respaldar tais inquirições.

ICMS. Omissão de recolhimento do imposto, substituição tributária. Procedência. Decisão unânime.

Deve ser ratificada a decisão "a quo" que reafirmou o trabalho exordial, quando a instrução processual indicar que a polaridade passiva agiu ao arrepio da norma legal que trata do assunto descrito na preambular.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 03 de dezembro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a solicitação de conversão em diligência. Participaram do julgamento os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins da Silva. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins da Silva. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, por ele arguida. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins da Silva. Vencido o Conselheiro José Manoel Caixeta Haun. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de decadência, levantada pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins da Silva. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a

sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Manoel Caixeta Haun, Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Revela o auto de infração em análise que o sujeito passivo deixou de recolher ao erário estadual - na condição de substituto tributário, nos termos do Convênio 03/99 e do art. 51, § 3º, da Lei nº 11.651/91 - dentro do prazo legal, o ICMS- ST referente as remessas de mercadorias (óleo combustível), que foram destinadas ao uso e consumo do destinatário, conforme notas fiscais anexas. Conseqüentemente, fica sujeito ao pagamento do tributo devido, acrescido das respectivas cominações legais.

A fiscalização indicou como infringidos os arts. 11, § 1º, inciso III; 13, inciso IV, alínea "a"; 45, inciso XIII; 51, § 3º e 64, todos da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 32, § 6º, inciso I, alínea "b"; arts. 35, 60 e 65, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97 e LC nº 87/96, art. 9º, § 1º e 2º. Foi proposta a penalidade estabelecida na Lei nº 11.651/91, que prevê a vigência do art. 71, inciso III, alínea "a", com a redação de lei nº 11.750/1992.

Na própria página inaugural destes autos foi indicado um responsável solidário para compor a lide. Tanto ele, quanto o sujeito passivo principal compareceram ao feito para contraditar a acusação (fls. 48/58 e 72/81, respectivamente).

O solidário alega, com base no art. 150, § 4º, do CTN, que os lançamentos já foram alcançados pela decadência, e argumenta que para a aplicação do art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal, exige-se a comprovação de fraude praticada pelo sujeito passivo.

No mérito, com o respaldo do art. 155, § 2º, inciso X, alínea "b", da Constituição Federal e do art. 3º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, afirma que a aquisição do óleo combustível goza de imunidade, pois as mercadorias foram adquiridas para industrialização, já que o óleo é queimado nos equipamentos da impugnante para produção de outra mercadoria. Pede o reconhecimento da decadência e, se não concedida, a improcedência do auto de infração.

Já o autuado direto aduz, preliminarmente, que é ilegítima sua eleição como sujeito passivo, conforme dispõe o art. 11, inciso I, § 1º, inciso V, do CTE, pois, a responsabilidade pelo recolhimento é do destinatário, e baseando-se no art. 173, inciso I, do CTN, assevera que ocorreu a decadência do direito da Fazenda Pública para lançar o crédito exigido.

No mérito, alega que a fiscalização equivocou-se, pois, a destinatária é uma indústria de fabricação de sabões e detergentes sintéticos e pelo art. 3º, inciso III, da LC 87/96 e art. 32, § 6º, inciso I, do RCTE/GO, a operação é imune do ICMS; discorre sobre a não cumulatividade do ICMS para sustentar sua posição e

combater a multa aplicada, reclamando sua confiscatoriedade. Requer a improcedência da exordial e a redução ou afastamento da multa imposta.

O julgador monocrático rechaça a tese da defesa, corrige o rito processual atribuindo ao contencioso duplo grau, conhece da impugnação, não exclui do polo passivo remetente das notas fiscais e declara procedente, no mérito, a exigência preambular.

A Representação Fazendária manifesta-se favoravelmente ao conteúdo da sentença exarada em Primeira Instância (fls. 98).

Inconformado, o autuado direto interpõe recurso voluntário às fls. 104/114, para pleitear a conversão dos autos em diligência, com o intuito de confirmar a informação de que o óleo adquirido é "queimado nos equipamentos da impugnante", ou seja, é utilizado em processo de industrialização.

O solidário também recorre às Câmaras Julgadoras deste Conselho (fls. 120/131) com os seguintes pedidos:

a) que seja caracterizado o cerceamento de defesa, declarando-se nula a autuação, face a ausência de pronúncia do julgador administrativo sobre ponto específico da autuação, devendo os presentes autos retornar para a origem para proferir-se nova decisão agora fundamentadamente no que atine a multa aplicada, bem como a inexistência no AIIIM sobre convênio entre os Estados.

b) seja dado provimento a este recurso julgando improcedente o lançamento efetuado em relação ao sujeito passivo coobrigado diante do reconhecimento da imunidade.

c) caso não seja dado provimento ao presente recurso, pretende-se alternativamente seja a empresa recorrente afastada da condição de solidária, devendo o imposto e multa ser cobrada pela autuada direta e jamais pela solidária.

É o relatório.

DECISÃO

Sobre o pedido de conversão da lide em diligência, suscitado pela polaridade passiva, conforme informado em parágrafo volvido, não vejo senso prático para tal acolhimento, tendo em vista a clareza dos elementos constitutivos deste volume que não deixa qualquer dúvida a ser dirimida. Por isso, não o acato.

A preliminar de nulidade do auto de infração, questionada pela autuada por cerceamento ao direito de defesa, também não vislumbro motivo para o seu deferimento, por estar o auto instruído de forma correta, com prazos processuais respeitados, a infração e correspondente penalidade aplicadas com acerto, não existindo assim, afronta ao capítulo da

norma legal que trata da nulidade dos atos processuais, inserto no inciso III do artigo 20 da Lei nº 16.469/09.

Em face da preliminar de exclusão deste volume do nomeado solidário, inquirida pelo polo passivo, peço vênia para não tecer qualquer comentário a respeito, pois fui vencido no quesito em comento, quando os meus pares entenderam que o coobrigado se enquadra na disposição contida no inciso XIII do artigo 45 do CTE, que transcrevo:

“Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XIII - com o contribuinte ou o substituto tributário, a pessoa que por seus atos ou omissões concorra para a prática de infração à legislação tributária.”

A decadência do direito da Fazenda Estadual, questionada pela defesa, foi unanimemente rejeitada, por ter o crédito em questão sido totalmente constituído em 27 de novembro de 2008, assim, não existe afronta ao inciso I do artigo 173 do CTN, “in verbis”:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”

A disposição contida no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito, também não se aplica por não existir qualquer pagamento:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Com as questões incidentais resolvidas, dirijo-me ao mérito desta demanda, e, de pronto, ratifico a decisão exarada em sede monocrática, que procedeu o trabalho da autoria do lançamento.

Aliás, o nobre julgador singular, com escopo de fundamentar sua decisão, se ampara no Acórdão nº 2448/06 – CONP, da lavra do então Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes.

O supramencionado acórdão trata de questão idêntica à que ora se discute, na qual o destinatário utilizava combustível derivado de petróleo como energético.

Para maior clareza dos fundamentos que estou expondo neste momento, passo a transcrever parcialmente, o citado Acórdão nº 2448/06 - CONP:

"I - No âmbito do ICMS, o princípio do destino instituído para a tributação do petróleo vincula-se à industrialização que ocorre na cadeia produtiva da indústria petrolífera, cujo produto resultante continua sendo petróleo ou derivado deste, de forma que esse princípio possa se cumprir nas fases seguintes à industrialização, quando do consumo final, ainda que a cadeia produtiva percorra a economia de várias unidades federadas;

II - A entrada de GLP em território goiano, para utilização como elemento energético em estabelecimento industrial, constitui fato gerador do ICMS (Art. 13, IV da Lei nº 11.651/91), devendo o imposto ser recolhido por substituição tributária por operação posterior, já que essa hipótese não está contida na exceção do art. 32, § 6º do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, por não caracterizar industrialização, tal como esse processo é definido nos arts. 12, II, "b" do CTE e 5º do RCTE."

Pelo exposto, voto, unanimemente, rejeitando o pedido de conversão do feito em diligência. E também, em decisão unânime, rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração, inquirida pela autuada, por cerceamento ao direito defesa. Por maioria de votos foi rejeitada a preliminar de exclusão do solidário da lide, por ele arguida, sendo que, nesse quesito, fui vencido quanto a meu entendimento. A preliminar de decadência, arguida pela autuada, por unanimidade de votos, também foi rejeitada. No mérito, assim como todos os componentes da mesa julgadora, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 31 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02782/10

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Exigência de substituição tributária por operações posteriores no caso de remessa para demonstração em outra unidade da federação. Improcedência. Decisão unânime.

A exigência de substituição tributária por operações posteriores nos casos de remessa para demonstração, com prazo certo para retorno, em outra unidade da federação, não é permitida pelo Convênio ICMS 52/93, que trata da matéria de forma absolutamente específica.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de setembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, José Manoel Caixeta Haun e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

Texto da acusação é: “o remetente encontra-se baixado no CCE-GO e está remetendo mercadoria sujeita à substituição tributária sem o devido recolhimento antecipado do ICMS, ficando obrigado ao cumprimento da obrigação solidariamente com o destinatário da carga no momento da entrada em território goiano, com acréscimo das demais cominações legais. Em obediência ao disposto no Memorando nº 49/06 GEF, de 21/03/2006, Convênio 52/93 e Parecer nº 207/2007-GOT.

ICMS-ST da nº 357 (com crédito destacado na NF 7703 – TT Armazéns Gerais), conforme consta no Termo de Apreensão nº 11001028918. cuja documentação citada foi anexada.”

Foi colocado como solidário na lide [...], destinatário das mercadorias.

Foi anexado aos autos o seguinte conjunto probatório:

- i) cópia do Termo de Apreensão 1100102891-8 (fls. 5);
- ii) termo de liberação e doação homologado (fls. 6);
- iii) demonstrativo dos cálculos do valor a ser exigido (fls. 7);

- iv) espelho cadastral do remetente das mercadorias (fls. 8);
- v) 3ª via do conhecimento de transporte (fls. 9);
- vi) 3ª via da nota fiscal 000357 (fls. 10);
- vii) 3ª via da nota fiscal 007703 (fls. 11)
- viii) Cópia do memorando nº 49/06 – GEF (fls. 13);
- ix) Cópia do Convênio ICMS 52/93 (fls. 14/20);
- x) Cópia do Parecer nº 207/2004 – GOT (fls. 21/24).

Houve correta intimação das partes na fase singular.

Remetente das mercadorias veio ao processo e trouxe suas razões (fls. 32/35). A tese esposada foi de que as mercadorias são remetidas para as revendas com o fito de estimular as vendas, e, a posteriori, elas retornam ao estabelecimento de origem. Fez anexação de documentos que embasariam os seus argumentos (fls. 36/51). Como havia o estabelecimento do retorno das mesmas à origem, estando nessa situação, segundo o seu entendimento, afastada a exigência da substituição tributária.

O destinatário das mercadorias se manteve inerte, sendo lavrada a sua revelia.

Julgamento singular foi pela procedência do trabalho fiscal, reiterando que no presente caso existe uma legislação específica que permite a exigência da substituição, mesmo em remessas para demonstração com prazo certo.

Houve correta intimação das partes para a fase cameral, sendo que novamente o destinatário preferiu não se manifestar, sendo lavrada a sua perempção.

O remetente veio novamente e trouxe suas razões.

Inicialmente foi feita narrativa dos fatos dentro da visão do polo passivo. Expõe entendimento de que a legislação goiana não observa o Convênio que trata da matéria, mais precisamente o 52/93. Expõe que em 07/04/2008 a referida mercadoria fora faturada para a empresa [...] através da Nota Fiscal nº 006511, sendo na data de 10/04/2008 paga a importância de R\$ 3.518,58 (três mil quinhentos e dezoito reais e cinquenta e oito centavos), conforme guia anexa.

Entende que resta completamente equivocada a aplicação da multa, juros e correção monetária, vez que quando foi devido o recolhimento do ICMS – ST a atuada efetuou o pagamento.

Pede que seja acolhido o valor pago, excluídos o valor referente à multa, juros e correção monetária, vez que indevidos e julgando extinto o crédito tributário.

E caso, não seja o entendimento da câmara, que seja excluído o valor do frete, vez que a remetente das mercadorias seria parte ilegítima para o pagamento de tal valor, bem como compensado o crédito já pago no valor de R\$ 3.518,58 (três mil quinhentos e dezoito reais e cinquenta e oito centavos), para se evitar futuras nulidades.

Pede que seja extinto o crédito em virtude do pagamento. Fez anexação de prova do tal recolhimento (fls. 76).

É o relatório

D E C I S Ã O

Estamos diante de uma questão de direito, a secretaria da Fazenda do Estado de Goiás entende que o Parecer GOT – 207/2007, teria o condão de sustentar a exigência da substituição tributária nos moldes propostos no auto de infração. E essa é a discussão que ora se apresenta.

A justificativa da fiscalização é o fato de que a empresa remetente das mercadorias, segundo foi informado, se encontra com o cadastro baixado junto ao Estado de Goiás (vide extrato de folhas 8).

Diante dessa realidade, o seu entendimento é de que caberia a exigência da substituição tributária pelas operações posteriores, mesmo nos casos de remessa com cláusula ou prazo de retorno determinado no próprio corpo da nota fiscal, contrariando o que determina a Cláusula Primeira, § 2º, item 3, do Convênio 52/93, que trata especificamente desse tipo de operação.

Meu posicionamento sobre a questão está fundamentado na literalidade da tal Cláusula citada no parágrafo anterior, seu texto é absolutamente peremptório no sentido de que não se aplica a substituição tributária às remessas em que as mercadorias devam retornar ao estabelecimento remetente, com informação do respectivo prazo quando deve ocorrer.

E essa é justamente a realidade estampada no presente processo. A nota fiscal objeto da cobrança tem em seu corpo a seguinte narrativa:

“Mercadoria de nossa propriedade que segue para demonstração devendo retornar em 60 dias”

Diante desse argumento, inexistente fundamento jurídico consistente para que se possa ratificar a fundamentação do trabalho fiscal ora em apreciação por esse Conselho. Resta claro a hierarquia que impera em nosso ordenamento, que coloca o Convênio ICMS 52/93, em clara supremacia para tratar de matéria como a da presente lide. Ele é específico, devendo todo o ordenamento do Estado de Goiás segui-lo em seu inteiro teor. É juridicamente inadmissível qualquer tentativa de mitigar ou relativizar a sua determinação.

Diante de tudo o que foi exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 29 de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02813/10

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Solicitação de exclusão do sujeito passivo solidário. Rejeitada. Decisão não unânime. Omissão de pagamento do ICMS substituição tributária. Procedência parcial. Decisão unânime.

I - Fica solidariamente obrigado ao pagamento do imposto devido por substituição tributária o contribuinte estabelecido neste Estado que adquirir mercadoria cujo imposto não tenha sido retido, hipótese em que o adquirente obriga-se, ainda, ao pagamento da multa pelo mesmo devida, dos juros e demais acréscimos legais, calculados desde a data em que deveria ter sido efetuada a retenção (RCTE, Anexo VIII, art. 35).

II - Aplica-se o regime de substituição tributária à operação realizada com as mercadorias discriminadas nos Apêndices I, II e X deste anexo, observadas, ainda, as disposições específicas do Capítulo II (RCTE, Anexo VIII, art. 32, § 1º).

III - O auto de infração deve ser julgado parcialmente procedente quando o sujeito passivo carrear para os autos provas capazes de demonstra a inexigibilidade de parte do crédito tributário constante da inicial.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de setembro de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo Conselheiro Edson Abrão da Silva. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Washington Luis Freire de Oliveira, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, José Manoel Caixeta Haun e José Pereira D'abadia. Por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor da base de cálculo de R\$ 58.500,00 (cinquenta e oito mil e quinhentos reais), cujo ICMS a recolher é de R\$ 9.434,40 (nove mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e quarenta centavos), considerando o pagamento efetuado, conforme documento de fls. 42. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana,

Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcídes de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, em face da decisão proferida pela Segunda Câmara Julgadora que, por maioria de votos, rejeitou a preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração e, quanto ao mérito, também por maioria votos, confirmou a sentença singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração.

A acusação constante da peça inicial é de que o sujeito passivo "Deixou de inscrever no cadastro estadual na condição de substituto tributário e realizou saída de mercadorias relacionadas na nota fiscal 000759, com destino ao Estado de Goiás, sem efetuar o pagamento antecipado do ICMS substituição tributaria pelas operações posteriores, conforme documentos anexos. Em consequência, deve pagar o tributo na importância de R\$ 30.498,00, juntamente com as cominações legais. Este contribuinte do RJ adquiriu mercadorias por meio da NF 000758 e mandou remetê-las por conta e ordem para o CCE 100001556 (solidário), porém não fez o recolhimento da GNRE do RJ para o Estado de Goiás. Foi utilizado como base de cálculo o menor valor de mercado unitário encontrado para o produto, pois o preço da nota fiscal com o IVA não e o preço real de mercado."

No polo passivo, na condição de sujeito passivo solidário, foi relacionado [...], com fundamento no artigo 45, inciso I, da Lei nº 11.651/91, sob a alegação de haver concorrido para a prática da infração.

Estão indicados como infringidos os artigos 43 e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c artigo 6º, inciso XVII, do Anexo IX e art. 37, inciso XII, do Anexo XII, ambos do Decreto nº 4.852/97 e foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea "c", c/c § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

O solidário, intimado da decisão cameral, não se manifesta no processo (fls. 79/81).

A atuada [...], inconformada com a decisão cameral, apresenta recurso ao Conselho Pleno, com os seguintes fundamentos:

(a) alega que a decisão cameral afirma que não foi recolhido o tributo, haja vista a falta de apresentação da GNRE, o que não representa a realidade, haja vista o valor recolhido pela Recorrente de R\$ 510,60 (quinhentos e dez reais sessenta centavos), conforme GNRE anexa (fl. 42);

(b) afirma que a autoridade fiscal dignou-se apenas a citar que o preço de venda do produto da Recorrente seria diferente ao praticado no mercado, sem indicar fundamento legal ou parâmetro econômico utilizado para tanto;

(c) sustenta que não cabe à autoridade fiscal desprezar os valores utilizados pela Recorrente na operação simplesmente alegando que o preço da nota fiscal não é o preço real de mercado;

(d) afirma que o valor do DVDs consignado na nota fiscal emitida pela Recorrente representa apenas o preço cobrado pela venda do suporte físico. Nesse caso, tal operação realmente possui a natureza de venda de mercadoria e, portanto, sujeito à incidência do ICMS;

(e) alega que vendeu o suporte físico (uma operação) e também licenciou os direitos autorais e conexos (outra operação) e que o cliente, quando colocar o produto no mercado vai unificar as operações e vender a mídia com o valor dos direitos autorais e conexos agregados ao produto;

(f) informa que o preço em conjunto dos suportes físicos e dos direitos autorais e conexos de venda de cada produto em questão praticado pela recorrente totaliza o valor de R\$ 7,80.

(g) defende que o valor arbitrado pela autoridade fiscal, na importância de R\$ 29,90, por unidade, é valor absurdo e que a penalidade aplicada é confiscatória;

Ao final, pede o provimento do recurso, a fim de ser julgado improcedente o auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

A exigência tributária é relativa ao ICMS – substituição tributária pelas operações posteriores decorrente da remessa para contribuinte goiano de DVDs - RICK & RENNER – 10 anos de sucesso, conforme nota fiscal n° 00759 (fl. 6).

O DVD (Digital Versatile Disk) consta da substituição tributária, no apêndice II, item IX, e o índice de valor agregado previsto para essa mercadoria é de 25 % (vinte e cinco por cento).

A autoridade fiscal apurou a base de cálculo do ICMS substituição tributária com base em coleta de preço do DVD na internet.

É sabido que esses DVDs eram vendidos pelo adquirente por preço bem inferior a esse valor encontrado na internet para assinante do jornal ou a quem comprava o jornal.

Diante disso, entendo que está conforme a legislação adotar o valor unitário do DVD de R\$ 7,80, como o valor original da operação entre a [...] e o

adquirente. Esse valor unitário corresponde à venda dos direitos autorais, acrescido do valor físico da mídia, conforme alegação da remetente e documentação acostada aos autos.

Assim, a apuração do ICMS substituição tributária pelas operações posteriores deve ser realizada da seguinte forma: BASE DE CÁLCULO DO ICMS – ST = 6.000,00 x 7,80 x 1,25 = R\$ 58.500,00; ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (alíquota de 17 %) = R\$ 58.500,00 x 17 % = R\$ 9.945,00.

O sujeito passivo havia realizado o pagamento de ICMS –ST para o Estado de Goiás, no valor de R\$ 510,60, em 14/05/07, portanto antes da ação fiscal, conforme documento de fl. 42. Assim, esse valor deve ser abatido da exigência tributária em tela.

Relativamente ao sujeito passivo solidário, entendo que ele deve ser mantido na lide por força do disposto no artigo 35, do anexo VIII, do RCTE, que assim dispõe: *"Fica solidariamente obrigado ao pagamento do imposto devido por substituição tributária o contribuinte estabelecido neste Estado que adquirir mercadoria cujo imposto não tenha sido retido, hipótese em que o adquirente obriga-se, ainda, ao pagamento da multa pelo mesmo devida, dos juros e demais acréscimos legais, calculados desde a data em que deveria ter sido efetuada a retenção."* Portanto, rejeito do pedido de sua exclusão da lide.

Em referência às alegações feitas pela atuada quanto ao caráter confiscatório da multa aplicada, vejo que esse assunto é matéria cuja competência para apreciação falta a este órgão, ao qual compete fazer o controle da legalidade do lançamento, que consiste em analisar e verificar se o auto de infração está de acordo com as normas objetivamente postas e se foi assegurado ao sujeito passivo as garantias processuais na tramitação do processo administrativo tributário.

Devo, ainda, assinalar a existência de vedação legal, explícita, a este órgão julgador de apreciar as matérias aventadas pela atuada. Nesse sentido, vale conferir o disposto no artigo 6º, § 4º, Lei nº 16.469/09: *"Não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária."*

É de se registrar que a multa aplicada é a prevista para a acusação fiscal atribuída ao sujeito passivo, atende perfeitamente ao princípio da tipicidade.

Diante do exposto, conheço do Recurso Voluntário, dou-lhe parcial provimento para considerar parcialmente procedente o auto de infração, ficando a exigência do ICMS no valor de R\$ R\$ 9.434,40 (nove mil quatrocentos e trinta e quatro reais quarenta centavos), mantido na lide, também, o sujeito passivo solidário.

Sala das sessões plenárias, em 28 de setembro de 2010.

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03015/10

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Falta de registro no livro próprio de nota fiscal de entrada, cuja mercadoria está submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores.*

PRELIMINAR.

Exclusão da sujeição passiva dos responsáveis solidários. Rejeitada. Decisão não unânime.

Os sócios identificados na inicial por serem administradores da empresa atuada à época da ocorrência dos fatos geradores, devem permanecer na sujeição passiva, nos termos do art. 45, inciso XII, da lei 11.651/91.

MÉRITO

A nota fiscal de entrada referente à aquisição de mercadoria deve ser registrada no livro fiscal respectivo do estabelecimento destinatário, sendo exigido o ICMS quando a operação referir-se à mercadoria submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores. Procedente. Decisão não unânime.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de setembro de 2010, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Washington Luis Freire de Oliveira, Domingos Caruso Neto e o Sr. Presidente, Conselheiro José Artur Mascarenhas da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva e Delcídes de Souza Fonseca. Por unanimidade de votos, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, arguida pelo Relator, em relação a preliminar de insegurança na determinação da infração arguida pelo sujeito passivo, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira

D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Allen Anderson Viana, Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto e Delcídes de Souza Fonseca. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Heli José da Silva, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Washington Luis Freire de Oliveira, Domingos Caruso Neto e Delcídes de Souza Fonseca. Vencidos os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, José Manoel Caixeta Haun, José Pereira D'abadia, Allen Anderson Viana e Edson Abrão da Silva, que votaram conhecendo do recurso para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

O presente auto veicula acusação de que o sujeito passivo omitiu o registro, no livro próprio, de 707 notas fiscais, referente a aquisição de vidros automotivos. Na mesma operação não foi retido o ICMS substituição tributária pelas operações posteriores, e, em consequência, fica sujeito ao pagamento do imposto na importância de R\$ 296.022,21 (duzentos e noventa e seis mil, vinte e dois reais e vinte e um centavos) mais as cominações legais. Na oportunidade foram nomeados dois sujeitos solidários.

Encontram-se indicados, como infringidos, os artigos 45 e 51, § 3º, do Código Tributário Estadual c/c artigos 32, § 1º, e 35, do Anexo VIII, do Decreto n.º 4.852/97. Aplicou-se a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "c", agravada do §9º, inciso II, do referido código.

Impugnando o lançamento, o contribuinte e os solidários, em conjunto, alegam que a solidariedade não se sustenta, pela ausência de comprovação de dolo ou infração de lei por parte das pessoas que foram nominadas. No mérito, argumenta que não existe qualquer documento comprobatório do efetivo ingresso das mercadorias no território goiano e as vias fixas das notas fiscais são insuficientes para comprovar a ocorrência da infração apontada. Requerem seja declarada a inexistência de co-responsabilidade dos solidários e a improcedência do feito (fls. 898 a 915).

O julgador singular, por meio da Sentença n.º 2871/09 - JULP, conheceu da impugnação, negou-lhe provimento, para decidir pela procedência da pretensão inicial do Fisco (fls. 938 a 940).

Inconformados, contribuinte e solidários interpõem recurso voluntário, reiterando os argumentos e pedidos impugnatórios e, acrescentam, que o Fisco obteve as cópias das vias fixas de notas fiscais por meio ilícito, dessa forma, pedem a nulidade do lançamento por vício material ou substancial (fls. 945 a 981).

O julgamento foi adiado (fls. 984 a 989).

A Terceira Câmara Julgadora decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração e, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, argumentada pelos mesmos. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração (fls. 990 a 997).

O polo passivo retorna aos autos, interpondo recurso ao Conselho Pleno, argumentando que as mercadorias jamais ingressaram no território goiano, não há prova da aquisição e nem do ingresso, pelo menos não foi percebido nenhum controle do transporte da mercadoria, observando que em virtude da dificuldade de transporte do vidro, exigindo nota fiscal da mercadoria e dos pallets, há de ter um controle muito eficaz por parte da fiscalização, podendo ser realizadas várias diligências para comprovar o suposto ilícito. Além disso, alega, ainda, que não se pode empregar da presunção de legitimidade dos atos administrativos para desonerar o fisco do dever de produzir provas do ilícito.

DECISÃO

A preliminar de insegurança na determinação da infração porque as provas foram obtidas de forma ilícita, por ser unânime, e não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, inciso II, da Lei 16.469/09, foi inadmitida.

Quanto à preliminar de exclusão da lide, é importante observar que os senhores [...] e [...], por serem administradores da empresa autuada à época da ocorrência dos fatos geradores, devem permanecer na sujeição passiva, nos termos do art. 45, inciso XII, da lei 11.651/91, assim:

Art. 45. *São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:*

[...]

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;

Rejeitados os pedidos de exclusão da sujeição passiva dos responsáveis solidários.

No tocante ao mérito, de acordo com o art. 64 da Lei 11.651/91, não resta dúvida quanto à exigência de cumprimento de obrigação acessória, conforme abaixo:

Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

Ainda, pelo dispõe o art. 308, inciso I, do Decreto 4852/97, o sujeito passivo deverá registrar no livro fiscal respectivo, a entrada, **a qualquer título**, todas as notas fiscais de aquisição, ou seja:

Art. 308 - O livro de Registro de Entradas destina-se à escrituração da:

I - entrada, a qualquer título, de mercadoria no estabelecimento;

Ocorre que dessa irregularidade restou configurada a falta de pagamento do ICMS devido por substituição tributária, nos termos do disposto no § 3º, do art. 51, da Lei 11.651/91, nos moldes do teor transcrito:

§ 3º É exigido o pagamento antecipado do imposto devido pelas futuras operações internas, inclusive quanto à operação a ser realizada pelo próprio adquirente, na hipótese de entrada de mercadoria proveniente de outro Estado ou do exterior e sujeita a substituição tributária.

E, ainda, segundo art. 32, § 1º, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97, senão vejamos:

Art. 32. O regime de substituição tributária pela operação posterior -retenção na fonte- consiste na retenção, apuração e pagamento do imposto devido por operação interna subsequente, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso (Lei nº 11.651/91, art. 51).

§ 1º Aplica-se o regime de substituição tributária à operação realizada com as mercadorias discriminadas nos Apêndices I, II e X deste anexo, observadas, ainda, as disposições específicas do Capítulo II, sendo:

As mercadorias discriminadas nas notas fiscais estão inseridas no item VI, do Apêndice I, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97, confirmando, efetivamente, que estão submetidas ao regime de substituição tributária pelas operações subsequentes.

A responsabilidade pelo pagamento do referido imposto recai, de fato, recai sobre o responsável identificado na inicial, de acordo com o estatuído no art. 35 dos referidos anexo e decreto acima, assim:

Art. 35. Fica solidariamente obrigado ao pagamento do imposto devido por substituição tributária o contribuinte estabelecido neste Estado que adquirir mercadoria cujo imposto não tenha sido retido, hipótese em que o adquirente obriga-se, ainda, ao pagamento da multa pelo mesmo devida, dos juros e demais acréscimos legais, calculados desde a data em que deveria ter sido efetuada a retenção.

Não cumprindo essa obrigação e verificada a irregularidade, é aplicada a multa formal prevista no art. 71, inciso VII, alínea "c" além do ICMS, segundo § 9º, inciso II, da Lei 1.651/91:

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

VII - de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação ou da prestação:

[...]

c) pela falta de registro ou pelo registro com valor incorreto de documento relativo à entrada, aquisição ou utilização de mercadorias, bens e serviços;

...

§ 9º Se da prática das irregularidades descritas nos incisos V e seguintes do caput deste artigo resultar diretamente omissão de pagamento do imposto, a multa neles prevista será aumentada do valor correspondente à aplicação dos percentuais abaixo, sobre o valor do imposto não pago:

...

II - 80% (oitenta por cento), se a irregularidade for praticada em operação ou prestação sujeitas ao regime de substituição tributária.

Posto isso, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para considerar procedente o crédito tributário, confirmando a decisão cameral.

Sala das sessões plenárias, em 26 de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 03255/10

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de recolhimento do ICMS relativo à Substituição Tributária pelas operações posteriores. Improcedência. Decisão unânime.

Não deve prevalecer a exigência do crédito tributário relativo ao ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores quando ficar comprovado que o sujeito passivo devolveu ao remetente a totalidade das mercadorias adquiridas.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 29 de setembro de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores, decorrente da aquisição de mercadorias provenientes de outra unidade da federação e sujeitas a tal tratamento tributário.

Para instrução processual a autoridade lançadora anexou à cópia da nota fiscal de aquisição das mercadorias e o extrato do Documento de Arrecadação (DARE 2.1) emitido no posto fiscal de divisa interestadual.

Revel em primeira instância, o sujeito passivo apresenta impugnação na qual pede a improcedência do auto de infração, sob alegação de que devolveu todas as mercadorias constantes da nota fiscal objeto do lançamento.

Informa que procedeu a devolução com a própria nota fiscal original e que, por isso, não estaria sujeito ao pagamento do ICMS devido por substituição tributária.

Para comprovar a devolução a defesa junta cópia da primeira via da nota fiscal de remessa das mercadorias e da nota fiscal de entrada emitida pela remetente da mercadoria.

É o relatório.

DECISÃO

A exigência fiscal é de ICMS-ST, correspondente a mercadorias relacionadas no apêndice 1 do Anexo VIII do RCTE (tecidos), substituição tributária estabelecida por ato da administração tributária (Anexo VIII, art. 32, § 1º, inciso I) aplicável a contribuinte estabelecido neste Estado.

A legislação tributária estabelece que o imposto devido pelas futuras operações internas na hipótese de entrada de mercadoria proveniente de outro Estado ou do exterior e sujeita a substituição tributária deve ser pago antecipadamente, consoante entendimento inserto no parágrafo 3º do art. 51 da Lei nº 11.651/91.

No caso em tela, os carimbos apostos na primeira via do documento fiscal pelos postos fiscais de entrada e saída do Estado de Goiás confirmam que, de fato, as mercadorias foram integralmente devolvidas ao remetente por meio da própria nota de remessa original, não sendo exigível, nessa hipótese, o ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores.

É importante mencionar que o carimbo adotado pelo Fisco de Goiás possui um código validador que permite, por meio do Sistema Verificador do Carimbo Fiscal Padronizado (SIVFC) da Secretaria da Fazenda, a verificação da coincidência ou não dos dados relativos ao carimbo apostado em documento fiscal, considerando-se a data e o local.

No presente caso, a verificação do código validador no sistema de grande porte da SEFAZ, conforme extrato juntado agora ao feito, confirmou a autenticidade da operação de devolução das mercadorias, razão pela qual o lançamento não deve prevalecer.

Ante o exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento para julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 19 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Substituição Tributária Operações Posteriores - STOP - omissão recolhimento (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03319/10

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de recolhimento de ICMS em razão de desobediência à pauta de valores estipulados em Instrução Normativa da Superintendência da Administração Fiscal - SGAF, para as saídas de cimento da indústria, para cálculo da substituição tributária por operações posteriores. Procedência. Decisão não unânime.

I - Restando provada, de forma inequívoca, a desobediência à norma infralegal que tem fundamento no próprio Código Tributário Estadual, deve ser considerado procedente auto de infração que se fundamente nessa realidade.

II - À luz de nosso ordenamento, o estabelecimento de pauta de valores para substituição tributária por operações posteriores é absolutamente legal, ensejando a aplicação dessa forma de tributação expressamente prevista no artigo 150, § 7º, do texto constitucional.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de setembro de 2010, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Célia Reis Di Rezende, Elias Alves dos Santos, Aldeci de Souza Flor, José Paixão de Oliveira Gomes, Domingos Caruso Neto, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Antônio Martins da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, José Pereira D'abadia, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa e Nivaldo Carvelo Carvalho, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Acusação é de que o sujeito passivo identificado deixou de recolher, ao erário estadual, o ICMS substituição tributária por operações posteriores, pois utilizou base de cálculo de retenção inferior à exigida pela legislação tributária, nos

valores especificados no corpo do auto de infração, referentes às operações de saídas de cimento em sacos.

As notas fiscais foram emitidas com base de cálculo de imposto a menor do que o valor da média ponderada dos preços a consumidor final, usualmente praticados no mercado varejista goiano, conforme demonstrativo anexado aos autos. As informações foram obtidas por declaração do contribuinte e transmitidas nos seus arquivos magnéticos. Em consequência deverá pagar o imposto omitido bem como as devidas cominações legais.

Tais omissões teriam ocorrido no período de janeiro de 2007 a setembro de 2007.

Foram anexados aos autos os seguintes documentos:

a) tabela informativa dos valores de pauta exigidos para o cimento (fls. 5);

b) demonstrativo das diferenças apontadas pelo fisco no que diz respeito à correta determinação da base de cálculo para a substituição tributária (fls 7/33).

Houve correta intimação do sujeito passivo em relação ao auto de infração. Aproveitando a oportunidade que lhe foi dada, o polo passivo veio na fase singular e trouxe suas razões.

Decisão singular foi pela procedência do trabalho fiscal, com rejeição de todos os argumentos postos pela defesa em sua peça.

Corretamente intimada da decisão singular, sujeito passivo veio na fase cameral e apresentou os seus motivos.

A decisão cameral foi, por maioria de votos, pela procedência do auto de infração. Também por maioria de votos foi rejeitada preliminar de insegurança na determinação da infração. Corretamente intimado da mesma, sujeito passivo ofereceu recurso ao conselho pleno, expondo novamente suas razões.

Fundamenta o pedido de admissibilidade do recurso ao pleno no artigo 35 da Lei 13.882/01. Após, fez breve síntese dos fatos. Narrou as decisões singular e cameral, que rejeitaram os argumentos defensórios.

Manifestou entendimento contrário ao da câmara, que rejeitou pedido de diligência destinado à Superintendência de Administração Tributária – SAT, para que respondesse a quesitos formulados pelo polo passivo. Fez questionamento dos valores que estão sendo exigidos.

Objeta de forma veemente a utilização da pauta fiscal para o presente caso, entende que esse procedimento é ilegal. Pela sua tese, seria admissível tal procedimento somente nos casos previstos no artigo 148 do Código Tributário Nacional. Fez referência à jurisprudência do poder judiciário, que, segundo entende, agasalharia a sua tese de defesa.

Afirma que os valores que são utilizados como base de cálculo devem ser aqueles que efetivamente são praticados pelo mercado, e não aqueles que a Secretaria da Fazenda entende como devidos. Fez referência à Lei Complementar 87/96 para embasar seu raciocínio.

Informa que o valor agregado, que faria a diferença do preço da indústria com o varejo deveria ser de no máximo 20% (vinte por cento). Também fez referência ao artigo 26 do Código Tributário Estadual para fundamentar o seu raciocínio. Destaca que a determinação dos valores de venda deve ser embasada em levantamento estatístico-econômico realizado pelo sistema de amostragem nesses setores, e em informações fornecidas por entidades representativas dos respectivos setores.

Foi feita referência à Instrução Normativa 21/05, que determinou os valores que serviriam de base de cálculo para a substituição tributária por operações posteriores do cimento, nas suas variadas formas de acondicionamento. Afirma que os valores nela consignados são abusivos e fora da realidade do mercado. Destacou a partir de então a ilegalidade das pautas fiscais que sejam destoantes do mercado.

Interpreta que a tal Instrução Normativa extrapolou o desejo da lei que rege a matéria. Seria, portanto, ilegal ao não proceder dessa forma. Entende que o Sindicato Nacional da Indústria de Cimento teria a legitimidade de informar os valores que deveriam ser considerados pela tal Instrução Normativa. Segundo afirma, a secretaria da Fazenda teria desprezado todas as informações e argumentos postos pelo tal sindicato, o que feriria, inclusive, o artigo 41 do Regulamento do Código Tributário Estadual, que se encontra transcrito às folhas 176.

Novamente foi transcrita jurisprudência que agasalharia a tese de que a fixação de pauta de valores deve respeitar a realidade dos mercados, não sendo permitido à administração pública, na busca desenfreada por recursos, estipular valores divorciados da realidade dos mercados.

Encerra sua peça pedindo a declaração da ilegalidade da pauta fiscal para o presente caso, pois não haveria, segundo entende, sintonia entre ela e a realidade do mercado. pede a improcedência do auto de infração.

Foi apresentada outra peça defensiva, com teor semelhante ao da anterior, onde os mesmos argumentos foram suscitados. Inova trazendo Súmula do STJ, que diz: “É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor de mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal. “

Mais uma peça foi juntada, chamada de memorial, onde se fez um resumo dos argumentos defensivos colocados até esse momento, sem nenhuma inovação.

É o relatório.

DECISÃO

A discussão no presente processo tem como cerne a possibilidade jurídica de acolhermos a Instrução Normativa 21/05 – SGAF, como suficiente para determinar os valores sobre os quais a substituição tributária por operações posteriores, no caso das indústrias, será efetuada.

Entendo que a própria essência da substituição tributária por operações posteriores aponta para a necessidade de que o valor de operações futuras seja estabelecido no momento em que a saída das mercadorias ocorre na indústria, como no presente caso.

Dessa forma, qualquer questionamento sobre a utilização de pauta traduz, no mínimo, desconhecimento dessa sistemática da substituição tributária por operações posteriores, expressamente prevista no artigo 150, § 7º do próprio texto constitucional. Sem um valor de referência para a última operação de venda a consumidor fina, seria impossível de ser observada.

O artigo 26 do Código Tributário Estadual é claro ao determinar as formas de determinação da base de cálculo para efeito de cálculo do imposto devido sob esse sistema de tributação. Vejamos a sua redação:

“Art. 26. A base de cálculo, para fim de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, e na seguinte ordem:

a) o preço final a consumidor, único ou máximo, estabelecido por órgão público competente; (grifo nosso)

b) o preço final a consumidor, sugerido pelo fabricante ou importador;

c) obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

1. o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

2. o montante dos valores de seguro, frete, tributos e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

3. a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º A margem agregada, inclusive lucro bruto corresponderá ao valor encontrado mediante a aplicação do Índice de Valor Agregado - IVA -, obtido na forma do parágrafo seguinte, sobre a soma das parcelas previstas nos itens 1 e 2, da alínea “c”, do inciso II, do *caput* deste artigo;

§ 2º O IVA será estabelecido, tendo por base os preços usualmente praticados pela indústria, pelo comércio atacadista, pelo varejista e pelo prestador de serviços, aferidos mediante a utilização dos seguintes critérios, conforme dispuser a legislação tributária:

I - levantamento estatístico-econômico realizado pelo sistema de amostragem nesses setores;

II - informações fornecidas por entidades representativas dos respectivos setores;

III - coleta de preços à vista, sem desconto, em determinado período, incluindo-se eventuais parcelas relativas a valores cobrados pelo contribuinte a título de financiamento direto;

IV - ponderação dos preços coletados, levando-se em consideração a representatividade dos pesquisados na amostra considerada.

Além desse fato, temos uma legislação específica, que trata do cimento, em caso particular. O artigo 40 do Anexo VIII do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás, que trata da matéria, tem a seguinte redação:

“Art. 40. Na falta do preço de que trata o artigo anterior, a base de cálculo do imposto a ser retido é:

I - em relação à mercadoria do [Apêndice I](#), o maior valor entre o preço praticado no mercado atacadista goiano, informado na pauta de valores elaborada pela Secretaria da Fazenda e o valor da operação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário, ambos acrescidos das seguintes parcelas correspondentes ao:

NOTA: Ver art. 1º do [Decreto nº 6.663/07](#), de 29.08.07, com vigência a partir de 01.09.07.

a) montante dos valores de seguro, frete, embalagem ou acondicionamento, tributos, custo de financiamento e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente da mercadoria;

b) valor da margem de lucro bruto, encontrado mediante a aplicação do Índice de Valor Agregado - IVA-, por espécie de mercadoria, previsto no próprio [Apêndice I](#), aplicado sobre o somatório dos valores anteriormente mencionados;

II - em relação à mercadoria do [Apêndice II](#), obtida pelo somatório das seguintes parcelas correspondentes ao:

a) valor da operação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) montante dos valores de seguro, frete, embalagem ou acondicionamento, IPI e demais tributos, custo de financiamento e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente da mercadoria;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa à operação subsequente, assim considerado, o valor encontrado mediante a aplicação do Índice de Valor

Agregado-IVA-, por espécie de mercadoria, previsto no próprio [Apêndice II](#), sobre a soma das parcelas previstas nas alíneas anteriores.

§ 1º Quando a informação contida na pauta de valores, elaborada pela Secretaria Fazenda, referir-se ao preço praticado no mercado varejista goiano, este prevalece como base de cálculo para efeito de substituição tributária.

NOTAS:

§ 1º A média ponderada dos preços a consumidor final usualmente praticados no mercado varejista goiano prevalece como base de cálculo para efeito de retenção do ICMS, em substituição à base de cálculo definida de acordo com os incisos I ou II do caput, para as seguintes mercadorias (Lei nº 11.651/91, art. 26, § 3º):

NOTA: Redação com vigência de 01.08.04 a 30.09.08.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO *CAPUT* DO § 1º DO ART. 40 PELO ART. 1º Do decreto nº 6.721, DE 18.02.08 - VIGÊNCIA: 01.10.08.

§ 1º A média ponderada dos preços a consumidor final usualmente praticados no mercado varejista goiano, observado o disposto no § 11 deste artigo, prevalece como base de cálculo para efeito de retenção do ICMS, em substituição à base de cálculo definida de acordo com os incisos I ou II do caput, para as seguintes mercadorias ([Lei nº 11.651/91, art. 26, § 3º](#)):

I - bebida relacionada no inciso I do [Apêndice II](#) deste anexo ([Protocolo ICMS 11/91](#));

II - cimento relacionado no inciso XII do [Apêndice II](#) deste anexo ([Protocolo ICMS 11/85](#)). (grifo nosso)

§ 2º O Índice de Valor Agregado-IVA- é estabelecido, tendo por base os preços usualmente praticados pela indústria, pelo comércio atacadista, pelo varejista e pelo prestador de serviços, aferidos mediante a utilização dos seguintes critérios, conforme dispuser a legislação tributária (Lei nº 11.651/91, [art. 26, § 2º](#)):

I - levantamento estatístico-econômico realizado pelo sistema de amostragem nesses setores;

II - informações fornecidas por entidades representativas dos respectivos setores;

III - coleta de preços à vista, sem desconto, em determinado período, incluindo-se eventuais parcelas relativas a valores cobrados pelo contribuinte a título de financiamento direto;

IV - ponderação dos preços coletados, levando-se em consideração a representatividade dos pesquisados na amostra considerada.”

O artigo 18 do Regulamento do Código Tributário Estadual também, tratando desse assunto, traz a seguinte determinação:

“**Art. 18.** Mediante pesquisa periódica de preços, a Secretaria da Fazenda pode elaborar pauta de valores, informando o preço corrente da mercadoria ou do serviço, para fixação da base de cálculo.”

Dessa forma, a determinação dos valores de venda a consumidor final, para o cimento, são pesquisados e fixados pela própria Secretaria da Fazenda através de ato próprio, que no caso é a Instrução Normativa 21/05 – SGAF.

Questioná-la seria questionar a própria legalidade dessa mesma Instrução Normativa acima referida, o que é matéria vedada à essa instância administrativa.

Desse modo, todos os argumentos que questionam os valores ficam fragilizados. Outro aspecto relevante, seria o fato de que todas as outras indústrias que trabalham com o mesmo produto observam a tal regra que estabelece o valor do saco quando vendido a consumidor final. Se permitíssemos que a autuada tivesse ônus menor, estaríamos privilegiando tal empresa, criando condições para uma concorrência desleal e desigual com as outras indústrias do ramo.

Diante desses argumentos, conheço do recurso do contribuinte para o conselho pleno, nego-lhe provimento, para manter a decisão cameral, que julgou procedente o auto de infração.

VOTO VENCIDO

Solicitei a elaboração deste voto vencido, com intuito de demonstrar o meu inconformismo, que é compartilhado com os ilustres Conselheiros Carlos Andrade Silveira, José Pereira D'abadia, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa e Nivaldo Carvelo Carvalho, que votaram conhecendo do recurso voluntário, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração e também de firmar a minha posição em face a imposição de uma pauta de valores da base de cálculo do imposto, que à minha ótica é elaborada de forma impositiva e leonina, sem que tenha havido uma interação com os segmentos produtivos da sociedade, situação que, a meu ver, afronta a orientação constitucional do princípio da publicidade, inserto no artigo 37 da nossa Carta Magna, uma vez que tal publicidade, só se efetiva após ter sido decidido pela cúpula administrativa Fazendária, qual a percentual que o segmento empresarial deverá honrar em face à questão em destaque.

Entendo que a busca do valor da mercadoria se processa de acordo com os critérios estabelecidos pela inteligência do artigo 16, inciso I da Lei n.º 11.651/91, “verbis”:

“Art. 16. Na falta do valor da operação e ressalvado o disposto no artigo seguinte, a base de cálculo do imposto é:

I - o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, no mercado atacadista do local da operação ou, na sua falta, no mercado atacadista regional, caso o remetente seja produtor, extrator ou gerador, inclusive de energia.”

Portanto, a elaboração do procedimento que ora combato, segue na contramão da orientação supra transcrita.

Aliás, a prevalecer essa situação, ofendido está também, o nosso Código Comercial, especificamente no capítulo dos Contratos, ao ser renegado o axioma lecionado nos bancos acadêmicos “o contrato faz lei entre as partes”. Pois, a transação comercial nada mais é que um contrato onde o comerciante tem a obrigação de dar a mercadoria ao comprador que, por sua vez, tem a obrigação de fazer o pagamento. Assim, nada obsta que o comerciante diminua a sua margem de lucro, até mesmo porque é preferível, às vezes, diminuir a margem de lucro, com escopo de atender o compromisso financeiro premente, do que “quebrar” pela ausência da comercialização.

Entretanto, a ser atendida no pé da letra a imposição sobre o percentual da base de cálculo do imposto, o comerciante se sente engessado, e impossibilitado de resolver uma questão que diz respeito ao caixa da empresa.

Assim, abordo tal questão para que sirva de parâmetro e análise visando facilitar a vida daqueles que militam pela livre iniciativa e o livre comércio, base de uma sociedade capitalista que gera riqueza, emprego, renda, e, por consequência, dignifica a cidadania, e a própria vida, bem maior de uma sociedade livre e soberana.

Notório o desvirtuamento do instituto da substituição tributária. A recente extensão/proliferação da utilização do regime de recolhimento do ICMS por substituição tributária pelos governos estaduais decorreu inicialmente do recrudescimento da denominada “guerra fiscal”, evidenciada pela demora do poder legislativo federal em propor e aprovar um projeto de reforma tributária que normatize a concessão de benefícios fiscais.

Assim, a substituição tributária que foi concebida com o objetivo de combater a sonegação fiscal, facilitando o trabalho da fiscalização, exercido pelos governos estaduais, em face aos contribuintes do ICMS que realizam operações com produtos potencialmente significativos para a arrecadação e que se caracterizam pela comercialização pulverizada, abrange seu conceito quando da indiscriminada utilização. Ficando latentes as distorções que a aplicação do referido regime vem causando no sistema tributário nacional e os transtornos que a sua utilização indiscriminada causa ao setor produtivo e ao comércio em geral.

Em resumo, as autoridades fiscais argumentam que o instituto aumenta a eficiência da máquina arrecadatória, reduzindo, assim, a necessidade de alocação de recursos públicos para a execução de trabalhos de fiscalização, atacando diretamente as causas da sonegação fiscal e tem como principal consequência o aumento da arrecadação tributária e ainda a premissa de simplificação tributária.

Não há de se falar em simplificação tributária ao contribuinte. Os contribuintes substituídos, geralmente industriais ou distribuidores, ficam obrigados a efetuar o cálculo, a retenção e o recolhimento do imposto devido por substituição tributária, além de cumprir todas as obrigações acessórias atinentes ao tributo. Parece-me que a tese da simplificação defendida pelas autoridades fiscais vale apenas para os contribuintes substituídos, pois, para esses, o que se percebe é um aumento no trabalho operacional para a apuração e o recolhimento do ICMS,

devido por substituição tributária, além do cumprimento de todas as obrigações acessórias decorrentes da adoção do regime.

A expansão da utilização do regime de substituição tributária do ICMS pelos governos estaduais notadamente nos últimos anos vem causando aberrações econômicas e prejudicando as empresas no que diz respeito à livre concorrência e ao comprometimento do fluxo de caixa dos contribuintes que operam com produtos sujeitos a essa sistemática de tributação.

Como se não bastassem as assertivas retro, quero, por oportuno, discorrer também, sobre a posição das empresas, que fazem a grandeza do nosso País, sobre o regime da substituição tributária do ICMS, pelas operações posteriores, que é o fato motivador desta ação, conforme pode ser conferido na leitura do relatório que é parte integrante do acórdão, através de artigo publicado no jornal intitulado CNI, editado pela Confederação Nacional da Indústria, de março de 2010, "verbis":

"Mais da metade das empresas avaliam que o enquadramento de produtos no regime de substituição tributária é negativo para a empresa. O percentual é crescente quanto menor o porte da empresa e atinge quase dois terços das pequenas empresas consultadas."

Quanto ao objetivo de ampliação da arrecadação em embate com as distorções econômicas produzidas no mercado consumidor pela instituição de uma Pauta Fiscal alheia ao próprio mercado e a sua dinâmica, clara se faz presente tal anomalia nos dizeres da manchete do jornal O Popular de 19 de outubro de 2010, pág. 07, **"Novo preço voltou a surpreender os motoristas no fim de semana. Postos culpam a pauta de ICMS."** No corpo da matéria encontra-se o motivo do novo preço: "o problema é que a pauta do etanol, que passou de R\$ 1,49 para R\$ 1,69, subiu justamente por causa do último aumento dos combustíveis no início deste mês. Apesar do preço ter atingido R\$ 1,59, o valor da pauta chegou a R\$ 1,69 porque ela é uma média ponderada dos preços cobrados em todo Estado..."

Desde a edição da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.93, que acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 150 da CF/88, dando assim status constitucional à possibilidade de adoção do regime de substituição tributária, inúmeros foram os posicionamentos críticos dos estudiosos do direito tributário brasileiro, que defendiam a sua inconstitucionalidade por considerarem que a norma feria, entre outros, os princípios da legalidade, da capacidade contributiva e do não confisco. Vejam o que foi dito pelo ilustre tributarista prof. Roque Antônio Carraza:

"A Constituição veda a tributação baseada em fatos de provável ocorrência. Para que o mecanismo da substituição venha a ser adequadamente utilizado é preciso que se estribe em fatos concretamente ocorridos, nunca em fatos futuros, de ocorrência incerta. Esta é uma barreira constitucional inafastável, pois integra o conjunto de direitos e garantias que a Lei Maior confere ao contribuinte."

Com advento da Lei Complementar nº 87/96, por meio do artigo 6º, restou oportunizado à legislação estadual poder atribuir a terceira a responsabilidade pela

retenção e pelo recolhimento do imposto, nos termos do art. 155, parágrafo 2º, XII, “b” da Constituição Federal.

Porém, de forma a redirecionar seu entendimento sobre as controvérsias da matéria, recentemente o STJ editou novas súmulas, dentre as quais, a Súmula 431, a qual adoto como base do raciocínio motivador desta peça decisória, “verbis”:

“Súmula 431: “É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”.

Para, em conclusão, proferir o meu juízo pela improcedência da preambular. Destacando ainda, que ao compulsar os autos verifiquei que o sujeito passivo realizou recolhimentos do ICMS a razão do produto/valor comercializado. Evidenciando o auto de infração a cobrança de diferença entre o recolhido e o que entendeu devido considerando a pauta fiscal daquela época.

Sala das sessões plenárias, em 23 de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: SUPERPOSIÇÃO DE LANÇAMENTO - Lançamento em duplicidade (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02267/10

Relator: Conselheiro Domingos Caruso Neto

EMENTA: ICMS. Revisão extraordinária. Lançamento em duplicidade em relação a alguns fatos geradores objeto da ação fiscal. Procedência parcial. Decisão unânime.

Deve ser adequado o valor da exigência fiscal se, no curso do processo administrativo tributário, ficar comprovado que o Fisco efetuou, anteriormente, outro lançamento com coincidência parcial de período de referência, com o mesmo pedido e com a mesma causa de pedir.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de outubro de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS de R\$7.278,06 (sete mil, duzentos e setenta e oito reais e seis centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Gustavo Alberto Izac Pinto, Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca, Aldeci de Souza Flor, José Manoel Caixeta Haun, Levi Silva Filho, José Luiz Rosa, Antônio Martins da Silva, Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo, Manoel Antônio Costa Filho, José Pereira D'abadia, Heli José da Silva e Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

Neste processo, o Fisco formaliza a exigência de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) no valor de R\$ 12.375,69 (doze mil, trezentos e setenta e cinco reais e sessenta e nove centavos), em razão de o sujeito passivo ter omitido saída de mercadoria tributada, no valor comercial de R\$ 103.130,74 (cento e três mil, cento e trinta reais e setenta e quatro centavos).

O Levantamento foi realizado através de comparativo entre as vendas realizadas por meio de cartão de crédito, informadas pelas administradoras de cartões e vendas declaradas na Declaração Periódica de Informações (DPI).

A penalidade indicada no documento, enquanto não denunciado o acordo de parcelamento, ficou substituída pela multa de mora prevista na legislação tributária.

O período de referência do crédito tributário é o compreendido entre Janeiro de 2005 e Junho de 2007.

Instruem o processo “Notificação do Crédito Tributário Denunciado Espontaneamente” (fls. 4); e “Resumo de Cálculos Práticos – Operação Cartão de Crédito” (fls. 5).

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresentou Impugnação em Primeira Instância (fls. 13 a 32), pugnando pela procedência parcial do feito.

Em razão do parcelamento nº 127328-0 (fls. 34), o processo deixou de ser encaminhado para julgamento em Primeira Instância, sendo alternativamente encaminhado à GERC, para o acompanhamento e controle do parcelamento total do débito (fls. 35).

Já em Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 37 a 150), o sujeito passivo argumenta que apresentou Impugnação que não foi apreciada, sendo o processo remetido para a Dívida Ativa e não cientificada a impugnante, em afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto na Constituição Federal.

Transcreve a Impugnação, na qual afirmou que o Fisco, através do Auto de Infração nº 3 0199071 375 79, lavrado em 01.08.2006, exige da impugnante, no mesmo período fiscalizado, o pagamento de ICMS, alegando os mesmos motivos que originaram a presente autuação fiscal, conforme se infere no histórico do referido auto de infração.

Destaca que há superposição de autos no lançamento dos créditos tributários a que se referem os dois autos de infração. Afirma que resta, como remanescente de todo o débito apurado pela fiscalização, apenas o ICMS devido no período de Agosto de 2006 a Junho de 2007, registrado no presente Auto de Infração, o que a impugnante considera como parte não litigiosa nessa ação fiscal, que será objeto de pedido de parcelamento.

Anexa cópia do Auto de Infração nº 3 0199071 375 79 (fls. 60), e relação de vendas realizadas com cartão de crédito sem a respectiva emissão de documentos fiscais de saídas (fls. 63 a 89).

O Presidente deste Conselho, através do Despacho nº 2403/2009 (fls. 157), destaca que os §§ 2º e 3º do art. 6º da Lei nº 16.469/09 autorizam a apreciação do pedido de revisão extraordinária interposto, desde que constatado erro de fato substancial que implique alteração total ou parcial do lançamento, inclusive quanto à sujeição passiva, e desde que o referido erro não tenha sido objeto de controvérsia ou pronunciamento.

Acrescenta que, examinando a documentação trazida ao processo, constata-se a existência de erro de fato substancial que implica alteração parcial do lançamento procedido pelo Fisco, uma vez que se verifica nos históricos dos lançamentos efetuados (fls. 2 e 60) que o período de 01/01/2005 a 06/07/2006, se

encontra abrangido e englobado no PAT nº 3 0199071 375 79, cujo auto de infração foi lavrado em 01/08/2006, anteriormente, portanto, a 10/07/2008, data da lavratura do presente lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

Em análise dos autos, em especial das fls. 2 e 60, observa-se que existem, em relação ao mesmo sujeito passivo, causa de pedir e pedidos coincidentes, no que se refere ao período compreendido entre 1º de Janeiro de 2005 e 6 de Julho de 2006.

Assim, faz-se necessário adequar o valor da exigência, de forma a excluir o valor referente a 2005 e manter, em relação a 2006, somente o valor referente ao período compreendido entre 07.07 e 31.12.

O valor referente a 2007 permanece sem alteração, como no levantamento original, conforme demonstrado na tabela abaixo.

Valor referente ao ano de 2006 (total a ser proporcionalizado)	2.997,21
Valor referente ao ano de 2007	5.791,77
Valor referente ao período compreendido entre 07/07/2006 e 31/12/2006	1.486,29
Procedência Parcial	7.278,06

Por isso, fundamentado em prova inequívoca de erro de fato substancial que demanda alteração parcial do lançamento, conheço do pedido de Revisão Extraordinária e dou-lhe parcial provimento para considerar parcialmente procedente o Auto de Infração, no valor de R\$ 7.278,06 (sete mil, duzentos e setenta e oito reais e seis centavos).

Sala das sessões plenárias, em 03 de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ZONA FRANCA - Falta de comprovação de internamento - condição para usufruir de benefício fiscal (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01381/10

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Utilização indevida de isenção. Não comprovação de internamento de mercadorias na Zona Franca de Manaus. Procedência parcial. Decisão unânime.

I - A comprovação de forma inequívoca do internamento no destino é condição indispensável para fruição do benefício fiscal na operação de saída de mercadorias com isenção do ICMS destinada à Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio;

II - Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário. (art.86, RCTE);

III - Declara-se procedente em parte o auto de infração quando ilidida parcialmente a acusação nele formulada.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de abril de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 3.226,22 (três mil, duzentos e vinte e seis reais e vinte e dois centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 387,14 (trezentos e oitenta e sete reais e quatorze centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Itamar Alves Carrijo e Célia Reis Di Rezende.

RELATÓRIO

Em 19 de julho de 2007, as autoridades fiscais lavraram o auto de infração, formalizando a exigência do ICMS no valor de 5.699,04 (cinco mil, seiscentos e noventa e nove reais e quatro centavos), multa e demais acréscimos legais, pelo fato da empresa goiana [...] ter realizado saídas de mercadorias no valor comercial de R\$ 47.492,00 (quarenta e sete mil, quatrocentos e noventa e dois reais), com isenção do ICMS, destinadas à Zona Franca de Manaus e áreas de Livre Comércio, sem comprovar o devido internamento delas no destino, condição esta indispensável para fruição do favor fiscal, perdendo então o benefício.

Identificadas como sujeito passivo as pessoas de [...],[...] e [...], na condição de gerentes da firma atuada.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da atuada, tendo sido anexada à peça básica cópias de notificações fiscais (fls. 15 a 16), de CTFC (fls. 17) e das Notas Fiscais n.ºs 8001, 12336, 18791, 22192, 22402, 25750, 28714, 28597, 31885 e 35288 (fls. 18 a 35).

Os sujeitos passivos foram regularmente intimados do auto de infração, apenas o sujeito passivo direto comparece ao processo apresentando impugnação em Primeira Instância (fls. 49 a 51), declarados revéis os solidários (fls. 45, 46 e 47).

Na impugnação apresentada (fls. 49 a 51), a atuada pede a suspensão do julgamento do processo até que a SUFRAMA informe o internamento da mercadoria na região.

Afirma que as Notas Fiscais n.ºs 8001, 018791, 022192, 022402, 028597 e 028714 ingressaram na zona de exclusão tributária.

Entende que a transportadora [...] deve responder pelas Notas Fiscais n.ºs 08001, 018791, 022192 e 022402, por ter efetuado o transporte das mercadorias nelas discriminadas.

Junta elementos de prova (fls. 60 a 86).

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões da defesa, decide pela procedência parcial do lançamento, condenando os sujeitos passivos ao pagamento do ICMS no valor de R\$ 2.842,03 (dois mil, oitocentos e quarenta e dois reais e três centavos), consoante a Sentença n.º 4797/08-COJP (fls. 88 a 91).

A procedência parcial, segundo a sentença, decorreu da comprovação do internamento das mercadorias constantes das Notas Fiscais n.ºs 028597 e 028714.

A Representação Fazendária concorda com a sentença singular, conforme despacho (fls. 92).

Os sujeitos passivos, inconformados com a decisão singular, apresentam conjuntamente recurso voluntário (fls. 102 a 103), afirmando que, neste ato, comprova o ingresso das Notas Fiscais n.ºs 25750 e 31885, após a exclusão destas notas, havendo saldo remanescente a ser recolhido, a empresa irá efetivá-lo, assim que notificada.

Juntam elementos de prova (fls. 104 a 108).

Juntam novamente a mesma peça (recurso voluntário) e os mesmos elementos de prova referidos em linhas anteriores, conforme fls. 118 a 125, 152 a 159 e 185 a 192.

Juntou-se ainda impugnações conjuntas do sujeito passivo direto e dos solidários (fls. 138 a 140, 171 a 173 e 2003 a 205), idênticas à apresentada pelo sujeito passivo direto (fls. 49 a 51).

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, por pertinência e para melhor clareza do meu voto, transcrevo dispositivos do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (art. 6º, XVII, c, Anexo IX) e art. 86, aplicáveis ao caso em análise:

“Art. 6.º São isentos do ICMS:

[...]

XVII - a saída de produto industrializado de origem nacional, inclusive semi-elaborado relacionado no Apêndice I deste Anexo, para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, nos Municípios de Rio Preto da Eva e de Presidente Figueiredo, no Estado do Amazonas, e nas Áreas de Livre Comércio de Macapá e Santana, no Estado do Amapá; de Tabatinga, no Estado do Amazonas; de Bonfim e Boa Vista, no Estado de Roraima; de Brasília e Cruzeiro do Sul, com extensão para o Município de Epietaciolândia, no Estado do Acre; de Guajaramirim, no Estado de Rondônia, desde que observado o disposto no Capítulo IX do [Anexo XII](#) deste Regulamento e o seguinte (Convênio ICM [65/88](#) e Convênios ICMS 52/92 e 49/94):

[...]

c) o benefício somente prevalece com a comprovação inequívoca da efetiva entrada dos produtos no estabelecimento destinatário ([Convênio ICM 65/88](#), cláusula segunda);

[...]”

“Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o [contribuinte](#) perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário.”

A presente autuação decorreu do fato da empresa goiana [...], ter realizado saídas de mercadorias no valor comercial de R\$ 47.492,00 (quarenta e sete mil, quatrocentos e noventa e dois reais), por meio das Notas Fiscais nºs 8001, 12336, 18791, 22192, 22402, 25750, 28714, 28597, 31885 e 35288, amparadas pela isenção prevista no art. 6º, XVII, do Anexo IX do RCTE, mas não se comprovou o internamento dos produtos na Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio, perdendo então o benefício fiscal, sujeitando-se ao pagamento do

ICMS no valor de 5.699,04 (cinco mil, seiscentos e noventa e nove reais e quatro centavos), juntamente com a respectiva multa e demais acréscimos legais.

No curso do processo, a defesa comprovou o internamento dos produtos constantes das Notas Fiscais n°s 25750, 28714, 28597 e 31885 na zona de exclusão tributária, remanescendo sem comprovação as Notas Fiscais n°s 8001, 12336, 18791, 22192, 22402 e 35288.

Então deve-se excluir do lançamento as Notas Fiscais n°s 25750, 28714, 28597 e 31885, que acobertaram mercadorias no valor comercial de R\$ 44.265,78 (quarenta e quatro mil, duzentos e sessenta e cinco reais e setenta e oito centavos). Feita a exclusão das notas e a dedução do respectivo valor total, a base de cálculo do imposto é de R\$ 3.226,22 (três mil, duzentos e vinte e seis reais e vinte e dois centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 387,14 (trezentos e oitenta e sete reais e quatorze centavos), devendo o lançamento ser alterado para esses valores.

Ante o exposto, voto conhecendo do recurso, dando-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 3.226,22 (três mil, duzentos e vinte e seis reais e vinte e dois centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 387,14 (trezentos e oitenta e sete reais e quatorze centavos).

Sala das sessões, em 27 de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ZONA FRANCA - Falta de comprovação de internamento - omissão de recolhimento de ICMS (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02244/10

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Auditoria nas saídas de mercadorias remetidas à Zona Franca de Manaus e/ou Áreas de Livre Comércio. Adequação da alíquota para 12% (doze por cento). Procedência em parte. Decisão unânime.

A faculdade do contraditório, embasado em fundamento legal aplicável à espécie de lançamento tributário, resulta modificação no trabalho fiscal, a adequação da alíquota correspondente à operação interestadual e causa a declaração da parcial procedência do auto de infração na instância que julgar a questão.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar procedente em parte o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 21.570,47 (vinte e um mil, quinhentos e setenta reais e quarenta e sete centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 2.588,46 (dois mil, quinhentos e oitenta e oito reais e quarenta e seis centavos), considerando, ainda, o pagamento de fls. 52 para fins de possível extinção do crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

As autoridades fazendárias demonstraram que o sujeito passivo efetuou remessa de mercadorias para as zonas de livre comércio, acobertadas de documentos fiscais e não comprovou os seus internamentos na SUFRAMA ou nas Áreas de Livre Comércio, procedimento que causou omissão no recolhimento do imposto devido, conforme registra o detalhamento do crédito no documento de suporte do lançamento tributário.

A instrução do trabalho fiscal se fez com os documentos: Anexo estruturado - detalhamento do crédito tributário, com a relação de notas fiscais sem comprovação de internamento na SUFRAMA ou ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO e com as cópias das notas fiscais emitidas pela autuada, documentos de fls. 04 a 31 dos autos.

Os artigos 43 e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c o artigo 6º do Anexo IX e artigo 37 do Anexo XII do Decreto nº 4.852/97, respaldam a exigência fiscal estampada no auto de infração.

O artigo 71, inciso VIII, alínea "c", agravado com o § 9º, inciso I do CTE, corresponde à penalidade proposta pelas autoridades lançadoras, conforme registro efetivado na peça basilar.

O Termo de Revelia de fl. 36, mostra que o sujeito passivo deixou passar a primeira fase de defesa em branco.

Na impugnação, apresentada a uma das Câmaras Julgadoras do Conselho Administrativo Tributário, o contribuinte alega que "por não ter localizado o comprovante de internamento das referidas mercadorias, promoveu ao recolhimento do tributo exigido, com os devidos acréscimos legais, entendendo que o mesmo era suficiente para quitação integral do presente Auto de Infração." - fl. 49 da defesa.

Todavia, esclarece que para o cálculo do ICMS devido a empresa utilizou a alíquota da operação interestadual - 12% (por cento), enquanto que o cálculo efetuado no lançamento de ofício se fez pela alíquota interna - 17% (dezesete por cento). Efetuado o cálculo pela alíquota interestadual há de se concluir que os valores recolhidos quitam o exigido no auto de infração.

Ao finalizar a peça defensiva, o contribuinte requereu a aplicação da alíquota interestadual para o cálculo do imposto devido e efetivamente quitado com o documento de fl. 52 e, em seguida, que o auto de infração seja arquivado.

É o relatório.

DECISÃO

Do exame da formalização do presente crédito, verifiquei que o contribuinte concordou com o lançamento do crédito tributário de forma parcial, visto o entendimento de que a alíquota aplicada pelas autoridades fazendárias correspondeu a 17% (dezesete por cento) e, de acordo com o seu convencimento a alíquota correta é 12% (doze por cento).

O trabalho fiscal demonstra a base de cálculo do imposto no valor de R\$ 21.570,47 (vinte e um mil, quinhentos e setenta reais e quarenta e sete centavos) e uma apuração do ICMS devido no valor de R\$ 3.666,98 (três mil, seiscentos e sessenta e seis reais e noventa e oito centavos), fato assinalado no documento de fl. 18.

Entretanto, o contribuinte não descarta o débito, mas efetua o cálculo do imposto devido com a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento), e efetua o recolhimento pelo Documento de Arrecadação de Receitas Estaduais – DARE 2.1, fl. 52.

Efetuei o cálculo com a base de cálculo mencionada nas linhas passadas e apurei corretamente o valor do ICMS devido no total de R\$ 2.588,46 (dois mil, quinhentos e oitenta e oito reais e quarenta e seis centavos).

O processo e as razões da defesa foram discutidos com os componentes da sessão cameral, com a qual obtive o consenso unânime de que o auto de infração deveria ser julgado com a parcial procedência do auto de infração, visto a adequação do valor do crédito de acordo com o mencionado nos parágrafos volvidos.

Diante desta conclusão e ao finalizar este voto, o faço para conhecer da tese impugnatória, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente o auto de infração sobre o valor comercial de R\$ 21.570,47 (vinte e um mil, quinhentos e setenta reais e quarenta e sete centavos), cujo ICMS devido passa para o valor de R\$ 3.666,98 (três mil, seiscentos e sessenta e seis reais e noventa e oito centavos) e, para fins de possível extinção do crédito tributária, que seja considerado o pagamento efetivado no documento de fls. 52 dos autos.

Sala das sessões, em 02 de agosto de 2010.

SENTENÇAS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Mercadoria acompanhada por documento fiscal inidôneo (Improcedência)

Julgador: Zenewton Rimes de Almeida

SENTENÇA N.º 00542/10 – JULP

RELATÓRIO

Trata-se de exigência de ICMS originária da detecção de comercialização de mercadorias acompanhadas pelas notas fiscais de venda a consumidor, consideradas inidôneas serem destinadas suas respectivas utilizações exclusivamente para realização de vendas a consumidor final, conforme Termo de Apreensão e documentos anexos.

O sujeito passivo compareceu ao feito afirmando, basicamente, que as mercadorias comercializadas pela empresa seriam sujeitas ao regime da substituição tributária pelas operações posteriores – retenção na fonte, cigarros, que teriam sido adquiridas através das notas fiscais por ela agora anexadas.

DA DECISÃO

Analisando-se os autos, fundamentalmente, as notas fiscais originárias do litígio e as trazidas pela impugnante, observa-se, claramente, que as mercadorias tiveram o ICMS-ST retido na fonte e, por isso, não podendo ser ele novamente exigido, ainda, mais com acréscimo de novo IVA, não se tratando aqui do fato da comercialização (venda) ter sido realizada de forma irregular ou como apontado pelo autuante, através de documento impróprio destinado exclusivamente à venda a consumidor final, cuja inidoneidade ficou afastada nos autos, diante da apresentação da respectiva documentação de entrada.

CONCLUSÃO

Diante dos fatos narrados, decido pela **IMPROCEDÊNCIA** da pretensão inicial do fisco.

Encaminhe-se ao CRF – SAT, para análise.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 07 dias do mês de janeiro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Falta de emissão de documento fiscal na saída de mercadorias - Controle paralelo (Procedência)

Julgador: Fábio Eduardo Bezerra Lemos e Carvalho

SENTENÇA N.º 02056/10 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige dos sujeitos passivos o ICMS não pago e multa formal, em razão da falta de emissão de documentação fiscal na saída de mercadoria, tanto a tributada como a não tributada, apurado por meio do cotejo entre os controle extrafiscal de venda e os valores lançados no livro Registro de Saídas.

A acusação comprova a infração com relatório descritivo de fiscalização, com os papéis de trabalho da Auditoria Comparativa, com termo de apreensão, com termo de vistoria em sistema e equipamentos de automação, com notificação fiscal, com termos de lacração e de deslacração de equipamentos, com termo de copiagem e autenticação de arquivo eletrônico, com declaração/recibo do contribuinte, com cópias das folhas dos livros fiscais Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, com recibo de entrega de relatórios digitais e com 04 (quatro) DVD's contendo os arquivos digitais utilizados no procedimento fiscal.

São indicados como infringidos os arts. 25, §1º, VI, 64, 2º, e 66, da Lei n.º 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE.

Foi proposta a multa prevista no art. 71, VII, "I", com o §9º, I, do CTE, com redação da Lei n.º 13.446/99.

Os Administradores da pessoa jurídica [...],[...] e [...] são indicados como solidário na exigência do crédito tributário por terem concorrido para a prática da infração, nos termos do art. 45, XII, do CTE.

Regularmente intimados os sujeitos passivos, todos apresentam a mesma peça impugnatória.

Os Impugnantes arguem, preliminarmente, a nulidade do lançamento porque ele está viciado tanto pela insegurança na determinação da infração com pelo cerceamento do direito de defesa. Justifica a insegurança com os argumentos de que o histórico do auto não está compatível com a documentação juntada aos autos e de que a diferença foi apurada por presunção. O cerceamento foi justificado pela falta de acesso dos Impugnantes à documentação dos autos, inclusive dos DVD's, pois não lhes foram entregues cópias dos documentos nem dos DVD's.

Ainda preliminarmente, pedem a exclusão dos administradores do polo passivo, com o argumento de que eles não concorreram para a prática da infração e que não foi comprovada a prática de ato com má fé, contrário a estatuto, ou que infringisse lei.

No mérito, alega que a diferença autuada foi obtida por mera presunção, pois os registros no banco de dados não se tratam de saídas e não têm nenhum valor probante. Ainda, que o valor da multa não corresponde ao enquadramento legal constante dos autos.

Pedem a nulidade do lançamento ou, se negada, a exclusão dos solidários do polo passivo e, ainda, a improcedência do lançamento.

Os Impugnantes não trazem aos autos qualquer documento para sustentar suas alegações.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Não se verifica nos autos qualquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 20 da Lei n.º 16.469/09, conforme justificarei.

A descrição do fato, na peça básica, informa claramente que houve omissão de saída de mercadoria em certo valor e num determinado período e que, conforme proporcionalidade de comercialização de mercadoria tributada, parte do valor da venda omitida representa a base de cálculo do imposto suprimido em razão da infração. Informa ainda que os Anexos I, II e III, apresentam a auditoria e os resultados encontrados.

O Anexo I, fls. 11/45, foi elaborado com uma cuidadosa didática, utilizando-se de técnicas de interpretação e demonstração da verdade que se encontra nos arquivos eletrônicos apreendidos no estabelecimento da Impugnante. Merece especial atenção o item 4.3 (fls. 22/33), dedicado a, além de identificar, comprovar que fez a correta identificação dos registros correspondentes às vendas realizadas pelos Impugnantes.

É digno de nota o fato de que os autuantes utilizaram os dados e a codificação (linguagem, *lato sensu*) empregada pelos próprios Impugnantes no seu programa aplicativo para comprovarem que tanto as saídas identificadas como vendas como as identificadas como orçamento, em verdade, todas se referem a vendas. Verificam-se às fls. 30 e 33 as conclusões de que (1) os registros identificados como orçamento, da mesma forma que aqueles identificados como vendas, têm os correspondentes registros de pagamento e, (2) da mesma forma, ambos têm suas correspondências também no controle financeiro do título não baixados, vincendos e vencidos.

Os autuantes, alertam ainda que, momentaneamente, não importa se essas vendas identificadas se realizaram todas sem a emissão de nota ou cupom fiscais ou quais dela teriam o correspondente documento fiscal, pois,

posteriormente, no cotejo dos valores mensais dessas vendas com os registros fiscais assentados nos livros próprios seriam subtraídas as vendas regularmente efetuadas, com a emissão de nota fiscal, evidenciando a omissão de vendas.

O Anexo II demonstra o cotejo mencionado e a aplicação da proporção das mercadorias tributadas e das não tributadas, em relação ao total de saídas, obtendo-se, portanto, as bases de cálculo do imposto suprimido e da multa formal.

O Anexo III sistematiza os documentos que sustentam a acusação.

Esses documentos convergem no sentido de confirmar que os Impugnantes mantinham dados em microcomputador no estabelecimento da pessoa jurídica, cf. termo de apreensão de fls. 85, contendo dados do controle extrafiscal de vendas realizadas durante o período apurado.

Portanto, não vejo plausibilidade no argumento com o qual os Impugnantes justificam o pedido de nulidade por insegurança na determinação da infração.

A sorte do argumento com o qual sustentam o pedido de nulidade por cerceamento do direito de defesa não é outra, pois, no prazo concedido para impugnar o lançamento, os autos estiveram à disposição dos sujeitos passivos, a fim de que o estudassem ou mesmo copiassem qualquer parte deles, inclusive os DVD's contidos no envelope de fls. 436, pois o recibo já se encontrava preparado às fls. 435.

Além disso, a instrução probatória é farta de documentos que informam a presença e o acompanhamento dos sujeitos passivos nos atos do procedimento fiscal, bem como, os docs. fls. 95/96 comprovam a devolução do computador apreendido aos sujeitos passivos e indicam que foi a eles fornecido, ainda no procedimento de fiscalização, antes mesmo da lavratura do auto de infração, um disquete contendo um arquivo com o nome de cada arquivo copiado pela fiscalização e sua a localização no computador apreendido.

Há, portanto, elementos suficientes para se convencer de que a defesa poderia ser feita com os mesmos elementos que permitiram a apuração da omissão de vendas pelo fisco.

Rejeitos os pedidos de nulidade.

Pelo art. 124 do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e as pessoas expressamente designadas por lei.

Com esse fundamento o art. 45, XII, do CTE, expressa que é solidariamente obrigada ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação, com o contribuinte, a pessoa que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente os administradores da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação

decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis.

Presume-se, portanto, a solidariedade dos Administradores, bastando para tanto que se comprovem os fatos presuntivos: a infração e a titularidade dos Administradores. Pois, como bem ensina o Ilustre doutrinador Bernardo Ribeiro de Moraes, “no direito tributário não vige a regra de que a solidariedade não se presume”.

Dessa forma, ao se constatar a infração fiscal, tem-se que, por ação ou omissão, os Administradores são por ela responsáveis, pois a pessoa jurídica pensa e age por meio deles.

Contudo, ainda que se queira a comprovação dos requisitos do art. 135 do CTN - atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos -, há infração à lei quando se acusa de falta de pagamento do imposto, pois a lei manda que seja pago o imposto devido, na forma e prazos que estabelece (art. 63 do CTE).

Rejeito, com fundamento no exposto, o pedido de exclusão dos solidários do polo passivo.

No mérito, verifica-se que o lançamento teve sua motivação demonstrada pela indicação dos arts. 25, §§ 1º, VI, e 2º, 64 e 66, do CTE e com a farta e cuidadosa instrução probatória.

O detalhamento de fls. 03/06 expõe nitidamente as bases de cálculo do imposto e da multa formal exigidos, conforme cotejo de fls. 46/50.

No entanto, os Impugnantes contestam o lançamento no seu mérito com o argumento de que a diferença autuada foi obtida por mera presunção, pois os registros no banco de dados não se tratam de saídas e não têm nenhum valor probante.

Parece terem sido colocados em dúvida duas questões: a do valor probatório dos arquivos apreendidos e a da eficácia da auditoria comparativa, no sentido de evidenciar a omissão de venda de mercadoria.

Para enriquecimento da decisão, transcrevo a definição de documento apresentada pela revista eletrônica Consultor Jurídico:

[...]

O significado jurídico de documento é apresentado por Carnelutti, que afirma ser “uma coisa capaz de representar um fato” (Theodoro Júnior, 2002, pág. 401). Podemos considerar que documento é um registro por escrito representativo de um fato, não sendo exigível que esta representação se dê em papel ou em outro determinado meio físico.

[...]

<http://www.conjur.com.br/static/text/54490,1>

Os documentos que sustentam a autuação são registros eletrônicos regularmente autenticados na presença da Impugnante (certificado, por isto) e constitui prova plenamente aceita neste Conselho, bem como na Justiça Brasileira.

A análise da validade probatória dos arquivos apreendidos neste Conselho já foi antecipada no Anexo I, fls. 13, com a informação de que o Acórdão n.º 580/07 afirma que "(...) são os conteúdos dos arquivos apreendidos que fazem prova em desfavor do sujeito passivo(...).

As demonstrações do Anexo I, principalmente as de fls. 22/33, são suficientes para comprovar que se fez a correta identificação dos registros correspondentes às vendas realizadas pelos Impugnantes.

Portanto, tendo sido observadas as formalidades necessárias à garantia da integridade e autenticidade dos dados copiados do microcomputador apreendido no estabelecimento dos sujeitos passivos, não se discute além disso quanto à eficácia probatória desses *documentos*.

Quanto à eficácia da auditoria comparativa, no sentido de evidenciar a omissão de venda de mercadoria, devemos começar essa análise entendendo que, diferentemente da Auditoria do Movimento Financeiro, na qual se apura um *déficit* financeiro capaz de presumir, com a sua existência, que houve omissão de venda, a Auditoria Comparativa já produz, com o uso da aritmética, a certeza de que o resultado obtido corresponde à subtração das vendas regularmente registradas do total de vendas identificado nos controles extrafiscais do sujeito passivo. Ou seja, apenas foi feita a dedução das vendas regulares do total de vendas apuradas no controle paralelo.

Não há nenhuma presunção até aqui.

O que a lei permite presumir (art. 25, §1º, VI, do CTE) é que essas vendas omitidas referem-se, na sua totalidade, à vendas de mercadoria tributada, sujeitas à exigência do ICMS.

Pela regra das presunções relativas, caberia ao sujeito passivo desincumbir-se da tarefa de provar que dentre essas vendas havia as que se referiam à mercadoria isenta ou não tributada, a fim de que, em relação a elas não fosse exigido o imposto, mas só a multa formal. Contudo, poupando o sujeito passivo dessa incumbência, o art. 25, §1º, VI, do CTE, atribui ao Fisco o encargo de calcular, com base em registro regulares, o percentual de mercadorias tributadas nas vendas realizadas pelo sujeito passivo e aplicar sobre o valor apurado da omissão de vendas, resultando na definição da base e cálculo do ICMS a se exigir, mas sobre o total da omissão de vendas incide a multa formal, cf. detalhamento fls. 03/06.

Dessa forma, nem mesmo a presunção relativa de que toda a omissão de vendas refere-se à saída de mercadoria tributada foi aplicada, na medida em que se arbitrou, com base em registros regulares de vendas realizadas pela atuada, a parcela da omissão corresponde a saída de mercadoria isenta e não tributada, que não se sujeita à exigência do ICMS.

Quanto ao valor da multa, que não corresponderia ao enquadramento legal constante dos autos, novamente o detalhamento de fls. 03/06 oferece ao Impugnante a resposta detalhada, pois foram demonstradas as bases de cálculo mensais do imposto e da multa formal, bem como do percentual de agravamento previsto no §9º, I, do art. 71 do CTE.

Os argumentos de mérito, da mesma forma que os preliminares, não foram capazes de ilidir a acusação.

Assim, como o lançamento cumpriu os requisitos do art. 160 do CTE, decido pela manutenção da exigência fiscal em julgamento.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento, para declarar **PROCEDENTE** a exigência fiscal em comento.

Intimem-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 17 dias do mês de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Omissão pagamento ICMS - prestação onerosa serviço de comunicação (Procedência Parcial)

Julgadora: Valdenice Maria Moraes

SENTENÇA N.º 02154/10 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO E FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Este contencioso versa sobre exigência do pagamento do ICMS incidente sobre prestações onerosas de serviços de comunicação, sujeitas a incidência do ICMS, e que não foram objeto de tributação pelo contribuinte, conforme demonstra a auditoria fiscal que alicerça o lançamento.

Em defesa o sujeito passivo, via de advogados legalmente constituídos, apresenta suas razões de defesa, onde se tenta esclarecer a tecnologia de transmissão, emissão e recepção do serviço de internet. Todavia, a auditoria se restringe à apuração do valor dos serviços tributados, prestados ao usuário, e que foram registrados no livro de Registro de apuração do ICMS, na coluna de receitas não tributadas.

Nas razões de mérito a defesa requer que seja designado auditor para realizar perícia técnica para averiguar a origem de parte das receitas questionadas pelo fisco. Todavia, admite que os serviços: “Assinatura de Multinet” e “Assinatura Serviço VPN Solutions”, são tributados. Nesse sentido, pede a emissão do DARE, para pagamento da parte não litigiosa.

A defesa também protesta contra a majoração da base de cálculo, contrariando os dispositivos legais que asseguram que o imposto incide sobre o valor da prestação. A impugnante se propõe a apresentar documentos (sigilosos) com o objetivo de provar que os valores das operações são exatamente aqueles escriturados no livro fiscal. Requer diligência, também para averiguação dessa hipótese levantada.

Nesse sentido também não concordamos com o critério adotado nas auditorias específicas do setor de comunicação em que consideram o valor base de cálculo, aproximadamente 129% do valor das operações. Tal critério contraria as legislações do ICMS, resultante, porém, de uma interpretação equivocada de dispositivo do RCTE Goiano.

Todavia, ainda permanece em vigor o disposto no art. 15 do CTE, que determina, nos termos da CF e LC 87/96, que:

“Art. 15. A base de cálculo do imposto é:

l - nas operações relativas à circulação de mercadorias, o valor da operação;

II - nas prestações de serviços de transporte e de comunicação, o valor da prestação”.

Na auditoria resumida às fls. 12, os auditores fiscais descrevem na coluna “**valor outras**”, o montante total de R\$ 3.015.948,58 (três milhões, quinze mil, novecentos e quarenta e oito reais e cinquenta e oito centavos).

Nos autos não há prova de que o sujeito passivo recebeu valor maior que este, para servir como base de cálculo do imposto.

Diante disso, de acordo com a letra fria da lei citada acima, acolhemos o pedido da parte passiva para limitar o imposto ao exato montante das operações escrituradas na coluna outras, de acordo com a apuração fiscal mostrada às fls. 13.

Além disso, como aumentar o valor da base de cálculo, se a acusação é de que a empresa não pagou o imposto referente a um valor **determinado (somado)**, na coluna “outras”, do Livro de Apuração do ICMS?

Ora, o valor que o contribuinte deixou de tributar foi “x” e não o valor (aproximado) de “x + 29%”. Para isso o fisco deve provar que o contribuinte não escriturou o valor recebido do cliente.

Quanto aos pedidos de perícia técnica, a nossa decisão supre o pedido feito no segundo momento da defesa e, quanto à esclarecer a origem das receitas relativas aos CFOP’s não admitidos pela parte passiva, deixamos de acolher por entender que a origem das receitas foi objeto de análise dos auditores fiscais autuantes.

Diante disso, acolho parcialmente as alegações da parte passiva, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário calculado sobre a base de cálculo de R\$ 3.015.948,58 (três milhões, quinze mil, novecentos e quarenta e oito reais e cinquenta e oito centavos).

Observamos que nos autos não estão presentes as hipóteses de nulidades a que referem a Lei do Processo Administrativo Tributário. A identificação do sujeito passivo está correta, a infração está definida com segurança, não há cerceamento ao direito de defesa da parte passiva e os autuantes dispõem de competência legal para realizar o ato.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço da impugnação, julgo PROCEDENTE EM PARTE a pretensão fiscal e condeno o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário proporcional à base de cálculo no valor de R\$ 3.015.948,58 (três milhões, quinze mil, novecentos e quarenta e oito reais e cinquenta e oito centavos).

Encaminhe-se à Representação Fazendária.

Intime-se.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos
22 dias do mês de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Utilização de alíquota indevida - alegação de condição de contribuinte (Procedência)

Julgadora: Levi Silva Filho

SENTENÇA N.º 02478/10 – JULP

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o autuado adquiriu bens por meio das notas fiscais citadas na inicial, nas quais se destacou indevidamente o ICMS pela alíquota interestadual sob a pretensa condição de contribuinte. Fica sujeito a multa formal prevista no artigo 71, inciso XII “b” com o parágrafo oitavo do CTE.

Período autuado 09/2006, estando os documentos citados na inicial acostados a partir de fls. 04/06.

A atuada comparece a lide representada por profissional habilitado, dizendo que é filiada ao Sinduscon e que está amparada por liminar que desautoriza qualquer exação, diz que o auto decorre de interpretação equivocada do fisco estadual, diz que o CTE fala que as empresas de construção civil não são contribuintes para fins de diferencial de alíquotas, reproduz a definição de contribuinte no dicionário de Plácido e Silva, fala que a cobrança da multa formal exigida na inicial é inconstitucional, que as mercadorias foram adquiridas para serem aplicadas em obras caracterizando a condição de insumo e que a cobrança do diferencial de alíquotas da empresa de construção civil é assunto decidido nos Tribunais Superiores que consideram indevida a cobrança.

Citam diversas decisões do judiciário a respeito da cobrança do diferencial de alíquotas de empresas de construção civil e o mandado de segurança conseguido pelo Sinduscon e pede ao final a improcedência do auto de infração.

Despacho de fls. 36 determinou ciência aos autos que estavam sobrestados, da decisão do STJ a cerca da matéria.

Intimação procedida o autuado não retornou a lide.

FUNDAMENTOS DE FATOS E DE DIREITO

No presente feito o sujeito passivo apresenta uma argumentação que não diz respeito a exigência estampada na inicial. A fala do polo passivo é no sentido de se defender do diferencial de alíquotas, no entanto a reclamação fiscal não é neste sentido e nem poderia ser, já que a empresa de construção civil não é contribuinte do imposto para efeitos do diferencial de alíquotas (artigo 44, parágrafo 3 do CTE).

No histórico da inicial vemos que a exigência fiscal diz respeito a multa formal em virtude do autuado ter utilizado indevidamente a pretensa condição de

contribuinte do imposto no sentido de se beneficiar da alíquota prevista para contribuintes nas aquisições feitas em outras unidades federadas.

Estranhamente o autuado fala que não é contribuinte, que o fisco faz uma exigência descabida, porém vemos que nos documentos acostado na inicial utilizou-se da condição de contribuinte na aquisição interestadual, tal qual estabelecido na CF 1988, artigo 155, parágrafo 2, VII "a", quando o correto seria utilizar a alíquota prevista na letra "b". Reproduzo o texto legal:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Portanto com base em nossa lei maior não há dúvidas, o autuado alegou indevidamente a condição de contribuinte.

No CTE, mais especificamente no parágrafo 4 do artigo 44 existe a previsão legal para que o polo passivo informe sua condição de não contribuinte nas situações análogas a que examino. Reproduzo o texto legal:

acrescido o § 4º ao art. 44 pelo art. 1º da lei nº 14.634, de 29.12.03 - vigência: 29.12.03.

§ 4º Na aquisição interestadual de mercadoria, bem ou serviço, o destinatário deve informar ao remetente sua condição de não contribuinte do imposto, se for o caso.

Ao não atentar para a obrigatoriedade prevista no dispositivo legal que transcrevi o autuado infringiu a legislação estadual, daí a cobrança da multa formal prevista no artigo 71, inciso XII "b" do CTE, que estabelece:

XII - equivalentes aos percentuais de:

b) 70% (setenta por cento) do valor da operação ou prestação pela aquisição de mercadoria ou serviço, em operação ou prestação interestadual, acobertada por documento fiscal, no qual se consigne, indevidamente, a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário da mercadoria ou serviço;

Com base nos textos legais transcritos fica claramente comprovado que a exigência do fisco não é descabida, como alega a defesa.

Outro aspecto diz respeito a fala da defesa de que a exigência fiscal é inconstitucional. Neste ponto a instância administrativa não pode se pronunciar, só o Poder Judiciário pode fazê-lo e neste caso já existe a decisão de nossos tribunais superiores a respeito da multa formal que o fisco cobra neste processo, considerando legal a pretensão do Estado de Goiás.

Na verdade a questão no âmbito do judiciário iniciou no TJ-Go, quando a terceira Turma da 3 Câmara Civil ao apreciar a questão, estabeleceu no item 2 da ementa:

Mandado de Segurança Coletivo Preventivo. ICMS. Construção Civil. Alíquota Interna. Penalidades.

1 -

2 – Correta a aplicação de multa, prevista no art. 71, “g”, da Lei 13.194/97, pelos fiscais arrecadadores, quando do fornecimento de declaração falsa, negando ou alegando a condição de contribuinte do imposto. Segurança denegada.

A questão foi levada ao exame no STJ, que no Recurso em Mandado de Segurança 12.062 – Go (2000/0053931-7), tendo como Relator o Min. Herman Benjamin, decidiu por unanimidade de votos em 13/05/2008 que a exigência estabelecida na legislação goiana é legal. Reproduzo os itens 6, 12 e 13 da Ementa:

EMENTA

Tributário. Processual Civil. ICMS. Multa por Declaração Falsa. Omissão. Art.535, II, DO CPC. Violação.

Alíquota Interestadual. Devida Apenas Nas Vendas Para Contribuintes do ICMS. Multa Por Falsidade. Legitimidade Da Legislação Estadual. Efeitos Infringentes.

6. A Constituição Federal prevê expressamente que, nas operações interestaduais, a alíquota interestadual (menor que a interna) é devida apenas nas vendas para contribuintes do ICMS (art. 155, parágrafo 2, “a”). Nas operações interestaduais em que o adquirente não é contribuinte do ICMS (caso das construtoras), é aplicável sempre a alíquota interna (art. 155, parágrafo 2, “b”). No caso de venda interestadual para um contribuinte do ICMS (não é o caso das construtoras), é devido ao Estado de destino o diferencial entre a alíquota interna e a interestadual, nos termos do art. 155, parágrafo 2, VIII, da CF.

12. Legitimidade da legislação do Estado de Goiás, apenando a ação das empresas de construção civil que, embora não contribuintes do ICMS (conforme a jurisprudência do STJ, a legislação federal e estadual), apresentam-se como tais no momento da aquisição das mercadorias em outros Estados, ao arropio do art. 155, parágrafo 2, VII, “b”, da CF, lesando o Erário e a economia local.

13. Embargos de Declaração acolhidos, para análise da questão objeto do Writ, reconhecendo-se a legitimidade da multa estadual e, por consequência, dando-se-lhe efeito infringente para negar provimento ao Recurso Ordinário.

Com base nas razões anteriores e considerando a decisão judicial reproduzida entendo que o pedido da parte passiva não tem condições de ser acatado.

CONCLUSÃO

Conheço da impugnação, nego-lhe provimento para considera **PROCEDENTE** o auto de infração.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em 22 de março de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Omissão de pagamento de ICMS na saída de gado bovino (Nulidade)

Julgadora: Valdenice Maria Moraes

SENTENÇA N.º 03078/10 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO E FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Este contencioso versa sobre exigência do ICMS relativo a saída de gado bovino no período de janeiro de 1998 a julho de 2003, sem documento fiscal, omitindo o pagamento de imposto no valor originário de R\$ 24.644,88.

Em defesa a atuada alega que “*A fiscalização responsável por esta auditoria específica de gado não apresentou documentos que provem a minha infração. O relatório enviado não apresenta minha assinatura e nem de procuradores.*”

Analisando os documentos constantes dos autos, observamos que às fls. 03 esclarece que o presente lançamento se refere à re-autuação de auto de infração anulado nº 3 0046925 475 83, realizada seguindo estritamente o ROTEIRO DE AUDITORIA ESPECIFICA DE GADO elaborado pela SGAF, com a juntada de todas as documentações fiscais pertinentes ao período auditado.

Para realizar um levantamento específico, o que compreende a movimentação de uma espécie de mercadoria, é necessário haver quatro elementos: Estoque inicial, Notas de Entrada Notas de venda e Estoque final.

Encontramos nestes autos além da relação de notas fiscais de entrada e saída, (todos digitalizados, sem nenhuma oportunidade para o sujeito passivo impugnar a veracidade ou não das operações descritas). Às fls. 04, uma relação chamada: “**MEMÓRIA DE CÁLCULO DE OMISSÕES DO CCG, ..PERÍODO DO CONTA CORRENTE DE GADO: 01/01/1998 À 10/07/2003**” Nessa planilha tem-se as siglas: EF e INV, quantificando animais bovinos de diversas idades.

Já às fls. 05, outro documento de autoria do atuante que inicia esclarecendo: “***DIFERENÇA PARCIAL = EF (estoque final)- INV (inventário ajustado), ...***”

Pelo que pude ter conhecimento da palavra INVENTÁRIO, significa:

1. inventário

1 Relação dos bens deixados por alguém que morreu.

2 Jur. Ação de pôr em inventário esses bens, para sua posterior partilha entre os herdeiros e sucessores do falecido.

3 Lista discriminada de mercadorias, bens etc.

4 Descrição minuciosa de algo.

5 Com. Levantamento do ativo e do passivo de uma empresa comercial.

[F.: Do lat. inventarium, ii. Hom./Par.: inventário (sm.), inventario (fl. de inventariar).]

Inventário cultural

1 Levantamento sistemático e arrolamento dos bens culturais de certa cultura, visando a conhecê-los e preservá-los.

E inventariar significa:

1.

inventariar

Enviado por [Dicionário inFormal](#) (SP) em 19-11-2008.

1.Fazer o inventário de;

2. Listar e descrever minuciosamente;

Em nenhuma das definições acima incluem os termos AJUSTADO ou INVENTADO.

Por isso, entendemos que os elementos dos autos não são legítimos para impor ao contribuinte a obrigação de pagar o imposto ora exigido, pois não mostra a real movimentação das espécies, não há transparência nestes autos e o crédito tributário pretendido pelo fisco carece de liquidez e certeza.

Diante disso, Julgo pela nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, haja vista a análise do mérito acima, e por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço da impugnação, julgo NULO o auto de infração, absolvendo o sujeito passivo de pagar o crédito tributário reclamado na inicial.

Encaminhe-se à Representação Fazendária.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 19 dias do mês de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: IPVA - omissão de recolhimento (Nulidade)

Julgador: Luís Fernando Corrêa Rigo

SENTENÇA N.º 03214/10 – JULP

Lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

DO RELATÓRIO

Trata-se de um crédito tributário pelo não recolhimento do imposto referente à propriedade de veículo automotor – VW/VOYAGE PLUS – cuja placa, chassi, renavam, ano modelo, parcela e vencimento se encontram citados nos autos, conforme documentação juntada ao mesmo.

Instaurando o contraditório o sujeito passivo, via Revisão Extraordinária, de pois de narrar os fatos ocorridos, argumenta que não seria o responsável pelo IPVA, posto que utilizaram de forma indevida seus documentos pessoais para aquisição do referido veículo, conforme documentos de folhas retro, e que nos termos de decisão judicial já foi reconhecido pelo Juiz da causa a fraude e a responsabilidade do Consorcio Saga, processo de folhas 25/30, o que caracterizaria erro de fato substancial uma vez que ficou provado o erro de identificação do sujeito passivo, razão porque pede a descaracterização da não contenciosidade.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO (O LIMITE DA LIDE)

O objeto da lide é decidir sobre a questão apresentada pela parte passiva, à luz da legislação em vigor, para verificar se procedem seus argumentos para descaracterização da não contenciosidade

DO ASPECTO FORMAL DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

O Lançamento Tributário, sob o aspecto formal atendeu a todos os requisitos do artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, isto é, foi identificado e cientificado corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, aplicada a norma legalmente vigente no período de ocorrência do fato gerador que se subsumiu a descrição fática da infração fiscal, foi proposta a penalidade específica ao caso, em seguida, assegurado à recorrente, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, em face ao princípio jurídico do contraditório, conseqüência lógica do devido processo legal, assegurando, portanto, às partes litigantes o amplo direito de defesa.

DA DESCARACTERIZAÇÃO DA NÃO CONTENCIOSIDADE.

Como se trata de processo sujeito a não contenciosidade a lei processual 16.469/09, em seu artigo 36, de forma clara e objetiva, aponta os motivos

substanciais, que justificariam a aceitação da defesa e, de consequência, a descaracterização da não contenciosidade.

Existe comprovados nos autos, conforme documentação acostada ao mesmo, via Revisão Extraordinária, o uso indevido do nome e dos documentos perdidos pelo autuado num claro golpe contra a empresa [...] que reconhece o fato com solicitação no Poder Judiciário de uma Busca e Apreensão de referido veículo, conforme documentos de folhas retro, o que caracterizaria erro de fato substancial, uma vez que ficou provado o claro erro de identificação do sujeito passivo, sendo que, o documento de informação do DETRAN de Goiás informa a restrição judicial em relação ao referido veículo, folhas 58 dos autos.

Então, deve ser declarada a ilegitimidade passiva do autuado, uma vez que, não há na legislação tributária como responsabilizá-los posto que utilizaram de forma ilegal seu nome conforme decisão judicial juntada aos autos. Nesse contexto, a lei 16.469/09, em seu artigo 20, inciso II, prevê que são nulos os atos praticados, quando houver claro erro de identificação do sujeito passivo.

DA CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, decido por declarar **nulo ab initio** o presente processo, extinguido-o sem julgamento do mérito, por força da nulidade insanável, ocasionada pelo claro erro de identificação do sujeito passivo, resguardando, no entanto, o direito de a Fazenda Pública Estadual, nos termos do artigo 173, II, do CTN, de solicitar nova autuação.

ENCAMINHE-SE A CRF-SAT, para análise, em seguida archive-se por se tratar de processo não contencioso.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - JULP, em Goiânia, aos 28 dias do mês de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: IPVA - omissão de recolhimento (Procedência)

Julgador: Luís Fernando Corrêa Rigo

SENTENÇA N.º 03225/10 – JULP

Lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

DO RELATÓRIO

Trata-se de um crédito tributário pelo não recolhimento do imposto referente à propriedade de veículo automotor – Kasinski/GF - placa [...] dos exercícios descritos nos autos, conforme documentação juntada para fundamentar a acusação fiscal.

Instaurando o contraditório o sujeito passivo argumenta que teria vendido o referido veículo em data anterior e por desconhecimento da legislação não fez o comunicado de venda junto ao DETRAN de Goiás e também que fez várias diligências no intuito de descobrir o paradeiro do veículo, porém, todos se mostraram infrutíferos, conclui pedindo a descaracterização da não contenciosidade.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO (O LIMITE DA LIDE)

O objeto da lide é decidir sobre a questão apresentada pela parte passiva, à luz da legislação em vigor, para verificar se procedem seus argumentos para descaracterização da não contenciosidade

DO ASPECTO FORMAL DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

O Lançamento Tributário, sob o aspecto formal atendeu a todos os requisitos do artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, isto é, foi identificado e cientificado corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, aplicada a norma legalmente vigente no período de ocorrência do fato gerador que se subsumiu a descrição fática da infração fiscal, foi proposta a penalidade específica ao caso, em seguida, assegurado à recorrente, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, em face ao princípio jurídico do contraditório, consequência lógica do devido processo legal, assegurando, portanto, às partes litigantes o amplo direito de defesa.

DA DESCARACTERIZAÇÃO DA NÃO CONTENCIOSIDADE.

Como se trata de processo sujeito a não contenciosidade a lei processual 16.469/09, em seu artigo 36, de forma clara e objetiva, aponta os motivos substanciais, que justificariam a aceitação da defesa e, de consequência, a descaracterização da não contenciosidade.

De início, é importante esclarecer que o IPVA é um tributo incidente sobre a propriedade de veículo automotor e somente com o registro de transferência de propriedade junto ao DETRAN de jurisdição do veículo é que se considera como uma prova válida e completa de alienação do referido veículo e, de consequência, da transferência de responsabilidade ao novo adquirente do veículo.

Nessa linha de raciocínio, confira-se o regramento sobre a referida questão:

1.º) O artigo 129 da Lei 6.015/73 exige o registro, das quitações, recibos e contratos de alienação de veículo no Registro de Títulos e Documentos, para que surta efeitos contra terceiros, conforme pode ser observado da leitura dos respectivos artigos:

“Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: (Renumerado do art. 130 pela Lei nº 6.216, de 1975).

.....
.....

7º) as quitações, recibos e contratos de compra e venda de automóveis, bem como o penhor destes, qualquer que seja a forma que revistam;

Art. 130. Dentro do prazo de vinte dias da data da sua assinatura pelas partes, todos os atos enumerados nos arts. 128 e 129, serão registrados no domicílio das partes contratantes e, quando residam estas em circunscrições territoriais diversas, far-se-á o registro em todas elas. (Renumerado do art. 131 pela Lei nº 6.216, de 1975).

Parágrafo único. Os registros de documentos apresentados, depois de findo o prazo, produzirão efeitos a partir da data da apresentação.

Art. 131. Os registros referidos nos artigos anteriores serão feitos independentemente de prévia distribuição. (Renumerado do art. 132 pela Lei nº 6.216, de 1975).” (grifo nosso)

2.º) O Supremo Tribunal Federal - STF, por meio da Súmula 489, já pacificou esse entendimento, quando assim decidiu:

“ A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros, de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos” (grifo nosso)

3.º) Por fim, temos o artigo 134 do Código Brasileiro de Trânsito – CBT em que o legislador afirma que a transferência de responsabilidade por impostos, multas e demais débitos sobre o veículo só se consuma com o registro no órgão executivo de trânsito do Estado do veículo, no caso do DETRAN de Goiás, conforme descreve o referido artigo que passo a citar:

“No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente

assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação". (grifo nosso)

De ver-se, pois, que inexistem nos autos prova documental da transferência do veículo no DETRAN de origem e assim, nos termos da legislação tributária em vigor, o responsável, até hoje, conforme consulta ao extrato do veículo no DETRAN de jurisdição do veículo, continua sendo o atuado.

Dito isso, constata-se que não há nos autos prova concreta do recolhimento nos termos da legislação em vigor, antes e/ou depois da sua notificação e sendo assim, concluo que, durante o contraditório estabelecido, este não conseguiu descaracterizar a não contenciosidade, com base nos elementos exigidos na lei processual, sendo assim, mantenho o crédito tributário reclamado nos autos em nome do atuado.

DA CONCLUSÃO

Posto isto, considerando tudo que constam dos autos e, em especial, pelos fundamentos fáticos e jurídicos, conheço da Impugnação, nego-lhe provimento, para, em preliminar, não acolher nenhuma nulidade e, no mérito, decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, em cálculo do setor competente, garantindo assim, certeza e liquidez ao crédito tributário.

INTIME-SE o atuado do resultado desta decisão.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 28 dias do mês de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ITCD - omissão de recolhimento (Procedência)

Julgador: Luís Fernando Corrêa Rigo

SENTENÇA N.º 03246/10 – JULP

Lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

DO RELATÓRIO

Trata-se de um Lançamento Tributário exigindo imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD, relativo a recebimento em doação em moeda corrente do doador (Sr. [...] seu genitor), para aquisição do imóvel registrado na sua circunscrição, no valor total de R\$ 40.000,00, sendo aplicada a alíquota de 3% sobre a referida base de cálculo, conforme nota explicativa, escritura pública, notificações e demais provas juntados aos autos para fundamentar a acusação.

Foi incluído como solidário o Cartório, acima identificado, por ter no entender da fiscalização participado da omissão quanto ao pagamento do ITCD incidente sobre o valor da referida doação em dinheiro feita pelo genitor da adquirente no ato da escrituração do imóvel, sendo assim, com não há benefício de ordem, foi devidamente notificado nos autos.

A defesa, instaurando o contraditório, em nome apenas do solidário, quer a sua exclusão da lide por absoluta falta de responsabilidade de qualquer cartório na exigência do ITCD sobre doação, uma vez que escritura aquilo que é solicitado pelos interessados.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O objeto da lide é decidir sobre a questão apresentada pelo solidário para sua exclusão da lide, uma vez que o outro atuado não apresenta defesa.

DO SUPOSTO ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DE UM DOS AUTUADOS

Para decidir sobre tal questão deve-se verificar em primeiro lugar o que determina o CTE em especial o inciso II do artigo 82 que assim menciona:

“Art. 82. São solidariamente obrigados pelo pagamento do ITCD devido pelo contribuinte ou responsável:

.....
.....

II - o tabelião, o escrivão e os demais serventuários de justiça, em relação aos atos praticados por eles ou perante eles, em razão de seu ofício, bem como a autoridade judicial que não exigir o cumprimento do disposto neste inciso;” (grifou-se)

Nesse contexto, correta a inclusão do Cartório, identificado acima, como responsável solidário pelo recolhimento do imposto ITCD incidente sobre a doação no valor de R\$ 40.000,00.

Então, o lançamento tributário, sob o aspecto formal, ao contrário do que alega a parte passiva, atendeu a todos os requisitos tanto do artigo 8.º da Lei 16.469/09, quanto do artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, isto é, foi identificado e cientificado corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, aplicada a norma legalmente vigente no período de ocorrência do fato gerador que se subsumiu a descrição fática da infração fiscal, tendo sido proposta a penalidade específica ao caso. Em seguida, foi assegurado à recorrente, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, em face ao princípio jurídico do contraditório, consequência lógica do devido processo legal, garantindo, portanto, às partes litigantes o amplo direito de defesa.

DESACOLHE-SE os pedidos de nulidade do feito.

DO MÉRITO DA CAUSA

O lançamento tributário tem por objetivo formalizar a constituição do crédito tributário, exigindo o pagamento do imposto sobre a Transmissão de Bens e Direitos - ITCD, referente a uma doação em dinheiro, conforme nota explicativa, escrituras e demais elementos de prova juntado aos autos.

O fato gerador da exigência do ITCD no caso em questão é a doação que conceitua-se como qualquer ato ou fato em que o Doador, por sua livre escolha, transmite ao Donatário, que o aceita, expressa, tácita ou presumidamente, qualquer bem imóvel e o direito a ele relativo e/ou qualquer bem móvel, compreendendo semoventes, mercadorias, parcela de patrimônio social de empresa, ação, quota, certificado, dinheiro, registro ou qualquer outro bem ou documento, conforme preceitua o artigo 72 e seus parágrafos que assim mencionam:

“Art. 72. O ITCD incide sobre a transmissão *causa mortis* e doação, de qualquer bem ou direito.

§ 1º Ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários, donatários ou usufrutuários, ainda que o bem ou direito seja indivisível.

§ 2º Doação é qualquer ato ou fato em que o doador, por liberalidade, transmite bem, vantagem ou direito de seu patrimônio, ao donatário que o aceita, expressa, tácita ou presumidamente.

§ 3º Entende-se como qualquer bem ou direito, o bem imóvel e o direito a ele relativo, e o bem móvel, compreendendo o semovente, a mercadoria e qualquer parcela do patrimônio que for passível de mercancia ou de transmissão, mesmo que representado por título, ação, quota, certificado, registro ou qualquer outro bem ou documento.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica aos direitos reais de garantia.

Art. 73. A incidência do imposto alcança:

I - a transmissão ou a doação que se referir a imóvel situado neste Estado, inclusive o direito a ele relativo;

II - a doação, cujo doador tenha domicílio neste Estado, ou quando nele se processar o arrolamento relativo a bem móvel, direito, título e crédito.”

Com relação a sua base de cálculo temos a seguinte orientação do legislador:

“Art. 77. A base de cálculo do ITCD é o valor venal do bem e do direito a ele relativo, do título ou do crédito transmitido ou doado.

§ 1º O valor venal será apurado mediante avaliação judicial ou avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual e expresso em moeda nacional.

§ 2º A base de cálculo do imposto, nas seguintes situações, corresponde a 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação do bem imóvel:

I - transmissão não onerosa, com reserva ao transmitente de direito real;

II - extinção do usufruto, com a consolidação da propriedade na pessoa do nu proprietário;

III - transmissão de direito real de usufruto, uso, habitação ou renda expressamente constituída, quando o período de duração do direito real for igual ou superior a 5 (cinco) anos, calculando-se proporcionalmente esse valor quando essa duração foi inferior.

§ 3º Havendo discordância quanto ao valor da avaliação para fim de base de cálculo o sujeito passivo pode apresentar reclamação ao órgão competente.

§ 4º Devem ser deduzidos da base de cálculo do ITCD o passivo patrimonial formado, em relação a bem, título, crédito ou direito, até a abertura da sucessão e as dívidas do espólio previstas no art. 1.569 do Código Civil.

NOTA: Redação com vigência de 26.12.01 a 13.12.07.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO § 4º DO ART. 77 PELO ART. 1º DA LEI Nº 16.169, DE 11.12.07 - VIGÊNCIA: 14.12.07.

§ 4º Devem ser deduzidos da base de cálculo do ITCD o passivo patrimonial formado, em relação a bem, título, crédito ou direito, até a abertura da sucessão e as dívidas do espólio previstas no art. 965 do Código Civil.

ACRESCIDO O ART. 77-A PELO ART. 1º DA LEI Nº 15.505, DE 29.12.05 - VIGÊNCIA: 29.12.05.

Art. 77-A. Na hipótese de sucessivas doações entre o mesmo doador e o mesmo donatário, serão consideradas todas as transmissões realizadas a esse título, nos últimos 12 (doze) meses, devendo o imposto ser recalculado a cada nova doação, adicionando-se à base de cálculo os valores dos bens anteriormente transmitidos e deduzindo-se os valores dos impostos já recolhidos.”

Nesse diapasão, entendo que a exigência tributária está escorada na legalidade e, portanto, deve ser mantido os valores exigidos nesta autuação, conforme está demonstrado, de uma forma inequívoca a base de cálculo e a alíquota devida, demonstrando o valor exato do imposto devido ao erário estadual que deve ser exigido dos autuados.

Posto isto, concluo estar caracterizada a infração fiscal pelo descumprimento de uma clara obrigação tributária principal, baseada numa lei em abstrato e num fato gerador concreto, fazendo gerar o crédito tributário reclamado pelo lançamento de ofício.

DA CONCLUSÃO

Diante destes fatos e das provas juntadas ao feito, conheço da Impugnação, nego-lhe provimento, para, em preliminar, não acolher a exclusão da lide do solidário, assim como, rejeitar todas as questões incidentais e, no mérito, decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, em nome de ambos os autuados, em cálculo do setor competente, o que garantirá certeza e liquidez ao crédito tributário.

INTIMEM-SE ambos os autuados do resultado desta decisão.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 28 dias do mês de abril de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ICMS -Substituição Tributária - omissão do registro de entradas de mercadoria (Nulidade)

Julgador: Julio Maria Barbosa

SENTENÇA N.º 03379/10 – JULP

Lido, conferido, etc...

RELATÓRIO

Noticia a inicial que o sujeito passivo omitiu registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores, no valor comercial de R\$ 183.012,00, no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, apurado conforme demonstrativo “planilha para arbitramento de entradas”, nota explicativa e cópia da DPI, em anexo, devendo, assim, pagar o imposto na importância de R\$ 21.961,44, mais as cominações legais.

Por se entender que a Nota Explicativa de fl. 26/27 ainda não havia sido apreciada pelo sujeito passivo, o julgamento dos presentes autos foi convertido em diligência para que o sujeito passivo fosse dela notificado, havendo sido esclarecido que, na realidade, os documentos de fls. 26/27 são meras cópias dos documentos de fls. 05/06, já apreciados na impugnação apresentada.

Alega-se na impugnação apresentada, em síntese, que o processo deve ser declarado nulo “ab initio”, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa, pelos motivos expostos; no mérito, que o trabalho fiscal foi realizado de forma precária, não conseguindo provar o que desejava, baseando-se em presunções.

DECISÃO

Fundamentos de Fato e de Direito

Definem o “caput” do artigo 2º da Instrução de Serviço nº 0-15/09-SAT e o inciso IX do § 1º do art. 25 do CTE:

“Art. 2º Nos casos em que os modelos de demonstrativos apresentados não satisfizerem as necessidades da fiscalização, o agente do fisco deverá adaptá-los ou desenvolver modelos próprios à apuração da infração tributária constatada, obrigando-se a evidenciá-los com clareza, inclusive com notas explicativas.”

“ ...

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

...

IX – à diferença a maior entre o valor adicionado, ao custo de aquisição ou de produção de mercadorias isentas, não-tributadas ou sujeitas à substituição tributária, auferido pelo contribuinte e o obtido mediante a aplicação de índice de valor adicionado previsto, pela legislação tributária, para a respectiva atividade econômica;

...”

Nos presentes autos a fiscalização desenvolveu um modelo próprio, denominado “Planilha para Arbitramento de Entradas” para identificar a diferença referida no inciso IX do art. 25 do CTE.

Com o mesmo objetivo, no entanto, já existe a Auditoria do Valor Adicionado, conforme Roteiro 02 da Instrução de Serviço 015/09-SAT, que é aplicável, conforme esclarecido no mesmo roteiro, a qualquer empresa, desde que comprovadas irregularidades na escrituração fiscal ou contábil que autorizem o arbitramento das saídas, devendo o lançamento do crédito tributário efetuado com fundamento nessa auditoria ter como pré-requisito a comprovação de irregularidades na escrituração fiscal ou contábil do sujeito passivo, que deverá ser formalizada mediante lavratura de “Termo de Arbitramento” no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO, observados os procedimentos previstos na legislação tributária.

Deveria a fiscalização ter realizado, portanto, a Auditoria do Valor Adicionado, se verificados os pressupostos necessários.

Mesmo se admitida a realização do levantamento realizado pela fiscalização, não se poderia dispensar os mesmos pré-requisitos exigido para a realização da Auditoria do Valor Adicionado, que tem a mesma finalidade, o que não se comprova nos autos tenha ocorrido.

Tal fato provoca insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa do contribuinte, como alegado.

Desta forma, entendendo que os elementos acostados aos autos pela fiscalização são insuficientes para determinar com segurança o fato gerador que gerou a exigência fiscal, entendo caracterizada a nulidade da inicial, nos termos do inciso IV do art. 20 da Lei nº 16.469/09.

C o n c l u s ã o

Assim, conheço da impugnação para declarar o processo NULO “ab initio”, nos termos da fundamentação, sem julgamento de mérito.

Tendo em vista o disposto no art. 40 da Lei nº 16.469/09,

ENCAMINHE-SE à Representação Fazendária.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 07 dias do mês de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ITCD - omissão de recolhimento (Nulidade)

Julgador: Julio Maria Barbosa

SENTENÇA N.º 03521/10 – JULP

Lido, conferido, etc...

RELATÓRIO

Noticia a inicial que o sujeito passivo deixou de recolher o ITCD na importância de R\$ 16.000,00, referente a doação em moeda corrente, no valor de R\$ 400.000,00, destinada a compra do imóvel matriculado sob o nº 78.578, como interveniente doadora, portanto, doadora da quantia citada, a Sra. Cibele Regina de Moraes, conforme escritura pública, em anexo, extraída do arquivo magnético do cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Goiânia, devendo pagar o imposto devido, acrescido das cominações legais; em anexo, nota explicativa.

Como sujeito passivo solidário foi identificada [...].

Alega-se na impugnação apresentada que a origem do montante para a compra do imóvel objeto do auto de infração foi uma doação feita pelos pais do contribuinte por ocasião da Separação Judicial dos mesmos, ocorrida em 1999, quando ficou acordado que a metade de um terreno de propriedade dos pais seria doado ao então menor, e que, após a venda desse imóvel, com autorização judicial, é que houve a compra do apartamento; que, nos termos do art. 173, I, do CTN, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário já está decaído, pois deveria ter sido feito até 2006; que não há de se falar em constituição do crédito tributário, pois quando da compra do imóvel, o contribuinte era menor impúbere, não tendo capacidade de gerir seus bens; que o patrimônio do menor impúbere se confunde com o dos pais, não havendo de se falar em doação de bens ao contribuinte; que, de acordo com acórdãos do Conselho Administrativo Tributário, cujas ementas estão transcritas na impugnação, não há de se falar em direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário em relação à compra do imóvel matriculado sob o nº 78.578 do CRI da 1ª Circunscrição da Comarca de Goiânia, devendo, portanto, o auto de infração ser anulado; que houve erro na avaliação do imóvel, pois como bem demonstra a escritura, o valor total do imóvel e da garagem é de R\$ 100.000,00, e não o absurdo de R\$ 500.000,00, como foi o utilizado pela Fazenda.

DECISÃO

Fundamentos de Fato e de Direito

De acordo com o inciso I do art. 173 do CTN, não ocorreu a decadência do direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário, considerando que a transação ocorreu em 14/01/2005, tendo a Fazenda Pública o prazo até

31/12/2010 para constituir o lançamento do crédito tributário, com a devida notificação do auto de infração ao sujeito passivo, o que ocorreu dentro do prazo.

A doação referida no documento de fl. 27 apenas foi formalizada com a doação do numerário correspondente à compra do imóvel constante da escritura registrada sob o nº 78578, momento a partir do qual a fiscalização teria condições de efetuar a constituição do crédito tributário, o qual foi devidamente constituído dentro do prazo legal.

Sobre a capacidade tributária do menor impúbere e sobre a decadência do crédito tributário, deve ser esclarecido que, de acordo com o inciso I do art. 126 do CTN, a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil das pessoas naturais, nada havendo que impeça que menor impúbere constitua o polo passivo da obrigação tributária, cabendo ao seu representante legal, naturalmente, praticar em seu nome os atos que se fizerem necessários.

Merece ser esclarecido que há duas escrituras: uma escritura (referida no Auto de Infração nº 3 0348947 706 50) refere-se a um apartamento e a uma garagem, enquanto a escritura considerada nos presentes autos refere-se apenas a uma garagem.

Quanto à base de cálculo utilizada, verifica-se que o valor consignado na escritura de compra e venda a que os presentes autos se referem é relativo a um box de garagem de nº 75, e foi expresso em “cruzeiros”, em vez de o ser em “reais”, e foi equivocadamente considerado na inicial como se fosse “reais”, resultando na avaliação de um box de garagem por R\$ 400.000,00.

Tal fato provoca insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Desta forma, entendendo que a obrigação tributária não está determinada com segurança, entendo caracterizada a nulidade da inicial, nos termos do inciso IV do art. 20 da Lei nº 16.469/09.

Conclusão

Assim, conheço da impugnação para declarar o processo NULO “ab initio”, nos termos da fundamentação, sem julgamento de mérito.

Tendo em vista o disposto no art. 40 da Lei nº 16.469/09,

ENCAMINHE-SE à Representação Fazendária.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 14 dias do mês de maio de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Aquisição de bens com alíquota indevida (Improcedência)

Julgador: Valéria Cristina Batista Fonseca

SENTENÇA N.º 03967/10 – JULP

RELATÓRIO

O presente crédito tributário refere-se à imputação de multa de caráter formal, originária por adquirir bens em operação interestadual, por meio da nota fiscal 121203, na qual se destacou indevidamente, a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte por parte do destinatário.

A atuada, através de representante legal, devidamente constituído, apresenta impugnação, requer a improcedência deste, para tal alega que fora aplicada a alíquota de dezoito por cento, conforme nota fiscal complementar 121488 de 14/09/2006 cópia anexa

Os autos foram sobrestados para aguardar decisão do Poder Judiciário.

Despacho de folhas 26 determina ciência aos autos que estavam sobrestados, da decisão do STJ a cerca da matéria.

Intimação procedida, a Atuada manifesta-se, requer que se adote a pendência do julgamento até o pronunciamento da corte julgadora superior.

DECISÃO

Em análise aos documentos anexos aos autos, verifica-se que razão assiste a atuada, fora emitida nota fiscal complementar, cópia folhas 20, antes do início do procedimento fiscal, nos termos nossa legislação tributária, parágrafo 1º, inciso III, do artigo 141, do Regulamento do Código Tributário Estadual, que regulamenta o artigo 4º, do Convênio, SINIEF 06/89, documento este que ilide a acusação inicial.

Assim, diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento, para decidir pela IMPROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco.

AO SECON.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, Goiânia, aos 07 dias do mês de junho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Mercadoria desacobertada de documento fiscal (Improcedência)

Julgador: Luís Fernando Corrêa Rigo

SENTENÇA N.º 04787/10 – JULP

Lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão.

DO RELATÓRIO

O crédito tributário reclamado à lide trata-se de um procedimento fiscal em que foi detectado falta de recolhimento do imposto, em virtude de manter em seu poder mercadorias, descritas no Termo de Apreensão, sem documentação fiscal, conforme demonstrativos e demais documentos juntados aos autos para fundamentar a acusação fiscal.

A defesa, instaurando o contraditório, alega que seria o proprietário das mercadorias e que estaria procedendo a mudança de endereço e assim inexistiria fato gerador para exigência do imposto em outro sentido pretende a descaracterização da base de cálculo pelo fato de ter mencionado apenas calçados diversos e o valor de R\$ 40,00 o par de forma bem genérica e assim diante da confusão do agente fiscal na base de cálculo e pelo fato das mercadorias serem suas em mera transferência de endereço de um município a outro no Estado de Goiás são elementos suficientes para anulação da autuação em questão. Pede o cancelamento da pretensão inicial do fisco.

DA NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA

Em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa e para conferir maior segurança jurídica aos atos praticados no presente feito, tendo em vista que a empresa tenta demonstrar tratar-se de transferência de endereço, assim, não restou outra alternativa ao julgador que me antecedeu a não ser a de converter o feito em diligência.

Nesse sentido, foi determinado o encaminhamento desses autos à Delegacia Regional de Fiscalização de Morrinhos, a fim de que seu ilustre titular, por obséquio, determinasse que auditores fiscais pudessem analisar, de forma conclusiva, se existia no setor de cadastro informações que comprovariam tratar-se de transferência de endereço de estabelecimento comercial, apreciar as notas fiscais n.º 029 e 030 datadas de 18.12.2008, anteriores a data de 19.12.2008 de notificação fiscal de transferência de estoque de um local ao outro, informar qual o critério para apuração da base de cálculo no caso em questão, por fim, prestar outras informações necessárias a resolução do caso em questão, objetivando assegurar se procedem as alegações do polo passivo, em razão das suas ponderações e da acusação fiscal, confrontando todas as informações apresentadas em sua defesa.

A revisão foi feita e cronologicamente apurado que a data do trancamento do estoque e da notificação de início da ação fiscal seria o dia 19/12/2007 e que a data de solicitação para mudança de endereço é do dia 24/01/2008, tendo como protocolo datado de 14/04/2008 e assim concluiu que quando da ação fiscal o contribuinte estava em situação cadastral irregular e desta forma qualquer documento emitido é inidôneo até a data da solicitação para mudança de endereço e que os preços foram coletados *in loco* e o autuado que assinou ao Termo de Apreensão com ele concordou e assim conclui que o auto de infração foi julgado corretamente.

Cumprida as determinações acima e antes da devolução dos autos a essa instância para julgamento o sujeito passivo foi novamente cientificado do resultado da revisão e silenciou.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO (LIMITE DA LIDE)

O objeto da lide é decidir sobre as questões apresentadas pelas partes, inclusive, levando em consideração a revisão fiscal, objetivando verificar se procede o entendimento da defesa de que não houve infração por falta de fato gerador.

DO ASPECTO FORMAL DO LANÇAMENTO

No aspecto formal, concluo que o lançamento tributário em questão atendeu a todos os requisitos previstos no artigo 142 do CTN e, neste sentido, não existem nos autos prova, por mais elementar que seja, de nenhuma das possíveis nulidades descritas pelo artigo 20 da nossa Lei processual 16.469/09. Desta forma, não acolho as questões supostamente prejudiciais, ainda que, implicitamente, argüidas pela parte passiva.

DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO (SOBRE A INFRAÇÃO PRATICADA)

Em primeiro lugar é importante frisar que a infração, se existir, refere-se, no caso em questão, a exigência do pagamento do ICMS relativo a transferência de fundo de estoque de um estabelecimento que transferiu suas atividades de um município a outro, sem que houvesse a transferência jurídica da propriedade das mercadorias em questão.

O ICMS é um imposto indireto que tem como fato gerador a circulação de mercadorias e de bens e serviços não especificados no ISSQN, entendendo-se, conforme jurisprudência e doutrina pátria, que é o processo de movimentação que, portanto, pode ser fictícia ou física, jurídica e/ou econômica, desde a fonte de Produção até o consumo final, implicando, portanto, que o simples deslocamento de coisas de um estabelecimento a outro, ainda que estejam em situação cadastral irregular, para incidência do imposto não gera direito a sua cobrança, pois não existe um ato mercantil na mera movimentação física do estoque de mercadorias, descritas nos documentos fiscais n.º 029 e 030, às folhas 19/20, em mudança de endereço do estabelecimento comercial, apenas e tão somente uma simples

remessa em explícito caso de não incidência do ICMS, nos termos da alínea “p”, inciso I do artigo 37 do CTE que assim menciona:

“Art. 37. O imposto não incide sobre:

I - operações:

.....

p) de saída de mercadorias em razão de mudança de endereço do estabelecimento, de um para outro local no território do Estado; (grifo nosso de destaque)

Observe-se que em nenhum momento na mudança de endereço menciona-se o fato do estabelecimento estar, ou não, em situação cadastral regular, bastando que por meio do documento fiscal emitido, em 18/12/2007, e, portanto, antes da ação fiscal estar consumada pode por meio da respectiva documentação fiscal emitida de um local a outro, utilizando os dados cadastrais da empresa de origem, conseguiu garantir a posse e a propriedade das mercadorias a origem e o seu destino.

Resta, portanto, comprovado que a acusação fiscal está equivocada no momento em que existiam notas fiscais acobertando as mercadorias na transferência de endereços dentro do Estado de Goiás e demonstrando que nunca houve fato econômico, ou ato mercantil caracterizador da incidência do ICMS no caso em questão, isto é, o que houve foi a mera circulação física de mercadorias de um estabelecimento a outro do mesmo titular, sendo que na transferência manteve-se, inclusive, o mesmo número de inscrição cadastral, ainda que realizado em momento posterior, pois ficou provado não existir fato gerador nesse caso e sim a não incidência do ICMS, podendo, entretanto, ser exigida uma multa formal por algum descumprimento de obrigação de natureza instrumental, especificamente, por não ter comunicado, no prazo definido, a mudança de endereço.

Deve ser ressaltado que o legislador estadual ao elaborar o novo CTE (Lei 11.651/91) privilegiou a infração de natureza formal (obrigação de acessória) e em decorrência, deste descumprimento, se houver falta do pagamento do imposto, aí sim, poderiam ser agravadas as situações encontradas na prática, com a utilização do § 9º inciso I do artigo 71 do CTE, que, em última instância vai exigir o imposto.

Assim, concluo que a tese do sujeito passivo conseguiu descaracterizar a infração tributária na medida em que houve apenas uma infração de natureza formal, pois não existe fato gerador para exigência do ICMS no caso em questão pela fundamentação acima, o que vai ilidir a pretensão inicial do fisco.

Posto isto, concluo pela inexistência do crédito tributário formalizado pelo lançamento tributário, por não estar originado em uma obrigação tributária nascida de um fato gerador concreto e de uma Lei em abstrato.

DA CONCLUSÃO

Em síntese, considerando tudo que constam dos autos e, em especial, pelos fundamentos fáticos e jurídicos acima descritos, conheço da Impugnação, dou-lhe provimento, para decidir pela IMPROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco.

ENCAMINHE-SE à Coordenação da Representação Fazendária - CRF.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 28 dias do mês de julho de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Escrituração indevida de crédito outorgado (Procedência)

Julgador: Haroldo Tavares Gomes

SENTENÇA N.º 04912/10 – JULP

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão.

RELATÓRIO

Com fulcro nos demonstrativos de fls. 10/44, foi lavrado em desfavor da empresa acima qualificada, o Auto de Infração de fls. 02, com o seguinte relato: *“omitiu o pagamento do ICMS, na importância de R\$ 98.901.667, 37 (noventa e oito milhões, novecentos e um mil, seiscentos e sessenta e sete reais e trinta e sete centavos), em razão da escrituração indevida de valores, a título de crédito outorgado, referente às saídas internas, interestaduais e para a exportação, de produtos comestíveis, pois reiterou recusa em não fornecer ao DIEF as informações das operações efetuadas, mediante a transmissão eletrônica de dados ou meio magnético, na forma estabelecida na legislação, considerando a inviabilização da fiscalização de suas operações fiscais por meio eletrônico, já que apresentou informações errôneas de suas operações fiscais de entrada de gado para abate e suas devoluções respectivas; dessa forma, encontra-se impedida de utilizar os benefícios fiscais; em consequência, deverá pagar o ICMS no valor acima mencionado, juntamente com os acréscimos legais”.*

Ciente, o sujeito passivo ingressa com a impugnação de fls. 328/260, sustentando, em síntese: a nulidade do Auto de Infração, porque foi cientificado à impugnante, sem os seus anexos, causando, com isso, cerceamento ao direito de defesa; que é parte ilegítima para figurar como sujeito passivo, na presente autuação, porque sequer existia e operou antes de novembro de 2.008 e os atos e fatos relacionados a acusação, foram praticados por outra pessoa jurídica, a [...]; como se não bastasse isso, mesmo se tivesse sido observado os efeitos do art. 133, inciso II do CTN, o AFRE jamais poderia lavrar o AI contra a impugnante, mas sim contra a matriz da empresa, localizada no município de São Paulo; que a sucessão tributária, prevista no art 133 do CTN, somente abrange tributos e não multa; que o fiscal autuante, não tem competência para desconsiderar os efeitos dos TARE's n.ºs 241/02-GSF e 36/2001-GSF; que para os benefícios fiscais serem cancelados, suspensos, ou perderem seus efeitos, os acordos deverão ser denunciados pelo Secretário da Fazenda, após ter recebido uma representação indicando a prática de uma infração tributária, não estando prevista a possibilidade de outra autoridade ou servidor realizar atos tendentes a desconsiderar imediatamente os seus efeitos, antes da realização deste procedimento, o que não ocorreu no caso presente; que a acusação fiscal é totalmente precária, porque não está presente uma das condições objetivas para ser realizada, qual seja, a denuncia dos TARE's pelo Secretário da Fazenda, com perda dos direitos nele previstos; alega, ainda, insegurança na determinação da infração, porquanto o AFRE defende falta de pagamento do ICMS, enquanto que a infração seria o registro indevido de créditos do ICMS em sua escrita fiscal; alega, ainda, que o

levantamento fiscal que fundamentou a presente autuação, foi realizado de forma precária, não servindo, portanto, para sustentar a acusação fiscal, ocorrendo, em consequência, cerceamento ao direito de defesa; que a empresa [...] já havia sido fiscalizada pela SEFAZ/GO, com a conclusão dos trabalhos fiscais, com a inexistência de irregularidades; que em tal circunstancia, não poderia o AFRE, lavrar um novo auto de infração, abrangendo período já fiscalizado; que antes da lavratura da autuação, a fiscalização deveria ter intimado a impugnante, para realizar o estorno dos créditos supostamente aproveitados de forma indevida, esta medida é necessária, porque nos termos do TARE'S, a perda dos benefícios fiscais incidentes não é imediato, não podendo ser desconsiderados em a prévia cientificação; que a empresa [...], não foi intimada, na condição de solidária, para responder pelo crédito tributário ora em discussão, nos termos do art 123, inciso I do CTN; alega, ainda, duplicidade de autuação, com relação ao A l n° 4 0110005 454 89, no valor de mais de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões reais), bem como a ocorrência da decadência, por ter abrangido período superior a 5 (cinco) anos da ciência da impugnante, ao lançamento; que o AFRE constituiu crédito tributário do ICMS, com natureza cumulativa, sem analisar os créditos do ICMS decorrentes de entradas de mercadorias; que as supostas infrações, não ocasionaram a nulidade dos benefícios fiscais previstos nos TARE's; que as irregularidades nos arquivos magnéticos, não poderiam gerar a nulidade do direito a utilização dos benefícios fiscais, mas somente uma penalização, como já aplicada à empresa; que persiste o direito aos créditos outorgados previstos nos termos dos TARE's n° 241/02-GSF e 036/2001-GSF, mesmo diante das supostas irregularidades defendias pelo atuante; reitera a ocorrência de duplicidade de autuação, com relação aos A l's n°s 4 0110008 769 14, 4 0110009 146 03 e 4 0110009 739 52; questiona a penalidade proposta, alegando que a mesma não tem relação com a suposta infração, relacionada ao suposto aproveitamento de crédito do ICMS; solicita, finalmente, a realização de diligência e perícia, e, caso não seja cancelado o presente Auto de Infração, seja reaberto o prazo de 30 (trinta) dias, para a impugnante, eventualmente, realizar um adendo a impugnação ora apresentada, ou apresentar uma nova impugnação; instrui a defesa apresentada com os docs. de fls 362/519.

É o relatório.

Preliminarmente

O presente processo ficou a inteira disposição do sujeito passivo, no NUPRE da DRF da cidade de Goiás, por um período de 30 (trinta) dias, onde poderia ser manuseado, conforme permitido pelo art.11, §§ 1°, 2° e 3° da Lei n° 16.469/09, e artigo 2°, § 2° do Decreto n° 6.930/09, não havendo, pois, que se falar em cerceamento ao direito de defesa, pelo fato de ter recebido, via correio, somente uma cópia do presente Auto de Infração, sem os seus anexos.

No tocante a alegação de erro de identificação do sujeito passivo, em virtude de não ter sido intimada a empresa "[...]", não comungo com mencionada tese, pois se ocorreu mudança de razão social, ou se foi criada uma Holding controladora, este fato seria posterior ao período autuado, uma vez que nos documentos que sustentam a presente autuação, ou seja, livros e documentos

fiscais, constam claramente o nome da empresa [...], filial de Mozarlândia, I E 10.316.031.0, não fazendo nenhuma referência ao nome da mencionada Holding, bem como a matriz da autuada.

A alegação de que os autuantes não consideraram a existência de TARE's, celebrados com a SEFAZ, também não procede, pois no meu entendimento, a impugnante faz confusão com o teor de uma cláusula existente nos TARE's de números 036/01-GSF e 241/02-GSF.

As cláusulas a que me refiro, são a nona e a décima. Citadas cláusulas, na verdade resguardam o direito do pólo passivo de ser previamente intimado antes da revogação dos TARE's e não que o fisco não possa fiscalizar a empresa. O direito de o fisco verificar livros e documentos fiscais de um contribuinte é amplo, não prevalecendo qualquer limitação desta atividade, com base no art. 195 do CTN, devendo ser observado, que o autor do procedimento, é ocupante do cargo de AFRE III, com competência plena para realizar qualquer tipo de fiscalização, conforme art. 4, III da Lei nº 13.266/98, que trata das atribuições dos Agentes do Fisco da Secretaria da Fazenda.

Na análise da decadência aplicada ao ICMS é pacífica a utilização da regra prevista no art. 173, inciso I do CTN, repetida no art. 182 do CTE.

Art.73- O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I- do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Então, ainda são alcançáveis pelo lançamento até **31.12.2010**, os fatos geradores ocorridos a partir de **01.01.2005**. Como o crédito em questão, foi totalmente constituído em **09.04.2010**, conforme comprovado as fls. 319, não há que se falar em decadência do direito da fazenda pública, realizar o lançamento que ora se discute.

A alega duplicidade de autuação, não se encontra plenamente comprovada nos presentes autos, razão pela qual, não acolho referida argumentação.

Nenhum reparo a fazer no tocante a penalidade proposta, eis que a específica para o ilícito fiscal ora denunciado, qual seja, a omissão do pagamento do ICMS, em virtude da escrituração de valores a título de crédito outorgado, conforme claramente descrito no corpo da peça básica e plenamente comprovado nos presentes autos.

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

IV - em razão do não-estorno de crédito, quando exigido, ou da escrituração indevida de valores a título de crédito do imposto, o equivalente aos percentuais de:

a) 140% (cento e quarenta por cento) do valor do imposto, pela omissão do seu pagamento;

Ao contrário do que assevera a autuada em sua defesa, a acusação fiscal está bem definida e fundamentada, sendo certo que o Auto de Infração contém todos os elementos previstos no art.23 da Lei nº 13.882/01, restando evidenciado, que incorrem nos presentes autos quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 20 da mencionada lei, estando determinada com segurança a infração e corretamente identificado o sujeito passivo;

Inexiste, pois, o alegado cerceamento ao direito de defesa, se o sujeito passivo, devidamente intimado, teve a oportunidade de exercitar sua faculdade de defesa no processo tributário em alusão em época oportuna e assim procedeu.

Finalmente, lembro a recorrente, que os prazos processuais são os previstos no art. 34 da Lei nº 16.469/09, razão pela qual, não vejo como acolher o seu pedido de reabertura de prazo, para a apresentação de eventual adendo a presente impugnação, que poderá, entretanto, ser apresentado quando da interposição de recurso, a uma das Câmaras Julgadoras deste Conselho, se assim for de seu interesse.

Sob o aspecto formal, indubitoso que o lançamento atendeu a todos os requisitos impostos pelo art. 142 do CTN, razão pela qual, não acolho nenhuma das preliminares de nulidade ventiladas pela autuada, bem como a realização de diligência e perícia.

Mérito

A análise dos autos revela que os argumentos defensórios alegados, não são suficientes e/ou relevantes para afastar a irregularidade detectada pelo Fisco, uma vez que o ilícito fiscal denunciado encontra-se plenamente comprovados nos presentes autos, mediante a elaboração, por parte do autuante, dos demonstrativos de fls. 10/41, uma vez que a impugnante não forneceu à Secretaria da Fazenda, mediante transmissão eletrônica de dados, os arquivos magnéticos referentes às operações efetuadas nos períodos mencionados na inicial, condição esta necessária para usufruir do benefício da utilização de valores a título de crédito outorgado, referente as saídas internas, interestaduais e para exportação, de produtos comestíveis, conforme detalhado no corpo da peça básica.

Sabemos que na esfera tributária vigora o princípio da estrita legalidade, o que equivale a assertiva de que na Administração Pública deve o administrado simplesmente cumprir a lei na físele de seu texto, atendendo-a na sua letra e no seu espírito.

Indubitoso que o procedimento fiscal realizado está em sintonia com o que determina a legislação tributária estadual, cujos dispositivos foram corretamente citados pelo autor do procedimento no campo próprio da inicial e abaixo transcrito.

Entretanto, para usufruir do mencionado benefício, o contribuinte deve cumprir as exigências estabelecidas pela alínea “c”, item 1, do inciso VIII, do art. 8º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, já mencionado, **fato este não observado pelo sujeito passivo**, conforme plenamente comprovado nos presentes autos.

“Art.8º-

.....

VIII-

a)

b).....

c) o benefício aplica-se apenas ao contribuinte que, ainda que por intermédio de contabilista autorizado, escrete livro fiscal por meio de sistema eletrônico de processamento de dados nos termos do Anexo X deste regulamento, e :

*1. forneça ao Departamento de Informações Econômicas Fiscais- DIEF-, mediante transmissão eletrônica de processamento de dados ou meio magnético, informações contidas em todos documentos fiscais por ele emitidos, **no prazo e na forma** estabelecidos na legislação tributária.*

Dec. nº 4.852/97

Art.86- Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário.”

Assim, à guisa de elementos capazes de infirmar a acusação fiscal, e estando o lançamento tributário, sob o aspecto formal e material, respaldado pela Legislação Tributária Estadual, entendendo por bem ratificar integralmente o direito da Fazenda Estadual ao crédito tributário exigido na inicial, uma vez que efetivada em perfeita sintonia com os dispositivos legais atinentes a matéria ora em debate, já transcritos.

CONCLUSÃO

Assim, conheço da impugnação, nego-lhe provimento, tanto em preliminar como no mérito e decido pela **PROCEDÊNCIA** da pretensão do fisco, nos termos de sua fundamentação.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 12 dias do mês de agosto de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Auditoria do Movimento Financeiro - omissão do registro de saída de mercadorias (Procedência)

Julgador: Haroldo Tavares Gomes

SENTENÇA N.º 05217/10 – JULP

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão.

RELATÓRIO

Neste processo, a Fazenda Pública Estadual exige do contribuinte acima qualificado, recolhimento de imposto, decorrente de omissão do registro de saídas de mercadorias tributadas, constatada através do levantamento denominado “**AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO**”.

Ciente, o sujeito passivo ingressa com a impugnação de fls. 236/240, com a finalidade de requisitar: **preliminarmente**- a nulidade do processo, por impedimento funcional dos autuantes, em virtude da ausência de Ordem de Serviço; **no mérito**- contesta os levantamentos realizados pelos agentes fiscais e constantes do presente PAT, especificamente aqueles cujos relatórios digitais foram fornecidos , tendo em vista que, quanto ao demais, como argüida nas preliminares, não há como fazer qualquer levantamento; que pretende provar o alegado, mediante a juntada de levantamento contraditório da mesma natureza, cujos quantitativos estão em conformidade com os documentos fiscais próprios; que nos termos do art. 19 da Lei n° 16.469/09, requer a juntada, antes do julgamento da lide, dos demonstrativos contraditórios, tendo em vista o grande volume de informações neles constantes, fato impeditivo de apresentação nesta oportunidade; instrui a defesa apresentada, com os docs. de fls. 241/245.

RAZÕES DE FATO E DE DIREITO

Preliminarmente

As competências funcionais dos Agentes do Fisco da Secretaria da Fazenda são estabelecidas pelo art 4º da Lei n° 13.266/09, c/ alteração dada pela Lei n° 14.663/04, sendo a Ordem de Serviço, um simples documento de controle interno, portanto, a sua ausência, não impede o Auditor Fiscal de executar o seu trabalho, não havendo, pois, que se falar em incompetência funcional dos autuantes, o que causaria a nulidade do procedimento, nos termos do inciso I, do art. 20 da Lei n° 16.469/09, tese aventada pela impugnante.

Mérito

Os prazos processuais são os estabelecidos pelo art. 34 da Lei n° 16.469/09, razão pela qual, não vejo como conceder a atuada, prazo para a juntada de demonstrativos contraditórios, que poderão, entretanto, ser

apresentados, quando da interposição de recurso, junto a uma das Câmaras Julgadoras deste Conselho, se assim for de seu interesse.

A modalidade do trabalho fiscal consiste no balanceamento dos ingressos de numerários provenientes de diversas fontes e os desembolsos realizados no decurso do período fiscalizado, tendo por finalidade apurar eventuais omissões de registro de saídas de mercadorias tributadas, fato caracterizado pelo excesso de desembolsos em relação aos ingressos comprovados, conforme estabelecido pelo § 1º, IV do art. 25 da Lei nº 11.651/91, abaixo transcrito.

“Art.25- A base de cálculo do imposto será arbitrada pela autoridade fiscal, podendo o sujeito passivo contraditá-la no correspondente processo administrativo tributário, sempre quer, alternativa ou cumulativamente:

§ 1º- Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

.....

IV- ao deficit financeiro existente no confronto do saldo das disponibilidades no início do período, acrescido dos ingressos de numerário, e deduzidos dos desembolsos e do saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, as despesas indispensáveis a manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas, tais como:

- a) salários e retiradas;
- b) aluguel, água, luz, telefone e outras taxas, preços ou tarifas;
- c) tributos;
- d) outras despesas gerais;

§ 2º- Na hipótese de o contribuinte comercializar também mercadorias isentas ou não tributadas no período fiscalizado, a base de cálculo deve ser obtida por meio da multiplicação do valor apurado em procedimento fiscal pela fração obtida da divisão do valor das entradas tributadas, exceto aquelas sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores, pelo valor correspondente ao total das entradas de mercadorias destinadas à comercialização ou industrialização.”

Portanto, indubitável que o levantamento suporte da presente autuação encontra-se amparado pela legislação tributária estadual, inciso IV, do § 1º e 2º do art. 25 da Lei nº 11.651/91-CTE, acima transcrito e corretamente citado pelo autuante no campo próprio da inicial.

Desta forma, considerando que nada há nos autos que contrarie o levantamento realizado e que a inicial preencheu todas as condições do artigo 142 do CTN, ratifico integralmente o crédito tributário ora exigido, por estarem corretos e seguros os procedimentos adotados pela fiscalização.

CONCLUSÃO

Conheço da impugnação, nego-lhe provimento, a fim de decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 02 dias do mês de setembro de 2010

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Omissão do recolhimento do diferencial de alíquota (Improcedência)

Julgador: Valdenice Maria Moraes

SENTENÇA N.º 05680/10 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

Este contencioso versa sobre exigência de ICMS devido em razão do diferencial de alíquota não registrado no livro de Registro de Apuração do ICMS, em relação às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado do contribuinte, conforme constam das notas fiscais anexadas nos autos, relativas ao exercício de 2005.

Regularmente intimada, a autuada apresenta suas razões de defesa, via de advogado legalmente constituído. Alega que é uma usina hidrelétrica em fase de implantação, e que, na condição de indústria geradora de energia elétrica, as mercadorias em questão são, em sua totalidade, bens destinados à composição do ativo imobilizado da empresa; Que não incide o imposto relativo ao diferencial de alíquotas quando se trata de material destinado à construção civil; que há insegurança na determinação da infração e que a multa é confiscatória. Traz diversos julgados das instâncias judiciais superiores e ao final pede a nulidade do auto de infração.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

De início, no que diz respeito aos questionamentos preliminares:

Insegurança na determinação da infração e decadência do crédito tributário; observamos que a infração está descrita de maneira clara de forma a não deixar qualquer dúvida a respeito do que se pretende, com o lançamento. Ou seja, não há dúvida de que o fisco exige o pagamento do imposto relativo à parcela do diferencial de alíquotas, dos bens adquiridos em operação interestadual, os quais se encontram descritos nas notas fiscais anexadas nos autos. Logo, não há insegurança na determinação da infração.

No que diz respeito ao protesto contra a multa proposta no lançamento, a mesma consta de lei juridicamente válida e, ao julgador cabe verificar a adequação dessa, não podendo se desviar dos ditames legais. No presente caso, observamos que a penalidade proposta é própria para a infração anunciada no lançamento.

Nas razões de mérito a defesa faz referência ao diferencial de alíquotas exigido da empresa de construção civil. Todavia, neste caso específico, em que a impugnante não é exatamente uma empresa de construção civil, mas indústria geradora de energia elétrica, tem norma específica que trata da aquisição de bens

destinados ao ativo imobilizado, isentando-a do pagamento do imposto ora exigido. A saber: (art. 6º inciso XCII, do Anexo IX, do RCTE).

“Art. 6º São isentos do ICMS:

XCII - relativamente à aplicação do diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de bem, exceto veículo automotor de transporte de passageiro ou de carga e de passeio, inclusive motocicleta, destinados ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial ou agropecuário (Lei nº 13.453/99, art. 2º, IV).

NOTA: Redação com vigência de 30.09.03 a 22.08.06.

XCII - relativamente à aplicação do diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de bem, exceto veículo automotor de transporte de passageiro ou de carga e de passeio, inclusive motocicleta, destinado ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial ou agropecuário, vedada sua utilização, dentro de 24 (vinte e quatro) meses contados a partir da data de aquisição do bem, em atividades alheias à do estabelecimento, inclusive locação empréstimo, ou alienação, a qualquer título (Lei nº 13.453/99, art. 2º, IV);”

NOTA: Redação com vigência de 23.08.06 a 03.12.08.

À data do fato gerador, a isenção aplicável ao caso em voga estava em vigor. Diante disso, o lançamento contraria a disposição legal antes destacada.

Destacamos, no presente caso, o voto separado do Conselheiro Luiz Honório dos Santos, no Acórdão 03778/08, que diz respeito, exatamente, ao caso em análise:

VOTO EM SEPARADO, DO CONSELHEIRO LUIZ HONORIO DOS SANTOS

“Requeri o voto em separado, previsto regimentalmente, para registrar os fundamentos de fato e de direito do meu voto, que acompanhou o voto do Conselheiro Relator, para manter a decisão singular que decidi pela improcedência do lançamento, e o faço com as considerações a seguir.

A questão por votar é o Recurso de Ofício da Representação Fazendária, fundado no entendimento de que a atividade de geração de energia elétrica enquadra-se na categoria de gerador (conceituado no artigo 34, §2º, inciso III, do Decreto 4.852/97), e não de industrial (inciso IV), e que portanto não se beneficia da isenção prevista no art. 6º, XCII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, devendo recolher o ICMS Diferencial de Alíquotas objeto do presente lançamento, e requereu a reforma da decisão singular.

Compulsando os autos e tendo presentes as normas pertinentes ao Cadastro de Contribuintes do Estado, constatei o seguinte, como fundamentos para a minha decisão:

a) que por ocasião das aquisições de bens integrados ao ativo imobilizado o Sujeito Passivo encontrava-se inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado sob o Código de Atividade Econômica - "CAE - Nº 3.21.22 - Geração e Distribuição de Energia Elétrica", cuja decodificação, pelas regras da Portaria nº 1.484/89, por estar o CAE iniciado pelo algarismo "3", denota tratar-se de "Indústria", integrante da Seção "3.21.00 - Indústrias Diversas", conforme relação anexa à referida Portaria nº 1484/89;

b) que no espelho cadastral de fls. 113 dos autos constou a alteração do Código de Atividade Econômica, por força do advento da Instrução Normativa Nº 531/02, e, independentemente de manifestação de vontade do Contribuinte, atribuiu-lhe a Administração Tributária o novo "CNAE-FISCAL Nº 3511-5/00- Geração de Energia Elétrica;

c) que na inscrição originária concedida ao Sujeito Passivo, bem como na subsequente alteração cadastral, constante do espelho de fls. 113 dos autos, a Administração Tributária, unilateralmente, fez também constar no campo próprio do FAC, denominado "Tipo de Contribuinte", a expressão "Indústria";

d) que na Portaria nº 1.483/89 em vigor, que instituiu o Cadastro de Contribuintes do Estado, encontram-se relacionadas as atividades sujeitas a cadastrar-se, entre elas a de "Indústria", e de não existir referência à atividade de gerador, produtor ou distribuidor de energia elétrica; e, no mesmo sentido, a Portaria Nº 1.484/89, que aprovou os Códigos de Atividades Econômicas, no art. 2º, estabeleceu 7 grandes grupos de atividades, sendo o de nº "3", o identificador da atividade industrial, algarismo esse que inicia o CAE 3.21.22 atribuído à empresa, e, da mesma forma, nessa relação fechada, inexistir grupo próprio para estabelecimento gerador, produtor ou distribuidor de energia elétrica.

Do exposto, forçoso concluir que o Sujeito Passivo encontra-se efetivamente cadastrado como estabelecimento industrial, assim reconhecido pela Administração Tributária nas normas instituidoras do Cadastro de Contribuintes do Estado, e nessa condição é isento do pagamento do ICMS relativo ao diferencial de alíquotas na entrada interestadual de bens destinado ao seu ativo imobilizado, habilitando-se, se inexistir outro motivo impeditivo, ao benefício fiscal conferido pelo art. 6º, inciso XCII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, e ao paralelo benefício da redução da base de cálculo para 60%, nas operações internas com bens para a mesma destinação, conforme art. 8º, inciso XXXVIII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, ambos benefícios decorrentes da política de desenvolvimento regional adotada pelo Estado de Goiás, e voto, portanto, com esta fundamentação, para manter a decisão singular".

Acrescente-se, a isso, a necessidade de alterar a redação da norma legal, a partir de julho de 2009, com vigência retroativa a 04/12/2008, passando à seguinte redação:

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO XCII DO ART. 6º PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 6.938, DE 01.07.09 - vigência: 04.12.08.

*XCII - relativamente à aplicação do diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de bem, exceto veículo automotor de transporte de passageiro ou de carga e de passeio, inclusive motocicleta, destinado ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial, **exceto o gerador de energia elétrica**, e agropecuário, vedada sua utilização, dentro de 24 (vinte e quatro) meses contados a partir da data de aquisição do bem, em atividades alheias à do estabelecimento, inclusive locação empréstimo, ou alienação, a qualquer título (Lei nº 13.453/99, art. 2º, IV)";*

A partir da vigência da redação acima, a indústria geradora de energia elétrica foi taxativamente excluída do benefício da isenção do Diferencial de Alíquotas. Todavia, antes dessa data, estava em vigor a isenção do imposto relativo ao diferencial de alíquotas para a aquisição interestadual de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento industrial.

Diante disso, igualmente à interpretação esposada no Voto Separado do Acórdão 03778/08, acima destacado, temos a convicção de que a isenção disposta no inciso XCII, na redação vigente até 03/12/2008, aplica-se ao caso ora analisado.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento, para julgar IMPROCEDENTE a pretensão fiscal, e absolver o sujeito passivo de recolher o crédito tributário exigido na inicial.

Encaminhe-se à Representação Fazendária.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 30 dias do mês de setembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ITCD - omissão de recolhimento (Procedência)

Julgador: Levi Silva Filho

SENTENÇA N.º 05880/10 – JULP

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o autuado pessoa física deixou de pagar o ITCD dentro do prazo legal, relativo ao DARE de fls. 11, referente a diferença positiva entre o valor atribuído pelos herdeiros já recolhido por força de mandado judicial e o valor apurado pela fazenda estadual.

Consta da inicial a informação de que a exigência decorre dos bens do espólio de Huda Helou.

Nota explicativa de fls.05/06, constando a informação de que o judiciário decidiu pela emissão de guia nos valores atribuídos, acrescentando ainda que diante da discordância da Fazenda Pública Estadual dos valores declarados, deveria ser procedida a abertura de processo administrativo para nova avaliação e cobrança.

Consta também discriminação dos valores atribuídos e os cálculos incluindo o valor pago e a diferença já considerando a nova avaliação.

Existe também nesta nota explicativa a informação de que dois herdeiros renunciaram ao monte mor.

Cópia da auditoria do ITCD, rol de bens, cópia do boleto de pagamento, cópia da notificação fiscal para pagar o valor do ITCD já considerando a nova avaliação, documentos relativos aos imóveis bem como dados relativos a determinação do valor dos bens e cópia das escrituras, fls. 07/64.

Defesa comparece a lide representada por profissional habilitado, dizendo que o herdeiro não pretende fazer o pagamento, pois considera que o valor dos bens está de acordo com a planta do município. Cita o artigo 377 do RCTE que em seu parágrafo terceiro permite a aplicação da planta de valores do município.

Cita decisões desta casa e pede ao final a improcedência do feito.

FUNDAMENTOS DE FATOS E DE DIREITO

A presente questão neste processo é a falta de pagamento de ITCD decorrente dos bens deixados pelo falecimento de Huda Helou.

Constam informações nos autos que o judiciário com o fim de não paralisar o andamento do inventário autorizou o pagamento do ITCD pelos valores

atribuídos pelos herdeiros e autorizou o fisco a fazer a avaliação dos bens, diante da discordância.

Nos autos existem todos os informativos com os dados que o fisco utilizou para fazer a avaliação dos bens, devendo ser observado que o autuado foi devidamente comunicado da nova avaliação conforme documento de fls. 12/13.

A alegação da defesa é o disposto no parágrafo terceiro do artigo 377 do RCTE que permite ao fisco utilizar os valores da planta municipal. Reproduzo o texto legal:

Art. 377. A base de cálculo do ITCD é o valor venal do bem e do direito a ele relativo, do título ou do crédito transmitido ou doado (Lei nº 11.651/91, [art. 77](#)).

NOTA: A [Instrução Normativa nº 704/04-GSF](#), de 30.12.04, com vigência a partir de 30.12.04, institui a pauta informatizada do ITCD e estabelece procedimentos de fiscalização e arrecadação desse imposto.

§ 1º O valor venal é apurado mediante avaliação judicial ou avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual e expresso em moeda nacional na data da avaliação.

§ 2º Na hipótese de apuração do valor venal mediante avaliação judicial, a Fazenda Pública Estadual deve ser intimada a se manifestar sobre o valor atribuído aos bens ou direitos e sobre o cálculo do imposto, nos termos da lei processual civil.

§ 3º O valor venal pode ser estabelecido por meio de pauta de valores ou aplicação de planta de valores imobiliários do Município da localização do bem imóvel, nas quais se leve em consideração a localização, as benfeitorias, o estado de conservação, ou ainda, qualquer outra condição ou composição que implique na formação do valor do bem.

Deve ser observado que o texto do parágrafo terceiro é um permissivo e não impositivo, ou seja, o fisco pode se utilizar dos valores do município caso os considere corretos, no entanto, a parte passiva deveria ter observado que no parágrafo primeiro consta que o valor do bem é apurado mediante avaliação judicial ou procedido pela fazenda estadual.

No CTE também consta no artigo 85 previsão que ampara o procedimento adotado pela SEFAZ e eu reproduzo o texto legal, que estabelece:

Art. 85. No caso de partilha amigável, nos termos previstos nos arts. 1.031 a 1.034 do Código de Processo Civil, a petição de inventário deve estar acompanhada da prova de pagamento do imposto.

Parágrafo único. Havendo discordância por parte da Administração Tributária quanto ao valor atribuído aos bens pelos herdeiros, devem ser adotados os seguintes procedimentos:

I - procedida a avaliação dos bens arrolados, administrativa ou, conforme o caso, judicialmente, cabendo à Fazenda Pública Estadual proceder a avaliação administrativa;

II - efetuado o lançamento do valor relativo à diferença positiva verificada entre o valor da avaliação e o atribuído pelos herdeiros para o pagamento do imposto.

Vejo que o trabalho fazendário está totalmente de acordo com os dispositivos legal reproduzido anteriormente, já que tendo discordado dos valores atribuídos aos bens pelos herdeiros, procedeu a avaliação administrativa, considerou o pagamento efetuado anteriormente e após comunicação as partes, diante da recusa do pagamento complementar, lavrou-se a inicial.

Com base nas razões anteriores, vejo que o pedido da defesa não pode ser acatado.

CONCLUSÃO

Conheço da impugnação, nego-lhe provimento para considerar **PROCEDENTE** o auto de infração.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em 05 de Outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Comercialização de mercadoria desacobertada de documento fiscal (Improcedência)

Julgador: David Fernandes De Carvalho

SENTENÇA N.º 06041/10 – JULP

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão.

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo comercializou em seu estabelecimento comercial sem documentação fiscal 4 (quatro) vacas abatidas no valor comercial de R\$3.728,03 ante o movimento comercial monitorado. O arbitramento com base no art. 25 e incisos da Lei nº 11.651/91 corresponde ao período de 1 a 19 de novembro de 2009. Assim, o sujeito passivo sujeita-se, em consequência, ao pagamento de ICMS no montante de R\$447,36, multa formal, mais acréscimos legais.

Propôs-se aplicação da penalidade prevista no art. 71, inciso XII, alínea “a”, item 3, § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91 com a redação conferida pela Lei nº 15.505/05.

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece aos autos e impugna a ação fiscal alegando que em todas as suas comercializações nunca se furtou da emissão da respectiva nota fiscal de saída, o que pode ser confrontado por meio dos livros de entradas, saídas e inventários de mercadorias.

Pede que se considere o auto de infração nulo ou improcedente.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Tratam os presentes autos de cobrança de ICMS, multa formal, mais acréscimos legais, sob a acusação de comercialização de 4 cb de gado bovino sem emissão de notas fiscais.

A autoridade fiscal não juntou ao processo qualquer levantamento fiscal, limitando-se a atuação à sua afirmativa feita no auto de infração.

O procedimento fiscal deveria estar amparado no art. 25, § 1º, V, do Código Tributário Estadual, que autoriza a fiscalização a proceder e realizar trabalhos de auditoria com vistas a conferir a correção do procedimento do contribuinte no cumprimento da obrigação tributária.

Assim estabelece o referido dispositivo legal:

“Art. 25.....

.....
§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:
.....

V - à diferença apurada mediante o controle quantitativo das entradas e saídas de mercadorias tributadas num determinado período, levando em consideração os estoques inicial e final;”

Entretanto, compulsando os autos, verifica-se que a autoridade fiscal autuante não atendeu à regra constante do art. 19, § 1º, inciso I, da Lei nº 16.469/09, que manda que os demonstrativos de levantamentos devem ser apresentados juntamente com o documento que formaliza o lançamento.

Na forma em que o processo está composto, o mesmo não se presta ao lançamento do crédito tributário, constituindo mera alegação da autoridade fiscal sem elementos comprobatório da alegada infração que teria sido cometida pelo sujeito passivo.

Fica evidente a improcedência do auto de infração por falta dos elementos comprobatórios da infração.

CONCLUSÃO

Isso posto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento e julgo **IMPROCEDENTE** o auto de infração.

Ao SECON para arquivamento.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 18 dias do mês de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Transporte de mercadoria sem nota fiscal (Procedência)

Julgador: David Fernandes De Carvalho

SENTENÇA N.º 06053/10 – JULP

Após lido, conferido e analisado, passa-se à seguinte decisão:

RELATÓRIO

Consta destes autos que o sujeito passivo transportava, sem documentação fiscal, as mercadorias relacionadas no Termo de Apreensão em anexo, no valor comercial de R\$4.320,00, conforme preços do mercado varejista, sujeitando-se, em consequência, ao pagamento de ICMS no valor de R\$1.166,40 (um mil, cento e sessenta e seis reais e quarenta centavos), multa formal, mais acréscimos legais.

Propôs-se aplicação da penalidade prevista no art. 71, inciso XII, alínea “a”, item 3, § 9º, I, da Lei nº 11.651/91 com a redação conferida pela Lei nº 15.505/05.

Para instrução processual, a autoridade fiscal anexou aos autos o Termo de Apreensão das mercadorias transportadas.

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece tempestivamente aos autos e impugna a ação fiscal alegando, preliminarmente, nulidade processual por incompetência funcional, e, no mérito, que emitiu a nota fiscal eletrônica antes de sair com as mercadorias, e que o agente do fisco não consultou o sistema eletrônico para saber da existência do registro fiscal.

Junta aos autos cópia do DANFE correspondente à NF-e nº105, emitida dia 26/01/2010, às 10:51 horas, para o transporte de 180 cx de cerveja Skol lata, e pede que se julgue o auto de infração nulo ou improcedente.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Não é o caso de nulidade processual. De fato, o Auditor-Fiscal da Receita Estadual I – AFRE I – é competente para lançamento do crédito tributário decorrente de atividade de fiscalização em comando volante ou posto fiscal, conforme art. 4º, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 13.266/98, a seguir transcrito:

“Art. 4º As atribuições conferidas, privativamente, aos funcionários fiscais, integrantes do Quadro de Pessoal do Fisco da Secretaria da Fazenda, são as seguintes:

I – ao Auditor-Fiscal da Receita Estadual I – AFRE I:

.....

b) constituir o crédito tributário decorrente do exercício das correspondentes tarefas de fiscalização referentes a:

1. controle de mercadorias em trânsito e aos serviços de transporte com elas relacionados, desenvolvidas em unidades de fiscalização fixa ou móvel;”

Assim, afasta-se a ocorrência de nulidade processual pelo motivo falado pela defesa.

No mérito, constata-se que a fundamentação do auto de infração consiste em termo de apreensão lavrado pelo autuante e com ciente aposto em campo próprio pelo motorista do veículo transportador, sendo que consta do termo de apreensão a observação de que a mercadoria estava “desacobertada de documentação fiscal”.

O impugnante, por sua vez, afirma que tinha emitido nota fiscal para as mercadorias anteriormente ao momento do início do procedimento fiscal.

A alegação do impugnante é frágil, inclusive o documento que o mesmo acosta ao processo não é eficaz para afastar a pretensão da Fazenda Pública Estadual, visto que foi emitido às 10:51 horas (conforme a cópia do DANFE) do dia da apreensão da mercadoria, que ocorreu às 10:45 horas (conforme Termo de Apreensão). Portanto, a emissão da nota fiscal eletrônica ocorreu posteriormente ao início do procedimento fiscal, caracterizado pela lavratura do termo de apreensão da mercadoria.

Também, observe-se que o transporte de mercadorias não pode ser realizado sem o acompanhamento do DANFE – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica, que deve acompanhar a mercadoria no seu transporte, de acordo com o previsto no Ajuste SINIEF 7/05, e presente na legislação estadual (art. 167-J do Decreto nº 4.852/97), que transcrevo abaixo:

“Art. 167-J. O Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE -, conforme leiaute estabelecido no "Manual de Integração - Contribuinte", é utilizado no trânsito de mercadoria e para facilitar a consulta da NF-e ([Ajuste SINIEF 7/05](#), cláusula nona).”

O motivo do sujeito passivo não pode prevalecer sobre o rigor da norma tributária, visto ser esta cogente e visar o interesse público de fiscalização e arrecadação de tributos, principalmente havendo prova inconteste de que, no momento da abordagem pela fiscalização, as mercadorias não se faziam acompanhar pelo DANFE, que somente foi apresentado a posteriori pelo remetente, nestes autos, ou seja, após o início do procedimento fiscal.

Dessa forma, para a infração cometida, estabelece o art. 71, inciso XII, alínea “a”, item 3, combinado com o seu § 9º, inciso II, do Código Tributário Estadual, a correspondente penalidade que, para maior clareza da decisão, transcrevo abaixo:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

.....
XII - equivalentes aos percentuais de:

a) 50% (cinquenta por cento) do valor da operação ou prestação:

.....
3. pela aquisição, importação, recebimento, posse, transporte, estocagem, depósito, venda, exportação, remessa ou entrega de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal;

.....
FORMA QUALIFICADA

§ 9º Se da prática das irregularidades descritas nos [incisos V](#) e seguintes do *caput* deste artigo resultar diretamente omissão de pagamento do imposto, a multa neles prevista será aumentada do valor correspondente à aplicação dos percentuais abaixo, sobre o valor do imposto não pago:

.....
II - 80% (oitenta por cento), se a irregularidade for praticada em operação ou prestação sujeitas ao regime de substituição tributária.”

Depreende-se da leitura dos dispositivos legais acima transcritos a pertinência do enquadramento da infração e penalidade ao fato constatado pela autoridade fiscal, conforme sua descrição, qual seja: transporte de mercadoria sem documentação fiscal.

Assim, ao transportar mercadoria sem documentação fiscal, o sujeito passivo infringiu os dispositivos que prescrevem que o mesmo deve cumprir as prestações que constituem obrigação acessória, tal como promover a circulação de mercadoria sempre acompanhada de documentação fiscal, considerando-se em situação fiscal irregular a mercadoria transportada sem nota fiscal.

Consequência imediata da infração, a aplicação da penalidade corresponde ao transporte de mercadoria sem nota fiscal e, havendo omissão de pagamento de imposto, este deve ser exigido juntamente com a multa correspondente à forma qualificada prevista na legislação tributária.

De fato, trata-se, à evidência, de operação de circulação de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme muito bem expôs o autuante na descrição do fato, que faz parte da fundamentação legal do auto de infração. Do mesmo modo, ao citar o § 9º, inciso II, do art. 71, da Lei nº 11.651/91, a autoridade fiscal identificou e penalizou a omissão do pagamento do imposto.

Nesses termos, verifica-se que a ação fiscal desenvolveu-se inteiramente conforme a legislação tributária, bem como que o impugnante não promoveu

defesa capaz de ilidir com sucesso a convicção formada pelos elementos processuais de que é devido o imposto mais as cominações legais.

A prova juntada ao feito pelo impugnante não serve para afastar a cobrança do imposto e multa, uma vez que o transporte de mercadorias sem documentação fiscal não pode ser corrigido pela emissão e apresentação “a posteriori” da nota fiscal.

CONCLUSÃO

Isso posto, não acolho a alegação de preliminar de nulidade processual, conheço da impugnação, nego-lhe provimento e julgo **PROCEDENTE** o auto de infração, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário exigido nos presentes autos.

INTIME-SE PARA PAGAR.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 18 dias do mês de outubro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: ICMS -Substituição Tributária - omissão de recolhimento (Nulidade)

Julgador: Zenewton Rimes De Almeida

SENTENÇA N.º 06218/10 – JULP

RELATÓRIO

Trata-se de exigência de ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores, originado da detecção dos registros no livro próprio das Notas Fiscais apontadas na inicial, referentes à aquisição em outro Estado de mercadorias, em operação na qual foi omitida a retenção do ICMS substituição tributária pelas operações posteriores, conforme documentos anexos.

O sujeito passivo comparece tempestivamente ao feito solicitando a sua anulação, tendo em vista a caracterização de insegurança na determinação da infração, pois se teria cobrado imposto já pago anteriormente e diante da inexistência de fatos geradores quanto aos documentos que aponta na impugnação, devido aos produtos terem sido extintos do regime da substituição tributária, através do art. 1º do Decreto nº 6.663/07.

Afirma, ainda, que as mercadorias relativas a um dos documentos teriam sido devolvidas e, com isso, não estaria essa nota fiscal registrada no livro próprio e, finalmente, que a penalidade imputada não seria a aplicável ao caso em análise.

DA DECISÃO

Analisando-se os autos, se constata os equívocos cometidos pelos autores que vêm a fragilizar o lançamento, pois a acusação se relaciona à omissão de retenção do ICMS-ST, porém, foi exigida a multa relativa ao não registro dos documentos envolvidos no litígio, apesar de afirmação ao contrário dos próprios autuantes na peça basilar.

Quanto a um dos documentos fiscais, temos que aqui acrescentar que apenas as cópias de suas vias não se prestam para comprovar a realização da devolução, assim como, o fisco, também, não pode vir a exigir o ICMS-ST de período que esse regime não se aplicava às mercadorias e, com isso, o ICMS-ST não pode ser exigido e, sim, o relativo ao pagamento antecipado.

Noutro aspecto, estando parte dos documentos registrados e, apenas um não, deverão as acusações serem distintas, da mesma forma, imputadas as penalidades respectivas, preferencialmente, demonstrando as respectivas bases de cálculos.

Finalmente, deverão ser também separadas as mercadorias e períodos de referência por situações tributárias, retenção na fonte por substituição tributária pelas operações posteriores das sujeitas das sujeitas à antecipação de pagamento.

CONCLUSÃO

Diante desses fatos narrados, decido pela **NULIDADE** da pretensão inicial do fisco, por insegurança na determinação da infração, sem análise de mérito, portanto.

ENCAMINHE-SE ao CRF-SAT para análise.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 08 dias do mês de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Omissão de pagamento de ICMS incidente na prestação de serviço de transporte (Procedência)

Julgador: Valéria Cristina Batista Fonseca

SENTENÇA N.º 06483/10 – JULP

RELATÓRIO

O presente crédito tributário refere-se a débito de imposto, originário por transportar mercadorias constantes da nota fiscal eletrônica DANFE 000. 000. 006, desacompanhadas de qualquer documento relativo ao Transporte Rodoviário de Cargas, sem o pagamento do imposto sobre a prestação de serviços de transporte, conforme documentos anexos.

Em sua impugnação requer a autuada a improcedência deste, para tal que contribuinte e estabelecimento são termos que não se confundem, e contribuinte é a própria empresa pessoa natural ou jurídica que realize através de estabelecimento único ou através de vários estabelecimentos.

O seu entendimento é que não há incidência do ICMS sobre serviço de transporte quando o veículo está com o certificado de propriedade em nome da matriz e o transporte de mercadorias para a filial. Requer a improcedência deste.

DECISÃO

Artigo 44, do Código Tributário Estadual – CTE traz o conceito de contribuinte.

Art. 44. Contribuinte é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

No referido dispositivo lega que contribuinte é qualquer pessoa, natural ou jurídica, e segundo o nosso Código Civil artigo 45, *“a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”*

Realmente procede quanto ao argumento do sujeito passivo de que estabelecimento e contribuintes são divergentes, pois o primeiro refere-se ao local e contribuinte a pessoa que deverá recolher o tributo devido. Conceito de estabelecimento, artigo 21, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE.

Art. 21. Estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoa natural ou jurídica exerça sua atividade em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontre armazenada mercadoria (Lei nº 11.651/91, [art. 28](#)).

Cada pessoa jurídica possui o seu cadastro nacional, chamado Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, e segundo o nosso Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, cada local ou seja, cada estabelecimento mesmo sendo da mesma pessoa jurídica, ainda que matriz e filial é considerado autônomo, e como unidade autônoma deverá ser identificado por um número distinto de inscrição estadual, artigo 99, do RCTE.

Art. 99. Cada estabelecimento, seja matriz, sucursal, filial, agência, depósito ou representante, constitui uma unidade cadastral autônoma e deve ser identificado de forma distinta por um número próprio de inscrição.

Na nota fiscal originária do transporte da mercadoria objeto desta autuação, anexa folhas 03, consta nos dados adicionais que seria um transporte de carga própria.

E o parágrafo 2º, inciso II, do artigo 29, do RCTE, traz que veículo próprio, além daquele que se achar registrado em nome do contribuinte, o utilizado em regime de locação ou qualquer outra forma pela qual detenha a posse do veículo.

O contribuinte do imposto da mercadoria seria a empresa remetente CNPJ/MF [...], a qual em sua nota fiscal atesta ser o transporte por sua conta, cláusula CIF, e seria dispensado o conhecimento de transporte de carga nos termos do artigo 264, inciso II, do RCTE, caso o veículo constasse os dados da empresa remetente, ou seja, o CNPJ referido.

Art. 264. É dispensado o conhecimento de transporte de carga nos seguintes casos:

I - no transporte de carga própria, assim considerado aquele em que o transportador da mercadoria detenha a titularidade desta, desde que se faça acompanhar da nota fiscal correspondente e nela esteja contido os dados do [veículo próprio](#) e a expressão TRANSPORTE DE CARGA PRÓPRIA;

II - no transporte de mercadoria, pelo vendedor, em operação com cláusula [CIF](#), desde que se faça acompanhar de nota fiscal correspondente e nela esteja contido os dados do [veículo próprio](#) e a expressão OPERAÇÃO COM CLÁUSULA CIF, FRETE INCLUÍDO NO VALOR DA MERCADORIA;

O veículo não era da empresa remetente, mas sim de sua matriz, conforme se confirma documento veículo, folhas 04.

Assim, como não trouxe a autuada a comprovação do pagamento do imposto reclamado antes do início do procedimento fiscal, conheço da impugnação, nego-lhe provimento, para decidir pela **PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco.**

INTIME-SE.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, Goiânia, aos 18 dias do mês de novembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Omissão de recolhimento de ICMS relativo as receitas apuradas (Procedência)

Julgador: Zenewton Rimes de Almeida

SENTENÇA N.º 06680/10 – JULP

DO RELATÓRIO

O crédito tributário reclamado à lide se refere à cobrança de ICMS, acrescido das cominações legais, originado da detecção de omissão de receita de mercadorias, conforme comparativo entre as vendas realizadas e registradas em banco de dados do contribuinte, denominado SAGE6_1 e os valores apurados pelo sujeito passivo no momento da confecção das PGDAS, correspondente à base de cálculo do ICMS apontada na inicial, de acordo com a proporcionalidade de revenda de mercadoria que implica recolhimento do ICMS pelo SIMPLES NACIONAL, conforme demonstrativos, CD-ROOM'S e Termo de Apreensão em anexos.

Os sujeitos passivos apontados pelo fisco como solidários não compareceram ao feito de forma tempestiva, apesar de intimados, e, com isso, foi lavrado o Termo de Revelia correspondente em nome deles, respectivamente, Cássia Lorena Kirchner Brumássio e Oswaldo Brumássio.

Já o sujeito passivo principal, a empresa atuada [...], compareceu ao feito, tempestivamente, através de procurador legal e apenas em seu nome, alegando, em preliminar, a ilegitimidade passiva quanto à responsabilidade criminal de um dos sócios, alegando que seu sócio [...], jamais teria praticado as alterações nos ECF's e nem mesmo teria conhecimento técnico suficiente para tal, devendo, por isso, ser responsabilizada a administradora da empresa.

Além da ilegitimidade passiva, questiona, também, que não poderia ser exigido o total do ICMS suplementar arbitrado pelo fisco, ainda que parcialmente devido, tendo em vista entender que a venda das mercadorias sujeitas à substituição tributária ter sempre atingido cerca de 20% e na média apontada pelo fisco teria atingido apenas 11%.

Pede que não seja agravada a multa por ser a empresa primária e de bons antecedentes, não agindo, na opinião da única impugnante, com dolo para, finalmente, pedir pela insubsistência do Auto de Infração.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Primeiramente, analisando as provas juntadas pelo fisco as Notas Explicativas por esse produzidas, as planilhas efetuadas e os demais documentos juntados, inclusive os CD-ROOM's, considero-os válidos e suficientes para dar arrimo à acusação fiscal, ou seja, eles possuem os requisitos necessários para sustentar a presunção legal, devidamente prevista no inciso VI do § 1º do art. 25 do

CTE, o que afasta qualquer indício de insegurança na determinação da infração, que foi questionada genérica pela única impugnante.

Sendo assim, considero a presunção legal perfeitamente caracterizada e, em virtude disso, os fatos geradores efetivamente ocorridos, relativamente aos meses de referência apontados, assim como, os cotejamentos realizados nas planilhas elaboradas pelo fisco como corretamente efetuados, diante da ausência de contestação desses trabalhos pelo polo passivo.

Nesse aspecto, cabe aqui, apenas, acrescentar que o fisco, em seu relatório (docs. 48/49) declarou que as saídas tributadas foram desmembradas em duas tabelas, separando as sujeitas ao regime da substituição tributária, acarretando no desmoronamento dos argumentos defensórios a respeito do percentual inferior utilizado quanto às mercadorias sujeitas esse regime, ou seja, o fisco veio a demonstrar suficientemente nos autos a acusação por ele efetuada, ao contrário do polo passivo, que apenas veio a alegar, sem trazer qualquer prova que oferecesse sustentação a esse tipo de alegação, inclusive, friso, nada se trouxe que pudesse vir a ameaçar o trabalho realizado pelo fisco.

Em segundo lugar, sobre a solidariedade questionada, se constata, clara e facilmente, através de análise a ser efetuada na Consulta Resumida do Contribuinte Pessoa Jurídica, a outorga dos poderes de gerência ao administrador e sócio [...] (sócio-administrador), portanto, devendo ser ele mantido no litígio.

Quanto à outra sócia, apesar de não comparecer ao feito e ser revel, deve ser observado o fato de que consta ela como administradora na Declaração Anual do Simples Nacional.

Nesse aspecto, deve ser observado, ainda, que ambos supostos gerentes vieram a assinar Recibos de Entregas dos Relatórios Digitais e, também, de Notificações Fiscais.

Portanto, os co-obrigados, até prova em contrário, possuíam efetivamente o poder para exercer a administração da empresa autuada, o que permitiu a omissão de receita apurada pelo fisco, e, em consequência, concluo que ambos possuem o interesse comum descrito no caput do art. 45 do CTE, que já é suficiente para as respectivas manutenções no litígio, dos administradores apontados nos documentos colecionados pelo fisco.

Nos termos previstos no art. 2º, da Instrução de Serviço nº 17/07-GSF, então, o fisco corretamente veio a apontá-los como solidários e, em consequência disso, vieram a figurar no polo passivo deste procedimento, com o arrimo legal, tanto do que se encontra prescrito no caput do art. 45 do CTE, devido à caracterização nos autos do interesse comum como dito, quanto, e, fundamentalmente, do inciso XII desse mesmo artigo, pois são os administradores, efetivamente, os responsáveis pelos atos identificados pelo fisco como praticados em desacordo com a legislação tributária estadual e federal, o qual encontra amparo no previsto no art. 128 do CTN, observado os indícios da prática de crime

contra a ordem tributária quanto à ocultação das operações identificadas e de fraude nos equipamentos emissores de cupom fiscal.

Somente os administradores têm o efetivo poder de intervir nos fatos narrados pelo fisco e, por isso, eles sempre deverão figurar no polo passivo, para que não tenham os seus respectivos direitos à ampla defesa cerceados, até o final do procedimento administrativo fiscal, devendo, com isso, serem notificados os que aqui serão mantidos no litígio a tomar ciência do andamento do procedimento, até que se tragam provas de quem efetivamente exercia o poder de gerência no período de referência em questão.

Finalmente, não há como desagravar a penalidade apontada, inclusive, diante do forte indício de cometimento de fraude na utilização dos ECF's, da violação das respectivas Memórias Fiscais desses equipamentos e prática de crime contra ordem tributária.

DA CONCLUSÃO

Diante destes fatos, conheço da impugnação, nego-lhe total provimento, recusando o pedido de anulação do feito e, também, relativo à exclusão solidária pretendida, para, em consequência do exposto, decidir pela **PROCEDÊNCIA** da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação.

INTIMEM-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 29 dias do mês de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Omissão de rec. ICMS - saídas mercadorias para ZONA FRANCA (Procedência Parcial)

Julgador: Fábio Eduardo Bezerra Lemos e Carvalho

SENTENÇA N.º 06942/10 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o ICMS não pago em razão da saída de produtos nacionais com destino a estabelecimento situado na Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio, com isenção condicionada do imposto, sem, contudo, comprovar o efetivo ingresso das mercadorias nas áreas incentivadas, deixando, por isso, de prevalecer a isenção.

A infração é comprovada com notificação fiscal, com demonstrativo do cálculo do imposto por nota fiscal, com relatório de consulta do internamento de notas fiscais na SUFRAMA com e com as cópias das notas fiscais.

São indicados, para sustentar a acusação, os arts. 43 e 64 da Lei n.º 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE -, o art. 6º, XVII, do Anexo IX do Decreto n.º 4.852/97, que regulamenta o CTE – RCTE e o art. 37 do Anexo XII do RCTE.

A penalidade proposta foi a do art. 71, VIII, “c”, com §9º, I, do CTE, com redação da Lei n.º 14.634/03.

A Administradora [...] é indicada como solidária por ter concorrido para a prática da infração, nos termos do art. 45, XII, do CTE.

Regularmente intimados os sujeitos passivos, ambos impugnam o lançamento.

Os Impugnantes alegam, preliminarmente, que os fatos geradores ocorridos até março de 2003 já foram alcançados pela decadência, nos termos do art. 150, §4º, do CTN. Ainda, que a infração não foi determinada com segurança, e por isso o auto de infração é nulo, pois o lançamento não guarda coerência com os demonstrativos nem com a fundamentação legal da infração e da penalidade, bem como o levantamento se apresenta incompleto.

No mérito, alegam que a instrução probatória dos autos garante que houve a internação das mercadorias na área de livre comércio.

Pede que seja realizada perícia para reavaliar a autuação e o reconhecimento da decadência parcial do lançamento ou, ainda, a nulidade ou improcedência do auto de infração.

Requisitei sucessivas diligências para autenticar as declarações de ingresso apresentadas pelos Impugnantes e para repetir as consultas à Suframa a fim de obter novas comprovações de internamento.

Ao manifestar-se sobre os resultados das diligências, os Impugnantes insistem na tese da comprovação da internação das mercadorias e trazem nova contestação a indicação do solidário, pois, não foram comprovados os requisitos do art. 153, do CTN.

O Fisco confirma, ao final das diligências, os comprovantes apresentados pelos Impugnantes e repete a consulta, de forma que o valor do imposto não pago foi reduzido para R\$ 71.897,35 (setenta e um mil, oitocentos e noventa e sete reais e trinta e cinco centavos), conforme relatório de diligência de fls. 520/521.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Na análise da decadência aplicada ao ICMS é pacífica a utilização da regra prevista no inciso I do artigo 173 do CTN, repetida no art. 182 do CTE:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Importa ressaltar, aos que interpretam que o art. 150, §4º, do CTN estabelece prazo decadencial para o ICMS, que art. 182 do CTE, utilizando-se da condição estabelecida no referido dispositivo do CTN, fixou o prazo decadencial no Estado de Goiás:

CTN

Art. 150.

[...]

§ 4º **Se a lei não fixar prazo** a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

CTE

Art. 182. O direito de a Fazenda Pública Estadual **constituir o crédito tributário** extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - **do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;**

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada

O Conselho Pleno desta Casa, tem decidido por unanimidade pela aplicação da regra do artigo 173, inciso I, do CTN na análise da decadência do direito de lançar o crédito de ICMS. Exemplificativamente, transcrevo a ementa do Acórdão do CONP n.º 194/06, cujo Relator é o Conselheiro Classista Dr. Edson Abrão da Silva:

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Decadência. Decisão unânime.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art.173,I DO CTN).

Então, ainda são alcançáveis pelo lançamento até 31/12/2008 os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2003. Como o crédito em questão foi totalmente constituído em 22/04/2008 (fls. 111), não há que se falar em decadência do direito de realizar o lançamento que se discute.

A solidariedade em matéria tributária é tratada em capítulo distinto daquele que trata de responsabilidade tributária, no Código Tributário Nacional - CTN. Não só em razão dessa separação didática, mas também de seus efeitos e pressupostos, a solidariedade e a responsabilidade tributárias não se confundem.

O art. 124 do CTN exige que co-obrigado tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou que seja designado por lei. O interesse comum – pessoa jurídica e pessoa física - não pode existir quando o administrador age contra o estatuto ou contrato social (CTN,135).

Quando se fala de responsabilidade de terceiros, especificamente de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado, prevista no art. 135 do CTN, não se pode dizer do responsável que ele é co-obrigado, mas apenas que ele é o único responsável, e que é pessoalmente responsável e apenas pelos créditos resultantes dos atos que praticou com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Atos dos quais exige-se a demonstração da prática pelo responsável.

A intenção do art. 124 do CTN não é outra senão a de dar maior garantia ao crédito tributário definitivamente constituído ao trazer à lide, a fim de que sejam alcançados os seus patrimônios, aquelas pessoas que tenham interesse comum no fato gerador da obrigação principal ou que sejam designadas por lei.

Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes (in, Compêndio de Direito Tributário, Vol. 2, ed. Forense, p. 303), “nada impede que, numa relação jurídica, inclusive tributária, haja uma pluralidade de sujeitos passivos, compreendendo vários deveres. A relação jurídica é una, a mesma, mas nela concorrem mais de um devedor, cada um obrigado à mesma dívida por inteiro. O crédito tem por sujeito passivo duas ou mais pessoas, dirigindo-se a pretensão do credor contra as duas

ou mais pessoas. Pode-se dizer, então, que há solidariedade tributária passiva quando os diversos devedores respondem, simultaneamente, pela obrigação tributária. Há uma pluralidade de devedores vinculados ao cumprimento da obrigação tributária, isto é, de um único vínculo tributário. Cada um dos devedores se considera devedor único da obrigação. A solidariedade traz, assim, maior vantagem para o credor, seja para facilitar a cobrança ou para a execução”.

Não é essa a intenção da responsabilidade tributária como um todo, e é mais contrastante ainda quando se trata especificamente da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN, na medida em que ali a responsabilidade é pessoal, transferida do contribuinte para o responsável que agir com excesso. Tal configuração não aumenta a garantia do crédito tributário, antes a diminui, já que é menor o patrimônio apenas do gerente, se compararmos àquele quando ao dele juntamos o da pessoa jurídica. O art. 135 visa a proteção do patrimônio da pessoa jurídica da ação ilegal do gerente, pois bem o dizem os termos “contrato social” e “estatutos” encontrados nas cláusulas do artigo, quando se refere ao ato que imputa a personalidade na responsabilidade pelo crédito tributário. Refere-se ao administrador que age contra a empresa.

As decisões dos Tribunais Superiores têm afirmado que não é possível responsabilizar qualquer dos sócios da sociedade limitada, em questões tributárias, mas tão-somente o sócio-gerente, ou antes o administrador, ainda que não seja sócio, pois é ele quem está investido das funções diretivas da sociedade.

As características da solidariedade não são apenas diferentes, mas contrastantes com as da responsabilidade de terceiros.

Essa compreensão se confirma na medida em que a solidariedade não comporta benefício de ordem na exigência do crédito (parágrafo único, art. 124, CTN), podendo o Fisco exigir todo o crédito de um só dos solidários, sem qualquer avaliação que seja em relação à proporção do capital social, se for o caso, ou da culpa, dolo ou nível de participação de cada um na prática da infração.

A responsabilidade pessoal prevista no art. 135 do CTN assume um contorno diferente, na medida em que se exige a individualização da conduta do responsável na prática de infração à lei, contrato social ou estatutos, ao passo que a solidariedade do art. 124 assume uma feição mais objetiva, ao imputar a obrigação no pagamento do crédito tributário a quem tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária ou a quem seja expressamente designado por lei.

Escorado, então, no inciso II do art. 124 do CTN, a Lei n.º 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE -, no seu art. 45, conjuga os incisos I e II daquele artigo do CTN e determina os solidariamente obrigados ao pagamento do imposto.

Especificamente em relação ao acionista controlador, ao diretor, ao gerente, ao administrador ou ao representante da pessoa jurídica, o inciso XII desse artigo do CTE impõe cláusulas que apenas parecem restritivas:

relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis. Mas, certo de que esses agentes respondem pelos atos da empresa que só age ou deixa de agir em razão do seu comando e da sua vontade, as cláusulas citadas – ação, interveniência ou omissão – não deixam qualquer margem para subjetividade, porque abarcam tudo o que o comandante da empresa pode fazer ou deixar de fazer. Ou o administrador ou age ou se omite ou, ainda, intervém para ação ou omissão de preposto, em relação à infração tributária.

Como já dito, a intenção do art. 124 do CTN, conjuntamente com o art. 45 do CTE, não é de identificar culpa ou dolo ou, ainda, esclarecer as circunstâncias ou consequências do ato ou da omissão, mas de simples e objetivamente dar maior garantia ao crédito tributário, evitando que a falta de pagamento do imposto possa se consolidar como prática escudada em pessoa fictícia.

Vejo, então, como motivadas e legítimas as indicações dos Administradores como solidários no polo passivo da exigência fiscal.

O exercício do contraditório permitiu o aperfeiçoamento do lançamento a ponto de que se comprovasse que parte da mercadoria foi de fato internada nas áreas de livre comércio. Se houve falha formal ela foi superada com a realização das diversas diligências e com as respectivas manifestações do polo passivo.

Não vejo, portanto, a ocorrência de qualquer das hipóteses de nulidade do art. 20 da Lei n.º 16.469/09.

Passo ao mérito.

O esclarecimento do conceito de internamento de mercadorias é importante para que se decida quanto à procedência ou não deste lançamento.

O art. 36 do Anexo XII do RCTE, que ratifica o a cláusula primeira, parágrafo único, e segunda do Convênio ICMS 36/97, assim define internamento:

Art. 36. A SUFRAMA e a SEFAZ/AM devem promover ação integrada de fiscalização e controle das entradas de produtos industrializados de origem nacional remetidos a contribuinte do imposto localizado no município de Manaus, Rio Preto da Eva e Presidente Figueiredo com isenção do ICMS, com vistas à comprovação do internamento de mercadorias naquelas áreas de exceção fiscal (Convênio ICMS 36/97, Cláusulas primeira, parágrafo único, e segunda).

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 31.05.08.

Parágrafo único. O processo de internamento da mercadoria é composto de 2 (duas) fases distintas:

I - ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas;

II - formalização do internamento.

Então, conforme redação vigente à época da ocorrência do fato gerador, somente com a formalização do internamento tem-se o processo aperfeiçoado.

Nova redação em vigor não abandonou a definição do internamento como um processo de duas fases distintas.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO ART. 36 pelo ART. 2º DO DECRETO Nº 6.776, DE 06.08.08 – vigência: 01.06.08.

Art. 36. A SUFRAMA, as Secretarias de Estado da Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação dos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Roraima e Rondônia devem promover ação integrada de fiscalização e controle das entradas de produtos industrializados de origem nacional remetidos a contribuinte do imposto, remetidos a contribuinte do imposto localizado na Zona Franca de Manaus, nos Municípios de Rio Preto da Eva (AM), Presidente Figueiredo (AM) e nas Áreas de Livre Comércio, com isenção do ICMS, com vistas à comprovação do internamento de mercadorias naquelas incentivadas (Convênio ICMS 23/08, cláusulas primeira, segunda e terceira).

§ 1º Toda a fiscalização e controle da saída de mercadoria, com o benefício previsto no caput, deve ser efetuada mediante sistema eletrônico instituído pela SUFRAMA, que deve gerar, em toda operação, o Protocolo de Ingresso de Mercadoria Nacional Eletrônico (PIN-e).

§ 2º A regularidade da operação é efetivada em 2 (duas) fases distintas:

I - formalização do ingresso;

II - formalização do internamento.

§ 3º Toda entrada prevista no caput fica sujeita, também, ao controle e fiscalização da SUFRAMA, no âmbito de suas atribuições legais, que deve desenvolver ações para formalizar o ingresso e o internamento na área incentivada.

§ 4º O contribuinte estabelecido nos municípios relacionado no caput, deve estar regularmente inscrito no Sistema de Cadastro da SUFRAMA e da SEFAZ.

Portanto, conforme previsto em norma de alcance nacional, apenas a formalização do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas não é suficiente para aperfeiçoar o processo de internamento. Somente a declaração de ingresso é capaz de comprovar o internamento da mercadoria nas áreas incentivadas.

Vejo que o lançamento teve sua motivação bem demonstrada, tanto na indicação da norma atinente ao fato quanto na comprovação pelos documentos dos autos.

Certo de que o internamento não foi comprovado e de que a equiparação da operação realizada à exportação depende dessa comprovação, não há como acolher os argumentos da Impugnante.

Como não há outro argumento ou documento suficiente para refutar a acusação, e o lançamento cumpriu os requisitos do art. 160 do CTE, decido pela

procedência parcial da exigência fiscal, nos termos do relatório de diligência de fls. 520/521.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe parcial provimento e declaro **PROCEDENTE EM PARTE** a exigência fiscal em comento, condenando o sujeito passivo ao recolhimento do imposto no valor original de R\$ 71.897,35 (setenta e um mil, oitocentos e noventa e sete reais e trinta e cinco centavos), mais as cominações legais.

À Representação Fazendária e, depois, intimem-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 13 dias do mês de dezembro de 2010.

[CTRL + clique aqui para retornar ao índice](#)

Matéria: Transporte de algodão em pluma com nota fiscal inidônea (Improcedência)

Julgador: Fábio Eduardo Bezerra Lemos e Carvalho

SENTENÇA N.º 06954/10 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o ICMS não pago em razão de ter transportado algodão em pluma com nota fiscal inidônea, assim considerada, nos termos do art. 67, VI, da Lei n.º 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE – por ela ter consignado mercadoria que não correspondia à carga transportada.

O algodão em pluma transportado, conforme apreensão formalizada às fls. 05, não correspondia à nota fiscal porque os seus certificados de classificação se referem à safra 2003/2004 ao passo que o contrato celebrado com o adquirente do algodão, mencionado na nota fiscal, refere-se à safra 2004/2005; também, porque os fardos de algodão transportados não trazem rótulos que permitam a identificação do algodão.

Na declaração de fls. 07 o transportador complementa afirmando que o algodão foi carregado na [...], na sede da fazenda, portanto, em local distinto do estabelecimento da [...].

A infração é comprovada com termo de apreensão da mercadoria e dos documentos fiscais, com declaração do transportador, com cópia do contrato de venda do algodão, com fotografia da carga, com cópia da nota fiscal apreendida, com o extrato de pesagem da carga, com comprovante de pagamento do ICMS sobre o frete, com documentos de identificação do transportador e com os laudos de classificação do algodão.

São indicados como infringidos os arts. 45, XIII, 64, 66 e 67, VI, do CTE, conjuntamente com o art. 163, IV, “b”, do Decreto n.º 4.852/97, que regulamenta o CTE - RCTE.

Foi proposta a multa prevista no art. 71, VII, “i”, com o §9º, I, do CTE, com redação da Lei n.º 13.446/99.

O Transportador, [...], é indicado como solidário por ter concorrido para a prática da infração, nos termos do art. 45, XIII, do CTE.

Intimados os sujeitos passivos, apenas a [...] impugna o lançamento.

A Impugnante esclarece, inicialmente: que comprou as 27 (vinte e sete) toneladas de algodão do seu cooperado [...] e pagou o ICMS antecipadamente com

a redução do PROALGO, conforme nota fiscal emitida pelo Fisco de n.º 230.750 de fls. 227 e comprovante de pagamento de fls. 228, e nessa nota fiscal é mencionada a qualidade do algodão em pluma (tipo 41); que a função da cooperativa, nesse contexto, é a intermediação da venda do algodão de seus cooperados para a indústria; que os fardos da carga estavam identificados com uma tinta apropriada; que é a própria Impugnante a autoridade certificadora da qualidade do algodão, pois, assim ficou estabelecido em convênio com o Estado; e que foi vítima da ação de [...] que enviou com a carga os laudos da safra anterior.

Alega, preliminarmente, que o lançamento padece de insegurança na determinação da infração, porque a mercadoria descrita na nota fiscal corresponde à carga transportada e exatamente como foi descrita tanto no termo de apreensão como na nota fiscal emitida pelo Fisco. Ainda, porque a norma indicada como infringida (art. 45 e 64 do CTE) é meramente reguladora e a indicação da penalidade proposta não existe, especificamente a alínea “I” do inciso VII, do art. 71 do CTE. Por isso, deve se decretada a nulidade do lançamento.

No mérito, alega que os laudos já teriam sido objeto de análise pela SEFAZ quando da emissão da nota fiscal do produtor rural para destinar a mercadoria à cooperativa, como se vê pelo carimbo da Agenfa nos laudos e, além disso, a declaração da Alcotton sobre a qualidade do algodão mostra que não houve falta de pagamento do imposto, na medida em que, mesmo que inidôneo o documento fiscal, o algodão faz jus ao benefício fiscal em razão da qualidade da sua fibra, nos termos do art 2º, §2º, da Lei do PROALGO.

Ressalta que, tanto na nota fiscal como nos laudos e romaneios, o algodão foi descrito como sendo do tipo 41 e, portanto, apto à redução de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto devido na sua venda.

Acrescenta: que é ilegal a aplicação do IVA de 50% sobre o valor da pauta da SEFAZ; que não foi compensado o valor já recolhido pelo produtor rural; e que não há qualquer falta na nota fiscal que acompanhava a mercadoria, conforme estabelece o art. 163, IV, “b”, do RCTE.

Pede, com isso, a improcedência do lançamento.

A Impugnante traz vasta documentação para sustentar suas alegações.

Em julgamento singular, meu par decidiu pela nulidade do lançamento em razão da insegurança na determinação da infração da qual padece o procedimento, pois “a mercadoria transportada era algodão em pluma, coincidente com a mercadoria informada na NF, portanto, não há se falar em divergência de informações” e “a errada classificação do algodão no que se refere à safra e qualidade pode gerar aproveitamento indevido (a maior) de crédito outorgado e consequente pagamento a menor de ICMS”, portanto, “haveria o fisco de se ter exigido o pagamento complementar do imposto devido (...) e não desconsiderar a NF que não apresenta vício aparente. (...) a fundamentação jurídica para um e para outro caso é diferente”.

A Representação Fazendária, discordando da sentença de Primeira Instância, diz “não existir a insegurança na determinação da infração alegada pelo julgador, tendo em vista que a nota fiscal é realmente a inidônea (...), pois, encontravam-se a ela anexados, para efeito de identificação do algodão com vistas à fruição do benefício do crédito outorgado (...), os Laudos de Classificação de Algodão em Pluma, de fls. 26/163, relativamente a algodão da **SAFRA 2003/2004**” e que “a autuada comparece novamente ao processo por meio de expediente de fls. 260 e 261, fazendo a juntada dos **LAUDOS DE CLASSIFICAÇÃO CORRETAMENTE EMITIDOS**” e “estranhamente, observamos que os **LAUDOS DE CLASSIFICAÇÃO**, de fls. 263 a 308, apesar de ter sido emitidos em datas diferentes, **continuam sendo relativos a SAFRA 2003/2004**, diferente, portanto, do algodão constante da nota fiscal n.º 3440, de fls. 10, vinculada ao contrato n.º 075/U, de fls. 08, relativo a **algodão da SAFRA 2004/2005**”. Por fim, o Representante Fazendário conclui que “as tentativas da autuada no sentido de provar que o algodão transportado era relativo à safra **2004/2005** (...) foram infrutíferas” e, com isso, pede que seja reformada a sentença recorrida que considerou nulo o lançamento e devolvido o processo à instância singular para julgamento do mérito.

Intimados os sujeitos passivos do Pedido de Reforma formulado pela Representação Fazendária, contra a decisão de Primeira Instância, apenas [...] opõe contradita.

A Contraditora ressalta que o benefício da Lei n.º 13.506/99, Lei do PROALGO, é exclusivo do produtor de algodão e não se estende à cooperativa, que tem a função de classificar a fibra e em nada lucra com o benefício fiscal em razão da qualidade da fibra nas suas vendas de algodão.

Alega que a nota fiscal de produtor, fls. 227, e as notas fiscais emitidas pela Contraditora, de entrada e de saída, fls. 231 e 234, fazem o vínculo necessário a comprovar que o algodão apreendido foi o mesmo para o qual o Fisco emitiu a nota fiscal de produtor com o aproveitamento do benefício do PROALGO e o mesmo que a Contraditora recebeu e atestou a qualidade, cf. doc. fls. 309/310. O que houve foi erro de digitação da safra nos laudos de classificação.

Alega também que a mercadoria foi retirada na fazenda do produtor e, ainda, que o destinatário teria devolvido a mercadoria se a qualidade entregue não fosse aquela contratada.

Conclui com o argumento de que, ainda que a inidoneidade do documento fiscal tenha sido declarada, como não houve falta de pagamento do imposto ela deve ser afastada e o lançamento julgado improcedente.

A IV Câmara deste Conselho, por maioria de votos, confirmou a sentença singular com o argumento de que a mercadoria transportada coincide com a descrita na nota fiscal e que houve, apenas, erro na indicação da safra e isto é motivo insuficiente para se decretar a inidoneidade do documento fiscal.

A Representação Fazendária, inconformada, pede ao Conselho Pleno que seja reformado o acórdão cameral que manteve a nulidade do lançamento. Para tanto, apresenta o mesmo argumento de que a indicação de safra diferente nos laudos de classificação e na nota fiscal faz desta um documento inidôneo e acrescenta outro de que o motorista afirmou em declaração prestada à autoridade policial que recebeu o algodão em local distinto daquele que é indicado na nota fiscal, provando que a mercadoria não era a mesma.

Intimados os sujeitos passivos do Pedido de Reforma formulado pela Representação Fazendária, contra a decisão de Segunda Instância, apenas [...] opõe contradita.

A Contraditora insiste que houve apenas erro na digitação da safra no contrato celebrado e que todas as formalidades foram cumpridas desde a colheita do algodão até a sua venda para a indústria, pois, se o algodão não tivesse a qualidade especificada no contrato e na nota fiscal destinatário não receberia a mercadoria. Portanto, a mercadoria transportada é a mesma descrita na nota fiscal. Também, não se pode dizer que é outra mercadoria porque o transportador declarou que a recebeu em endereço distinto do estabelecimento do remetente da nota fiscal, pois, os fardos classificados do algodão permanecem no estabelecimento do cooperado e por isso o transportador afirmou ter recebido o algodão da [...] para transportá-lo até a indústria.

Ressalta, mais uma vez, que o benefício do PROALGO é exclusivo do produtor rural e que não se estende à cooperativa, que se ocupa com a classificação e intermediação da venda.

Repete outros argumentos já apresentados e pede a manutenção das decisões anteriores.

O Conselho Pleno desta Casa, por meio do Acórdão n.º 904/08, faz conhecida sua decisão majoritária, seguindo o voto do Conselheiro Relator, Dr. Domingos Caruzo Neto, de reformar a *decisão singular* e retornar os autos à Instância Singular para apreciação de toda a matéria.

O Relator identifica como controversa uma questão de mérito - se o algodão de safra diferente da indicada nos laudos determina a inidoneidade do documento fiscal -, mas não apresenta solução.

Entretanto, quanto à forma do lançamento, não vê o vício da insegurança na determinação da infração, pois todos os elementos estão presentes para o pleno conhecimento da infração e que permitem tanto a plena defesa dos acusados como a análise do mérito pelo julgador singular. Em razão disso, acolhe os argumentos da Representação Fazendária e reforma a decisão singular, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação de toda a matéria.

Oportunamente, conforme doc. fls. 409/410, o sujeito passivo pede à Superintendência de Administração Tributária a extinção do crédito tributário, haja

vista a publicação da Lei n.º 16.150/2007, e tem seu pedido indeferido com o argumento de que o crédito lançado não se refere a utilização de benefício fiscal condicionado sem que tenha havido o cumprimento da condicionante, mas a transporte de mercadoria com nota fiscal inidônea.

Por fim, os autos chegam a este órgão julgador para apreciação de toda a matéria, com a restrição de que não pode haver nova decisão de nulidade por insegurança na determinação da infração.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O algodão em pluma é, por sua própria natureza, coisa fungível que pode ser substituída por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade. Além disso, é também uma *commoditie*: o que significa que se trata de produto homogêneo, de consumo e produção globais, cujo preço é definido pelo mercado nas bolsas de mercadoria.

Dessa forma, para verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e identificar o sujeito passivo (art. 160, CTE), é irrelevante para o Fisco se a safra do algodão é uma ou outra, ou mesmo se o algodão transportado pertence ao lote mencionado no contrato. Importa, contudo, para esse fim, conhecer a natureza, qualidade, quantidade e origem do algodão.

O contrato de fls. 08, mencionado na nota fiscal de fls. 10, foi o fiel da balança para o fisco declarar a inidoneidade da nota fiscal e ele o fez porque a safra indicada no contrato era 2004/2005, ao passo que nos laudos de classificação de fls. 26/162 consta a safra 2003/2004, e também porque “não constam nos fardos etiquetas passíveis de identificação com a respectiva nota fiscal”.

A vontade das partes, consubstanciada naquele contrato de venda, quanto à safra ou aos lotes, ambos do produtor [...], pode tornar o algodão um bem infungível, mas não para fins tributários, pois, neste contexto, esta questão específica em nada altera os elementos essenciais do lançamento feito pelo sujeito passivo na nota fiscal.

A balança estaria claramente desequilibrada em desfavor do sujeito passivo se o contratante rejeitasse o algodão que lhe foi entregue (conforme argumento da defesa), o que significaria que o algodão não tinha a qualidade e quantidade contratadas e, assim, base de cálculo seria distinta daquela constante da nota fiscal.

O Fisco não analisou a correspondência da nota fiscal com a mercadoria, pelo menos não diretamente, mesmo porque ele afirma que os fardos de algodão não tinham etiquetas que permitissem a sua identificação. A descrição genérica do algodão no termo de apreensão corrobora com essa afirmação. Então, foi feita uma correspondência indireta por meio do contrato e dos laudos de classificação, de forma que restou ao Fisco presumir que o algodão da carga não era do tipo 41, na

medida em que as safras dos laudos não correspondiam com a do contrato mencionado na nota fiscal.

Possivelmente, nada mudaria se o Fisco analisasse a fibra e concluísse que o seu tipo era 41, conforme descrito na nota fiscal, pois o Fisco deu ao algodão, nesse contexto, o caráter de coisa infungível.

Ainda, para sustentar a inidoneidade da nota fiscal, a Representação Fazendária lembra que o transportador declarou perante as autoridades policiais que o algodão lhe foi entregue na [...], em endereço distinto daquele do estabelecimento da remetente, e por isso tratava-se de outro algodão que não o originário da cooperativa.

Mas a [...] é do produtor mencionado na nota fiscal de fls. 10 e no contrato de fls. 08 e a formalização do vínculo das operações do produtor com a cooperativa, e desta com o adquirente contratante, está demonstrada com notas fiscais constantes dos autos.

Neste ponto da argumentação poder-se-ia dizer que não é inidônea a nota fiscal e que, se há omissão de tributo, deve-se verificar no livro Registro de Apuração do ICMS da autuada se foi aproveitado o crédito outorgado de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto destacado na nota fiscal e apurar, mediante Auditoria Básica do ICMS, o montante do imposto devido, sob outra fundamentação jurídica.

Entretanto, se aqui parássemos seríamos levados repetir a decisão singular anulada pelo Conselho Pleno desta Casa, o que nos foi proibido *via* regimento.

Sigamos, então.

Parece que o Fisco deu atenção aos laudos de classificação porque supôs que a cooperativa intentava burlar o benefício do PROALGO com uma classificação não comprovada do algodão, o que poderia ser bem vantajoso, na medida em que se desconta 75% (setenta e cinco por cento) do imposto destacado na nota fiscal.

Todavia, esse benefício não se estende à cooperativa e, de fato, o doc. fls. 414 mostra que ela não lançou nenhum valor a título de crédito outorgado do ICMS no mês de emissão da nota fiscal no livro Registro de Apuração do ICMS, e é dessa forma que o benefício se realiza. Observe-se que o imposto foi destacado na nota fiscal de fls. 10 sob a alíquota máxima da operação interestadual, e, se essa nota fiscal foi regularmente registrada, a cooperativa lançou a débito no seu livro Registro de Apuração do ICMS o valor máximo do imposto incidente sobre essa operação.

Se a cooperativa não se beneficiou do PROALGO e destacou o imposto sob a alíquota máxima da operação, não houve falta de pagamento do imposto, ainda que se concorde com a inidoneidade da nota fiscal.

Assim, entendo que se houve a inidoneidade defendida pela Representação Fazendária ela fica afastada, nos termos do art. 68 do CTE, não porque a Contraditória comprovou que a safra da carga é a mesma do contrato ou dos laudos ou, ainda, porque comprovou que o algodão foi recebido pelo transportador no endereço do estabelecimento da cooperativa, como argumenta Representação Fazendária, mas porque se comprovou que a irregularidade não importou em falta de pagamento do imposto.

Por todo o exposto, não deve prosperar a exigência fiscal.

Embora devesse desincumbir-me da análise formal no que respeita aos incisos I, II e III, do art. 20 da Lei n.º 16.469/09, deixo de fazê-lo com base no disposto no art. 18, §3º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário, aprovado pelo Decreto n.º 6.930/09, segundo o qual “quando puder decidir sobre o mérito, a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade ou órgão julgador não devem pronunciá-la e nem mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento e declaro IMPROCEDENTE o auto de infração.

À Representação Fazendária.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, no 7º dia do mês de dezembro de 2010.