

SELEÇÃO DE ACÓRDÃOS

INCLUI DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SEFAZ
SECRETARIA DA FAZENDA
DO ESTADO DE GOIÁS

EXERCÍCIO
2012

ÍNDICE DOS ACÓRDÃOS

ASSUNTO	DECISÃO	ÓRGÃO ACÓRDÃO
APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO		
Crédito aproveitado a maior do ativo imobilizado	Procedência Parcial	CONP 00867/12
Escrituração indevida de créditos. Obrigações da Dívida Flutuante do Estado de Goiás	Procedência	II CJUL 00854/12
Falta de estorno de crédito outorgado quando do retorno interestadual ao estabelecimento	Improcedência	II CJUL 00616/12
Transferência de crédito de estabelecimento do mesmo contribuinte	Procedência	CONP 00332/12
AUDITORIA BÁSICA DO ICMS		
Falta de estorno de crédito do ICMS relativo à aquisição de serviço de transporte	Improcedência	II CJUL 02045/12
Omissão de pagamento de imposto. Exportação não comprovada	Procedência Parcial	IV CJUL 00472/12
Omissão de pagamento de imposto. Fomentar	Improcedência	CONP 02939/12
Omissão de pagamento de imposto. Fomentar	Procedência	CONP 03022/12
Omissão de pagamento. Saída de energia elétrica para consumo industrial	Procedência	CONP 02642/12
Utilização indevida do benefício fiscal do Produzir	Procedência	CONP 02806/12
AUDITORIA DA CONTA FORNECEDORES		
Saldo credor escriturado em montante superior ao apurado na respectiva conta	Procedência	IV CJUL 00178/12
Saldo credor escriturado em montante superior ao apurado na respectiva conta	Procedência	I CJUL 02360/12
AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES		
Omissão de registro de saída de mercadoria tributada	Procedência	CONP 01712/12
Omissão de registro de saída de mercadoria tributadas, isentas e não tributadas	Procedência Parcial	II CJUL 01910/12
Suprimento indevido da conta do disponível. Nulidade	Nulidade - acolhimento	III CJUL 01213/12
AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO		
Omissão do imposto. Conhecimento	Procedência	III CJUL 02221/12
Transporte Rodoviário de Carga sem débito imposto	Parcial	
AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO		
Omissão do registro de saída de mercadorias sujeita à substituição tributária	Improcedência	III CJUL 01013/12
Omissão do registro de saída de mercadorias tributadas. Suprimento indevido	Procedência Parcial	IV CJUL 00180/12
AUDITORIA DO PREJUÍZO DA CONTA MERCADORIAS		
Falta de estorno de crédito proporcional ao	Procedência	IV CJUL 01130/12

[período apurado](#)

AUDITORIA DO VALOR ADICIONADO

[Omissão de registro de saída de mercadoria tributada](#) Procedência III CJUL [02169/12](#)

[Omissão de registro de saída de mercadoria tributada](#) Procedência Parcial CONP [02902/12](#)

AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS

[Não caracterização da quantidade apreendida como valor de estoque existente no estabelecimento](#) Improcedência IV CJUL [00041/12](#)

[Omissão de entrada de mercadoria sujeita subst. trib operações posteriores](#) Procedência CONP [01055/12](#)

[Omissão de saída de mercadorias tributadas](#) Procedência Parcial CONP [02839/12](#)

BASE DE CÁLCULO DE ICMS

[NF emitida e lançada como se a operação de prestação fosse não tributada](#) Procedência Parcial CONP [00377/12](#)

[Redução de base de cálculo para o comércio atacadista](#) Improcedência CONP [00967/12](#)

[Redução indevida da base de cálculo. Crédito tributário inscrito em dívida ativa](#) Procedência III CJUL [00366/12](#)

[Transferência interestadual de mercadorias industrializadas com valor inferior ao previsto na legislação](#) Procedência I CJULT [03031/12](#)

CALÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL

[Consignação de valores diferentes nas vias do documento fiscal](#) Procedência III CJUL [00973/12](#)

CONTROLE PARALELO (CAIXA 2)

[Saída de mercadorias tributadas com utilização de controle paralelo \(arqmag\)](#) Procedência Parcial CONP [01245/12](#)

[Saída de mercadorias tributadas com utilização de controle paralelo \(arqmag\)](#) Procedência Parcial CONP [01356/12](#)

DECADÊNCIA

[Consignação de valores diferentes nas vias dos documentos fiscais](#) Decadência I CJUL [02315/12](#)

[Extravio de documentos fiscais](#) Decadência IV CJUL [01380/12](#)

[Falta de recolhimento ICMS-ST no posto fiscal de fronteira](#) Decadência CONP [02272/12](#)

[Uso indevido de benefício fiscal \(exportação\)](#) Decadência Rejeitada CONP [01411/12](#)

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS

[Aquisição de mercadoria destinada ao ativo imobilizado](#) Procedência CONP [01653/12](#)

[Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo](#) Procedência Parcial CONP [00227/12](#)

[Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo ou ativo imobilizado](#) Procedência Parcial CONP [00347/12](#)

EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - ECF

[Carga tributária inferior à estabelecida para a](#) Procedência I CJULT [02591/12](#)

mercadoria	Parcial		
IMPOSTO DECLARADO EM DPI			
Omissão do pagamento de imposto por DPI não apresentada. Simples Nacional	Improcedência	CONP	01795/12
IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO			
Não comprovação. Carne bovina resfriada	Procedência	CONP	01262/12
IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO			
Omissão do pagamento do imposto quando do desembaraço aduaneiro	Procedência	CONP	00892/12
IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÕES DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS - ITCD			
Doação de quotas de capital social entre cônjuges	Improcedência	I CJUL	02110/12
Omissão de pagamento. Inventário sob o rito de arrolamento	Procedência	IV CJUL	01188/12
INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO			
Escrituração indevida de crédito. Aquisição de serviço de transporte	Inadmissibilidade - acolhimento	CONP	00036/12
Extravio de documento fiscal	Inadmissibilidade - acolhimento	CONP	01894/12
Omissão de recolhimento de ICMS declarado em DPI	Inadmissibilidade - acolhimento	I CJUL	01255/12
Saída de mercadoria tributada sem emissão de documentação fiscal	Inadmissibilidade - acolhimento	CONP	00492/12
Utilização indevida do benefício da base de cálculo reduzida	Inadmissibilidade - acolhimento	CONP	00140/12
INIDONEIDADE DOCUMENTAL			
Destinatário declara não haver recebido a mercadoria	Procedência	II CJUL	00449/12
Mercadoria acompanhada por NF Serviços	Procedência	CONP	02265/12
Mercadoria destinada a outro estabelecimento da empresa (denúncia anônima)	Procedência	CONP	01216/12
Mercadoria entregue a destinatário que alega não haver solicitado a remessa	Procedência	IV CJUL	01586/12
NF emitida por empresa com Termo de Acordo suspenso	Procedência	I CJUL	00987/12
NF emitida por estabelecimento com situação cadastral irregular	Improcedência	II CJUL	00811/12
Saída de mercadorias por meio de DANFES com n°s divergentes das NFs eletrônicas respectivas	Procedência	I CJUL	00279/12
IPVA			
Omissão de pagamento do imposto - fraude	Improcedência	CONP	01986/12
Omissão de pagamento do imposto - veículo roubado	Improcedência	CONP	01140/12
MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOC. FISCAL IRREGULAR			
Bem de uso do proprietário	Improcedência	I CJUL	02025/12

Prestação de serviço de transporte interestadual	Improcedência	III CJUL	00595/12
Remessa de semoventes por meio de Guia de Trânsito Animal - GTA	Improcedência	III CJUL	00168/12
Saída de mercadoria com nota fiscal considerada inidônea	Procedência	III CJUL	00721/12
Transferência interestadual de mercadoria sem destaque de ICMS	Procedência	CONP	00276/12
MULTA FORMAL			
Aquisição de mercadoria com uso indevido de alíquota interestadual	Improcedência	CONP	01829/12
Extravio de documentos fiscais	Improcedência	CONP	01138/12
Falta de escrituração de documentos fiscais aquisição - microempresa	Procedência	CONP	00917/12
Não adoção de ECF. Duplicidade	Improcedência	CONP	01529/12
Omissão de apresentação do arquivo magnético do SINTEGRA. Recalcitrância	Procedência	CONP	02899/12
Omissão de registro de saída de mercadoria retida na fonte. Auditoria Específica	Procedência	I CJULT	02296/12
Omissão de registro de saída de mercadoria. Mecadoria desacobertada	Procedência	IV CJUL	02001/12
Omissão do registro de entrada de mercadoria. Auditoria Específica de Mercadoria	Procedência Parcial	IV CJUL	02109/12
Utilização de nota fiscal sem liberação de uso	Improcedência	CONP	01827/12
NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS			
Mercadoria comercializada e destinada a ativo fixo do estabelecimento adquirente	Procedência	CONP	01443/12
Utilização indevida da redução da base de cálculo. Débito fiscal inscrito em dívida ativa	Improcedência	CONP	00237/12
Utilização indevida da redução da base de cálculo. Débito fiscal inscrito em dívida ativa	Improcedência	III CJUL	00483/12
Utilização indevida de benefício fiscal. Ativo imobilizado	Improcedência	II CJUL	00138/12
Utilização indevida de benefício fiscal. Decisão judicial	Extinção - acolhimento	CONP	01020/12
Utilização indevida de isenção (convênio). Crédito tributário inscrito em dívida ativa	Improcedência	II CJUL	00210/12
Utilização indevida de isenção (operações com equip/insumos para prestação saúde)	Procedência	CONP	02003/12
Utilização indevida do benefício fiscal do CENTROPRODUZIR	Improcedência	CONP	02062/12
Utilização indevida de isenção (serviço de transporte)	Procedência	II CJUL	02962/12
NULIDADES - Cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo			
Nulidade da decisão cameral por erro na condução do julgamento	Nulidade Parcial - acolhimento	CONP	01811/12
Nulidade de decisão cameral por falta de apreciação das questões meritórias	Nulidade Parcial - acolhimento	CONP	02128/12

Nulidade de decisão cameral por falta de apreciação de exclusão dos solidários	Nulidade Parcial - acolhimento	CONP	02127/12
NULIDADES - Erro na identificação do sujeito passivo			
Transportador identificado como possuidor das mercadorias	Nulidade - acolhimento	I CJUL	01888/12
NULIDADES - Incompetência Funcional			
Empresa de médio porte fiscalizada por AFREs I	Nulidade - acolhimento	I CJUL	02071/12
Microempresa fiscalizada por AFRE I. Retorno dos autos à camara julgadora	Nulidade - não acolhimento	CONP	02969/12
NULIDADES - Insegurança na determinação da infração			
Cancelamento de notas fiscais que já surtiram efeitos fiscais. Espontaneidade	Nulidade - acolhimento	III CJUL	00476/12
Divergências entre arquivos magnéticos, escrituração e documentação	Nulidade - acolhimento	I CJUL	02656/12
Empresa com escrita contábil regular. Auditoria do Movimento Financeiro	Nulidade - acolhimento	III CJUL	00590/12
Erro na aplicação do IVAp. Crédito aproveitado a maior no cálculo do ressarcimento	Nulidade - acolhimento	II CJUL	01494/12
Falta de aplicação da legislação do Simples Nacional	Nulidade - acolhimento	II CJUL	02505/12
Falta de Ato GSF do Secretário da Fazenda	Nulidade - acolhimento	CONP	02924/12
Falta de cálculo de proporcionalidade de mercadorias retidas. Auditoria Mov. Financeiro	Nulidade - acolhimento	II CJUL	00419/12
Fragilidade da documentação embasadora da autuação. Extravio de NF apreendidas	Nulidade - acolhimento	II CJUL	01176/12
Fragilidade da documentação embasadora da autuação. Saída interest. de matéria prima	Nulidade - acolhimento	CONP	01491/12
Interpretação equivocada dos lançamentos contábeis analisados. Suprimento indevido	Nulidade - acolhimento	CONP	02686/12
Norma do DETRAF	Nulidade - acolhimento	CONP	02531/12
Omissão de ICMS-ST pelas Op. Posteriores pelas entradas interestaduais. TARE	Nulidade - acolhimento	CONP	00888/12
Omissão de saída presumida com a apreensão de notas fiscais de terceiros	Nulidade - acolhimento	CONP	00471/12
Retorno dos autos à instância cameral. Recebimento de mercadorias por meio de canhoto	Nulidade - não acolhimento	CONP	02226/12
Retorno dos autos à instância singular. Possibilidade de diligência	Nulidade - não acolhimento	CONP	00555/12
Utilização irregular de ECF	Nulidade - acolhimento	III CJUL	00078/12
NULIDADES - Outras			
Exclusão do solidário pela ausência de vinculação com o ilícito praticado	Exclusão de Solidário -	II CJUL	00014/12

	acolhimento		
OMISSÃO DE REGISTRO DE NOTA FISCAL			
Falta de consignação no Livro Registro de Saídas de nota fiscal eletrônica	Procedência	III CJUL	02281/12
OPERAÇÃO COM GADO			
Aquisição de gado bovino para abate sem recolhimento do ICMS-ST	Procedência Parcial	IV CJUL	01349/12
Remessa de gado bovino para abate com Termo de Acordo revogado	Procedência	II CJUL	00384/12
OUTROS			
Comparativo entre extratos das operadoras de cartão de crédito e registro em livros fiscais	Procedência Parcial	III CJUL	00336/12
Exigência do imposto por meio de DAS do Simples Nacional	Procedência Parcial	CONP	01574/12
PASSE FISCAL			
Falta de baixa. Diligência GEAF	Improcedência	I CJUL	00057/12
PEREMPÇÃO			
Falta de estorno de crédito cuja saída se deu com redução da base de cálculo	Perempção - acolhimento	I CJUL	01512/12
Transferência indevida de soja produzida em parceria	Perempção - não acolhimento	CONP	01828/12
PRESCRIÇÃO			
Laudo de Análise de Prescrição Administrativa anexado pela GERC	Prescrição - acolhimento	CONP	01721/12
Omissão de recolhimento de ITCD	Prescrição - acolhimento	CONP	01125/12
Revisão extraordinária. Manifestação favorável da PGE	Prescrição - acolhimento	CONP	00765/12
RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO			
Pagamento de IPVA em duplicidade	Deferimento	CONP	02379/12
Reconhecimento de restituição por meio de despacho da SAT	Deferimento	CONP	01792/12
SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO			
Aproveitamento indevido de crédito sobre a aquisição de energia elétrica	Procedência	CONP	01331/12
SOLIDARIEDADE			
Pedido de exclusão de solidários	Exclusão de Solidário - acolhimento	III CJUL	00719/12
Pedido de reinclusão de contador na lide	Reinclusão de Solidário - não acolhimento	CONP	00873/12
Pedido de reinclusão de transportadora na lide	Reinclusão de Solidário - não acolhimento	CONP	01126/12
SUBFATURAMENTO			
Notas fiscais emitidas com valores inferiores aos de mercado	Improcedência	II CJUL	01887/12

Notas fiscais emitidas com valores inferiores aos de mercado	Improcedência	CONP	02895/12
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA			
Subst. Trib. Op. Posteriores. Convênio/protocolo	Procedência Parcial	IV CJUL	01525/12
Subst. Trib. Op. Posteriores. Remessa interestadual de mercadoria em consignação	Procedência	I CJULT	01570/12
Subst. Trib. Op. Posteriores. Utilização de saldo credor	Improcedência	IV CJUL	01752/12
Subst. Trib. Op. Posteriores. Contribuinte detentor de TARE para saída subsequente	Improcedência	CONP	00473/12
SUPERPOSIÇÃO DE LANÇAMENTO			
Omissão de pagamento de imposto sobre doação. Duplicidade	Improcedência	CONP	02585/12
ZONA FRANCA			
Falta de comprovação de internamento - condição para usufruir de benefício fiscal	Procedência Parcial	III CJUL	00274/12
Falta de comprovação de internamento - condição para usufruir de benefício fiscal	Procedência Parcial	CONP	01414/12

ÍNDICE DAS SENTENÇAS

ASSUNTO	DECISÃO	ÓRGÃO	SENTENÇA
Apuração irregular da parcela incentivada do ICMS Fomentar/Produzir	Procedência	JULP	00084/12
Escrituração indevida de crédito na aquisição de óleo diesel	Procedência	JULP	00105/12
Omissão de pagamento do imposto declarado na DPI - erro no preenchimento do DARE	Improcedência	JULP	00224/12
IPVA - omissão de recolhimento	Procedência	JULP	00264/12
Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido - registro do ICMS inferior ao constante da Nota Fiscal	Procedência	JULP	00282/12
Auditoria do Valor Adicionado - omissão da saída de mercadoria tributada	Procedência	JULP	00546/12
Omissão de saída de mercadoria tributada - Controle paralelo arquivo digital apreendido	Procedência	JULP	00592/12
Nota Fiscal Inidônea - Aquisição de mercadoria em nome de pessoa natural por contribuinte inscrito no CCE	Procedência	JULP	00660/12
Auditoria do Prejuízo na Conta Mercadoria - Não estorno do crédito na proporção do prejuízo detectado	Procedência	JULP	00748/12
Auditoria Básica do ICMS - Omissão de pagamento do ICMS em razão da utilização de saldo credor fictício	Nulidade	JULP	00756/12
Auditoria Básica do ICMS - Omissão de pagamento de ICMS. Utilização de créditos em nota fiscal emitida por empresa optante	Procedência	JULP	00762/12

do SIMPLES NACIONAL, por empresa com cadastro suspenso, nota fiscal destinada a outra empresa e nota fiscal inidônea emitida sem autorização da repartição fiscal	Procedência	JULP	00807/12
Escrituração indevida de crédito outorgado previsto no art. 11, inciso IX, do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, quando beneficiário da redução da base de cálculo prevista no art. 9º, inciso VIII, alínea "c", do mesmo anexo	Improcedência	JULP	01154/12
Transporte de mercadorias com documento fiscal inidôneo - Danfe com prazo de validade vencido	Procedência	JULP	01350/12
Omissão de pagamento do imposto declarado na PGDAS - SIMPLES NACIONAL.	Improcedência	JULP	01440/12
Arquivo Magnético SINTEGRA - omissão de entrega	Procedência	JULP	01480/12
Equipamento irregular no recinto de atendimento ao público - microcomputador e impressora no recinto de atendimento ao público	Procedência	JULP	01645/12
Omissão de estorno de crédito relativo a entrada de mercadoria cuja saída foi contemplada com isenção ou não tributação ECF - extravio do equipamento emissor de cupom fiscal	Improcedência	JULP	01680/12
Auditoria Específica de Mercadorias - omissão de saída de mercadoria tributada ECF - Divergência de Carga Tributária - utilização de alíquotas do imposto e de situação tributária em desacordo com a legislação	Nulo Ab Initio	JULP	01700/12
Transporte de mercadorias com documento fiscal inidôneo - Danfe relativo a Nota Fiscal Eletrônica cancelada	Procedência	JULP	01987/12
Escrituração indevida de crédito do ICMS - crédito de ICMS nas aquisições de mercadorias destinadas a uso ou consumo registrado no livro Registro de Controle do ICMS do Ativo Permanente - CIAP	Procedência	JULP	02213/12
Desistência da Fase Contenciosa - pagamento integral do crédito tributário lançado	Encerramento da Fase Contenciosa	JULP	02427/12
Omissão de registro de nota fiscal no livro Registro de Entradas - nota fiscal de entrada não registrada	Procedência	JULP	02442/12



ESTADO DE GOIÁS

SECRETARIA DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

MARCONI FERREIRA PERILLO JÚNIOR

Governador do Estado

JOSÉ TAVEIRA ROCHA

Secretário da Fazenda

DOMINGOS CARUSO NETO

Presidente do CAT

SELEÇÃO DE ACÓRDÃOS

Nº 30

EXERCÍCIO DE 2012

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

Alcedino Gomes Barbosa – Conselheiro Classista

Carlos Alberto Bueno – Gerente da Representação Fazendária

Cibele Brito de Araújo – AFRE III (Coordenadora)

Elídio Eufrásio Marques – AFRE I

Francisco Délio de Oliveira Martins – Julgador de Primeira Instância

Ismael Madlum – Conselheiro Fiscal

Sebastião Ferreira Morgado – AFRE II

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

Atendidas disposições constitucionais, a exigência tributária é delineada em lei. Nela se definem contribuintes, fatos geradores e carga tributária. As leis tributárias são aprovadas, pelos representantes do povo, para viabilizar as atividades estatais em áreas como educação, saneamento básico, segurança e infraestrutura.

O Fisco tem a importante tarefa de realizar o lançamento do crédito tributário, que consiste em verificar a correspondência entre o fato econômico e a hipótese legal de incidência do tributo.

O lançamento, como regra, é efetuado com esmero e precisão. Todavia, em alguns casos é necessário o seu aperfeiçoamento, em razão de alguma desconformidade legal do procedimento, pela comprovação de fato que o autuante desconhecia no momento da lavratura do auto de infração ou, ainda, pela verificação de fato superveniente capaz de alterar a exigência fiscal.

Por isso, após intimado do lançamento, em caso de discordância, o contribuinte pode apresentar as reclamações e os recursos próprios junto ao Conselho Administrativo Tributário (CAT) para, dentro de uma esfera altamente especializada, obter uma solução mais célere e econômica que a oferecida pelo poder judiciário, já extremamente sobrecarregado por demandas diversas.

Assim, para os contribuintes o processo administrativo tributário é um valioso instrumento de controle, transparente e democrático, dos atos praticados pelo poder público e de realização da justiça fiscal. E para a administração pública é um meio conveniente de aprimoramento de seus próprios atos e procedimentos.

Em um momento no qual as demandas sociais por serviços públicos de qualidade são cada vez mais crescentes, o Estado deve responder com maior eficiência na utilização de seus recursos, materiais e humanos. Na busca por melhorar a qualidade dos serviços prestados, recentemente foram tomadas várias medidas, no CAT.

Implementou-se a reformulação completa do sistema de distribuição de processos para julgamento, que hoje é realizada com mais segurança e com divisão mais equitativa da carga de trabalho.

A primeira instância de julgamento recebeu atenção especial, com a renovação do quadro de julgadores e alterações de parâmetros de avaliação do trabalho. A distribuição de um número muito grande de processos determinava a redução da qualidade das sentenças e um elevado número de nulidades e atraso processual. Com as mudanças introduzidas na distribuição, cada julgador é capaz de realizar, com qualidade, cerca de 56 julgamentos mensais.

Um programa de melhoria na qualidade das intimações foi implementado, diminuindo-se o retrabalho e os atrasos processuais frequentes, por repetição de atos.

A padronização de alguns elementos aplicáveis à elaboração de relatórios, sentenças e acórdãos facilita e agiliza a compreensão destas peças, além de diminuir a possibilidade de erros. Para isso foi elaborado o Manual do Julgador Administrativo Tributário do CAT, de interesse para os julgadores, integrantes da assessoria jurídica do órgão e para todos aqueles interessados em melhor compreender a estrutura e o funcionamento do processo administrativo tributário do Estado de Goiás.

A cuidadosa formação de conjuntos de processos de mesma natureza, para a apreciação por um único julgador, e a melhor utilização de conselheiros suplentes também incrementaram a capacidade de julgamentos.

Estas e outras medidas determinaram a redução do valor total originário dos processos na fase contenciosa em 17,3% de 2010 para 2012. Foram priorizados os julgamentos de processos relativos a créditos tributários de maiores valores, de forma a apoiar o aumento da arrecadação.

E, apesar da redução do valor dos estoques, ocorreu o aumento do valor total do crédito tributário apreciado, em 10,1% de 2010 para 2012, o que representou cerca de 8 bilhões.

A celeridade na tramitação dos processos também vem recebendo atenção especial. Neste sentido foi celebrado o Acordo de Resultados nº 03/12, estabelecendo como meta a redução em 6% da duração média do estoque de contenciosos, até 31/12/2012. Alcançada esta meta, com a redução no tempo de duração em 6,6%, o que agora se busca é a redução em 12% até 31/12/2013.

Para o alcance deste objetivo, deverão ser propostas algumas alterações estruturais no processo, incluindo a implementação, em parceria com a Superintendência da Receita, do processo eletrônico, além de modificações na estrutura judicante do CAT.

O cumprimento da missão só foi e será possível com o comprometimento de toda equipe do CAT, a quem agradeço e parablenizo pelo bom trabalho.

De igual forma agradeço pelo apoio dos integrantes do fisco e da Secretaria da Fazenda em geral que, capitaneados pelo Dr. Simão Cirineu Dias, têm alcançado as metas estabelecidas.

Agradeço em especial aos integrantes da comissão de elaboração desta publicação, composta por representantes de diversos setores desta unidade, pelo seu trabalho cuidadoso que consolida algumas das principais decisões produzidas pelos julgadores, e está disponível, juntamente com as demais decisões não integrantes deste compêndio, em www.sefaz.go.gov.br, que é o sítio da Secretaria de Estado da Fazenda do Governo do Estado de Goiás. Sua versão impressa é

viabilizada pelo patrocínio da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Goiás e da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Advogados de Goiânia. Agradeço a essas entidades por esta honrosa e produtiva parceria.

Goiânia, Março de 2013.

DOMINGOS CARUSO NETO

Presidente do CAT

CONSIDERAÇÕES DA COMISSÃO ORGANIZADORA

Na busca do aprimoramento contínuo dos trabalhos desenvolvidos pelo Conselho Administrativo Tributário, dando prosseguimento na política de transparência das ações públicas e na colaboração com os mais variados segmentos da sociedade civil, preconizados pela moderna Administração Pública, o Presidente deste Conselho constituiu a cada ano uma comissão para elaboração da Seleção de Acórdãos. Para a presente edição de 2012, a comissão foi instituída pela Portaria nº 91/2012-CAT, composta por Assessores do CAT, Conselheiros representantes do Fisco e dos Contribuintes, Gerente da Representação Fazendária, Julgador Singular e representante da Assessoria das Federações.

As atividades da comissão foram norteadas por reuniões de estudos e eleições das decisões que melhor representam o universo dos diversos posicionamentos jurídico-tributários, ocorridos no julgamento dos Processos Administrativos Tributários (PATs).

Os parâmetros adotados pela comissão na execução do trabalho procuraram contemplar, na medida do possível, as indicações das sentenças e acórdãos proferidos pelos julgadores singulares e conselheiros do Fisco e Classistas, priorizando os de maior relevância técnico-jurídica, conforme estabelecido pela Portaria nº 91/2012-CAT.

A comissão para a presente edição adotou a mesma sistemática realizada em seleções precedentes, incorrendo na repetição de temas, dada a padronização dos procedimentos fiscais, fundamentados na legislação e normas vigentes, sendo que o incremento adicional se relaciona às especificidades de cada sentença ou acórdão escolhidos.

A Comissão.

COMPOSIÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

PRESIDENTE

Domingos Caruso Neto

VICE-PRESIDENTE

Heli José da Silva

SECRETÁRIO GERAL

Ítalo Eri Ribeiro Júnior

CONSELHEIROS TITULARES

Alcedino Gomes Barbosa

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 Luiz Rosa

José Pereira D'abadia

Luis Antônio da Silva Costa

Manoel Antônio Costa Filho

Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

Nivaldo Carvelo Carvalho

Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos

Washington Luis Freire de Oliveira

CONSELHEIROS SUPLENTE

Aguinaldo Fernandes de Melo

Álvaro Falanque

Carlos Andrade Silveira

Célia Reis Di Rezende

Cláudio Henrique de Oliveira

Elias Alves dos Santos

Ismael Madlum

José Paixão de Oliveira Gomes

Paulo Diniz

Renato Moraes Lima

Victor Augusto de Faria Morato

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Francisco Délio de Oliveira Martins
Gilmar Rodrigues de Almeida
Jeovalter Correia Santos
Lidilone Polizeli Bento
Luís Fernando Corrêa Rigo (Coordenador)
Mário Nunes Cedro
Nislene Alves Borges
Zenewton Rimes de Almeida

COMPOSIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO FAZENDÁRIA (*)

Alberto Alves Ferreira
Antônio de Araújo Cedro
Carlos Alberto Bueno (Coordenador)
Cláudio Azzi
David Fernandes de Carvalho
Denilson Alves Evangelista
Fábio Eduardo Bezerra Lemos e Carvalho
Joel Moderodo dos Santos
Márcio Nogueira Pedra
Mário de Oliveira Andrade

(*) 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.

CONSELHEIROS AUTORES DOS ACÓRDÃOS

Aguinaldo Fernandes de Melo
Alcedino Gomes Barbosa
Aldeci de Souza Flor
Allen Anderson Viana
Álvaro Falanque
Antônio Martins da Silva
Carlos Andrade Silveira
Célia Reis Di Rezende
Cláudio Henrique De Oliveira
Delcides de Souza Fonseca
Domingos Caruso Neto
Edson Abrão Da Silva
Elias Alves dos Santos
Heli José da Silva
Jorge Antônio Bezerra Oliveira
José Luiz Rosa
José Paixão de Oliveira Gomes
José Pereira D'abadia
Luis Antônio da Silva Costa
Manoel Antônio Costa Filho
Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes
Nivaldo Carvelo Carvalho
Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira E Santos
Paulo Diniz
Victor Augusto de Faria Morato
Washington Luis Freire de Oliveira

JULGADORES QUE PROLATARAM AS SENTENÇAS

David Fernandes de Carvalho
Francisco Délio de Oliveira Martins
Ismael Madlum
Gilmar Rodrigues de Almeida
Jeovalter Correia Santos
Levi Silva Filho
Luís Fernando Corrêa Rigo
Zenewton Rimes de Almeida

ABREVIATURAS UTILIZADAS NESTE VOLUME

AFRE	Auditor Fiscal da Receita Estadual
AGENFA	Agência Fazendária de Arrecadação
AGRODEFESA	Agência Goiana de Defesa Agropecuária
AI	Auto de Infração
AIDF	Autorização de Impressão de Documentos Fiscais
ANP	Agência Nacional de Petróleo
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AR	Aviso de Recebimento
AST	Assessoria Tributária
AVA	Auditoria do Valor Adicionado
CAT	Conselho Administrativo Tributário
CELG	Companhia Energética de Goiás S/A
CCE	Cadastro de Contribuintes do Estado
CF	Constituição Federal
CFOP	Código Fiscal de Operações e Prestações
CJUL	Câmara Julgadora
CJULT	Câmara Julgadora Temporária
CIAF	Controle de Concessão/Autenticação de Documentos Fiscais
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
CTRC	Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas
DAICMS	Demonstrativo de Apuração de ICMS
DANFE	Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica
DARE	Documento de Arrecadação Estadual
DAS	Documento de Arrecadação do Simples Nacional
DEFIS	Departamento de Fiscalização
DETRAF	Documento de Declaração de Tráfego e de Prestação de Serviço
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
ECF	Emissor de Cupom Fiscal
FOMENTAR	Fundo de Participação e Fomento à Industrialização do Estado de Goiás
FPE	Fazenda Pública Estadual
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
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
GEPRO	Gerência de Preparo Processual
GERAJ	Gerência de Apoio a Julgamentos
GERC	Gerência Especial de Recuperação de Créditos
GERF	Gerência da Representação Fazendária
GIAST	Guia Nacional de Informação ICMS Substituição Tributária
GLP	Gás Liquefeito de Petróleo
GNRE	Guia Nacional de Recolhimentos de Tributos Estaduais
GOT	Gerência de Orientação Tributária
GSF	Gabinete do Secretário da Fazenda
GTA	Guia de Trânsito Animal
ICMS	Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação
IGP-DI	Índice Geral de Preços “Disponibilidade Interna”
ILB	Índice de Lucro Bruto Arbitrado
IPVA	Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores
INFRAERO	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
ITCD	Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos
IVA	Índice de Valor Agregado
IVAp	Índice de Valor Agregado apurado pelo contribuinte
JULP	Julgadores de Primeira Instância
LC	Lei Complementar
NBM/SH	Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado
NF	Nota Fiscal
OMC	Organização Mundial do Comércio
OS	Ordem de Serviço
PAT	Processo Administrativo Tributário
PGE	Procuradoria Geral do Estado
PRODUZIR	Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás
PROTEGE	Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás
RCTE	Regulamento do Código Tributário Estadual
RUDFTO	Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência
SAT	Superintendência de Administração Tributária
SEFAZ	Secretaria de Estado da Fazenda
SEGE	Secretaria Geral
SGAF	Superintendência de Gestão e Ação Fiscal
SEPD	Sistema Eletrônico de Processamento de Dados
SINIEF	Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais
SINTEGRA	Sistema de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços
ST	Substituição Tributária
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TA	Termo de Apreensão

TARE

Termo de Acordo de Regime Especial

LEI Nº 16.469, DE 19 DE JANEIRO DE 2009.

(PUBLICADA NO DOE DE 22.01.09)

Este texto não substitui o publicado no DOE.

Alterações:

1. Lei nº 16.883, de 12.01.10 (DOE de 15.01.10);
2. Lei nº 17.437, de 19.10.11 (DOE de 31.10.11 - Suplemento);
3. Lei nº 17.757, de 16.07.12 (DOE de 06.08.12 - Suplemento).

Regimento aprovado pelo 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, pugnano 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.

ACRESCIDO O § 5º AO ART. 9º PELO ART. 1º DA LEI Nº 16.883, DE 12.01.10 - VIGÊNCIA: 15.01.10.

§ 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.

ACRESCIDO O INCISO III AO § 3º DO ART. 14 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

III - proprietário ou a um dos sócios, no endereço de residência ou de domicílio deste, quando o estabelecimento estiver com sua inscrição estadual baixada.

§ 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.

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO CAPUT DO ART. 16 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

Art. 16. A distribuição de processos aos Julgadores de Primeira Instância e aos Conselheiros deve ser feita mediante sorteio e de forma equitativa, por meio de sistema informatizado aprovado por ato do Secretário da Fazenda.

§ 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.

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO § 2º DO ART. 16 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

§ 2º Pode ser distribuído processo a Conselheiro suplente para atuar como relator:

I - nas ausências e impedimentos do Conselheiro efetivo por motivo de licença, férias ou outro afastamento legal por período superior a 5 (cinco) dias, devendo, nesta hipótese, o Conselheiro suplente participar do sorteio no lugar do Conselheiro efetivo que estiver substituindo;

II - em razão de necessidade do serviço, situação em que substituirá, no respectivo julgamento, o Conselheiro efetivo.

§ 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.

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO § 3º DO ART. 16 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

§ 3º O retorno do processo a julgamento não enseja nova distribuição, exceto em caso de afastamento definitivo do Julgador de Primeira Instância ou do Conselheiro e nas hipóteses admitidas no regimento interno do CAT.

§ 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 atuada;

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

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 exeqüíveis 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 exeqüível, 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 preempção 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 perempção 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 perempção 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;

ACRESCIDA A ALÍNEA "C" AO INCISO I DO ART. 34 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

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

ACRESCIDA A ALÍNEA "D" AO INCISO I DO ART. 34 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

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

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;

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

REVOGADA A ALÍNEA "C" DO INCISO II DO ART. 34 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

c) revogada;

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

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

REVOGADA A ALÍNEA "D" DO INCISO II DO ART. 34 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

d) revogada;

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 inexactidões 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;

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO À ALÍNEA "A" DO INCISO I DO ART. 43 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

a) apreciação extraordinária de lançamento, na hipótese de lançamento eivado de vício de legalidade, desde que, alternativamente:

1. não tenha sido impugnado em instância única ou em segunda instância ou sem a apresentação de pedido de descaracterização de não contenciosidade;

2. tenha, em razão da constatação do vício de legalidade, sido solicitado pelo autor do procedimento fiscal ou, no caso do autor não mais se encontrar:

2.1. investido no cargo, por servidor fiscal designado para proceder revisão do lançamento em auto de infração;

2.2. em exercício no órgão responsável pela expedição da notificação do lançamento, por servidor fiscal em exercício nesse órgão;

b) processo administrativo tributário em que:

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

2. a ação de cobrança está prescrita;

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

REVOGADO O ITEM 2 DA ALÍNEA "B" DO INCISO I DO ART. 43 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

2. revogado;

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;

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

REVOGADO O INCISO II DO § 1º DO ART. 43 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

II - revogado;

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.

ACRESCIDO PARÁGRAFO ÚNICO AO ART. 44 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

Parágrafo único. O prazo previsto no inciso I não se aplica à apreciação extraordinária de lançamento solicitada pelo titular da GERC.

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

§ 1º Exceção-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.

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

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.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO ART. 46 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

Art. 46. No caso de crédito tributário ajuizado, a decisão proferida na Revisão Extraordinária que julgar parcial ou totalmente improcedente o lançamento acarreta a retificação ou cancelamento da inscrição em dívida ativa, devendo a Procuradoria-Geral do Estado ser oficiada para a retificação ou extinção da ação judicial.

Parágrafo único. A retificação ou o cancelamento da inscrição em dívida ativa e o ofício à Procuradoria-Geral do Estado devem ser efetuados pela GERC 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.

ACRESCIDO O § 1º-A AO ART. 53 PELO ART. 1º DA LEI Nº 16.883, DE 12.01.10 - VIGÊNCIA: 15.01.10.

§ 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.

ACRESCIDO O § 1º-B AO ART. 53 PELO ART. 1º DA LEI Nº 16.883, DE 12.01.10 - VIGÊNCIA: 15.01.10.

§ 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.

ACRESCIDO O § 1º-C AO ART. 53 PELO ART. 1º DA LEI Nº 16.883, DE 12.01.10 - VIGÊNCIA: 15.01.10.

§ 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 - VPRE;
- 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.

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO CAPUT DO ART. 55 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

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 4 (quatro) anos, dentre brasileiros maiores de 25 (vinte e cinco) anos de idade, de ilibada reputação e de notórios conhecimentos jurídicos e fiscais, portadores de diploma de curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação.

§ 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.

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 30.10.11.

REVOGADO O § 2º DO ART. 55 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.437, DE 19.10.11 - VIGÊNCIA: 31.10.11.

§ 2º Revogado.

§ 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, consanguíneos 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.

ACRESCIDO O ART. 55-A PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

Art. 55-A. Ocorre a vacância do cargo de Conselheiro, nos casos de:

I - término do mandato;

II - perda do mandato;

III - renúncia expressa ao mandato;

IV - falecimento;

V - aposentadoria ou perda do cargo efetivo, quando se tratar de membro da representação do Fisco;

VI - o acúmulo de cargo ou função na administração pública, na hipótese de incompatibilidade de horários.

§ 1º No caso de vacância, o Presidente do CAT tomará as providências previstas em regimento para efeito de preenchimento da vaga.

§ 2º Acarretará perda do mandato de Conselheiro a falta injustificada a 3 (três) sessões ordinárias consecutivas ou a 5 (cinco) intercaladas, no ano.

§ 3º Havendo incompatibilidade de horários deve o Conselheiro ou o Julgador de Primeira Instância informar, por escrito, ao Presidente do CAT a data da posse no outro cargo ou função.

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.

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO § 2º DO ART. 58 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

§ 2º As Câmaras Julgadoras são coordenadas por um de seus integrantes, definido mediante sorteio, alternando-se semestralmente a coordenação entre os membros da representação do Fisco e da representação dos contribuintes e trimestralmente entre os membros da 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.

NOTA: Redação com vigência de 01.03.09 a 05.08.12.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO § 3º DO ART. 58 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 06.08.12.

§ 3º A alternância trimestral de que trata o § 2º é condicionada ao preenchimento de mais de uma vaga de Conselheiro efetivo da representação do integrante a ser definido, sendo vedada a coordenação simultânea de todas as câmaras por integrantes de uma mesma representação.

§ 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.

ACRESCIDO O PARÁGRAFO ÚNICO AO ART. 66 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, DE 16.07.12 - VIGÊNCIA: 19.01.09.

Parágrafo único. Para fins do disposto no inciso III, considera-se julgamento a apreciação que resulte em:

I - sentença;

II - despacho, que determine a realização de:

a) diligência;

b) nova intimação para saneamento do processo, exibição de livro, documento ou coisa pelo sujeito passivo;

III - parecer emitido em outra situação, quando assim for expressamente determinado pela administração.

Art. 67. O regimento interno do CAT pode autorizar, na forma e nas condições que estabelecer, a apresentação, por meio eletrônico, das peças defensórias 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 n° 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, 121° da República.

ALCIDES RODRIGUES FILHO

Jorcelino José Braga

APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito aproveitado a maior do ativo imobilizado (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00867/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - DILIGÊNCIA. Pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Rejeitado. Decisão unânime.

1. Considerando-se que os argumentos do sujeito passivo motivaram a realização de três diligências revisionais, e não sendo apresentados novos elementos capazes de se contrapor às provas juntadas aos autos pelo autuante e revisores, o pedido de diligência, assim formulado, se apresenta com fins de procrastinação.

II - DECADÊNCIA. Arguição de decadência parcial do lançamento. Não acatada. Decisão por maioria.

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.

III - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento do imposto. Aproveitamento de créditos de ICMS, a maior, relativos a mercadorias ou bens integrados ao Ativo Imobilizado a partir 1º de janeiro de 2001. Procedência parcial. Decisão não unânime.

1. 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. (artigo 58, § 6.º, da Lei nº 11.651/91 - CTE);

2. 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. (artigo 58, § 6.º, inciso I, da Lei nº 11.651/91 - CTE);

3. Estando comprovado nos autos que o sujeito passivo apropriou crédito a maior, em desacordo com a previsão legal, a exigência

contida na exordial, devidamente adequada por trabalho revisional, deve ser mantida.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 17 de janeiro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência feito pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo, Célia Reis Di Rezende, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Delcides de Souza Fonseca, Victor Augusto de Faria Morato, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia e Manoel Antônio Costa Filho. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência parcial referente aos meses de janeiro a maio de 2003, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Célia Reis Di Rezende, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Paixão de Oliveira Gomes, Victor Augusto de Faria Morato, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Nivaldo Carvelo Carvalho, Cláudio Henrique de Oliveira, Delcides de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia. 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 parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 652.182,63 (seiscentos e cinquenta e dois mil, cento e oitenta e dois reais e sessenta e três centavos). Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Célia Reis Di Rezende, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Paixão de Oliveira Gomes, Victor Augusto de Faria Morato, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Nivaldo Carvelo Carvalho, Cláudio Henrique de Oliveira, Delcides de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia, 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 de R\$ 452.484,30 (quatrocentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e trinta centavos), em razão do acolhimento da preliminar de decadência referente ao período de janeiro a maio de 2003.

RELATÓRIO

O presente auto de infração veicula acusação de que o sujeito passivo omitiu o pagamento de ICMS, no valor de R\$ 1.270.547,54 (um milhão, duzentos e setenta mil, quinhentos e quarenta e sete reais e cinquenta e quatro centavos), em razão da apropriação a maior de crédito de ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, relativo a entrada de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado integradas a partir de 1º de janeiro de 2001.

Segundo a acusação, a apropriação foi apurada pela proporção do resultado da divisão entre o valor das saídas e prestações tributadas e o valor total das saídas e prestações ocorridas no mesmo período.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica: Nota Explicativa; Demonstrativos fiscais; cópia do livro Registro de Apuração do ICMS; Notificações fiscais, Parecer, Despacho, e outros documentos, fls. 04/72.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, decide a questão favoravelmente à Fazenda Estadual, consoante a Sentença nº 6488/08 – COJP, fls. 136/138.

A autuada, inconformada com a decisão singular, apresenta Recurso Voluntário, fls. 141/156, no qual pede, em preliminar, a decadência dos créditos autuados cujos fatos geradores sejam anteriores a 29 de maio de 2003.

Quanto ao mérito, pede a insubsistência do auto de infração, alegando a indevida inclusão pelo Fisco de operações de interconexão e que não constituem hipótese de incidência do ICMS para fins de cálculo do estorno do ICMS.

Afirma que os equívocos da fiscalização no auto de infração, situam-se em uma parte da fração utilizada para o cálculo do coeficiente de estorno de créditos de ICMS do ativo permanente, visto que aumentou indevidamente o numerador, jogando para cima o quociente da divisão do primeiro pelo segundo e reduzindo artificialmente o direito de crédito da autuada sobre os bens do seu ativo.

Fê-lo incluindo no numerador (operações isentas e não tributadas) as receitas decorrentes da interconexão, as quais são inteiramente tributadas e incluindo equivocadamente no denominador (total das operações potencialmente tributáveis) os CFOP's nºs 5949 e 6949 (outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado), as quais se referem a operações que sequer são fatos geradores do imposto estadual (meras movimentações físicas de equipamentos e materiais), sendo ilógico que tais figurem no cálculo de estorno do CIAP.

Caso não decidam os Conselheiros pela improcedência do lançamento, pede a realização de revisão fiscal, apresentando 3 (três) quesitos a serem respondidos pelo revisor, enumerados a fls. 155.

Sucessivamente, pede a revisão da multa imputada à autuada, face ao caráter confiscatório que a mesma apresenta.

A autuada promove a juntada do Memorial de fls. 159/162.

A Primeira Câmara, por meio da Resolução nº 106/2009, fls. 164/165, converte o julgamento em diligência, para que fiscal estranho à lide efetue revisão no trabalho fiscal respondendo os seguintes quesitos constantes a fls. 155:

“1 - Quais operações registradas na coluna "outras" pela empresa foram consideradas pelo Fisco como isentas e não tributadas? Qual o valor total destas?

2 - Dentre as operações mencionadas no quesito anterior, qual o valor daquelas que a recorrente não considerou como isentas ou não tributadas? Dentre elas figuram as de interconexão e com base de cálculo reduzida? Em qual valor? art. 9º, §§ 2º e 3º, Anexo XIII, RCTE.

3 - As operações referentes aos CFOP's 5949 e 6949 constituem fatos geradores do ICMS? Essas operações foram consideradas pela fiscalização como isentas ou não tributadas?”

A revisão é realizada, juntando-se ao processo, fls. 167/189, os Demonstrativos e Relatório, respondendo a todos os quesitos formulados na Resolução nº 106/2009. Destacou, em relação às operações de interconexão, que as mesmas devem ser consideradas como tributadas, razão pela qual promoveu a revisão do trabalho alterando o valor do ICMS para R\$ 653.680,49 (seiscentos e cinquenta e três mil, seiscentos e oitenta reais e quarenta e nove centavos). Manifestou-se, também, a respeito dos CFOP's 5949 e 6949.

O sujeito passivo manifesta-se acerca da revisão fiscal, conforme fls. 194/199, mantendo o questionamento quanto às operações contidas no CFOP 6949. Junta, posteriormente, o Memorial de fls. 202/205.

A Primeira Câmara, por meio da Resolução nº 200/2009, fls. 206, converte o julgamento em diligência retornando os autos à GESCO, para que a autora da revisão se manifeste a respeito do CFOP 6949 alegado na defesa.

A revisora, cumprindo a Resolução, no Relatório Diligencial nº 0140/09-GESCO, fls. 208/209, informa que o valor do CFOP 6949 foi considerado para o cálculo do coeficiente de aproveitamento, conforme já explicado no Relatório Diligencial nº 090/2009 - GESCO.

Elabora planilha inclusa no relatório, fls. 209, demonstrando que há meses em que as operações/prestações classificadas no CFOP 6949 foram totalmente não tributadas, em outros, totalmente tributadas, e em outros parcialmente tributadas.

Conclui que, ao contrário do alegado pela defesa, estas prestações/operações realizadas, conforme demonstrado nos autos, fls. 178/189, compuseram o total das saídas e foram consideradas como tributadas ou não, exatamente na medida em que elas foram ou não tributadas pelo contribuinte, não havendo prejuízo algum para ele, tendo sido cumprido estritamente o que determina a legislação tributária estadual.

O sujeito passivo manifesta-se acerca da diligência fiscal, conforme fls. 214/216, mantendo seus questionamentos.

Posteriormente, a defesa junta o Memorial de fls. 222/224, bem como os documentos de fls. 227/430.

A Primeira Câmara Temporária, por meio da Resolução nº 027/2010, fls. 432, para melhor elucidação dos fatos e atendendo o pedido da parte passiva, converte o julgamento em diligência e encaminha o presente processo à Gerência de Substituição Tributária, para que seu titular determine nova revisão do procedimento, para que auditor fiscal estranho a lide, tome conhecimento do Recurso Voluntário do contribuinte, e dos documentos acostados às folhas 222 e seguintes, e proceda nova revisão do procedimento, no sentido de excluir do cálculo dos percentuais de estornos as operações de saída do estabelecimento com CFOP 6.949, - outras saídas - que não constitua operações e prestações de saídas, classificadas na definição de isentas e ou não tributadas, constantes de outros CFOP, se for o caso.

O revisor, cumprindo a Resolução, elabora o trabalho fiscal, juntando-o ao processo, fls. 439/440, e, no Relatório de fls. 434/438, conclui que o valor da autuação, após a revisão, foi reduzido para R\$ 652.182,61 (seiscentos e cinquenta e dois mil, cento e oitenta e dois reais e sessenta e um centavos).

O sujeito passivo manifesta-se acerca da terceira revisão fiscal, conforme fls. 446/449.

Apresenta o Memorial de fls. 452/454, reiterando a preliminar de decadência parcial dos créditos constituídos até 29 de maio de 2003, considerando que a empresa foi cientificada do lançamento no dia 29/05/2008, com fulcro na regra contida no § 4º do artigo 150 do CTN. Afirma que este é o entendimento da Primeira Seção do STJ (Recurso Especial nº 973.733/SC), julgamento que pacificou a matéria sob o rito dos recursos repetitivos - representativos de controvérsia, regida pelo artigo 543-C do CPC.

Decisão cameral de fls. 455, por maioria de votos, rejeita o pedido de nova diligência formulado pelo sujeito passivo. Também, por maioria de votos, rejeita a preliminar de decadência parcial arguida pelo sujeito passivo, bem como no mérito, por maioria de votos, conhece do Recurso Voluntário, dá-lhe parcial provimento para reformar em parte a decisão singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração, conforme revisão de fls. 434/440, cujo ICMS a recolher é de R\$ 652.182,61 (seiscentos e cinquenta e dois mil, cento e oitenta e dois reais e sessenta e um centavos).

A decisão encontra-se consubstanciada no Acórdão nº 753/2011, de fls. 456/461.

Cientificada, a Gerência da Representação Fazendária concorda com a decisão cameral.

Inconformado, o sujeito passivo interpõe Recurso para o Conselho Pleno, fls. 466/484. Reitera a preliminar de decadência parcial dos créditos tributários decorrentes da autuação, com fulcro no § 4º do artigo 150 do CTN e

jurisprudências de cortes superiores. Cita julgados e entendimentos de cortes superiores, fls.472/474, e deste Conselho, para sustentar sua tese e fundamentar por que deve ser aplicado o dispositivo em referência, ao invés do previsto no inciso I, do artigo 173 do CTN.

No mérito, a argumentação desdobra-se em duas vertentes. Na primeira, entende que o auto de infração não deve subsistir pois não foi dado o adequado tratamento do CFOP 6.949. Argumenta que há operações enquadradas neste código fiscal que se referem a meras movimentações físicas entre estabelecimentos da própria empresa, e por isso devem ser extirpadas do cálculo de aproveitamento do crédito do ICMS do ativo permanente (CIAP) (do numerador e do denominador), o que redundará no aumento do crédito a que tem direito a empresa; que deveria lhe ser dado um tratamento mais apropriado pois as operações descritas neste CFOP 6.949 abarca ampla diversidade de saídas interestaduais, inclusive meras movimentações físicas de mercadorias que não ensejam a incidência do imposto estadual; sugere que cada operação seja tratada de forma individual e independente, sem generalização aviltante ao direito de creditamento do ICMS - CIAP; que a fiscalização considerou a totalidade de tais operações como isentas ou não tributadas, o que não é verdadeiro.

Aduz o sujeito passivo que não devem todas as operações registradas sob tal código fiscal constar do cálculo de aproveitamento do ICMS-CIAP, seja compondo o denominador (total de saídas), ou o numerador (saídas tributadas) do cálculo; que fatos totalmente estranhos ao imposto não devem constar de cálculo de creditamento do mesmo imposto; que não obstante a própria fiscalização ter concordado com o raciocínio acima exposto no relatório diligencial 0043/10 - GESCO, equivocadamente concluiu que não há fundamentação legal para exclusão pura e simples dos valores constantes do CFOP 6.949, pois as operações que devem ser retiradas do cálculo são apenas aquelas que representam mera movimentação física; que no entendimento do agente autuante, as saídas caracterizadas como meras movimentações físicas, que merecem ser desconsideradas do cálculo de aproveitamento, possuem CFOP's específicos mas tal assertiva entra em conflito com o fato de que o CFOP 6.949 trata de uma ampla generalidade de operações envolvendo saídas interestaduais, aí incluídas as movimentações entre filiais.

Continua, alegando que as saídas interestaduais para estabelecimentos próprios não comporta a cobrança do imposto; que o fiscal revisor limitou-se apenas a deduzir o ICMS relativo a apenas tais notas fiscais exemplificativas mas quanto ao resto, considerou-as como operações regulares; que deveria ter o agente revisor executado um levantamento nota por nota e não da maneira como fez; que as saídas interestaduais não tributadas, por não constituírem fato geradores do ICMS, não merecem constar do cálculo do aproveitamento do ICMS, seja compondo o denominador ou o numerador e por fim, que a parcela do CFOP 6.949 relativa às saídas interestaduais de mercadorias para estabelecimentos próprios, notadamente nos períodos de fevereiro e março de 2003 devem ser desconsideradas em qualquer fator do cálculo de aproveitamento.

Na segunda vertente, o sujeito passivo entende que o fisco incluiu, indevidamente, valores relativos a prestações devidamente tributadas e registradas no CFOP 6.949, como se fossem saídas isentas ou não tributadas; que tal inclusão diminui o percentual de aproveitamento de crédito do ICMS; que as diligências realizadas ao longo do presente feito se mostram equivocadas no que se refere aos casos em que houve tributação total ou parcial do ICMS, isso porque tais operações, devidamente tributadas, foram indicadas como se "Não" compusessem o cálculo do coeficiente de aproveitamento - consoante se verifica no período de janeiro de 2003, o que não se pode admitir.

Diz que torna-se necessária a correta classificação de todas as operações registradas no CFOP 6.949, uma a uma, para definir exatamente as notas fiscais em que houve tributação e aquelas em que não houve por não haver que se falar em hipótese de incidência do tributo; que se faz necessária nova diligência fiscal a ser realizada por fiscal estranho à lide para que se proceda a uma revisão completa, uma a uma, das operações consubstanciadas no CFOP 6.949 para:

a) em relação àquelas operações interestaduais de simples remessa ou recebimento/devolução de mercadorias do mesmo titular, por não serem consideradas ao menos hipótese de incidência do ICMS, sejam integralmente excluídas do cálculo de apuração dos créditos a serem utilizados

b) em relação àquelas operações consideradas isentas ou não tributadas, mas que tratem-se de operações efetivamente tributadas, sejam devidamente incluídas no numerador da fórmula de cálculo de aproveitamento de créditos do CIAP.

Por derradeiro, o sujeito passivo argui a natureza confiscatória da multa aplicada à recorrente.

Ao final, requer a realização de diligência fiscal para a apuração real dos fatos em concomitância com a decretação da decadência parcial dos créditos exigidos pelo Fisco de Goiás em relação aos fatos geradores anteriores a 28 de maio de 2003. E, no mérito, a reforma da decisão cameral para considerar improcedente o presente feito ou, na impossibilidade, sua procedência com relação a parte não decaída com a aplicação de valor de multa reduzida, face ao seu atual caráter confiscatório.

Este é o relatório.

DECISÃO

PRELIMINARES

DILIGÊNCIA

Em prelúdio, mister analisar o pedido de conversão do julgamento em nova diligência, suscitado pelo sujeito passivo.

Há que se apreciar.

Não o acolho, em consenso unânime com meus pares.

Quanto à diligência requerida, entendo ser desnecessária, haja vista que os motivos elencados pelo sujeito passivo já foram exaustivamente analisados em três outras diligências já realizadas no processo, nas fases anteriores, não tendo sido acrescentado, no meu entender, nenhum fato novo ou documento capazes de motivar a realização de nova diligência.

Os argumentos do sujeito passivo prendem-se às operações cadastradas no CFOP 6.949, que foram, conforme anteriormente explicitado, exaustivamente analisados pelas revisões anteriormente realizadas.

Por oportuno e necessário, destaco o Relatório Diligencial nº 0043/10 – GESCO, de fls. 434/438, que, após analisar com exclusiva atenção os argumentos relacionados com o referido CFOP, destacou:

“Não há fundamentação legal para a exclusão pura e simples dos valores constantes no CFOP 6.949, pois as operações que devem ser retiradas do cálculo são apenas aquelas que representam mera movimentação física, conforme previsão legal;

- as operações caracterizadas como mera movimentação física possuem CFOP específico e já haviam sido excluídas do cálculo;

- para as notas apresentadas, constatou-se que a empresa errou na classificação utilizada no documento e por este motivo, esta revisão analisou-as e efetuou a devida exclusão;

- conceitualmente, se uma operação, entendida como mera movimentação física, não deve ser considerada para o cálculo do coeficiente de apropriação do crédito, coerente afirmar que seu valor não deve compor nem o numerador e nem o denominador da fração que o calcula;

- o valor original da autuação obtido após a primeira revisão, constante às folhas 167 a 189 era no valor de R\$ 653.432,51 e, após esta revisão, foi reduzido para R\$ 652.182,61.”

Portanto, com as razões acima delineadas, rejeito o pedido de diligência apresentado pelo sujeito passivo.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA PARCIAL

O sujeito passivo arguiu a decadência parcial do lançamento em relação ao período compreendido entre janeiro e maio de 2003, com espeque no diretivo insculpido no § 4.º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional – CTN, entendendo que já haviam transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre a ocorrência dos supostos fatos geradores do ICMS, e a sua intimação.

Em consenso majoritário com meus pares, rejeito-a.

Destaco que, relativamente à decadência, o Código Tributário Nacional – CTN, 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 2003, a Fazenda Pública tinha até o dia 31 de dezembro de 2008 para formalizar a constituição do crédito tributário.

Nestes autos vê-se que o lançamento reporta-se ao exercício de 2003, tendo o sujeito passivo sido intimado do mesmo na data de 29 de maio de 2008, fls. 75, portanto, não ocorreu a decadência pleiteada.

M É R I T O

Passo à apreciação do mérito.

Ao proceder à análise do conteúdo do presente processo, verifiquei que a exigência fiscal em comento, surgiu assentada no pressuposto de que a autuada apropriou, a maior, crédito de ICMS, no exercício de 2003, relacionado com as entradas de mercadorias destinadas ao ativo fixo a partir de 1º de janeiro de 2001.

Assim, objetivando maior clareza, passo à transcrição dos artigos do Código Tributário Estadual, a seguir:

“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:

[...]

§ 6.º. 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:

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.

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.”

Em síntese, para os bens adquiridos a partir de 1º de janeiro de 2001, a apropriação do crédito é o resultado da multiplicação de 1/48, por mês, pelo resultado da divisão entre as operações ou prestações tributadas e o total das operações ocorridas no período de apuração, equiparando-se às tributadas as saídas e as prestações com destino ao exterior.

As revisões, meticulosamente realizadas, cujos resultados foram destacados em linhas volvidas, acataram parte dos argumentos expendidos pelo sujeito passivo, adequando, por consequência, o valor do crédito tributário para a importância de R\$ 652.182,63 (seiscentos e cinquenta e dois mil, cento e oitenta e dois reais e sessenta e três centavos), conforme definido no demonstrativo de fls. 440, a saber:

Janeiro.03	R\$ 30.276,69
Fevereiro.03	R\$ 36.867,79
Março.03	R\$ 40.271,31
Abril.03	R\$ 44.676,13
Mai.03	R\$ 47.606,41
Junho.03	R\$ 52.335,61
Julho.03	R\$ 45.959,10
Agosto.03	R\$ 49.059,36
Setembro.03	R\$ 51.687,43
Outubro.03	R\$ 53.433,03
Novembro.03	R\$ 78.990,96
Dezembro.03	R\$ 121.018,81
Soma Total	R\$ 652.182,63

Nesse diapasão, examinando, pois, o mérito do processo, não vejo como acatar as razões da autuada para invalidar a exigência inicial do Fisco, que se encontra corretamente alinhavada.

Exponho, assim, o meu convencimento de que a auditoria elaborada pelas autoridades autuantes, devidamente revisada e adequada neste julgamento, demonstra, à luz da legislação pertinente à matéria, que a autuada, efetivamente, apropriou créditos do ICMS em valores superiores ao permitido e preconizado pela legislação.

Em face do exposto, voto, em sintonia com a unanimidade dos meus pares, rejeitando o pedido de conversão do julgamento em nova diligência.

Rejeito, também, em decisão majoritária, a preliminar de decadência parcial do crédito tributário, referente ao período de janeiro a maio de 2003.

No mérito, em consenso majoritário, voto, conhecendo do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento, para manter a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração, no valor do ICMS de R\$ 652.182,63 (seiscentos e cinquenta e dois mil, cento e oitenta e dois reais e sessenta e três centavos), conforme discriminado acima e no demonstrativo de fls. 440.

Sala das sessões plenárias, em 24 de abril de 2012.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Escrituração indevida de créditos. Obrigações da Dívida Flutuante do Estado de Goiás (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00854/12

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão do imposto. Escrituração indevida de créditos do ICMS com base em Obrigações da Dívida Flutuante do Estado de Goiás. Procedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que escrituração de créditos do imposto promovida pelo sujeito passivo é indevida em virtude da inobservância dos critérios previstos em lei, procedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de março de 2012, 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 Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

O presente crédito tributário refere-se a débito de imposto no valor de R\$ 106.992,07 (cento e seis mil, novecentos e noventa e dois reais e sete centavos), em razão da escrituração indevida de créditos citando dispositivo legal sem apresentação de decisão judicial, carta de sentença ou ofício de juiz, devidamente acompanhados de despacho autorizador de autoridade fazendária, conforme

previsto no artigo 47, inciso VI do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - RCTE.

Foram indicados como infringidos os artigos 58, § 3º e 64 da Lei 11.651/91 combinado com artigo 47, inciso VI do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, IV, "A" da Lei 11.651/91 com redação da Lei n.º 14.634/03.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: espelho cadastral (fls. 04); ordem de serviço nº 0019/2008 (fls. 05); cópia da 3ª Alteração Contratual (fls. 06-10); auditoria básica do ICMS (fls. 11-14); e, cópia do livro de registro de apuração do ICMS (fls. 16-17).

A autuada foi intimada, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 19.

Na peça impugnatória, fls. 21-30, o sujeito passivo alegou ser possuidor de cártula de obrigações da dívida fluante do Estado de Goiás, obrigação nº 73.372, Série - A, valor do título de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros), que perfaz o valor atualizado de R\$ 7.721.233,56 (sete milhões, setecentos e vinte e um mil, duzentos e trinta e três reais e cinquenta e seis centavos). Alegou que as Leis nº 3.194/1960 e 4.042/62, que instituem as obrigações da dívida fluante devem ser aceitas para pagamento de tributos e o prazo para utilização é indefinido, assim lançou os valores à medida que o ICMS ia vencendo. Impetrou mandado de segurança quanto ao seu direito de liquidar os seus débitos tributários estaduais com o crédito acima referido. Requereu a improcedência deste e caso não seja o entendimento, que seja suspensa a exigibilidade deste crédito tributário até a apreciação final do mandado de segurança impetrado junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Foram anexados à impugnação os seguintes documentos: cópia contrato social (fls. 28-30); procuração (fls. 31); cópia dos documentos de identificação dos advogados (fls. 32-33); cópia da Obrigação da dívida pública fluante do Estado de Goiás (fls. 34-37); cópia do laudo pericial de exame dos documentos (fls. 38-46); cópia do diário oficial (fls. 47-49); cópia extrato do andamento do processo de mandado de segurança (fls. 50); e, cópia da 3ª Alteração Contratual (fls. 52-56).

O julgador singular, fls. 57-60, argumentou que embora o sujeito passivo esteja correto quanto à fundamentação legal de sua exigibilidade, nada traz ao feito que possa confirmar ser beneficiária ou que comprove a correção e autorização por parte da Secretaria da Fazenda para compensar o imposto devido; que os documentos apresentados não são suficientes ou necessários para ilidir a pretensão inicial; citou os artigos 18, inciso II da Lei n 11.069/89 e o artigo 58, §3º, inciso II, do Código Tributário Estadual. Ao final, conheceu da impugnação, negou-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração.

O sujeito passivo foi intimado, conforme documento de fls. 61.

Inconformada, a parte passiva interpõe recurso voluntário. Fls. 63-72, reiterando a argumentação inicial e acrescentou que existe ato do Secretário da

Fazenda deste Estado - Portaria nº 125/61 - que autoriza os portadores das cédulas credoras a compensar tributos devidos; que por este motivo ingressou com mandado de segurança para ter seu direito garantido; que embora o crédito tributário não esteja com sua exigibilidade suspensa, o pagamento do imposto com a utilização de créditos decorrentes das obrigações do Tesouro Estadual é válido; que aguarda o provimento judicial no sentido de fazer valer seu direito. Requereu o reconhecimento do pagamento do imposto em razão da liquidação do valor contido na cédula da obrigação do tesouro estadual com a conseqüente reforma da decisão singular para julgar improcedente o auto de infração.

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, na sessão do dia 05/02/2009, resolveu, por unanimidade de votos, encaminhar solicitação a Procuradoria Geral do Estado - PGE, Subprocuradoria Fiscal, para que a mesma esclareça: 1- se a empresa [...] é detentora de ordem judicial para aproveitar créditos de imposto, em razão de ser possuidora de cédula de obrigações da dívida flutuante do Estado de Goiás (obrigação 73.372, Série A); 2- a possível ordem judicial, segundo consta do processo administrativo em tramitação nesta casa é a de número 200701781020 (15491-5/101); 3- outros esclarecimentos que a dita Procuradoria julgar necessário.

A procuradoria em resposta ao ofício do CAT, fls. 94-96, informou que os créditos tributários constituídos nos presentes autos estão perfeitamente exigíveis, no que concerne ao andamento atual do mandado de segurança nº 200701781020. Ao final, anexou a decisão do Tribunal no Mandado de Segurança em questão (fls. 97-104).

DECISÃO

Tratam os autos de omissão de pagamento do imposto em virtude de escrituração indevida de valores a título de crédito do imposto fundamentada na citação de dispositivo legal sem apresentação de decisão judicial, carta de sentença ou ofício de autoridade judiciária devidamente acompanhados de despacho autorizativo de autoridade fazendária.

Analisando com a devida propriedade os presentes autos, considero que o sujeito passivo nada traz ao feito que possa ilidir na íntegra a pretensão fiscal. A peça recursal, apesar da primorosa de argumentação jurídica, não carrega em seu bojo provas materiais, relatórios, ou documentos outros que apresentem força jurídica capaz de promover a desobrigação fiscal.

Para sustentar suas teses, o sujeito passivo invoca a Lei Estadual nº 3.194 de novembro de 1960 que, em combinação com os dispositivos do Diploma Legal Estadual nº 4.042, de 06 de julho de 1962, instituíram as Obrigações da Dívida Flutuante do Estado de Goiás. Com base nessa premissa, o polo passivo argumenta de que quaisquer obrigações tributárias para com este Estado podem ser adimplidas com base na entrega desses títulos para à Fazenda Pública Estadual - FPE, e que os prazos para a utilização dos direitos creditícios estampados nas citadas cédulas são indefinidos, tal como disposto nos artigos 3º da Lei nº 3.194 e § 2º do artigo 2º da Lei nº 4.042/62.

Ocorre que, a exemplo do douto julgador singular, tal poderia tornar-se exequível, desde que aos autos fossem anexados comprovantes que atestassem ser o sujeito passivo detentor das citadas obrigações ou os citados documentos propriamente ditos (cártulas relativas às Obrigações da Dívida Flutuante do Estado de Goiás), devidamente acompanhados de autorização da Secretaria da Fazenda deste Estado, para compensação ou pagamento do ICMS ou subsidiariamente, de provimento judicial neste sentido, o que não foi feito.

No caso em tela, o sujeito passivo quer fazer valer seus direitos com base em julgados e jurisprudências de outras cortes, o que é inadmissível pois a ausência das cártulas e seus acessórios ou mesmo de providimentos judiciais equivalentes tais como mandato de segurança, inviabilizam sua pretensão. Em tempo, devo dizer que o mandato de segurança impetrado contra ato do Secretário da Fazenda (Resoluções nºs 43 e 44), que obstavam a compensação tributária através das citadas cártulas, objeto de apreciação pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, em 11/12/2007 foi extinto sem julgamento de mérito, por unanimidade de votos, em virtude da ausência de comprovação dos seus requisitos (falta de provas), conforme informação da Procuradoria deste Estado, às fls. 86 destes autos.

Sem mais delongas, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o presente auto de infração.

Sala das sessões, em 23 de abril de 2012.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Falta de estorno de crédito outorgado quando do retorno interestadual ao estabelecimento (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00616/12

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão do imposto decorrente da falta de estorno do crédito outorgado nas operações de saídas relativas às mercadorias que retornaram ao estabelecimento na forma de retorno interestadual CFOP 2906, de armazém geral. Improcedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que a infração imputada ao sujeito passivo não se coaduna com a realidade dos fatos ou que não houve a aludida omissão do imposto, não deve prosperar o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de fevereiro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT,

quanto às preliminares de nulidade da peça básica, levantadas pelo sujeito passivo 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 Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva e Olíntia Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o contribuinte omitiu o pagamento do imposto em razão da falta de estorno de crédito outorgado na operação de saída. Notícia ainda na inicial que a acusação é referente a mercadoria que retornou ao estabelecimento na forma de retorno interestadual, vinda de armazém geral CFOP 2906, no período de agosto a dezembro de 2008. Em consequência, deverá pagar o imposto omitido, juntamente com a penalidade e acréscimos legais.

Teve como infringidos os arts. 61, III, e 64 da Lei 11.651/91, c/c o art. 11, III, anexo IX e art. 58, III do Decreto 14.634/03. Foi proposta a penalidade constante do art. 71, IV, "a", com a nova redação da Lei 14.634/03.

Para instrução do feito foram juntados os documentos de fls. 004/050.

Devidamente intimada, a atuada comparece à lide através de impugnação [fls. 55/64], acompanhada de documentos de fls. 65/89, onde preliminarmente diz que o trabalho fiscal mostra-se equivocado, por vícios em sua formação, dada a incerteza, iliquidez e inexigibilidade da cobrança. No mérito, alega glosa indevida dos créditos, fala que errou ao preencher os livros fiscais, apresenta um demonstrativo dos créditos outorgados e pede ao final diligência ou a improcedência. Finaliza requerendo a improcedência do lançamento e caso contrário, pugna por diligência em razão das controvérsias apontadas pela atuada.

A vista das considerações anteriores o processo foi colocado em diligência para esclarecer os questionamentos da defesa fls. 107.

O revisor designado fala que apesar dos livros fiscais terem sido preenchidos com erro, a empresa considerou a débito (estorno de créditos outorgados) o retornou interestadual de armazenagem CFOP 2906 e junta os demonstrativos de fls. 110/115, mantendo o auto de infração.

A atuada foi intimada da revisão supra não se manifestou tempestivamente [AR fls.119].

Sobreveio a sentença singular [fls. 120/121] pela qual o Julgador decide pela procedência do lançamento fiscal, concluído que a revisão fora efetivada a pedido da atuada, mesmo assim, preferiu o silêncio à elidir o trabalho revisional.

Intimada da decisão monocrática, avia Recurso Voluntário de fls. 126/143, onde alega "*...que o revisor concluiu que houve o estorno de credito...*", portanto, o que induz à declaração de improcedência do AI.

Alega preliminar de nulidade por precariedade da acusação face à diligência fiscal, por ter dado interpretação equivocada ao trabalho revisional do Agente Fiscal revisor; que não constam quaisquer valores na coluna 49, da Auditoria básica do ICMS revisada, lançado a título de omissão de imposto, fato que elide totalmente a acusação fiscal; que a falta de análise por parte do Julgador viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da CF, bem como o princípio da motivação, previsto no art. 93, IX da CF; que sem a observação destes princípios, caracteriza a negativa da entrega completa da tutela jurisdicional ao contribuinte. No mérito alega que não houve omissão de pagamento do ICMS, por ausência de estorno do crédito, tendo em vista que o revisor em seu trabalho fiscal constatou que houve o estorno do crédito outorgado.

Finaliza requerendo seja acolhida a preliminar de nulidade do AI e caso seja ultrapassada, no mérito seja declarada procedente as razões de recurso, para decretar a nulidade do AI. Acompanham documentos de fls.144/158.

É o relatório.

DECISÃO

Analisei detidamente a peça recursal e deixo de me manifestar acerca das preliminares arguidas pelo sujeito passivo, nos termos do art. 18, §3º do Decreto Estadual nº 6.930/09, por entender que, no mérito, o deslinde da questão é favorável ao sujeito passivo. Transcrevo abaixo o citado dispositivo, in verbis:

“Art. 18. O julgador de Primeira Instância, a Câmara Julgadora ou o Conselho Pleno, em seu julgamento, devem decidir obedecendo à seguinte ordem de apreciação:

[...]

§3º Quando puder decidir sobre o mérito, 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.”

Quanto ao mérito, verifico que as provas colacionadas aos autos tais como os levantamentos elaborados pela autoridade autuante, o Livro Registro de Apuração do ICMS-LRAICMS bem como a revisão realizada por auditor estranho à lide, de fls. 109/111, atestam que razão assiste ao sujeito passivo ao requerer ao desconstituição do presente crédito tributário.

De fato, a citada revisão de fls.109/111, realizada por auditor fiscal estranho à lide apresenta a seguinte conclusão:” *Comprovamos assim que o Contribuinte, apesar do erro nos procedimentos para a escrituração fiscal no LRAICMS, deixando de lançar especificamente no item “Estornos de Créditos”, os valores correspondentes aos estornos de créditos outorgados em função das operações de RETORNO ESTADUAL DE ARMAZENAGEM – CFOP 2906- ESTES VALORES FORAM CONSIDERADOS A DÉBITO (ESTORNO DE CRÉDITO OUTORGADO), NA APURAÇÃO DO CRÉDITO OUTORGADO EFETIVAMENTE UTILIZADO PELO CONTRIBUINTE NO LRAICMS”.*

A leitura da conclusão é emblemática e dela deve-se depreender que, embora o sujeito passivo tenha cometido erros de escrituração no livro próprio tais como efetuar o lançamento do estorno do crédito outorgado como se fossem valores a débito, acabou por subtrair dos valores autuados, na ocasião de aproveitamento do crédito outorgado no LRAICMS, a quantia correta e com isso comprovou não ter havido a omissão do imposto reclamado na exordial. Tal é o que se observa, por exemplo, no que diz respeito ao mês de Agosto de 2008. Ainda com relação ao mencionado levantamento, verifico que o revisor não diferenciou o que deveria ser estornado do que deveria ser debitado, motivo pelo qual o douto julgador singular certamente julgou procedente o feito

E por fim, o levantamento contido no bojo da peça recursal de fls. 138/141 e de fls.144 e seguintes, não deixa dúvidas quanto à realização do estorno ora acusado pelo fisco de não ter sido realizado.

Ante o exposto, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão singular e considerar improcedente o auto de infração

Sala das sessões, em 23 de março de 2012.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Transferência de crédito de estabelecimento do mesmo contribuinte (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00332/12

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

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

É lícito ao Fisco estornar o crédito do imposto aproveitado indevidamente pelo sujeito passivo, pois o aproveitamento do crédito, para ser legítimo, deve observar as exigências legais relativas à matéria.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 25 de outubro de 2011, 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 Elias Alves dos Santos, Heli José da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, José Paixão de Oliveira Gomes, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia, Carlos Andrade Silveira, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz, Cláudio Henrique de Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca que votaram

conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

O crédito tributário reclamado nesta lide se refere a omissão do pagamento do ICMS em razão da escrituração indevida de valores a título de crédito deste imposto, referente às notas fiscais de transferências de créditos de outros estabelecimentos pertencentes à mesma empresa, emitidas e escrituradas nos remetentes em datas posteriores ao das apropriações, acarretando redução indevida do imposto a pagar no mês anterior, conforme comprova o cotejo entre as Declarações Periódicas de Informações - DPI's e cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS, cujos extratos foram colacionados pelo autuante às fls. 08/40.

O sujeito passivo, representado por causídico legalmente constituído (m.j fls. 67), basicamente, alegou em sua impugnação à Primeira Instância, que as transferências foram normais, entendendo a impugnante perfeitamente possíveis, pois foram realizadas por estabelecimentos da autuadas que se encontram sediadas no Estado de Goiás, na forma como se encontra disposta no art. 56-A do Decreto nº 4.852/97 e art. 2º da Instrução Normativa nº 715/05-GSF, não causando prejuízo ao erário estadual, pois somente teria compensado os saldos, feitos a luz da legislação em regência.

Apreciando as razões impugnatórias, o julgador singular externou sua decisão nos seguintes termos:

"DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Primeiramente, deve ser observado o fato de que as notas fiscais foram emitidas em data posterior ao do efetivo aproveitamento dos créditos apurados, o que não possui nenhum arrimo da legislação tributária estadual ou estaria sob a luz mencionada.

Nesse sentido, caberia aqui ainda frisar, que sendo as emissões datadas do mês seguinte, houve sim prejuízo ao erário estadual, além do total desrespeito à legislação tributária estadual mencionada pelo fisco em sua fundamentação e apontada pela impugnante.

Diante disso, então, não resta alternativa a não ser a da manutenção do lançamento na forma em que se encontra.

DA CONCLUSÃO

Diante dos fatos acima narrados, conheço da impugnação, nego-lhe total provimento, para, em consequência do exposto, decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos dias do mês de fevereiro de 2011.

Zenewton Rimes de Almeida
JULGADOR"

Recorrendo à Segunda Instância, por intermédio do mesmo advogado, reiterou, em síntese, sua arguição anterior de que ocorrera mero erro na data das emissões das notas fiscais de transferência dos créditos em questão, pugnando pela improcedência do feito, pois não houve prejuízo tributário ao erário estadual.

Seu recurso também não logrou êxito na Segunda Instância, resultando na seguinte

"D E C I S Ã O

Dada a ausência de arguição de qualquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 20 da Lei 16.469/09, passo a apreciar o mérito. Contudo, mesmo que houvesse, entendo que inexistente qualquer vício formal, dentre esses, que reste configurado no presente processo.

Quanto ao mérito, como já salientado pelo julgador singular não há que se falar em crédito sem que anteriormente tenha havido a operação, conforme disposto no artigo 56 da Lei 11.651/91, que a seguir transcrevemos:

Art. 56. O montante do imposto a pagar resultará da diferença a maior, entre o débito:

I - tratando-se de regime normal de tributação - referente às operações com mercadorias ou prestações de serviços realizadas pelo contribuinte, em determinado período, e o crédito relativo ao ICMS cobrado nas operações ou prestações anteriores;

Como a peça defensiva anexada, em momento algum, consegue apresentar qualquer dado ou tese consistente, que possa, ainda que de modo parcial, fragilizar o trabalho em análise, nos resta concluir que não existe justificativa plausível para o ocorrido.

Diante de tudo o que foi exposto, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para manter a decisão singular que julgou procedente o auto de infração."

Irresignada com a decisão cameral, recorreu a este Pleno, argumentando mais uma vez serem os créditos legítimos, pois suas filiais possuíam saldo credor suficiente para tais transferências na data em que foram apropriados, tendo ocorrido mero erro administrativo nas datas das emissões das notas fiscais, que não ocasionou nenhum prejuízo tributário, pleiteando novamente a improcedência da autuação.

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.

No mérito, o lançamento se efetivou com suporte no que determina o artigo 58, § 3º, inciso II da Lei 11.651/91 – CTE, combinado com o artigo 56-A, § 2º do Decreto 4.852/97 – RCTE, com os seguintes termos, respectivamente:

“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:

(...)

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

“Art. 56-A. O contribuinte que possuir mais de um estabelecimento no território do Estado pode compensar o saldo credor de um deles com o saldo devedor do outro. (Lei nº 11.651/91, art. 56, § 3º):

(...)

“Art. 56-B. A aplicação do disposto nesta seção condiciona-se ao atendimento de normas contidas em ato do Secretário da Fazenda.”

Por sua vez, o artigo 67 do referido Decreto 4.852/97 – RCTE, dispõe que:

“Art. 67. Apuração periódica é a quantificação do montante do imposto a pagar ou a compensar, mediante a escrituração, nos livros fiscais, dos débitos e créditos ocorridos no período fixado em ato do Secretário da Fazenda, que não pode ultrapassar um mês civil, devendo ser observado o seguinte:”

O ato do Secretário da Fazenda é a Instrução Normativa nº 155/94, a qual preceitua no seu artigo 1º o seguinte:

“Art. 1º O ICMS devido pelo contribuinte autorizado a manter escrituração fiscal deve ser apurado mensalmente.”

Como se infere dos dispositivos legais retrotranscritos, o direito ao aproveitamento do crédito tributário está condicionado ao cumprimento de exigências legais, previstas na legislação tributária estadual retromencionada, que o sujeito passivo não observou, segundo a informação trazida pela auditoria fiscal, considerando que o crédito deve ser apropriado no mesmo mês do documento fiscal que o contém e não ao contrário, como fez o contribuinte em tela.

Logo, é lícito ao Fisco estornar o crédito do imposto aproveitado indevidamente pelo sujeito passivo, pois o aproveitamento do crédito, para ser legítimo, deve ter como suporte documentação idônea e observar as exigências legais relativas à matéria.

Ressalto, ainda, que a Auditoria Básica do ICMS realizada pela fiscalização está de acordo com as normas legais e técnicas de auditoria, tendo sido fundamentada nos documentos e livros próprios da empresa, que provam que o sujeito passivo em epígrafe aproveitou indevidamente o crédito de ICMS, haja vista que só poderia apropriar tais créditos após a emissão das notas fiscais que os continham e não anteriormente à referida emissão, como ocorreu nesta lide.

Dessa forma, analisando a legislação tributária relativa à matéria, a auditoria realizada e as provas anexadas aos autos, concluo que as argumentações apresentadas pela atuada não foram suficientes para descaracterizar a ação fiscal, restando, assim, provada a legitimidade do lançamento do crédito tributário em relação ao valor de ICMS reclamado nestes autos.

Com estas fundamentações, conheço do recurso do contribuinte a este Pleno, nego-lhe provimento para confirmar o Acórdão recorrido que julgou procedente a exordial.

Sala das sessões plenárias, em 14 de fevereiro de 2012.

AUDITORIA BÁSICA DO ICMS

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Falta de estorno de crédito do ICMS relativo à aquisição de serviço de transporte (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02045/12

Relator: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária principal. Deixar de estornar o crédito de ICMS relativo à aquisição de serviço de transporte. Improcedência. Decisão unânime.

Quando o sujeito passivo apresentar provas capazes de elidir a pretensão fiscal, o auto de infração deverá ser julgado improcedente.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 29 de junho de 2011, 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, Delcídes de Souza Fonseca e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

Narra a peça de sustentação deste feito, lavrada 07 de dezembro de 2009, que o polo passivo, em epígrafe, deixou de estornar, em novembro de 2.009, o crédito de ICMS na importância de R\$ 420.937,15 (quatrocentos e vinte mil, novecentos e trinta e sete reais e quinze centavos), relativo ao crédito na aquisição de serviço de transporte, cujos serviços estão vinculados às operações isentas ou não tributadas, apesar de notificado para à proceder a esse estorno. Em consequência, deverá pagar o imposto no valor acima mencionado, juntamente com os acréscimos legais, conforme Auditoria básica do ICMS de 2004 a 2008, Relatórios II, III, notificação nº 553/2009 e documentos anexos.

A base legal dada por infringida foi assim descrita: artigo 58 e 147 - A, parágrafo único da Lei nº 11.651/91 c/c artigo 46, inciso II, "b" e 445 - A, parágrafo único do Decreto nº 4.852/97. E a penalidade aplicada: artigo 71, inciso IV, "c" do CTE.

Impugnando o lançamento, o polo passivo comparece ao processo, fls. 4.373/4.377, alegando, em resumo, que ao contrário da acusação do fisco, nunca se creditou indevidamente do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de transporte rodoviário de carga, vinculadas às operações de importação, empréstimos e remessas para industrialização de mercadorias (adubos e fertilizantes), amparadas pelo benefício fiscal da isenção, uma vez que até 30.04.2008, era assegurada a manutenção integral dos créditos de ICMS incidentes sobre as operações e prestações anteriores, de acordo com a alínea "n", do inciso XXV, do art. 7º do Anexo IX do RCTE, aprovado pelo Decreto nº 4.852/97, o que só veio a ser alterado com a publicação do Decreto nº 6.717/2008, que passou a vigorar a partir de 01.05.08; que as prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal de cargas, independentemente da isenção do ICMS concedida às operações com adubos e fertilizantes, foram normalmente tributadas, tendo sido o imposto devido recolhido ao Estado de origem; que tendo à defendente pago o ICMS incidente sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de cargas, mesmo que vinculadas às operações isentas do ICMS, fria sim jus, pelo menos até 30.04.08, ao crédito do imposto e sua manutenção integral, por conta da exceção contida na alínea "n", do inciso XXV, do art. 7º, do Anexo IX do RCTE/GO, que assegurava a manutenção integral do crédito (Convênio ICMS 100/97, cláusulas segunda, III e quinta, I); instrui a defesa apresentada com os docs. de fls. 4.378/4.382.

O ilustre julgador "a quo" conhece da impugnação, nega-lhe provimento, a fim de decidir pela procedência da pretensão do fisco, fls. 4387/4390.

Dirigindo-se a segunda instância o sujeito passivo reafirma as razões apresentadas na fase impugnatória, fls. 4397/4414.

DECISÃO

Em um atento estudo de todo o processo, entendo que assiste razão à argumentação apresentada pelo pólo passivo, no tocante a não ser possível à nova legislação, no caso, o Decreto nº 6.717/2008, o qual passou a vigorar a partir de 01/05/2008, alterando as regras da alínea “n”, inciso XXV, do artigo 7º do Anexo IX do RCTE, as quais disciplinaram e asseguraram, até o dia 30/04/2008, a manutenção dos créditos de ICMS incidentes sobre a prestação de serviço de transporte rodoviário de carga, retroagir seus efeitos, sob pena de afrontar o Princípio da Irretroatividade de lei em matéria tributária.

Sendo assim, tendo a recorrente pago o ICMS incidente sobre as prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal de cargas, mesmo que vinculadas a operações isentas do ICMS, faz juz, até o dia 30/04/2008, ao crédito do imposto e sua manutenção integral.

Ante o exposto, voto conhecendo do recurso, dando-lhe provimento, reformando, assim, a sentença singular e considerando improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 11 de setembro de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão de pagamento de imposto. Exportação não comprovada (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00472/12

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: Pedido de diligência, formulado pelo polo passivo. Rejeitado. Decisão unânime.

Deve ser rejeitado o pedido de diligência quando não houver, de conformidade com a instrução processual, dúvida a ser dirimida ou que foram elucidadas por diligências efetuadas no processo.

ICMS. Auditoria Básica do ICMS. Saída de mercadoria para mercador interno, referente a notas fiscais emitidas com destino a exportação, e não comprovada no prazo legal.

Deve ser julgado procedente em parte o auto de infração quando o trabalho revisional apontar que o polo passivo atendeu em parte a exigência exordial.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 13 de abril de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência, formulado pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Heli José da Silva e Washington Luis Freire de Oliveira. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 299.760,22 (duzentos e noventa e nove mil, setecentos e sessenta reais e vinte e dois centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Heli José da Silva e Washington Luis Freire de Oliveira.

RELATÓRIO

Narra a peça de sustentação deste feito que o sujeito passivo, em epígrafe, deverá recolher, ao erário estadual, o ICMS na importância de R\$ 1.068.709,60 (um milhão, sessenta e oito mil, setecentos e nove reais e sessenta centavos), relativo a saída de mercadorias para o mercado interno, referente a notas fiscais emitidas com destino a exportação e, não comprovada, efetivamente, dentro do prazo estabelecido em lei.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica demonstrativos de Auditoria Básica do ICMS, planilhas, cópias de notas fiscais e do Livro Registro de Apuração do ICMS, dentre outros documentos.

Impugnando o lançamento o sujeito passivo suscita, em preliminar, a nulidade da peça básica, relacionando a hipótese de insegurança na determinação da infração. Adentra à razão de mérito, trazendo a alegação de que todas as exportações efetuadas estão acobertadas por documentação legítima, nos termos dispostos no Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) celebrado com a Secretaria de Estado da Fazenda, que possui vários benefícios fiscais que impediriam a presente autuação.

Posteriormente, apresenta memorial (fls. 2575 a 2577).

Por meio do Despacho nº 357/05-COJP (fls. 2918), o feito é encaminhado em diligência, para que os autuantes ou substitutos efetuem revisão do lançamento.

O trabalho revisional, fls. 2921 a 2924, informa que o valor da exigência inicial, passa a ser R\$ 491.766,32 (quatrocentos e noventa e um mil, setecentos e sessenta e seis reais e trinta e dois centavos).

A ilustre sentenciador “a quo” decide pela procedência parcial do lançamento, devendo a parte passiva efetuar o pagamento do ICMS no valor originário de R\$ 491.766,32 (quatrocentos e noventa e um mil, setecentos e sessenta e seis reais e trinta e dois centavos), apurado na revisão, conforme a Sentença de nº 9212/05 - COJP (fls. 2961 a 2962).

Em grau de recurso voluntário o polo passivo, fls. 2966 a 2970, pede a nulidade da sentença singular, por ter sido proferida, sem antes o sujeito passivo ter tomado ciência do resultado da revisão fiscal, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa.

A Segunda Câmara, em decisão unânime, fls. 3062 a 3064, acolher preliminar de nulidade da sentença singular, declarando nulos os atos processuais praticados a partir de fls. 2960, inclusive, determinando o retorno dos autos àquela instância para dar conhecimento à autuada do resultado da diligência.

A parte passiva toma conhecimento do resultado da revisão e manifesta-se acerca do seu resultado, consoante fls. 3067 a 3070.

Sanada a falha processual, a julgadora singular, por meio do Despacho nº 32/2006-COJP (fls. 3083), converte novamente o julgamento em diligência, para que o autuante analise os argumentos da defesa, demonstrando ao sujeito passivo as razões que o levaram à conclusão da auditoria anterior, ou, sendo o caso, efetue as alterações que entender cabíveis.

Como resultado, a nova revisão (fls. 3085 a 3103) alterou a exigência inicial para o ICMS no valor de R\$ 299.760,22 (duzentos e noventa e nove mil, setecentos e sessenta reais e vinte e dois centavos).

O sujeito passivo manifesta-se acerca do resultado desta nova revisão fiscal, conforme fls. 3107 a 3109.

O processo retorna ao Corpo de Julgadores de Primeira Instância para apreciação, tendo a julgadora decidido pela procedência parcial do feito nos termos da nova revisão, consoante a Sentença nº 2153/08-COJP (fls 3113 a 3116).

A Representação Fazendária concordou com a decisão singular, conforme o Despacho 2500/2008 (fls. 3117).

Inconformada com a sentença singular, a parte passiva apresenta recurso voluntário (fls. 3120 a 3122), no qual pede o reconhecimento das exportações relacionadas nas Notas Fiscais nºs 84731, 92426, 93704 e 92983, para que ao final seja julgado improcedente o auto de infração.

Protesta pela juntada posterior de cópia legível da Nota Fiscal nº 92657, no intuito de que seja reconhecida a exportação comprovada em seus termos.

Conforme Despacho nº 101/2009- IV- CJUL, foi concedida vista processual ao Conselheiro Domingos Caruso Neto (fls. 3124).

O Polo passivo, legalmente representado, apresenta Memoriais para efetuar a juntada de planilhas (fls. 3127/3130), que resumem todas as modificações no processo em epígrafe, pelas diversas revisões fiscais nele efetuadas (fls. 3126).

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, decide retirar o processo da pauta de julgamento devendo acompanhar o processo nº 3014627410797, remetido para revisão (fls. 3131).

Na Revisão Processual (fls. 3133/3135) há o entendimento de que a realização das revisões anteriores, e, em especial a última, não repercutem no presente processo. Com resultado da revisão processual é considerado correto a autuação pela falta de estorno de crédito de ICMS escriturado indevidamente, no valor revisado de R\$ 299.760,22 (duzentos e noventa e nove mil, setecentos e sessenta reais e vinte e dois centavos), conforme campo 51 da Auditoria Básica do ICMS- Parte 3/3- Conclusão.

O polo passivo inconformado com o resultado da Revisão Processual, apresenta Contradita à Revisão Fiscal (fls. 3160/3163) alegando que o auto de infração não pode prosperar, pois na revisão processual não abrangeu as transferências arguidas e comprovadas pelo autuado. Por considerar fartas as provas materiais apresentadas, pede que o trabalho revisional seja acolhido, porém com as emendas apontadas e que julgue improcedente o presente feito.

É o relatório.

DECISÃO

Sobre o pedido de revisão processual, suscitado pela defesa, entendo despidianda tal solicitação em se considerando que não há dúvidas a serem dirimidas nesta lide. Foram efetuadas três diligências, conforme informado no relatório que é parte integrante deste “decisum”, sendo que a terceira revisão confirmou o resultado exarado na segunda revisão, o que demonstra ausência de incerteza capaz de remeter o feito à uma nova revisional. Portanto, rejeitado está o requerido.

Com a questão primeira solucionada, volvo-me à razão de direito desta demanda e de pronto, reporto-me à tarefa diligencial, com destaque para a segunda revisão, efetuada antes do julgamento singular, que elucidou todas as questões com uma bem fundamentada apresentação revisional, que posteriormente foi confirmada pela mencionada terceira revisão.

Como o polo passivo não trouxe aos autos nenhum elemento de prova capaz de ilidir a exigência apontada na diligência, mantido está julgamento monocrático que julgou procedente em parte ao lançamento, a um “quantum” de R\$ 299.760,22 (duzentos e noventa e nove mil, setecentos e sessenta reais e vinte e dois centavos).

Assim voto, rejeitando o pedido de diligência, formulado pelo sujeito passivo. Quanto ao mérito, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 299.760,22 (duzentos e noventa e nove mil, setecentos e sessenta reais e vinte e dois centavos).

Sala das sessões plenárias, em 06 de março de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão de pagamento de imposto. Fomentar (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02939/12

Relator: Conselheiro José Pereira D'abadia

EMENTA: Pedido de Revisão Extraordinária. Utilização indevida de estorno de crédito, relativo a operações com produtos de industrialização própria do estabelecimento, inseridas no programa FOMENTAR/PRODUZIR. Improcedente. Decisão unânime.

Deve ser considerado improcedente o auto de infração, quando a instrução processual apontar ausência de ilicitude fiscal, por parte do polo passivo, situação essa reconhecida pela Gerência Executiva de Recuperação de Crédito e também pelo presidente do CAT, conforme parecer que admitiu o presente recurso.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 22 de novembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para, em face da manifestação da Gerência Executiva de Recuperação de Crédito - GERC, considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A acusação é de omissão de recolhimento de ICMS, em razão de adoção de procedimento irregular, consistente na utilização indevida de estorno de crédito, para a formação do montante do saldo devedor do período, relativo a operações com produtos de industrialização própria do estabelecimento, inseridas no programa FOMENTAR/PRODUZIR.

A infração cometida encontra-se descrita no artigo 61 da Lei nº 11.651/91, combinado com o artigo 67, inciso I do Decreto nº 4852/97, sendo a penalidade determinada pelo artigo 71, inciso III, alínea c da citada lei.

Foram identificados como sujeitos passivos solidários os consignados às fls. 03 e 04.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: anexo - identificação dos sujeitos passivos solidários; nota explicativa; auditoria de empresas; Auditoria Básica do ICMS; cópia do livro de registro de apuração do ICMS; declaração periódica de informações - DPI; espelho cadastral; relatório dos sócios (fls. 03-60).

Regularmente intimados, o sujeito passivo direto, bem como os solidários, ingressaram com suas impugnações em Primeira Instância.

Primeiramente, a empresa atuada, em sede de preliminar, requer a nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, afirmando que a descrição do fato é longa e confusa e que a auditoria perde-se em sua concepção de estorno de fatos contábeis. Requer, ainda, a nulidade por cerceamento do direito de defesa, pela impossibilidade de se chegar aos valores da omissão inicial. No mérito, alega que é signatária de Termo de Acordo de Regime Especial com a SEFAZ-GO, para usufruir dos programas FOMENTAR/PRODUZIR e com base neste, está autorizada a financiar setenta por cento do ICMS apurado mensalmente, relativo aos produtos industrializados, que o restante do ICMS seria pago nos prazos normais, ou compensado com a existência de saldo positivo de crédito outorgado de álcool etílico anidro combustível, nos termos da Instrução Normativa nº 4.983/03-GSF; que o valor do ICMS a recolher é nos termos previstos no Código Tributário Estadual e seu regulamento, que a sua apuração do ICMS a pagar é muito transparente, ao contrário do trabalho elaborado pela autoridade atuante. Por fim, declara que, no momento da verificação do estoque, não foram considerados os tanques de números 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 09, 10 e 11, na data de 29/04/2004, o que provocou uma hipotética omissão de saída. Requer a nulidade do procedimento fiscal por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, e, caso contrário, pugna pela declaração da improcedência do lançamento tributário.

A seguir, os sujeitos passivos solidários [...] e [...], como foi dito, também impetraram suas impugnações, repetindo os argumentos apresentados pela empresa atuada.

A julgadora singular, diante de todas as peças defensórias apresentadas, em Sentença de nº 6668/07-COJP, folhas 106/107, decidiu pela procedência da pretensão inicial do FISCO.

Inconformados com a decisão singular, os sujeitos passivos interpõem Recurso Voluntário, reiterando todos os argumentos apresentados em suas peças defensórias de Primeira Instância.

Em petição de folhas 159/160, o procurador da empresa atuada informa o falecimento do sujeito passivo solidário [...].

A Terceira Câmara deste Conselho, em Resolução nº 108/2008, de folhas 164, determina a remessa dos autos à Delegacia Especial de Fiscalização de Combustíveis - DECOM, para que seja designado um fiscal estranho a lide, para fazer os trabalhos de auditoria, levando em consideração os demonstrativos

iniciais que deverão ser cotejados com aqueles trazidos pelo sujeito passivo aos autos, com o objetivo de dirimir as dúvidas apontadas pela defesa, devendo, ainda, ser sopesados os argumentos apresentados pelo dito pólo passivo na impugnação e no recurso voluntário.

Realizada a diligência solicitada acima, o revisor concluiu que o valor do ICMS exigido na peça inicial deve prevalecer porque *"o valor encontrado na revisão é maior que o valor atuado, e tendo em vista ter ocorrido o instituto da decadência para o exercício de 2003, sugiro (s.m.j.) que seja mantida a diferença lançada no documento original."*

Intimados, os sujeitos passivos manifestam conforme folhas 179/184, oportunidade em que afirmam que a autoridade "revisora não entendeu nada dos demonstrativos ou planilhas originais, assim como também não entenderam os conselheiros, nem a recorrente, mas por questão de solidariedade funcional a revisora preferiu manter o mesmo resultado, embasado em artifício diferente. Dessa forma, apresentou planilhas completamente diferentes das originais. Seria como considerar como NULOS os demonstrativos dos levantamentos originais, consequentemente todo o processo". Continuam com a tese da nulidade do processo deste o seu início porque o julgador singular valeu-se dos fatos constantes nas explicações oferecidas pelo autor do trabalho e enumera os itens considerados para a sua decisão. Chamam a atenção sobre os demonstrativos e notas explicativas, em que se embasaram a defesa e a instância singular que são outros completamente diferentes da revisão. Com base nestas ocorrências cerceativas do direito de defesa, arguem a preliminar de nulidade do auto de infração e por insegurança na determinação da infração. No mérito, afirmam que acordou com a Secretaria da Fazenda, Termos de Acordo de Regime Especiais - TARE n°s 087/92-GSF e 315/03-GSF, que cumpriu as normas acordadas razão por que não há omissão no recolhimento do imposto.

A Primeira Câmara Julgadora decidiu, por maioria de votos, não acolher a preliminar de exclusão da lide dos solidários, arguida pela atuada. E, também por maioria de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela atuada, por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhece do recurso, nega-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração (fls. 196 a 202).

Os sujeitos passivos foram intimados, conforme documentos de fls. 203-205.

Inconformado, o polo passivo apresenta Recurso ao Conselho Pleno onde reitera os argumentos anteriores, quais sejam: nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, afirmando que a descrição do fato é longa e confusa e que a auditoria perde-se em sua concepção de estorno de fatos contábeis; nulidade por cerceamento do direito de defesa, pela impossibilidade de se chegar aos valores da omissão inicial. No mérito, declarou que o estorno de créditos de ICMS em qualquer circunstância importa no aumento do saldo devedor, consequentemente, aumenta o valor do ICMS a pagar, logo, não pode haver

omissão de pagamento de ICMS em decorrência do estorno de crédito (fls. 208 a 218). Juntos os seguintes documentos: cópia solicitação de liberação de recursos ao Banco do Estado de Goiás; demonstrativo mensal de apuração do crédito outorgado. Cópia de aviso ao cliente - CCI, cópia da declaração de informações do Fomentar; cópia de DARE's; comprovante de TED; planilha com apuração do mês de outubro de 2003.

Pelo Despacho 1.138/2010 o julgamento foi adiado, tendo em vista a concessão de vista do processo à Conselheira Célia Reis di Rezende.

Por Despacho 1.345/2010 o processo foi retirado de pauta, face a desistência do recurso do sujeito passivo, manifestada pelo advogado, oralmente na sessão de julgamento plenária realizada no dia 04 de novembro de 2010.

Os sujeitos passivos foram intimados, conforme documento de fls. 228.

O polo passivo direto apresenta Pedido de Revisão Extraordinária, fls. 232-236, com fundamento no artigo 43, inciso II, alínea "a", item 1 da Lei nº 16.469/09, alegando, em síntese, que a autuação é nula, uma vez que a hipotética infração alegada não se enquadra nos dispositivos citados, tendo o auto de infração sido lavrado com insegurança na determinação da infração. No mérito alega que até o final de 2007 não existiam normas para a apuração do ICMS normal para as empresas beneficiadas pelo FOMENTAR. Aduz que os estornos foram feitos na apuração normal, conforme artigo 61 do CTE e IN 493/01-GSF. Disseram que a exclusão dos valores estornados relativos ao AEAC não foi feita, alterando os valores financiados pelo FOMENTAR, mas o montante relativo ao saldo devedor do ICMS apurado no período foi quitado.

O Presidente, pelo Despacho nº 0009/2011, inadmite o Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 251).

O processo foi incluído em dívida ativa (fls. 254-258).

O sujeito passivo apresenta novo Pedido de Revisão Extraordinária, fls. 261-265, reiterando os argumentos feitos no pedido anterior.

O Presidente, pelo Despacho nº 1688/2011, inadmite o Pedido de Revisão Extraordinária.

O sujeito passivo em 21/08/2012 apresenta novo Pedido de Revisão Extraordinária, fls. 279-298, reiterando os pedidos já formulados anteriormente de desconstituição do crédito tributário formalizado por meio do Auto de Infração nº 3022122501575. Em suas alegações o autuado entende que o feito não pode prosperar em razão das alterações introduzidas pela Lei nº 17.758/2012 e Instruções Normativas nºs 1107 e 1110, ambas de julho de 2012, que vieram a admitir como correta a forma de apuração de ICMS feita pela requerente e a convalidação desses atos até 31/12/2011.

Os autos foram encaminhados à Gerência de Combustíveis - GCOM (fls. 299), em razão do protocolo nº 201200004047338 (fls. 300/311), nos termos do Despacho nº 2127/12 - SER. Aquela gerência, através do Despacho nº 1419/2012-GCOM encaminha os autos à Auditoria Fiscal Mônica Maria César Gomes, MB 748-0, para verificar os valores passíveis de aplicação da convalidação prevista pela Lei nº 17.758/12 na auditoria básica do ICMS que instruiu o PAT em questão.

Pelo relatório nº 0243/12-GCOM (fls. 316/317), foi feita a verificação de qual seria o valor passível de aplicação da convalidação prevista na IN 1107/12-GSF e após refeita a auditoria nos termos da legislação em vigor, o resultado passou a ser "zero", da mesma forma utilizada pelo contribuinte, oportunidade em que a Auditora Fiscal revisora sugeriu o encaminhamento dos autos à GERC para que seu titular avaliasse a possibilidade de formular Pedido de Revisão Extraordinária, nos termos do artigo 43, I, "a", item 2 da Lei 16.469/09, pugnando pela improcedência do auto de infração.

A GERC apresenta Pedido de Revisão Extraordinária nos termos do artigo 43, I, "a", item 2 da Lei nº 16.469/09, em razão de ter a empresa autuada solicitado o reconhecimento da validade da forma utilizada na apuração do ICMS, a qual foi convalidada pela Lei nº 17.758/12 e IN nº 1107 e 1110/12 - GSF e tendo a autoridade atuante refeito a auditoria nos termos das normas citadas, conclui que a forma de apuração de ICMS utilizada pela autuada foi correta, motivo pelo qual pugnou pela extinção do presente processo.

O sujeito passivo apresenta Pedido de Revisão Extraordinária, já protocolado anteriormente (fls. 340-349).

O Presidente do CAT, pelo Despacho 1793/2012, fls. 352/353, admitiu o pedido e determina o encaminhamento do processo para ser julgado pelo Conselho Pleno. Destaca que foi constatada, de forma inconteste, a existência de erro de fato substancial que implica alteração total no lançamento procedido pelo Fisco, tendo em vista que após refeita a auditoria nos termos da legislação ora em vigor, o resultado da omissão de pagamento do ICMS passou a ser "zero".

Por meio do Termo de juntada de fl. 355 a 360 foi acostado ao processo cópia da Instrução normativa nº 1073/11 – GSF, por solicitação do Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes.

É o relatório.

DECISÃO

Reporto-me ao relatório, que é parte integrante deste “decisum”, onde a instrução processual demonstra de forma clara e precisa, a inexistência do crédito tributário, motivador desta demanda, conforme informado pela Gerência Executiva de Manifestação de Crédito Tributário – GERC, situação que é reconhecida pelo nobre presidente desta Casa que em seu Despacho nº 1793/2012 – CAT aduz textualmente: “...constata-se, de forma inconteste, a existência de erro de fato substancial que implica alteração total do lançamento procedido pelo Fisco, tendo-

se em vista que após refeita a auditoria nos termos da legislação ora em vigor, o resultado da omissão de pagamento do ICMS passou a ser 'zero'."

Mediante as assertivas registradas no parágrafo imediatamente volvido, só me resta julgar improcedente o trabalho inaugural.

Pelo exposto, voto conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe provimento para, em face da manifestação da Gerência Executiva de Recuperação de Crédito - GERC, considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 06 de dezembro de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão de pagamento de imposto. Fomentar (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 03022/12

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

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 artigo 41, inciso II, da Lei nº 16.469/09.

Processual. Reinclusão do solidário no polo passivo da lide. Preliminar arguida em Recurso interposto pela Fazenda Pública Estadual para o Conselho Pleno e acolhida por maioria.

O administrador-sócio deve ser reincluído no polo passivo da lide, na condição de solidário, por atender aos requisitos do art. 45, inciso XII, da Lei Estadual nº 11.651/9.

ICMS. Obrigação principal. Omissão no recolhimento do ICMS relativo ao FOMENTAR. Recolhimento a menor da parcela não financiada e do ICMS a pagar das operações não incentivadas. Procedência. Decisão unânime.

A decisão proferida pela Segunda Instância não se reforma no julgamento plenário do recurso do contribuinte, quando este se formalizar com ausência de provas da inexistência total ou parcial da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária identificada no lançamento tributário e por isso confirmo a decisão recorrida e declaro procedente o auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 04 de outubro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, levantada pelo Conselheiro Relator, no que tange a alegação de insegurança na determinação da infração, feita 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 Elias Alves dos Santos, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Paulo Diniz, Aldeci de Souza Flor, Álvaro Falanque, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Victor Augusto de Faria Morato e Carlos Andrade Silveira. E, por maioria de votos, acatar a preliminar de reinclusão dos sujeitos passivos solidários [...] e [...] na lide, arguida pela Fazenda Pública Estadual. Foram vencedores os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Washington Luis Freire de Oliveira, Victor Augusto de Faria Morato e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana, Paulo Diniz, Álvaro Falanque, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho e Carlos Andrade Silveira. 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 Elias Alves dos Santos, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Paulo Diniz, Aldeci de Souza Flor, Álvaro Falanque, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Victor Augusto de Faria Morato e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Noticiam os autos que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS relativo ao Incentivo Fiscal Fomentar, no período de 01/01/2003 a 30/09/2003, em virtude de apuração a menor do ICMS a pagar da parcela não financiada e do ICMS a pagar das operações não incentivadas, conforme faz prova a Auditoria do ICMS do Fomentar/Produzir/Microproduzir em anexo. Em consequência, deverá pagar o imposto omitido na importância de R\$ 37.719,85, juntamente com a penalidade e acréscimos legais.

Como dispositivos legais infringidos foram apontados os artigos 57 e 64 da Lei 11.651/91, combinado com os artigos 2º, inciso II, da Lei 11.180/90, 4º, inciso II, 13, §5º, 43 e 44, inciso III, do Decreto 3.822/92 e artigo 4º da Instrução Normativa nº 155/94, tendo sido proposta à penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea "c", da Lei 11.651/91 com redação da Lei 12.806/1995.

Foram identificados como sujeitos passivos solidários: [...] (fls. 04), na condição de Presidente, nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91 e [...]

(fls. 05), na condição de Diretor, nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91.

O Auto de Infração veio instruído com o Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 03), cópia da Ata da Assembléia Geral Ordinária (fls. 06/10) e Auditoria Básica do ICMS (fls. 11/44).

O sujeito passivo direto e os solidários foram intimados em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 45/47.

Tempestivamente, a autuada apresenta Impugnação (fls. 64/74) na qual pede a improcedência do lançamento relatando que o auto de infração foi remetido à Impugnante via telefax, na tarde do dia 29 de dezembro de 2008, com fundamento no disposto no artigo 15, item II e § 2º, da Lei nº 13.882/01, quando os funcionários administrativos se encontravam em férias coletivas, e que no dia 05 de janeiro do corrente a Impugnante foi intimada pelo correio, com aviso de recebimento e que o Auto de Infração foi parcialmente transmitido por telefax para a sede da Impugnante, o que não propiciou o pleno conhecimento da infração imputada e, por conseguinte, cerceou o direito de defesa do autuado.

Argui a decadência do direito de constituição de parte do crédito tributário exigido, relativamente ao período de janeiro até outubro/2003 e que, embora conste do "*Quadro 2 - Ocorrência*" que as diferenças referem-se ao imposto incidente sobre a parcela não financiada e sobre as operações não incentivadas, a autoridade fiscal lançadora só apresentou detalhamento das operações incentivadas, em relação às quais não se apurou nenhuma irregularidade na apuração do imposto e cita decisão do Superior Tribunal de Justiça (fl. 69).

Em seguida assevera que em relação ao imposto incidente sobre a parcela não financiada e sobre as operações não incentivadas, o Auto de Infração não se fez acompanhar de nenhum detalhamento capaz de permitir à Impugnante exercitar regularmente e em toda sua plenitude o seu direito de defesa. Informa que examinando-se o demonstrativo comparativo entre a Auditoria Básica realizada pela fiscalização e a Apuração do Contribuinte, relativo a maio/2003, constante da impugnação, não foi possível conhecer as razões que levaram a autoridade fiscal a requerer o estorno do crédito, não havendo condições de contrarrazoar o entendimento da autoridade fiscal, pelo que é solicitada aplicação do disposto no art. 19, incisos III e IV da Lei nº 13.882/01.

Instrui a peça defensoria a cópia da Procuração (fls. 75), cópia do documento pessoal do solidário (fls. 76), cópia dos documentos pessoais do Procurador (fls. 77), cópia do Estatuto Social (fls. 78/93), cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária (fls. 94/95).

Foi lavrado o Termo de Revelia de fls. 96 quanto aos solidários.

O Julgador Singular prolata a Sentença nº 3308/09 de fls. 98/100, pela qual conheceu da impugnação, negou-lhe provimento para julgar Procedente o

lançamento de ofício de fls. 02, devendo os sujeitos passivos efetuarem o recolhimento do ICMS no valor originário constante da inicial.

Fundamenta sua decisão aduzindo que não ocorreu nos presentes autos qualquer uma das hipóteses de nulidade previstas pelo artigo 20 da Lei n 16.469/09, estando determinados com segurança à infração e o infrator e que a exigência fiscal está fundamentada no demonstrativo Auditoria Básica do ICMS - Fomentar/Produzir/Microproduzir, com o detalhamento de todas as operações incentivadas.

Ademais, não há que se falar em decadência em relação aos fatos geradores do exercício de 2003, com fundamento no inciso I do art. 173 do CTN, que permite a constituição do crédito tributário até 05 anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o que, em relação aos fatos geradores do exercício de 2003 terminaria apenas em 31/12/2008. Pelo próprio demonstrativo constante da impugnação apresentada, relativo ao mês de maio/2003, verifica-se que a causa principal da omissão do recolhimento no valor de R\$ 14.208,50 é a diferença verificada pela fiscalização em relação ao saldo devedor do ICMS de operações incentivadas, que, no mês de maio/03, em vez de R\$ 120.479,19 considerado pelo contribuinte, importa em R\$ 166.618,66, valor total das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fl. 15.

O Detalhamento das Operações Incentivadas no período considerado na inicial relaciona nota a nota todas as operações incentivadas pelo programa FOMENTAR ocorridas no período, não demonstrando o sujeito passivo que qualquer das notas fiscais relacionadas esteja indevidamente classificada nessa categoria, ou que qualquer parcela de ICMS discriminada no demonstrativo seja indevida.

O sujeito passivo direto e os solidários foram intimados da decisão singular, conforme se vê às fls. 101/105, tendo sido lavrado o Termo de Perempção de fls. 106 com relação aos solidários.

Às fls. 108/114, a autuada interpõe Recurso Voluntário apresentando as mesmas alegações da instância singular, ou seja, alega que ocorreu a decadência do direito de constituição de parte do crédito tributário exigido, relativamente ao período de janeiro até outubro/2003. Cita trecho parcial de decisão e sua respectiva ementa (fls. 131/132).

Acrescenta que a diferença que ensejou a efetivação do lançamento tributário relativamente ao mês de maio de 2003, demonstrada no quadro reproduzido na página 9 da peça impugnatória, não se refere ao saldo devedor às operações incentivadas, sendo que no aludido quadro efetuou-se o cotejamento dos valores transcritos nos quadros da Auditoria Básica do ICMS com aqueles transcritos na DPI.

Relata que um exame mais detalhado do aludido quadro comparativo revela que a diferença da linha 11 do aludido quadro, relativa ao saldo credor

líquido do ICMS nas operações incentivadas, no montante de R\$ 47.361,68 coincide com a diferença apontada em relação à linha 4 - estorno de créditos, no exato montante referido. Por fim, requer a improcedência do lançamento.

A Segunda Câmara deste Conselho, por intermédio da Resolução n° 216/2009 de fls. 117 resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência e encaminhar os autos ao Núcleo de Preparo Processual - NUPRE de Rialma para que faça a juntada da prova do envio do Fax às fls. 69/70.

Em atendimento à Resolução apresentada, o Supervisor do Nupre de Rialma esclarece às fls. 118/119 que:

- para prova do envio do Fax constante de fls. 69/70, observa-se anexo a cópia do Extrato da Conta Telefônica da Unidade Fazendária de Rialma, no dia 29 de dezembro de 2008, foi feito uma ligação ao TELEFAX da impugnante;

- que a impugnante em seu contraditório, às fls. 85, afirma ter recebido o fax e que considera forçoso reconhecer a intimação por tal modalidade nos termos do artigo 15 da Lei 13.882/2001;

- conforme fls. 77/79, através do Serviço de Rastreamento on-line dos correios, verifica-se que as notificações foram postadas no dia 17/12/2009 e encontravam-se à disposição da impugnante a partir do dia 22/12/2009, sendo que tal não aconteceu;

- somente no dia 05/01/2009 houve a retirada das correspondências na Agência dos Correios em Rubiataba;

- o envio do fax de fls. 69/70 foi com o interesse de salvaguardar o interesse público que a Sefaz tem dispensado positivamente aos seus clientes contribuintes e

- diante do exposto, sugere que seja solicitado a quebra do sigilo telefônico da impugnante, na data supramencionada.

- junta cópia do Fax - BrasilTelecom (fls. 120).

A Primeira Câmara deste Conselho, através do Acórdão n° 1527/2010 de fls. 121/129, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela atuada, por cerceamento do direito de defesa. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de decadência parcial referente aos meses de janeiro a outubro de 2003, argüida pelo sujeito passivo. Por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão dos solidários da lide, pelo Conselheiro Relator. 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.

Entendeu o acórdão cameral que a insegurança na determinação da infração e o cerceamento do direito de defesa não restaram caracterizadas visto que na formalização deste processo, estes incidentes de nulidade não aconteceram no curso da elaboração do trabalho fazendário, bem como no curso da ação.

Ademais, considera que o lançamento do crédito tributário efetivou-se sob o abrigo da legislação tributária, o julgamento singular atendeu aos requisitos legais para definir a sua decisão, tanto que opino para o estudo do mérito, visto que a autoridade lançadora o propôs no auto de infração sem violar os princípios estabelecidos no art. 20 da Lei nº 16.469/2009. A autoridade administrativa é competente, o direito de defesa não foi cerceado, descreveu o erro cometido pelo sujeito passivo com clareza, apontou a norma legal infringida e, naquele momento, indicou a penalidade aplicável corretamente. Portanto, o lançamento do crédito tributário não feriu a determinação das regras do art. 23 da Lei nº 13.882/2001 (8º da Lei nº 16.469/2009) e nem cometeu infringência quanto ao prescrito no art. 19 do referido diploma legal (20 da Lei nº 16.469/2009) aconteceu no julgamento singular.

Com relação a preliminar de decadência do lançamento, entende que o prazo decadencial, neste caso, começa a contar "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado", ou seja, 1º de janeiro de 2004 e terminaria no dia 31/12/2008, visto que a omissão no recolhimento do ICMS é relativa "ao Incentivo Fiscal FOMENTAR, em virtude de apuração a menor do ICMS a pagar da parcela não financiada e do ICMS a apagar das operações não incentivadas, conforme faz prova a Auditoria do ICMS do FOMENTAR/PRODUZAIR/MICROPRODUIR em anexo", conforme descreveu a peça vestibular.

O lançamento do crédito se efetivou em 04/01/2008 e de acordo com a contagem do tempo, o procedimento administrativo ocorreu no curso do prazo legal determinado e, por isto, a constituição do crédito se efetivou antes do findar do prazo determinado pelo art.173 do CTN.

Quanto à preliminar de exclusão dos sócios da sujeição passiva solidária da lide, entende que, para validar a sua responsabilidade pelo crédito fazendário, para a sua indicação é necessário o acompanhamento comprobatório de que o sócio tenha agido com excesso de poderes ou de forma fraudulenta ou prejudicial à sociedade, ou, ainda ao arripio da lei comercial, conforme sentença o Superior Tribunal de Justiça, a qual já foi citada em diversos processos anteriormente decididos nesta Casa. Em face ao procedimento dos sócios, é pacífico que a sociedade não passou pelos excessos de poderes dos sócios identificados no pólo passivo solidário da lide, portanto, restou caracterizada a preliminar de exclusão dos sujeitos passivos da relação processual.

No mérito, informa que foi vistoriado as peças que compõem este processo e concluí que o julgamento do mérito da questão se confirma de acordo com o definido pelo julgador de Primeira Instância, pois a Auditoria Básica do ICMS

- FOMENTAR/PRODUZIR/MICROPODUZIR - demonstra a existência de diferença no recolhimento do tributo e que o autuado não contestou de forma convincente.

Ademais, os demonstrativos apresentados para suporte do lançamento de ofício, tomou por base, os apontamentos escriturais do movimento mercantil realizado pelo estabelecimento do contribuinte e somente a apresentação de contraprovas essenciais da inexistência total ou parcial da omissão teria poderes para modificar a constituição do crédito apontado na conclusão do trabalho de auditoria, o que não aconteceu na formalização deste processo.

A Fazenda Pública Estadual foi intimada para apresentar Recurso ao Conselho Pleno, conforme se vê às fls. 130.

A Representação da Fazenda Pública recorre da decisão cameral (fls. 131/134) pedindo a reinclusão dos solidários na lide, considerando que um é Presidente da empresa e o outro Diretor, ambos com poderes de administração, conforme Ata da Assembléia Geral Ordinária, motivo pelo qual, possuem responsabilidade solidária pelo adimplemento do crédito tributário, nos termos do artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional e o artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91. Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (fls. 133).

O sujeito passivo direto e os solidários foram intimados para apresentarem Recurso ao Conselho Pleno, conforme documentos de fls. 135/140.

Às fls. 143/150, a empresa autuada interpõe Recurso ao Conselho Pleno requerendo a improcedência do lançamento, argumentando, para tanto, que a diferença que ensejou a efetivação do lançamento tributário relativamente ao mês de maio de 2003, demonstrada no quadro reproduzido na página 9 da peça impugnatória, não se refere ao saldo devedor às operações incentivadas, sendo que no aludido quadro efetuou-se o cotejamento dos valores transcritos nos quadros da Auditoria Básica do ICMS com aqueles transcritos na DPI.

Relata que um exame mais detalhado do aludido quadro comparativo revela que a diferença da linha 11 do aludido quadro, relativa ao saldo credor líquido do ICMS nas operações incentivadas, no montante de R\$ 47.361,68 coincide com a diferença apontada em relação à linha 4 - estorno de créditos, no exato montante referido. Ademais, como bem assinalado pelo Julgador a quo o valor de R\$ 166.618,66 foi relacionado no demonstrativo de fls. 15, todavia, não foi adicionado nenhum quadro demonstrativo ou relação demonstrando o aludido estorno de crédito, no importe de R\$ 47.361,68.

É o Relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano arguo a preliminar de inadmissibilidade da peça recursal para o Conselho Pleno no tocante à reapreciação da preliminar de nulidade da peça básica por insegurança na determinação, rearguida pelo sujeito passivo.

De fato, a decisão recorrida foi tomada, na fase cameral, por unanimidade de votos (fls.123/129) 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, inciso II da Lei nº 16.469/09, abaixo transcrito, não cabe recurso para o Conselho Pleno reapreciar a matéria:

"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 do processo 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, não comportando:

I-diligência

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

Visto que o acima disposto é auto explicativo, voto em uníssono com meus pares para acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, por este Conselheiro Relator arguida, relativa a alegação de insegurança na determinação da infração da infração, feita pelo sujeito passivo, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, inciso II, da Lei Estadual nº 16.469/09.

Quanto à preliminar de reinclusão dos solidários [...] e [...], arguida pela Fazenda Pública Estadual, devo acolhê-la por comungar do mesmo entendimento quanto à aplicação do instituto da solidariedade ao presente caso. Com efeito, compulsando-se os autos, verifico que as citadas pessoas físicas são respectivamente Diretor Presidente e Diretor Administrativo, conforme atesta a folha 08 dos autos.

Devo argumentar que neste tipo de situação, no qual há descumprimento da obrigação tributária principal, deve-se aplicar aos administradores, o instituto da solidariedade, tal como previsto no art. 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual.

Nesse aspecto, sabemos que aqueles que detêm poder de administração ou de gerência são os que, em tese, teriam interesse em recolher menos imposto ao erário estadual. Ademais, somente os administradores têm efetivamente o poder de intervir nos fatos narrados pelo fisco e por isso eles devem sempre que necessário, figurar no polo passivo, para que não tenham cerceados os respectivos direitos à ampla defesa, até o final do litígio administrativo.

Visto que aos senhores [...] e [...] foram outorgados poderes para conduzir a sociedade empresarial, devo considerar que há interesse comum entre os administradores e a empresa, nos termos do dispositivo já citado em linhas pretéritas e por isso mister se faz mantê-los no polo passivo da lide na condição de solidários.

Encerrada a questão, na qual fui acompanhado pela maioria do voto de meus pares, passo ao mérito.

Tal qual o douto julgador cameral considero que o feito deve prosperar. De fato, a questão foi apreciada com a devida propriedade pelo douto Conselheiro Relator Nivaldo Carvelo Carvalho, que no lapidar acórdão de fls.123/129 assim manifestou-se sobre o assunto, *ipsis litteris*. Transcrevo-o abaixo, *in verbis*:

“Quanto ao mérito, informo que vistoriei as peças que compõem este processo e concluí que o julgamento do mérito da questão se confirma de acordo com o definido pelo julgador de Primeira Instância, pois a Auditoria Básica do ICMS – FOMENTAR/PRODUZIR/MICROPRODUZIR – demonstra a existência de diferença no recolhimento do tributo e que o autuado não contestou de forma

convincente. Conforme registra a listagem das notas fiscais, a fiscalização detalhou as operações comerciais incentivadas pelo programa FOMENTAR efetivadas no período e a empresa não contestou as inclusões desses documentos fiscais, como também que o crédito tributário exigido na peça inicial deste feito seja indevido.

Em face ao que consta da peça de defesa e a ausência de instrução contrária ao objetivo do lançamento tributário, entendo que a decisão singular se mantém neste julgamento cameral do recurso do contribuinte.

Ademais, os demonstrativos apresentados para suporte do lançamento de ofício, tomou por base, os apontamentos escriturais do movimento mercantil realizado pelo estabelecimento do contribuinte e somente a apresentação de contraprovas essenciais da inexistência total ou parcial da omissão teria poderes para modificar a constituição do crédito apontado na conclusão do trabalho de auditoria, o que não aconteceu na formalização deste processo.

Para finalizar o discurso deste voto, o faço para conhecer das razões do recurso voluntário, negar-lhes provimento para confirmar a decisão proferida pela Primeira Instância que considerou procedente o auto de infração, a qual ratifico.”

Ante o exposto, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 17 de dezembro de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão de pagamento. Saída de energia elétrica para consumo industrial (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02642/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento do imposto. Não tributação de itens cobrados do consumidor. Procedência. Decisão não unânime.

1. É substituta tributária, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido na operação anterior e subsequente, desde a produção ou importação até o consumo, a empresa distribuidora de energia elétrica. O imposto deve ser pago na ocasião do fornecimento de energia elétrica e calculado sobre o preço então praticado na operação final. (Lei nº 11.651/91, artigo 52, § 1º);

2. Todos os valores debitados ao consumidor, referentes a itens indispensáveis para que seja possível a prestação de serviço de

fornecimento de energia elétrica, devem fazer parte da base de cálculo do ICMS.

II - BENEFÍCIO. Aplicação do parágrafo único, do artigo 100, do CTN. Rejeitada por maioria.

1. não se enquadrando, a situação fática contida no processo, nas prescrições do artigo 100, do CTN, juridicamente não há como aplicar o benefício indicado no seu parágrafo único.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 11 de outubro de 2011, 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 Heli José da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Célia Reis Di Rezende, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia, Carlos Andrade Silveira, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Cláudio Henrique de Oliveira, Allen Anderson Viana e Delcídes de Souza Fonseca que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração. Por maioria de votos, rejeitar a aplicação do parágrafo único do art. 100 do CTN, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Célia Reis Di Rezende, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia, Carlos Andrade Silveira, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Cláudio Henrique de Oliveira, Allen Anderson Viana e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre a acusação, pelo Fisco, de que o sujeito passivo realizou, no período de 2005, saída de energia elétrica para a classe consumo industrial, sem calcular o ICMS devido sobre o item valor custo de conexão e distribuição, cobrado do consumidor no valor total da conta de energia elétrica. Em consequência, deve pagar o tributo na importância de R\$ 479.249,68 (quatrocentos e setenta e nove mil, duzentos e quarenta e nove reais e sessenta e oito centavos), mais as cominação legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 11, inciso I; 12, inciso II, alínea "a"; 20, incisos I e II; 52, §1º; e 64, todos da Lei nº 11.651/91, em combinação com os artigos 4º, § 2º, inciso II, alínea "b"; 13; 20, § 1º, incisos I e V; e 30, § 1º, Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, aplicando-se a penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea "a", do Código Tributário Estadual - CTE.

Foram juntados os documentos de fls. 04/149.

No Anexo Estruturado, fls. 04/05, a atuante destacou: *“Ressalvada as hipóteses de determinação judicial, ou previstas na lei, o ICMS deve ser calculado sobre todos os itens que compõem o valor a ser cobrado do consumidor final.”*

A atuada apresenta Impugnação em Primeira Instância, fls. 154/176, alegando, em preliminar, nulidade do processo, vez que deixou de observar a regra imperativa do artigo 196 do CTN, por não ter lavrado o obrigatório Termo de Início de Fiscalização, bem como apresentou vícios quanto ao cálculo da autuação, causando assim cerceamento ao direito de defesa. Alega, ainda incompetência funcional da atuante, já que nas notificações recebidas, não havia documentos conferindo à mesma, poderes para fiscalizar a empresa.

No mérito, requer o cancelamento da autuação, trazendo como principal argumento, a tese de que não realizou saída de energia elétrica, apenas forneceu equipamentos necessários para que as empresas contratadas utilizem energia elétrica de outros Estados, restando claro a cobrança indevida do ICMS.

Questiona a multa aplicada, considerando-a confiscatória.

Requer, finalmente, caso procedente a autuação, que seja aplicado o artigo 100, parágrafo único, do CTN, recalculando o débito, com a exclusão de juros, multa e correção monetária.

Instrui a defesa apresentada com os documentos de fls. 177/367.

O julgador singular conheceu da Impugnação, negou-lhe provimento, decidindo pela procedência da pretensão do Fisco, conforme Sentença de fls. 370/373.

Inconformada, a atuada apresenta Recurso Voluntário reiterando os argumentos e pedidos da fase impugnatória, fls. 377/399.

A Primeira Câmara Julgadora, decidiu, por maioria de votos, não acolher o pedido de diligência, proposto pelo polo passivo. Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela atuada, por incompetência funcional da autoridade lançadora e por cerceamento do direito de defesa. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, 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.

A decisão encontra-se consubstanciada no Acórdão de fls. 382/386.

A atuada interpõe Recurso ao Conselho Pleno, fls. 390/395, aduzindo estar equivocada a decisão cameral, haja vista que executa a transmissão de energia elétrica dentro do Estado de Goiás, mas que no caso em tela fora contratada, mediante pagamento, pela utilização de sua estrutura de transmissão,

e que a energia destinada à classe industrial, fora fornecida por outra concessionária, e que os usuários a contrataram apenas para viabilizar o recebimento de energia de outras fontes.

Requer, ao final, a improcedência do feito fiscal. E, em sede alternativa, caso a procedência seja mantida, que seja aplicado o benefício do parágrafo único, do artigo 100, do CTN.

Este é o relatório.

DECISÃO

Não havendo preliminares a serem examinadas, por já terem sido apreciadas na fase cameral, e não reiteradas no Pleno, estando presentes os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

MÉRITO

Ao proceder à análise do conteúdo do presente processo, verifiquei que a exigência fiscal em comento, surgiu assentada no pressuposto de que a atuada realizou saída de energia elétrica para a classe consumo industrial, conforme Notas Fiscais de energia elétrica, modelo 6, sem calcular o ICMS devido sobre o item valor custo de conexão e distribuição, cobrado do consumidor no valor da Nota Fiscal de energia.

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.

Observei que os artigos do Código Tributário Estadual e do Regulamento do CTE, a seguir transcritos, respaldam e fundamentam a auditoria que ensejou o lançamento de ofício.

Assim, objetivando maior clareza, passo à transcrição dos artigos a seguir, do Código Tributário Estadual – CTE, e do Anexo VIII, do Regulamento – RCTE:

“Art. 52. A empresa distribuidora de energia elétrica fica nomeada substituta tributária relativamente à obrigação de pagar o imposto devido nas operações anteriores e subseqüentes, desde a produção ou importação até o consumo.

§ 1º. O imposto a que se refere o caput deste artigo será pago na ocasião da saída do produto do estabelecimento da distribuidora e calculado sobre o preço então praticado na operação final.

Art. 30. É substituta tributária, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido na operação anterior e subseqüente, desde a produção ou importação até o consumo, a empresa distribuidora de energia elétrica (Lei nº 11.651/91, art. 52).

§ 1º. O imposto a que se refere o caput deste artigo deve ser pago na ocasião do fornecimento de energia elétrica e calculado sobre o preço então praticado na operação final.”

No processo cuida-se da cobrança do ICMS, em relação ao item “Valor Custo Conexão e Distribuição”, constantes das Notas Fiscais relacionadas nos autos, nas quais não se destacou o imposto correspondente.

Da análise das Notas Fiscais verifica-se que os valores em questão foram faturados para o consumidor final, compondo, portanto, o valor total de cada Nota Fiscal. Nesta situação, ressalvadas as hipóteses de determinação judicial, ou previstas na lei, o ICMS deve ser calculado sobre todos os itens que compõem o valor a ser cobrado do consumidor final.

Há que se destacar, ainda, o preceituado pelo parágrafo 7º, do artigo 30, do Anexo VIII, do RCTE, estabelecendo que quando a entrega ao adquirente de energia elétrica oriunda de outra unidade federada for realizada por empresa distribuidora localizada em território goiano, está se torna responsável pelo pagamento do imposto devido na operação que vai desde a geração ou importação até a última operação destinada ao consumidor final, nela computados os encargos relativos à geração, à importação, à conexão, à conversão, à transmissão, à distribuição, à comercialização.

Observe-se, ainda, por pertinente, a definição dada nos Contratos de Conexão ao Sistema de Distribuição, firmados entre a recorrente e diversos empresas, aos itens: (i) “Encargos de Conexão” Montantes pecuniários devidos pela acessante à distribuidora, pela conexão ao sistema de distribuição”; (ii) “Serviços de distribuição” Serviços prestados pela distribuidora ao acessante, em conformidade com os procedimentos de rede e os procedimentos de distribuição e as instruções do ONS, nos termos deste contrato.”

A recorrente não logrou demonstrar, nas várias vezes em que se manifestou nos autos, nenhum dispositivo legal que albergue a tese de não incidência do imposto na situação em comento, nem tampouco demonstrou que o imposto foi recolhido ao erário goiano, quer seja por ela diretamente, ou mesmo pelos consumidores finais constantes das Notas Fiscais.

Em face do exposto, em consenso majoritário, voto, no mérito, conhecendo do Recurso para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento, para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Não acolho, outrossim, o pedido de aplicação do benefício do parágrafo único, do artigo 100, do CTN, com o acompanhamento majoritário dos meus pares.

Sala das sessões plenárias, em 06 de novembro de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Utilização indevida do benefício fiscal do Produzir (Procedência)

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Utilização indevida de o incentivo fiscal Produzir. Omissão de pagamento do imposto. Procedência.

I - Sem prejuízo de utilização em outras situações, com previsão legal específica, o incentivo de que trata esta cláusula só alcança o ICMS devido pela saída correspondente à operação própria com produto previsto no respectivo projeto e industrializado pela ACORDANTE (TARE 137/03 - GSF, Cláusula primeira, § 2º).

II - Sem prejuízo de outros especialmente previstos, os atos processuais do Processo Contencioso Fiscal devem ser realizados nos prazos de 15 (quinze) dias contados da intimação da exigência ou da decisão para o sujeito passivo pagar o crédito tributário, quando não couber defesa na esfera administrativa (Lei 16.469/09, art. 34, II, "f").

III - Expirado o prazo de 15 (quinze) dias estipulado na notificação fiscal sem que o sujeito passivo tenha efetuado o pagamento do imposto devido, deve incidir os acréscimos legais previstos nos artigos 167, 168 e 169, II, do CTE.

IV - É procedente o auto de infração que reclama a diferença de imposto omitida em decorrência da utilização irregular, em desacordo com o previsto na legislação tributária, de incentivo fiscal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 31 de maio de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, não acolher o pedido de reinclusão dos sujeitos passivos solidários na lide, arguida pelo Representante Fazendário. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Carlos Andrade Silveira, Luis Antônio da Silva Costa, Cláudio Henrique de Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Washington Luis Freire de Oliveira, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Edson Abrão da Silva. E, também, por votação unânime, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, com aplicação do parágrafo único do art. 100 do CTN, devendo ser intimado o sujeito passivo a recolher o imposto devido no prazo de até 15 (quinze) dias. Não ocorrendo o pagamento, serão aplicados os acréscimos do art. 167, 168 e 169, II do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Carlos Andrade Silveira, Luis

Antônio da Silva Costa, Cláudio Henrique de Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Washington Luis Freire de Oliveira, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno em face de decisão proferida pela Primeira Câmara Julgadora que lhe foi desfavorável.

Versa a autuação que o sujeito passivo “Omitiu o pagamento do ICMS normal em decorrência da adoção de procedimento irregular na apuração do imposto, pois utilizou indevidamente o programa produzir ao incluir na saída total a energia adquirida de terceiros, quando o correto seria considerar na saída a proporção da geração própria de energia em relação ao total das saídas de energia (energia adquirida mais a geração própria), conforme auditoria de ICMS produzir, nota explicativa e planilhas auxiliares. Em decorrência deverá recolher o tributo na importância de R\$ 365.523,84, juntamente com as cominações legais. Os solidários, em número de três, foram identificados às fls. 03/04.”

Constam como infringido os arts. 56 e 64 do Código Tributário Estadual (CTE), c/c art. 23 do Decreto n.º 5.265/00 e TARE 137/03-GSF. A penalidade aplicada foi a prevista no art. 71, inciso III, alínea "c", do CTE.

O contribuinte impugna o lançamento (fls. 358 a 369). Em síntese, alega que o levantamento fiscal teria sido baseado em presunção, cita algumas decisões administrativas desta Casa, faz comentários sobre os artigos 25 e 148 do Código Tributário Estadual, os quais versam sobre arbitramento de base de cálculo e apuração do movimento real tributável, com o objetivo de demonstrar que esses dispositivos não são aplicáveis ao caso. Pede a improcedência do auto de infração, bem como a conversão dos autos em diligência para verificação dos dados.

O solidário [...] declara que os sujeitos passivos solidários estão de acordo com a petição elaborada pelos advogados, representantes legais do contribuinte (fls. 376).

O julgador singular, mediante a Sentença n.º 2.395/07-COJP (fls. 380 a 382), julga procedente o auto de infração e determina que, antes de serem intimados os sujeitos passivos, deverão ser declaradas as respectivas revelias dos sujeitos passivos solidários.

Em grau de recurso voluntário (fls. 392 a 448), os autuados apresentam suas defesas, nas quais reafirmam as razões impugnatórias.

A Primeira Câmara Julgadora, mediante a Resolução n.º 285/2007, às fls. 451, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência. Encaminha os autos à Secretaria Executiva do FOMENTAR/PRODUZIR da Secretaria de Indústria e Comércio, para ser informado se o Relatório de Auditoria n.º 15/03 refere-se ao Processo n.º 19.867.530, no qual é interessada a Cia Hidroelétrica São Patricio.

Pede informar também se ao proceder o cálculo da média conforme prevê o artigo 7º do Decreto n.º 5.265/00, o fez somente em relação aos recolhimentos efetuados, não considerando no cálculo dessa média, a proporção de energia gerada pela CHESP, em relação ao total da energia utilizada no processo de distribuição.

Solicita ainda seja informado, inclusive, se para o cálculo do ICMS excedente, a base inicial seria esta média apurada no relatório da Auditoria, ou sobre uma média original a ser estabelecida exclusivamente sobre a produção própria.

A diligência solicitada foi atendida, conforme folhas 453 a 472 dos autos.

A empresa autuada apresenta memorial (fls. 474 a 478).

A Segunda Câmara Julgadora, por meio do Acórdão nº 2626/2008 (fls. 481 a 485), decide, por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que julgou procedente o auto de infração.

Inconformada com a decisão cameral, o sujeito passivo interpõe Recurso para o Conselho Pleno (fls. 494 a 505), reiterando teses defensórias já apresentadas.

Os solidários, em peça única, apresentam Recurso para o Conselho Pleno (fls. 508 a 510), no qual aduzem que a decisão cameral analisou apenas o mérito e deixou de apreciar os seus pedidos de exclusão da lide, na condição de corresponsáveis solidários e, portanto, requer seja anulada a r. decisão.

O Conselho Pleno, mediante o Despacho n.º 0115/2009 - CONP (fls. 513), informa que de acordo com alteração na legislação, nos termos do art. 2º da Lei n.º 16.150/2007, com nova redação conferida pela Lei n.º 16.462/2008, fica sobrestado o julgamento até o decurso do prazo estabelecido no art. 9º da IN 884/07 - GSF, devendo, após este prazo, ser repautado para o mesmo relator.

E, ainda, solicita seja intimado a autuada para, caso tenha interesse e esteja em tempo hábil, protocole requerimento nos termos da referida Instrução Normativa, solicitando a extinção do presente crédito tributário.

No julgamento pelo Conselho Pleno, o Conselheiro Relator argui a preliminar de nulidade parcial do processo, por cerceamento do direito de defesa, a partir das fls. 480, inclusive, por entender que a decisão cameral foi omissa ao não apreciar os recursos dos sujeitos passivos solidários. A preliminar de nulidade parcial do processo foi acolhida por unanimidade de votos.

Mediante o termo de juntada de fls. 525, foi acostado ao processo Relatório Diligencial nº 0122/09 – GESCO, fls. 526, elaborado por AFRE III, que noticia que “a empresa em questão solicita a extinção de crédito tributário referente

aos autos de infração de nº 3026595146350 e 3022932341524, com base na Lei nº 1.150/07. Se posiciona, assim, como anteriormente, contrário à solicitação em apreciação, pois “os processos versam sobre o fomento a maior de ICMS por parte do sujeito passivo que o permitido pela Legislação do PRODUIZIR, não tendo nenhuma correlação com o descumprimento de condicionantes tratadas pelas Leis 16.150/07 e 1.462/08.

A GESCO, mediante o Despacho n.º 0769/09, fls. 527, adota o relatório diligencial e a SAT, por meio do Despacho n.º 4072/09 – SAT manifesta-se contrário a convalidação do crédito tributário.

Em 18/01/10, o processo foi novamente submetido a julgamento, conforme acórdão da Primeira Câmara Julgadora, fls. 533/539.

Em face dessa decisão cameral, que, por maioria de votos, acolheu o pedido de exclusão dos solidários da lide e, quanto ao mérito, também por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o auto de infração, no valor de ICMS a recolher de R\$ 328.971,47, com aplicação do parágrafo único do art. 100 do CTN, a Representação Fazendária interpõe recurso ao Conselho Pleno (fls. 541/542), com os seguintes fundamentos:

(a) alega que, conforme se depreende do teor dos documentos de fls. 467 a 472, os valores pagos a maior se referem a juros devidos mensalmente e a antecipação nos fatos geradores futuros, valores esses que, por sua natureza, jamais podem ser compensados com o ICMS exigido, até porque a compensação dos mesmos com “ajuste (estornar)” somente foi deferida mediante despacho de fls. 472, em data posterior ao início do procedimento fiscal;

(b) defende a reinclusão dos sujeitos passivos solidários, posto que eles foram incluídos na lide na condição de diretores da empresa, nos termos do artigo 45, inciso XII, do CTE;

A Fazenda Pública requer, ao final, a reforma do acórdão recorrido, para ser julgado procedente o auto de infração, com aplicação do parágrafo único do artigo 100 do CTN, e a reinclusão dos sujeitos passivos solidários.

Os sujeitos passivos foram devidamente intimados da decisão cameral e do recurso da fazenda pública, no entanto, apenas os solidários apresentaram contradita (fls. 551/554), com os seguintes fundamentos:

(a) defendem que como multa é penalidade por infração, a decisão que determinou a exclusão da penalidade reconheceu a inexistência de infração punível, conseqüentemente, inexistindo infração punível, inexistente a situação estabelecida no art. 45, inciso XII, do CTE, que se aplica quando o diretor, administrador ou gerente pratica ato contrário à legislação, ou que se omita quando deve agir;

(b) sustentam que a inexistência de infração punível à legislação tributária torna impossível a responsabilização pessoal dos gestores, visto que a

caracterização somente pode ocorrer quando tais gestores tiverem praticado algum ato contrário à legislação.

Ao final, os solidários requerem a manutenção da decisão cameral que os excluiu da lide, por não se configurar hipótese legal de solidariedade.

Por último, é apresentado o Memorial de fls. 559/568, no qual são reafirmados argumentos de defesa.

É o relatório.

DECISÃO

A autuação é referente a omissão de pagamento do ICMS normal em decorrência da adoção de procedimento irregular que consistiu em apurar a parcela correspondente ao FOMENTAR em valor superior ao estabelecido na legislação.

Visando aclarar a questão posta no processo, a Primeira Câmara Julgadora, mediante a Resolução n.º 285/2007, às fls. 451, converte o julgamento em diligência junto a Secretaria Executiva do Fomentar/Produzir da Secretaria de Indústria e Comércio para, dentre outros questionamentos, esclarecer como procedeu ao cálculo da média, prevista no art. 7º do Decreto 5.265/00.

Em decorrência da diligência, foram juntados aos autos documentos, dentre eles o Relatório de Auditoria (fls. 456 a 458), elaborado pela Delegacia Especial de Fiscalização de Substituição Tributária, que informa (fls. 457):

“O Relatório de auditoria nº 15/03 da Secretaria Executiva do PRODUIR demonstra, entre outras informações, o cálculo da média que seria base para medir o acréscimo da produção e a parte da saída que seria beneficiada pelo PRODUIR. A média apontada na auditoria no valor de R\$ 194.826,17 retrata apenas a média do ICMS apurado no período, não considerando a proporção da energia gerada pela CHESF em relação ao total da energia utilizada no processo de distribuição. (...) Em outubro de 2003, a empresa começou a usar o benefício. Podemos observar que a empresa utilizou da média apontada na auditoria, corrigindo-a pelo IGP-DI, como determina a lei e o TARE, para efetuar o cálculo da parte beneficiada, sem considerar a proporção da geração própria.” (destaque nosso)

Como se vê, o sujeito passivo utilizou a média indicada na auditoria elaborada por técnico da Secretaria da Fazenda e, em consequência, utilizou a parte beneficiada em valor superior ao estabelecido na legislação.

Dessa forma, é cabível a aplicação do parágrafo único do artigo 100 do CTN, conforme já concordou a Fazenda Pública. Cabe ressaltar que o dispositivo mais indicado para o caso em tela seria o artigo 130 do CTE, que assim dispõe:

“Art. 130. Nenhum procedimento intentar-se-á contra o sujeito passivo que agir de conformidade com instruções escritas de órgãos competentes da Secretaria da Fazenda, exceto quando se tratar de falta de pagamento de tributo.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, o pagamento far-se-á sem qualquer acréscimo, ainda que de caráter moratório.”

O sujeito passivo deverá ser notificado a efetuar o pagamento do ICMS sem quaisquer acréscimos no prazo de até dia 15 dias, conforme dispõe o artigo 34, II, “f”, da Lei nº 16.469/09:

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

(...)

II - 15 (quinze) dias contados da intimação:

(...)

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

Passado o prazo de 15 (quinze) dias sem que o sujeito passivo tenha efetuado o pagamento do imposto, deve incidir os acréscimos legais previstos nos artigos 167, 168 e 169, II, do CTE:

“Art. 167. O tributo não pago no vencimento é acrescido de juros de mora, não capitalizáveis, equivalentes à taxa de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, calculados sobre o valor atualizado do tributo, desde a data do vencimento da obrigação tributária até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor, dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

(...)

Art. 168. O tributo não pago no vencimento deve ser atualizado monetariamente em função da variação do poder aquisitivo da moeda.

(...)

Art. 169. Antes de qualquer procedimento fiscal, os contribuintes e demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias poderão procurar a repartição fazendária competente para, espontaneamente:

(...)

II - pagar, fora do prazo legal, o tributo devido, acrescido de multa apenas de caráter moratório equivalente a 2% (dois por cento) ao mês, pro rata die, até o limite de 6% (seis por cento).”

Quanto ao abatimento do ICMS realizado pela câmara, entendo não ser possível. Pois não há como compensar o valor do ICMS relativo ao PRODUZIR, parte beneficiada, com o valor do ICMS normal, que deve ser recolhido ao erário nos prazos estabelecidos na legislação. A autorização foi para compensar com a parte relativa ao PRODUZIR.

No tocante aos solidários, a decisão cameral que os excluiu do polo passivo deve ser mantida, pois os diretores da autuada não deram causa à falta de pagamento do imposto, tendo em vista que o sujeito passivo recolheu o tributo em conformidade com orientação escrita emanada de órgão competente da Secretaria da Fazenda (do Estado).

Diante do exposto, conheço do Recurso da Fazenda Pública, dou-lhe parcial provimento, para reformar a decisão cameral e julgar procedente o auto de infração, mantendo a aplicação do parágrafo único do artigo 100 do CTN e também a exclusão dos sujeitos passivos solidários da lide, devendo o sujeito passivo ser intimado a pagar o imposto devido no prazo de até 15 (quinze) dias, sob pena de não o fazendo incidir sobre o imposto exigido os acréscimos previstos nos artigos 167, 168 e 169, II, do Código Tributário Estadual.

Sala das sessões plenárias, em 22 de novembro de 2012.

AUDITORIA DA CONTA FORNECEDORES

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

Matéria: AUDITORIA DA CONTA FORNECEDORES - Saldo credor escriturado em montante superior ao apurado na respectiva conta (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00178/12

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - DILIGÊNCIA. Pedido de diligência requerido pelo sujeito passivo. Rejeitado. Decisão unânime.

1. Não apresentando o sujeito passivo elementos capazes de se contrapor às provas juntadas aos autos pelo autuante, o pedido de diligência, assim formulado, se apresenta com fins de procrastinação.

II - NULIDADES. Preliminares de nulidade, arguidas pelo sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa, e por insegurança na determinação da infração. Rejeitadas por unanimidade.

1. Fica afastada a hipótese de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, quando não comprovada, no curso da ação, a ocorrência dos incidentes formais que prejudicam a apreciação do mérito do ato administrativo;

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, parágrafo 3.º, da Lei 16.469/09).

III - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de registro de saídas de mercadorias, apurada em Auditoria da conta Fornecedores. Procedência. Decisão unânime.

1. Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao saldo credor fictício ou em montante superior ao comprovado, na escrita contábil do contribuinte. (artigo 25, 1º, inciso "II", 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 28 de abril de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Manoel Antônio Costa Filho. Também por unanimidade 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. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Manoel Antônio Costa Filho. 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 Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Manoel Antônio Costa Filho.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 10 de julho de 2009, o Fisco exige ICMS, multa e demais acréscimos da autuada, em virtude da omissão do pagamento do ICMS, na importância original de R\$ 2.100.469,89 (dois milhões, cem mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e oitenta e nove centavos), em razão da omissão de registro de operação de saída de mercadorias tributadas, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2008, na importância de R\$ 15.584.490,91 (quinze milhões, quinhentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e noventa reais e noventa e um centavos), caracterizado pela existência de saldo credor escriturado em montante superior ao apurado na conta fornecedores, no final do exercício analisado, conforme Auditoria da conta Fornecedores em anexo.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica os documentos de fls. 04/94, sendo: Auditoria da Conta Fornecedores e demonstrativos auxiliares; cópias do Balanço Patrimonial referente

aos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008; notificações; cópias do Contrato Social e alterações; ainda, cópias de notificações encaminhadas aos fornecedores do sujeito passivo e suas respostas.

Qualificou como responsável solidário o Senhor [...], na qualidade de sócio administrador.

Os autuantes, no Anexo Estruturado de fls. 04, após apresentarem o resumo das atividades do estabelecimento do sujeito passivo, relativas aos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008, destacaram:

“De acordo com os dados acima, o contribuinte vem sistematicamente gerando prejuízo nas suas atividades. Em 2008, o prejuízo acumulado totalizou R\$ 15.720.117,35 (quinze milhões, setecentos e vinte mil, cento e dezessete reais e trinta e cinco centavos), a conta fornecedores (em aberto) totalizou R\$ 17.284.085,12 (dezessete milhões, duzentos e oitenta e quatro mil, oitenta e cinco reais e doze centavos). Portanto, de acordo com valores constantes da escrita contábil do contribuinte, os seguidos prejuízos gerados pela autuada, foram financiados por seus fornecedores. Em condições normais de mercado esta situação é inadmissível, pois seus fornecedores, sem receber o que venderam suspenderiam o fornecimento de mercadorias. Diante da situação, notificamos a autuada a apresentar documentos e demonstrativos que comprovassem o saldo da conta fornecedores em 31/12/2008. A autuada não atendeu a notificação, deixando de apresentar a documentação nela exigida, portanto, não comprovou o saldo existente no Balanço Patrimonial levantado em 31/12/2008. O § 1º, do artigo 25, da Lei 11.651/91 estabelece que presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado em procedimento fiscal, correspondente ao saldo credor fictício.”

Informam, ainda, que notificaram parte dos fornecedores a informar o saldo existente em 31 de dezembro de 2008, de valores a receber da autuada, apresentando, no Anexo Estruturado, o resultado, o qual demonstra a discrepância entre os valores contidos na contabilidade e o informado pelos fornecedores.

Intimados, somente a autuada direta comparece aos autos, sendo lavrado o Termo de Revelia de fls. 99, em desfavor do responsável solidário.

No defensório de fls. 101/104, o sujeito passivo direto alega, preliminarmente, erro insanável no histórico do auto de infração, dizendo que a fiscalização de um determinado exercício, foi majorada com valores de exercícios diferentes.

Alega, ainda, que os exercícios de 2005 a 2007, já haviam sido objeto de fiscalização, oportunidade em que foram elaborados levantamentos de Auditoria de Prejuízo na Conta Mercadoria, que resultou na lavratura do Auto de Infração nº 4.0109024.774.89.

Também, que nos presente autos, a apuração de prejuízo na conta mercadoria ocorreu de forma errada, uma vez que foram desprezados os números

referentes aos estoques inicial e final das mercadorias, razão dos valores exorbitantes alcançados, totalmente incompatíveis com a realidade dos fatos.

Questiona a aplicação da forma qualificada do parágrafo 9º, inciso I, do artigo 71, do Código Tributário Estadual – CTE. Diz: *“Ora, o fisco está a exigir o pagamento de imposto, não há que se falar em cobrança na forma qualificada, vez que autuado, se devido, o imposto tem que ser pago, portanto, não resultou em falta de pagamento do mencionado ICMS. Poderia se aplicar a forma qualificada, por exemplo, na falta de registro de notas fiscais de aquisição, porque se aplicou apenas a penalidade formal, esta pode, perfeitamente, ser agravada pelo parágrafo 9º, do art. 71, do CTE.”*

Diz que elaborará levantamentos que serão, oportunamente, anexados ao processo. Junta os documentos de fls. 105/120.

Pugna, ao final, pela improcedência do lançamento.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões da defesa, não acolhe a preliminar arguida, e decide pela procedência do auto de infração, conforme a Sentença nº 8.597/09 - COJP, de fls. 122/124.

Enfatiza: *“A análise dos autos revela que os argumentos defensórios alegados não são suficientes para afastar a irregularidade detectada pelo fisco, não logrando a requerente apresentar nenhum elemento material capaz de sustentar suas argumentações, tampouco apontar e comprovar falhas ou incorreções nos levantamentos elaborados pela fiscalização que merecessem reparo na presente análise, devendo ser observado que os Autos de Infração mencionados pela defesa, dizem respeito a assunto totalmente diverso do discutido no presente processo, não havendo, portanto, que se falar em duplicidade de autuação, conforme quer fazer crer a impugnante.”*

Irresignado com a decisão singular, o sujeito passivo direto comparece novamente ao processo, apresentando Recurso Voluntário, defensivo de fls. 129/133, reiterando os argumentos e nulidades já expendidos anteriormente. Junta o relatório de fls. 136/156, denominado “Relação de Notas Fiscais Período de outubro a dezembro de 2008”. Pede a realização de diligências.

O responsável solidário apresenta, também, Recurso Voluntário, no qual manifesta adesão ao Recurso interposto pelo sujeito passivo direto.

A Terceira Câmara deste Conselho, decide, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade a partir da sentença singular, arguida pelo Conselheiro Relator, por cerceamento do direito de defesa, devendo o processo retornar à Primeira Instância para ser prolatada nova sentença.

As razões para a referida nulidade respaldaram-se no fato de que o julgador singular, despercebidamente, abordou somente a questão relativa a saída de mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, abstenendo-se de

fazer qualquer referência à omissão de saída de mercadorias não tributadas, também constada na auditoria e detalhadas no auto de infração.

O sujeito passivo direto e o responsável solidário manifestam, novamente, nos autos, defensórios de fls. 169/170 e 171, reiterando os argumentos já expendidos anteriormente, em especial, o pedido de conversão do julgamento em diligência para revisão dos trabalhos realizados. Protestam pela juntada aos presentes autos, dos processos de números 4.0109024.774.89 e 4.0109024.849.30.

Exara-se nova Sentença, fls. 178/181, na qual o julgador rejeita as preliminares de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração, e por cerceamento do direito de defesa. No mérito, após destacar os valores relacionados com as mercadorias tributadas, bem como as não tributadas, decide pela procedência do auto de infração.

Intimado, via edital, o responsável solidário não mais comparece ao processo, sendo lavrado o Termo de Perempção de fls. 188.

O sujeito passivo direto interpõe Recurso Voluntário, defensório de fls. 191/195, no qual reitera e ratifica todos os argumentos já destacados nas fases anteriores. Apresenta, genericamente, preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, bem como por cerceamento do direito de defesa.

No mérito, alega: *“O saldo devedor na conta fornecedores ao final do exercício não implica dizer tratar-se de saldo fictício. O levantamento efetuado pela fiscalização está na obrigação de apurar se a empresa deve ou não deve tais importâncias aos fornecedores. Seria concebível que a empresa chegasse ao final do exercício sem nenhum saldo devedor? Especialmente em se tratando de uma firma que a fiscalização tinha conhecimento dos prejuízos ocorridos nos anos anteriores e que de teimosa procurava obter melhor sorte nas suas operações, o que não aconteceu. A fiscalização não efetuou o levantamento correspondente, simplesmente considerou tal saldo como fictício e lavrou o auto de infração.”*

Pede, novamente, a realização de diligência, bem como a anexação dos processos nºs 4.0109024.774.89 e 4.0109024.849.30.

Requer a confirmação da improcedência do auto de infração.

Este é o relatório.

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

Em prefação, mister apreciar o pedido de diligência. Em consenso unânime, votei pela sua rejeição. Há que se observar que o lançamento ocorreu em julho de 2009, e passados quase dois anos, o sujeito passivo nada trouxe ao

processo para qualificar suas alegações. Assim, entendo por despciendo o pedido de diligência.

A acusação contida no auto é claríssima.

A fiscalização, partindo do valor contido no Balanço Patrimonial levantado pelo sujeito passivo em 31 de dezembro de 2008, obteve o valor relacionado com a Conta "Fornecedores em Aberto", que indicava a importância de R\$ 17.284.085,12 (dezesete milhões, duzentos e oitenta e quatro mil, oitenta e cinco reais e doze centavos), e notificou o sujeito passivo, por três vezes, a apresentar os documentos que comprovassem o referido saldo – Notificações de fls. 13, 15, e 17, não sendo atendida.

Ato contínuo, buscando certificar-se da veracidade dos valores contidos na referida Conta, notificou diversos fornecedores que constavam como credores do sujeito passivo, a informarem os valores que tinham a receber em 31 de dezembro de 2008, relativo às transações comerciais realizadas com o mesmo. As notificações e as correspondentes respostas encontram-se nos autos às fls. 59/94.

Após, a fiscalização destacou, no Anexo Estruturado de fls. 04, as discrepâncias existentes entre os valores informados como a receber, pelos fornecedores, e os valores constantes do Balanço Patrimonial de 31 de dezembro de 2008, da autuada.

Somente a título exemplificativo, a empresa [...], informou que tinha a receber da autuada o valor de R\$ 5.908,70 (cinco mil, novecentos e oito reais e setenta centavos). Já o valor constante do Balanço Patrimonial indicava a importância de R\$ 2.267.435,63 (dois milhões, duzentos e sessenta e sete mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e sessenta e três centavos). Discrepância absurda.

Outrossim, o único documento apresentado pelo sujeito passivo, e que contém dados relacionados com fornecedores, é o demonstrativo de fls. 137/156, que, entretanto, não traz elementos capazes de qualificá-lo como apto a determinar diligência na auditoria realizada.

Destaco, ainda, que os autos de infração referenciados pelo sujeito passivo e que, na sua opinião, indicariam duplicidade de lançamento, tratam de matéria diversa da contida neste processo, razão pela qual não possuem qualquer influência no presente lançamento. Juntou-se ao processo extratos dos referidos autos de infração, bem como das decisões camerais prolatadas nos mesmos, fls. 198/210.

Com as razões em relevo, rejeito o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo.

NULIDADES

O sujeito passivo argui, de forma genérica, preliminares de nulidade da peça básica por: (i) cerceamento do direito de defesa; (b) insegurança na determinação da infração.

Rejeito ambas, em decisão unânime.

O sujeito passivo alega que, caso não seja acatado o pedido de diligência, para fins de certificação da regularidade do saldo credor da Conta Fornecedores, estar-se-ia configurado o cerceamento do direito de defesa.

As razões apresentadas no tópico anterior, relacionadas com a diligência requerida, exaure a questão. Vê-se que o sujeito passivo não apresentou elementos capazes de qualificar a realização da revisão pleiteada, razão pela qual inexistente qualquer cerceamento do direito de defesa.

Quanto à insegurança na determinação da infração, a atuada não logrou indicar a sua motivação.

Portanto, no aspecto formal, o lançamento tributário atendeu a todos os requisitos previstos no artigo 142, do Código Tributário Nacional, e, em especial, ao artigo 8º, da Lei nº 16.469/2009. Sendo assim, não existem nos autos prova, por mais elementar que seja, de nenhuma das possíveis nulidades descritas pelo artigo 20 da referida Lei.

Dessa forma, não acolho as questões supostamente prejudiciais, suscitadas pelo sujeito passivo.

QUESTÃO MERITÓRIA

Suplantadas as questões acima relacionadas, suscitadas pelo sujeito passivo, e adentrando no mérito do lançamento, não vejo como recepcionar favoravelmente as razões trazidas pela recorrente, por considerar que os argumentos por ela 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 recorrente omitiu o registro de operação de saída de mercadorias tributadas, caracterizado pela existência de saldo credor escriturado em montante superior ao apurado na Conta Fornecedores. Verifiquei todo o trabalho contido na auditoria, os demonstrativos juntados ao processo, a descrição do fato suporte da fundamentação legal, e vislumbrei, objetivamente, irregularidade nos procedimentos realizados pela atuada.

Os argumentos, apresentados pela recorrente, em especial: (i) o de que a auditoria em questão estaria em duplicidade com outros dois autos de infração

lavrados em seu desfavor, não se sustenta, pelas razões já declinadas em linhas volvidas; (ii) o de que o saldo credor na conta fornecedores ao final do exercício não implica dizer tratar-se de saldo fictício, é verdadeiro. Entretanto, há que se destacar que saldo credor fictício ou em montante superior ao comprovado na escrita fiscal, presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada.

A previsão legal da Auditoria da Conta Fornecedores está definida no artigo 25, § 1º, inciso II, do Código Tributário Estadual, que estabelece:

“Art. 58. 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:

[...]

§ 1.º. Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

[...]

II – ao saldo credor fictício ou em montante superior ao comprovado, em sua escrita contábil”

Assim, estabelece o Manual de Procedimentos Fiscais, editado pela Administração Fazendária que, quando o saldo credor constante do Balanço Patrimonial for superior ao saldo constatado pela fiscalização, em procedimento tecnicamente correto, está comprovado a existência de passivo fictício e, por presunção legal, a ocorrência do fato gerador do ICMS, por omissão de registro de mercadorias - saídas, no período compreendido pelo exercício financeiro a que se refere o saldo da conta analisada.

Pacífico é o entendimento, em reiterados julgados desta Casa, que o saldo credor fictício da Conta Fornecedores, apurado por meio de auditoria fiscal, não contestado de maneira eficaz pelo sujeito passivo, configura omissão de registro de mercadorias tributadas, ocorrida durante o exercício financeiro a que se refere o Balanço Patrimonial, cujo saldo foi analisado.

Destaque-se, por necessário, o zelo e cuidados despendidos pelos autuantes, que, para fundamentarem o trabalho realizado, notificaram os fornecedores do sujeito passivo para informarem os valores a receber da autuada na data de 31 de dezembro de 2008, elementos que corroboram o acerto da auditoria realizada.

Nesse diapasão, meu entendimento, comum com a unanimidade dos meus pares, é pela manutenção da peça exordial, considerando-se que no caso em julgamento, a recorrente não logrou comprovar a correção integral do saldo da conta Fornecedores contido no seu Balanço Patrimonial.

Pelo exposto, em consenso unânime, rejeito o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Por unanimidade, rejeito, também, as preliminares de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, e por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, estando corretamente tipificada a infração, voto, de forma unânime, para conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para manter a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 26 de janeiro de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA DA CONTA FORNECEDORES - Saldo credor escriturado em montante superior ao apurado na respectiva conta (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02360/12

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada através de auditoria do saldo da conta fornecedores. Procedência. Decisão unânime.

Restando provado que o saldo de fornecedores informado no balanço patrimonial da empresa não reflete a realidade dos fatos, sendo fictício, resta configurada presunção legal de omissão de saída de mercadoria tributada.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 03 de setembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo a primeira, por insegurança na determinação da infração e, a segunda, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor 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 Luis Antônio da Silva Costa, Aldeci de Souza Flor e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

Acusação é de que houve omissão de saída de mercadoria tributada, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, na importância de R\$ 6.113.424,12 (seis milhões cento e treze mil quatrocentos e vinte e quatro reais e doze centavos) que restou caracterizada por apuração de existência de saldo credor fictício na conta fornecedores, no final do exercício analisado. Em consequência, deverá pagar o ICMS a importância de R\$ 611.342,41 (seiscentos e onze mil trezentos e quarenta e dois reais e quarenta e um centavos), juntamente como penalidade e acréscimos legais.

Foi anexado aos autos documento denominado ANEXO ESTRUTURADO – DESCRITIVO COMPLEMENTAR DA OCORRÊNCIA (fls. 4), onde se esclarece o motivo da lavratura do presente auto, dado o fato de que anulação de auto anteriormente lavrado e que foi anulado por insegurança na determinação da infração.

Foram colocados na lide como solidários [...] e [...], na qualidade de sócios administradores (fls. 5 e 6).

Houve anexação de cópias do contrato social da empresa bem como alterações posteriores (fls. 7/13), Demonstrativos da Auditoria da Conta Fornecedores (fls. 14), cálculo da proporção de mercadorias tributadas (fls. 15/17), Notificações feitas aos solidários para apresentação de documentos fiscais (fls. 18/30), AR remetido ao solidário e sócio para sujeito passivo (fls. 19), Declarações de fornecedores da empresa em relação aos valores devidos pelo autuado (fls. 31/37), cópias do livro diário onde está o balanço da empresa (fls.39/67).

Como a empresa estava com seu cadastro suspenso, houve correta intimação de seus sócios administradores em relação ao trabalho fiscal (fls. 69, 71, 73 e 75).

Mediante comprovado silêncio das partes, houve a lavratura de Termo de Revelia de cada um deles (fls. 76).

Houve nova intimação dos sócios [...] (fls. 78 e 83), [...] (fls. 81). Após novo silêncio do sócio [...], foi lavrado o respectivo Termo de Perempção em relação ao mesmo (fls.85).

Nesse momento, houve apresentação de peça por parte do solidário [...] (fls. 88/91).

Inicialmente, através dela se fez questionamento em relação aos patamares das multas que lhe são imputadas, seria um caso de confisco, que seria afronta ao princípio constitucional da vedação ao confisco. Foi alegada quebra ao princípio da impessoalidade, contida no artigo 37 da Constituição Federal. Também foi alegada ausência de prova da irregularidade apontada na exordial. Houve referência à autuação que se refere a transporte de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Haveria, de forma implícita, uma arguição de insegurança na determinação da infração.

Também foi informado que houve arresto de mercadorias para quitação de dívidas da empresa, seria caso não de venda, mas de fato sem significado no aspecto tributário.

Ao final se argüi cerceamento ao direito de defesa, pelo fato de que as provas carreadas aos autos seriam totalmente inconsistentes.

É o relatório.

DECISÃO

Em relação às preliminares rejeito cada uma delas. Quanto à insegurança, sua arguição teria sido implícita; porém, entendo que não resta configurada. Nada há nos autos que comprove esse vício. O trabalho foi claro ao apontar a irregularidade detectada pelo fisco, as provas apontam na mesma direção, havendo clara sintonia entre a acusação e conjunto probatório anexado.

Sobre o fundamento do cerceamento ao direito de defesa, também entendo que não tem sustentação. As provas carreadas são absolutamente consistentes para sustentar a acusação nos moldes em que foi encetada. O valor do saldo de fornecedores do balanço patrimonial foi informado pelo próprio sujeito passivo, portanto a referência do trabalho foi dada pela própria empresa. Corroborando a credibilidade do trabalho, ou seja, comprovando que de fato houve a caracterização de passivo fictício, foi anexado pelo fiscal declaração de pelo menos 3 (três) fornecedores da empresa autuada, atestando que inexistente qualquer débito com essas empresas (fls. 32, 34,35 e 37).

Além desse fato, resta claro que foi oportunizado ao sujeito passivo oferecer prova de seu saldo de fornecedores (fls. 27/28), oportunidades que foram desprezadas, mediante silêncio do mesmo, deixando implícito que a presunção do fisco é verdadeira, e também desfavorável à empresa.

Quanto ao mérito, entendo que a inércia da empresa, bem como a inconsistência dos argumentos apresentados pelo solidário [...] nos levam à convicção de que o trabalho é correto, e traduz a realidade vivida pela empresa. Deve ser destacado que houve oportunidade para comprovação de equívocos que pudessem ter ocorrido quando da realização da fiscalização, e isso não ocorreu.

A manifestação apresentada chegou a ser esdrúxula, pois fez referência à irregularidade que seria transporte de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, realidade totalmente diversa da apontada na exordial.

Sobre a alegação de que a exigência da multa seria confiscatória, entendo que é matéria estranha à esfera administrativa, pois a norma aplicada ao caso concreto, pelo auditor que realizou o trabalho fiscal, foi a expressa previsão contida na Lei 11.651/91, o nosso Código Tributário Estadual. Portanto, o princípio da legalidade foi observado por autoridade investida da competência para realizar o trabalho ora apreciado por esse conselho.

A informação de saldo credor fictício restou comprovada, e cabe ressaltar que a empresa foi autuada através de outro auto (4 01.09.032859.40), que foi anulado por insegurança na determinação da infração, justamente pelo fato de que a empresa detinha escrita contábil. Pois, de acordo com a boa técnica fiscal, não seria possível a apuração de omissão de saídas de mercadorias tributadas com base em auditoria do movimento financeiro, que foi a natureza daquela ação fiscal, se a empresa mantivesse escrituração contábil.

Diante de tudo o que foi exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento, para julgar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 08 de outubro de 2012.

AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES

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

Matéria: AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES - Omissão de registro de saída de mercadoria tributada (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01712/12

Relator: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: Processual

I - Preliminar. Recurso de decisão cameral unânime. Preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, a primeira por cerceamento ao direito de defesa, a segunda por insegurança na determinação da infração. Inadmissibilidade. Decisão unânime.

Devem ser liminarmente inadmitidos pelo Conselho Pleno os recursos de decisão cameral unânime, quando não for cumprida a exigência de um dos requisitos previstos no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09.

II - Preliminar de reinclusão na lide dos solidários. Acolhida. Decisão por maioria.

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).

ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Omissão de registro de saída de mercadoria. Saldo credor na conta caixa. Auditoria das Disponibilidades. Procedência. Decisão unânime.

I - O trabalho de auditoria fiscal baseado na auditoria das disponibilidades, realizado a partir dos dados constantes dos documentos e livros fiscais e contábeis do sujeito passivo, não consiste no arbitramento da base de cálculo do ICMS, mas visa tão somente a verificação da ocorrência de saldos credores e suprimentos ilegais, os quais, por presunção legal, são considerados

como decorrentes da venda de mercadoria à margem do controle fiscal.

II - Por presunção legal, o valor correspondente ao saldo credor na conta caixa, ao saldo credor fictício e ao suprimento de caixa sem a devida comprovação é considerado como decorrente da venda de mercadoria tributada sem a adoção dos controles formais estabelecidos e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido, conforme previsto no art. 25, § 1º, I, II e III, do CTE.

III - É obrigação do contribuinte do ICMS registrar em livros próprios as operações, tanto de entradas quanto de saídas, que promover. Constatando-se omissão do registro de saídas de mercadorias, por meio de levantamento fiscal próprio, é correta a exigência do imposto correspondente à omissão praticada, com vistas a resguardar o interesse da Fazenda Pública Estadual.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 02 de fevereiro de 2012, decidiu, acolher a preliminar de inadmissibilidade, arguida pelo Conselheiro Relator, em relação a preliminar de cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor e José Pereira D'abadia. Também, por votação unânime, acolher a preliminar de inadmissibilidade, arguida pelo Conselheiro Relator, em relação a preliminar de insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor e José Pereira D'abadia. Por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reincluir na lide os solidários. Foram vencedores os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Victor Augusto de Faria Morato, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu o voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz, Delcídes de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, ainda, 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 Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo

Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Consta, no auto de infração, que o sujeito passivo omitiu o registro de operação de saída de mercadoria, na importância de R\$ 1.966.597,46, no período de janeiro a dezembro de 2006, caracterizado pela ocorrência de saldo credor na conta caixa, apurado mediante o exame da movimentação de numerário (caixa geral, contas-correntes bancárias e aplicações financeiras de curto prazo), por meio da Auditoria das Disponibilidades, devendo, em consequência, recolher o ICMS no valor de R\$ 197.038,62.

Foram incluídos como solidários, com fundamento no art. 45, X e XII, do CTE, [...] e [...].

A autoridade lançadora indicou como infringidas as disposições dos artigos 25, § 1º, I, e § 2º, e 64 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91) e 141 do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97). Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, VII, “L”, e § 9º, I, do CTE.

O auto de infração, lavrado em 20.06.07, está instruído com: notas explicativas elaboradas pelos autuantes; cópia do contrato social e suas alterações; Ordem de Serviço e notificação fiscal; Transcrição dos desembolsos identificados nos extratos bancários; Demonstrativos da Auditoria das Disponibilidades do exercício em questão (Análise/Conclusão, Reconstituição do Caixa, Desembolsos não contabilizados, Ingressos Contabilizados, Desembolsos Contabilizados); Demonstrativos do Cálculo da Proporcionalidade das mercadorias tributadas; transcrição dos pagamentos de ICMS não contabilizados; cópias dos extratos bancários; cópia do Livro Razão; Demonstração do Resultado do exercício e Balanço Patrimonial. Também foram juntadas cópias dos ofícios de solicitação de informações às agências bancárias sobre a existência de contas mantidas pelo sujeito passivo.

Não concordando com a decisão singular que confirmou a exigência fiscal, o sujeito passivo e os solidários apresentam recurso, argumentando o seguinte:

Inexistência de responsabilidade dos solidários, pois não ficou demonstrado o motivo da atribuição da solidariedade aos recorrentes. Especificamente com relação a [...], entendem que não existe solidariedade, por inexistência de dispositivo legal que imponha vínculo de solidariedade à empresa cessionária de patrimônio de empresa cindida. Asseguram que na data da ocorrência da operação societária não haviam débitos constituídos, mas, mesmo que houvesse, a solidariedade não poderia ser pelo total do débito, mas tão somente até o total do patrimônio que lhe foi transferido. Nenhum dos sócios

cometeu infração, e apenas o sócio [...] exercia a função de administrador da sociedade. Pede, assim, a exclusão dos solidários da lide;

Cerceamento do direito de defesa – o julgador singular considerou correto o trabalho fiscal, sem determinar a realização de diligência para novo procedimento de auditoria, por terceiro estranho à lide, mesmo diante da demonstração de que a movimentação bancária do sujeito passivo é inferior ao valor escriturado e que, portanto, não poderia ser positivo o saldo resultante da diferença entre o saldo das disponibilidades escriturado e o saldo reconstituído no final do período analisado;

Inexistência dos fatos motivadores do arbitramento – pelo “caput” do art. 25 e seu parágrafo primeiro, a base de cálculo do imposto só poderá ser arbitrada pela autoridade fiscal caso “não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou terceiro legalmente obrigado”. Isso é o que dispõe o art. 148 do CTN. No entanto, sem qualquer fundamento que ensejasse a ausência de fé nas declarações da empresa, a autoridade fiscal arbitrou base de cálculo fictícia, indo de encontro ao CTN e à legislação local;

Inusitada interpretação das contas bancárias e documentos da impugnante - da leitura da documentação que instrui o processo, verifica-se que a empresa movimentou valores inferiores aos declarados ao Estado. Isso porque ocorre a declaração de operação existente, sobre a qual é recolhido o ICMS correspondente, mas não há movimentação na conta da empresa, pois o débito é quitado com crédito que a empresa possui junto a outra pessoa jurídica. Essas operações são legais e delas resultam a movimentação bancária inferior à registrada para pagamento de tributo. Por isso não cabe a aplicação dos artigos 64 do CTE e 141 do RCTE, pois a empresa cumpriu suas obrigações à risca, a tal ponto que sua movimentação declarada foi superior à sua movimentação bancária;

A multa imputada é indevida tanto pela inexistência da infração quanto pela aplicação de penalidade mais específica, que impõe multa inferior. Dispõe o art. 71, I, “b”, do CTE a aplicação de multa de 60%, do valor do imposto, enquanto que a penalidade capitulada estabelece multa de 25%, do valor da operação. Também não é cabível a aplicação do § 9º, I, do mesmo artigo, pois a sua aplicação só é possível no caso da prática das irregularidades descritas nos incisos V e seguintes do “caput” do art. 71 do CTE;

Deve ser realizada de diligência para nova análise do trabalho fiscal, por fiscal estanho à lide, e declarada a improcedência do lançamento.

Posteriormente, novas razões de recurso e documentos foram juntados pelo sujeito passivo. Nessa oportunidade, alega que o trabalho da fiscalização é nulo, pois a auditoria do movimento financeiro tomou por base as datas das notas fiscais-faturas e não as datas dos pagamentos, que são as datas dos efetivos desembolsos. Alega que os documentos exibidos juntamente com seu recurso - cópia de algumas notas fiscais e os respectivos comprovantes de pagamento - demonstram que uma porção considerável das aquisições, à prazo, foram

computadas como desembolsos correspondentes a pagamentos à vista. Pede, assim, que seja realizada diligência para revisão do trabalho fiscal.

Foram juntadas as cópias dos documentos fiscais de aquisição, com os respectivos pagamentos, que, segundo a empresa, foram considerados nas datas das aquisições (notas fiscais) e não nas datas dos efetivos pagamentos que são as datas dos desembolsos.

O julgamento foi, então, convertido em diligência, com a solicitação de que a recorrente fosse intimada para apontar, para cada um dos processos, os números dos documentos fiscais cujas datas de pagamento alega terem sido lançadas com datas de desembolsos equivocadas, e, uma vez demonstrada a existência de falhas, que fosse refeita a Auditoria para os ajustes necessários.

O sujeito passivo foi intimado para apresentar os comprovantes das falhas alegadas, mas, de forma expressa, se recusou a atender à solicitação feita na Resolução Cameral.

O auditor fiscal designado para o trabalho de revisão devolve o processo com as seguintes considerações:

a empresa adota a conta “Caixa Geral” para efeito de lançamento a débito e crédito do fluxo monetário, não existindo a conta contábil “Banco Conta Movimento”, devendo, portanto, todo ingresso ou desembolso ser lançado contabilmente naquela conta;

O trabalho fiscal teve suporte nos extratos bancários da C/C do Banco do Brasil e da C/C da Caixa Econômica Federal, cujos desembolsos, efetuados através dessas contas, e respectivas despesas bancárias, não foram contabilizados pela empresa, contrariamente ao que alega a recorrente quando afirma que a fiscalização teria tomado por base a data das notas fiscais/faturas e não a data dos desembolsos;

A recorrente não contabilizou, de forma propositada, toda a sua movimentação bancária, em razão de o seu caixa escritural ser insuficiente; se o fizesse, teria ocorrido em sua escrita o fenômeno denominado “estouro de caixa”, que foi exatamente o que ocorreu com a “reconstituição do fluxo monetário” na Auditoria das disponibilidades realizada pelo Fisco;

Das notas fiscais de entradas, com os respectivos comprovantes de pagamentos juntados pela recorrente, apenas as quatro primeiras correspondem a entradas individuais; as demais são apenas cópias dessas mesmas notas fiscais;

Os desembolsos referentes a essas 4 notas fiscais estão devidamente contabilizados; por conseguinte, não estão relacionados na planilha “Desembolsos Não Contabilizados” da Auditoria das Disponibilidades do Exercício de 2003;

Toda a documentação apresentada à fiscalização, por ocasião do trabalho inicial, foi cuidadosamente analisada e confrontada com os desembolsos dos

extratos bancários e com os valores contabilizados a crédito no Livro Diário da empresa;

O sujeito passivo foi notificado para apontar, para cada um dos processos, os números dos documentos fiscais cujas datas de pagamento foram lançadas com datas de desembolsos equivocadas, conforme determinado na Resolução, mas se negou a apresentar os documentos e os apontamentos requisitados.

O sujeito passivo se recusou a fornecer as informações solicitadas, conforme correspondência enviada à fiscalização, na qual ele argumenta o seguinte:

Os documentos que comprovam as falhas cometidas no trabalho de auditoria fiscal já foram apresentados;

Todos os documentos foram colocados à disposição da administração fazendária no momento em que se iniciou o procedimento de fiscalização; portanto, todos os documentos estiveram em poder da fiscalização;

A diligência não tem o objetivo de iniciar novo procedimento de fiscalização, mas, sim, de verificar a existência de erros na que foi realizada;

Verificada a existência de erros, resta caracterizada a insegurança na determinação da infração, que é causa de nulidade nos termos do art. 20, IV, do CTE;

A diligência consiste em perícia, no âmbito do processo administrativo, para verificação dos fatos apontados pelo contribuinte.

O sujeito passivo foi intimado para tomar conhecimento da manifestação do revisor, mas se manifestou em apenas em um dos processos pautados para apreciação conjunta. As suas alegações são, basicamente, as mesmas apresentadas ao revisor.

Decisão cameral de fls. 752 rejeitou, por unanimidade, as preliminares de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa.

Inconformada, a Fazenda Pública apresenta recurso ao Conselho Pleno, solicitando a reforma da decisão cameral em relação à exclusão dos solidários, para que os mesmos sejam reincluídos na lide. Apresenta argumentos fáticos e fundamentos jurídicos (fls. 763/764).

O sujeito passivo apresenta recurso ao Conselho Pleno e contradita ao recurso fazendário. Solicita a manutenção da decisão cameral que excluiu da lide os solidários. Quanto ao mérito, pede a reforma da decisão cameral para julgar improcedente o auto de infração. Repete todos os argumentos e fundamentos já expendidos em fases anteriores (fls. 772/778).

Este é o relatório, que passo a decidir.

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, quanto as preliminares de nulidade por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo, tendo em vista o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09.

Rejeito-as.

De fato, a decisão recorrida foi tomada, na fase cameral, por unanimidade de votos e não estando comprovada divergência jurisprudencial, contrariedade a disposição expressa na Legislação Tributária Estadual ou prova incontestante 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:

I – [omissis]

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 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.

§ 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 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.”

Quanto ao pedido da Fazenda Pública, de reinclusão na lide dos solidários [...] e [...], acato- o.

Essa irregularidade não ocorreria sem a participação dos sócios administradores 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 citados devem ser mantidos (reincluídos) na lide.

O pedido feito pela autuada de declaração de inconstitucionalidade da multa aplicada e a sua conseqüente inaplicação não pode ser aplicada, porque este Conselho está adstrito ao princípio da legalidade e o §4º do art. 6º da Lei nº 16.469/09 determina que não podem haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.

No mérito, entendo, também, que o trabalho fiscal deve ser confirmado, nos termos da fundamentação do voto cameral, cuja parte do acórdão que trata do assunto, transcrevo a seguir:

"O lançamento de crédito tributário ora analisado, por omissão do registro de saídas de mercadorias, tem por base a Auditoria das Disponibilidades, da qual a fiscalização concluiu, mediante reconstituição do fluxo de numerário, que, no período em referência, a empresa manteve saldo credor na conta "Caixa", no valor apontado no auto de infração. Por presunção legal, o saldo credor na conta "Caixa, o saldo credor fictício ou em montante superior ao comprovado, e o suprimento de

caixa sem a devida comprovação de sua origem é considerado proveniente da venda de mercadoria tributada sem a emissão de documento fiscal, com fundamento na previsão do art. 25, § 1º, do Código Tributário Estadual – CTE, que, especificamente em seus incisos I a IV, assim 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:

[...]

§ 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;”

É oportuno destacar que o sujeito passivo admite a prática da infração então apurada, quando afirma que: “da leitura da documentação que instrui o processo, a empresa movimentou valores inferiores aos declarados ao Estado. Isso porque ocorre a declaração de operação existente, sobre a qual é recolhido o ICMS correspondente, mas não há movimentação na conta da empresa, pois o débito é quitado com crédito que a empresa possui junto a outra pessoa jurídica. Essas operações são legais e delas resultam na movimentação bancária inferior à registrada para pagamento de tributo”.

Além dessa declaração do sujeito passivo, que é uma verdadeira confissão da prática da infração motivadora do lançamento, tem-se como frustrada a sua tentativa de demonstrar falhas no trabalho da fiscalização. Sobre essa questão, observa-se que as notas fiscais apresentadas referem-se apenas aos exercícios de 2003 e 2006, e dentre elas apenas a Nota Fiscal de nº 56707,

referente a 2003, apresenta, na cópia juntada aos autos, a data de pagamento em data divergente do correspondente desembolso considerado pela fiscalização.

Cumpra esclarecer que o sujeito passivo foi intimado para apresentar os seus livros e documentos fiscais para o trabalho de revisão, mas se recusou a fazê-lo, embora tenha sido destacado na própria Resolução Cameral que o trabalho fiscal permaneceria apto para fundamentar os lançamentos de crédito tributário ora analisados, caso não fossem apontadas as falhas alegadas.

Ainda sobre essa questão, é conveniente destacar alguns pontos da manifestação do revisor, que, inclusive, já foram apontados no relatório:

A empresa adota a conta “Caixa Geral” para efeito de lançamento a débito e crédito do fluxo monetário, não existindo a conta contábil “Banco Conta Movimento”, devendo, portando, todo ingresso ou desembolso ser lançado contabilmente naquela conta;

O trabalho fiscal teve suporte nos extratos bancários da C/C do Banco do Brasil e da C/C da Caixa Econômica Federal, cujos desembolsos, efetuados através dessas contas, e respectivas despesas bancárias não foram contabilizadas pela empresa, contrariamente ao que alega a recorrente quando afirma que a fiscalização teria tomado por base a data das notas fiscais faturas e não a data dos desembolsos;

A recorrente não contabilizou, de forma propositada, toda a sua movimentação bancária, em razão de o seu caixa escritural ser insuficiente; se o fizesse, teria ocorrido, em sua escrita, o fenômeno denominado “estouro de caixa”, que foi exatamente o que se verificou com a “reconstituição do fluxo monetário” na Auditoria das Disponibilidades realizada pelo Fisco;

Das notas fiscais de entradas com os respectivos comprovantes de pagamentos juntados pela recorrente apenas as quatro primeiras correspondem a entradas individuais; as demais são apenas cópias dessas mesmas notas fiscais;

Os desembolsos referentes a essas 4 notas fiscais estão devidamente contabilizados; por conseguinte, não estão relacionados na planilha “Desembolsos Não Contabilizados” da Auditoria das Disponibilidades do Exercício de 2003;

Toda a documentação apresentada à fiscalização, por ocasião do trabalho inicial, foi cuidadosamente analisada e confrontada com os desembolsos dos extratos bancários e com os valores contabilizados a crédito no Livro Diário da empresa.

(...) Assim, por tudo que foi exposto, considerando que há amparo legal para a cobrança do crédito tributário de que trata o auto de infração, que a penalidade proposta pela autoridade lançadora está em consonância com a infração motivadora do lançamento, e que, sob o aspecto material, o trabalho da fiscalização não foi objetivamente contestado, deve prevalecer integralmente a exigência inicial.”

Assim sendo, arguo e acolho a preliminar de inadmissibilidade em relação às preliminares de nulidade do auto de infração, arguidas pelo sujeito passivo, sendo, a primeira, por cerceamento ao direito de defesa e, a segunda, insegurança na determinação da infração.

Conheço do recurso da Fazenda Pública, dou-lhe provimento, para reincluir na lide os solidários.

No mérito, conheço do recurso do contribuinte, nego-lhe provimento, para manter a decisão cameral que julgou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 07 de agosto de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES - Omissão de registro de saída de mercadoria tributadas, isentas e não tributadas (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01910/12

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: Processual. Pedido de diligência feito pela atuada. Rejeição. Decisão unânime. Preliminares de nulidade da peça básica. Cerceamento do direito de defesa. Insegurança na determinação da infração. Arguição pela defesa. Rejeição. Decisão unânime. Preliminar de exclusão da lide de solidários. Arguição pela atuada. Acolhimento. Decisão não unânime. Mérito. ICMS. Obrigação principal. Omissão de registro de saída de mercadoria tributada. Auditoria das Disponibilidades. Procedência parcial. Decisão unânime.

I - Indefere-se o pedido de diligência formulado pela atuada, estando o processo pronto para julgamento, podendo-se decidir as questões nele tratadas, sendo desnecessário este procedimento;

II - Rejeita-se a preliminar de nulidade da peça básica, por cerceamento do direito de defesa, não existindo nos autos nenhum óbice ao pleno exercício do direito de defesa;

III - Não se acolhe a arguição de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, estando a irregularidade fiscal claramente relatada e o auto de infração devidamente instruído;

IV - Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao saldo das disponibilidades existentes ou das constantes do

balanço da empresa que exceder ao saldo reconstituído, na mesma data; (CTE, art. 25, § 1º, VII);

V - 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. (CTE, art. 25, § 2º);

VI - O contribuinte do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária, relacionadas com o ICMS, devem emitir documento fiscal, em conformidade com a operação ou prestação que realizarem. (RCTE, art. 141);

VII - Declara-se procedente em parte o auto de infração, trazendo o sujeito passivo documento (prova) que impõe a redução de parte da omissão nele denunciada.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 07 de julho de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência feito pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca. Também por votação unânime, 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. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca. E, por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários [...] e [...], arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca. Vencido o Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes. 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 no valor de ICMS a recolher R\$ 7.922,46 (sete mil, novecentos e vinte e dois reais e quarenta e seis centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca

RELATÓRIO

Em 19 de junho de 2009, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 8.195,75 (oito mil, cento e noventa e cinco reais e setenta e cinco centavos), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, omitido o registro de saída de mercadorias tributadas na importância de R\$ 48.210,28 (quarenta e oito mil, duzentos e dez reais e vinte e oito centavos), apurada em Auditoria das Disponibilidades.

Consta no corpo do auto de infração a observação de que a documentação comprobatória encontra-se no Auto de Infração nº 4.01.09022.487.06.

Dados como infringidos os arts. 25, § 1º, VII, da Lei nº 11.651/91 c/c o art. 141 do Decreto nº 4.852/97. Proposta a penalidade prevista no art. 71, VII, "I", da Lei nº 11.651/91, agravada pelo § 9º, I, do mesmo artigo e diploma legal.

Identificadas como sujeito passivo solidário as pessoas físicas [...] e [...], na condição de administradores da firma atuada (fls. 5 e 6).

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da atuada, tendo sido anexados à peça básica Nota Explicativa (fl. 4), demonstrativos da Auditoria das Disponibilidades e demonstrativos auxiliares (fls. 7 a 18), demonstrativo do Total de Valores Debitados nas Contas "Caixa" e "Banco" do Livro Razão – 2006 (fls. 19 a 32), dentre outros documentos.

Intimados o sujeito passivo e os solidários em 29/06/2009 (fls. 37, 38 e 40), todos eles comparecem ao processo apresentando impugnação (fls. 42 a 59), formulando em preliminar arguição de nulidade da peça básica, relacionando a hipótese de insegurança na determinação da infração (fls. 47 a 50).

No mérito, pedem a improcedência do lançamento ou, alternativamente, a exclusão da multa, alegando que as notas fiscais referidas pela fiscalização são de remessa e não de venda, portanto, não constituem operação tributada; que não há nos autos documentos que comprovem a ilicitude. Consideram a multa aplicada de caráter confiscatório.

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 9414/2009 (fls. 75 a 77).

A decisão está fundamentada no entendimento de que não há falta de prova nem de demonstração da omissão de saída, nem mesmo da fundamentação legal que exigia o comportamento não cumprido pelo contribuinte ou da de que permitia a presunção e, ainda, a punição pela infração comprovada, nada faltando para demonstrar claramente a motivação do lançamento do crédito.

Intimados (fls. 86 a 91) a empresa atuada e os solidários apresentam conjuntamente recurso voluntário (fls. 93 a 105), formulando em preliminar arguição de nulidade da peça básica, relacionando as hipóteses de cerceamento do direito de defesa e de insegurança na determinação da infração (fl. 97), bem como pedido de diligência (fls. 97 a 98).

Para o pedido de diligência, dizem que a atuação ignorou na planilha "Desembolsos não Contabilizados" (fl. 15) o registro da Nota Fiscal nº 329232.

Alegam ainda que o lançamento não observou itens contábeis como “Fornecedores em Aberto” e “Débito na Conta Caixa e da Conta Banco”, não promoveu a checagem nas contas e se houve ou não, de fato movimentação comercial no período.

No mérito, pedem a improcedência do lançamento, alegando a existência de imprecisões no levantamento fiscal que demandam a análise do conjunto probatório em sua inteireza.

Alegam que as notas fiscais de fls. 66/142 dos Autos nº 4 0109022 487 06, trazem como natureza da operação remessa para industrialização, algumas inclusive correspondentes a matéria prima, cujas notas fiscais, possuem tratamento tributário diferenciado (RCTE, Anexo IX, art. 8º, VIII, “a”)

A Primeira Câmara, por meio da Resolução nº 003/2011 (fls. 107 a 108), após considerandos, remete o presente processo à Secretaria Geral (SEGE), a fim de que seu titular determine as providências necessárias para o apensamento do Lançamento nº 4 0109022 487 06, ou de suas cópias, ao presente processo.

Cumprindo a Resolução nº 003/2011, a Secretaria Geral junta cópias das fls. 93 a 105 do Processo Administrativo Tributário (PAT) nº 4 0109022 487 06 (fls. 110 a 122), bem como apensa a estes autos, por meio de termo de apensamento (fls. 123), o referido PAT nº 4 0109022 487 06.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Analisando o pedido de diligência feito pela atuada, manifesto-me pela sua rejeição, tendo em vista que o processo está pronto para julgamento, podendo-se decidir as questões nele tratadas, sendo desnecessário este procedimento.

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por cerceamento do direito de defesa, manifesto-me pela sua rejeição, por não existir nos autos nenhum óbice ao pleno exercício do direito de defesa, notando que a parte passiva não apresentou motivação alguma.

Examinando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração, manifesto-me pela sua rejeição, tendo em vista que a irregularidade fiscal está claramente relatada e o auto de infração devidamente instruído, notando que a parte passiva não apresentou motivação alguma.

Apreciando a preliminar de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários [...] e [...], arguida pela atuada, acolhida por maioria de votos, manifesto-me pela sua rejeição, tendo em vista que a falta de registro de saída de mercadoria tributada decorre de ação ou omissão da administração da empresa,

respondendo então os administradores com o contribuinte pelo pagamento do imposto devido na operação, nos termos do art. 45, 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;”

QUESTÃO MERITÓRIA

Dirigindo-me ao mérito, anoto inicialmente que a exigência fiscal está assentada na presunção de operação tributada não registrada prevista no art. 25, § 1º, VII, do Código Tributário Estadual (CTE):

“Art. 25. [...]

§ 1º Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente:

[...]

VII - ao saldo das disponibilidades existentes ou das constantes do balanço da empresa que exceder ao saldo reconstituído, na mesma data;”

Pelo fato do contribuinte comercializar também mercadorias isentas ou não tributadas no período fiscalizado, a base de cálculo do imposto exigido foi obtida em conformidade com o § 2º do mesmo art. 25 e diploma legal:

“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.”

Os autores do lançamento, na apuração do ICMS a recolher, aplicaram o percentual de 17% correspondente a média das alíquotas praticadas pelo contribuinte nas operações internas, em conformidade com o art. 148, § 1º, VI, do CTE:

“Art. 148. [...]

§ 1º O levantamento fiscal poderá considerar:

VI - a alíquota efetiva média praticada pelo sujeito passivo no período fiscalizado, tomando-se por base todas as operações ou prestações internas tributadas, na impossibilidade de se determinar a mercadoria ou a prestação correspondente ao lançamento, sendo que a referida alíquota deve ser obtida:

- a) somando-se, separadamente, o valor contábil e o imposto devido, correspondentes a cada uma das operações ou das prestações tributadas;
- b) dividindo-se o somatório do imposto devido pelo somatório do valor contábil;
- c) multiplicando o resultado da alínea "b" por 100 (cem)."

Deve ser observado ainda que omissão de saída de mercadoria tributada (operação tributada não registrada) indica que o contribuinte do imposto não emitiu documento fiscal para as operações realizadas, a que está obrigado, conforme o art. 141 do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE):

"Art. 141. O contribuinte do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária, relacionadas com o ICMS, devem emitir documento fiscal, em conformidade com a operação ou prestação que realizarem."

No caso em análise, a Auditoria das Disponibilidades, no confronto dos saldos finais das disponibilidades, apurou a Omissão de Vendas II (Saldo a Maior) no valor de R\$ 332.484,71 (trezentos e trinta e dois mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e setenta e um centavos), conforme consta no Quadro 2 da Conclusão (fl. 7).

A única correção a ser feita nessa auditoria é quanto à Nota Fiscal n° 329232 constante do demonstrativo auxiliar Desembolsos não Contabilizados (fl. 15), tendo em vista que esse documento fiscal foi registrado no livro Diário à fl. 545 do PAT n° 4 0109022 487 06, apenso a estes autos.

Procedendo a correção, deduz-se da Omissão de Vendas II no valor de R\$ 332.484,71 (trezentos e trinta e dois mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e setenta e um centavos), fl. 07, o valor de R\$ 11.086,32 (onze mil, oitenta e seis reais e trinta e dois centavos), relativo à referida Nota Fiscal n° 329232, obtendo-se a omissão de vendas no valor de R\$ 321.398,39 (trezentos e vinte e um mil, trezentos e noventa e oito reais e trinta e nove centavos).

Sobre essa omissão de vendas no valor de R\$ 321.398,39 (trezentos e vinte e um mil, trezentos e noventa e oito reais e trinta e nove centavos), aplica-se o percentual de 14,50% de mercadorias tributadas constante no item 12 da referida Conclusão), obtendo-se R\$ 46.602,76 (quarenta e seis mil, seiscentos e dois reais e setenta e seis centavos) de omissão de vendas tributadas.

Sobre essa omissão de vendas tributadas no valor de R\$ 46.602,76 (quarenta e seis mil, seiscentos e dois reais e setenta e seis centavos), aplica-se a alíquota de 17% (fl. 07), obtida pela aplicação do disposto no art. 148, VI, do CTE, obtendo-se R\$ 7.922,46 (sete mil, novecentos e vinte e dois reais e quarenta e seis centavos) de ICMS a recolher, para o qual deve ser alterado o lançamento.

A recorrente pretendeu a aplicação do benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 8º, VIII, "a", do Anexo IX, do RCTE:

"Art. 8º A base de cálculo do ICMS é reduzida:

[...]

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):

a) equipara-se a comerciante atacadista, para efeito de aplicação da redução da base de cálculo, cujo benefício pode ser utilizado até 31 de dezembro do exercício no qual o contribuinte estiver equiparado, o comerciante varejista que comprovadamente realizar em seu estabelecimento saídas com destino à comercialização, produção ou industrialização, que correspondam a, no mínimo, 30% (trinta por cento) do volume das saídas totais, apurado:

1. no exercício anterior à utilização do benefício, tratando-se de empresa que tenha exercido suas atividades por período igual ou superior a 6 (seis) meses naquele ano;
2. nos 3 (três) últimos meses anteriores ao início da utilização do benefício, tratando-se de início de atividade ou de empresa que tenha exercido suas atividades por período inferior a 6 (seis) meses no exercício anterior;"

Não há possibilidade de utilização do benefício fiscal, tendo em vista que não houve emissão de documentos fiscais para a omissão apurada, sendo que o benefício fiscal aplica-se apenas para operações documentadas.

Anoto ainda que a exigência fiscal formalizada no PAT N° 4 0109022 487.06, apenso a estes autos, é relativa a omissão de vendas de mercadorias tributadas por insuficiência de caixa e/ou suprimentos sem comprovação, enquanto a exigência formalizada no presente processo é relativa a omissão de vendas de mercadorias tributadas em razão do saldo final escriturado ser superior ao apurado.

Ante o exposto, acolhida a preliminar de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários [...] e [...], arguida pela atuada, rejeito o pedido de diligência feito por esta. Rejeito as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela atuada, sendo a primeira, por cerceamento do 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 no valor de ICMS a recolher R\$ 7.922,46 (sete mil, novecentos e vinte e dois reais e quarenta e seis centavos).

Sala das sessões plenárias, em 28 de agosto de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES - Suprimento indevido da conta do disponível. Nulidade (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01213/12

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração. Acolhimento. Decisão unânime.

I - O lançamento contábil Caixa (débito) a Bancos conta Movimento (crédito), ou vice-versa, por revelar apenas fato permutativo entre contas do Ativo Disponível, não sustenta a acusação de suprimento de caixa sem a devida comprovação de sua origem, razão pela qual, em face desses lançamentos, não pode incidir a presunção de omissão de saída de mercadoria tributada estabelecida no artigo 25, § 1.º, III do CTE.

II - A existência de imperfeições e obscuridades na forma da apuração do crédito tributário exigido do sujeito passivo caracteriza o vício insanável da insegurança na determinação da infração.

III - Deve-se declarar a nulidade ab initio do auto de infração quando comprovada insegurança na determinação da infração (Lei nº 16.469/09, art. 20, inciso IV).

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12 de setembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Antônio Martins da Silva e Cláudio Henrique de Oliveira.

RELATÓRIO

Trata-se de autuação sob o argumento de que o sujeito passivo "Omitiu registro de saída de mercadorias tributadas, na importância de R\$ 907.747,88 (novecentos e sete mil, setecentos e quarenta e sete reais e oitenta e oito centavos), no período de 01/03/2004 a 31/12/2004, referente ao suprimento indevido nas contas representativas do disponível, na forma de cheques diversos de sua própria emissão liquidados por compensação bancária e lançados no caixa como recurso, conforme Auditoria das Disponibilidades e documentos anexos. Em consequência, deverá pagar o ICMS, juntamente com penalidade e acréscimos legais."

No polo passivo, na condição de sujeito passivo solidário, foram relacionados os senhores [...] (administrador da pessoa jurídica) e [...] (contador da

empresa), com fundamento no artigo 45, incisos XII e XIII, respectivamente, da Lei nº 11.651/91.

Constam como infringidos os artigos 25, § 1º, III e 64, Lei 11.651/91, c/c art. 141, Decreto 4.852/977 e foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "L", c/c § 9º, inciso I, da Lei 11651/1991, c/ redação da lei 13446/1999.

Com a inicial foram acostados os documentos de fls. 6/228.

O sujeito passivo solidário [...] (contador da empresa) não se manifesta no processo, conforme termos de revelia e de perempção de fls. 238 e 246, respectivamente.

O contribuinte e o solidário [...] (administrador da pessoa jurídica) apresentam impugnação em segunda instância, fls. 249/261, com os seguintes fundamentos:

(a) alegam a inexistência de ordem de serviço para desencadear o procedimento fiscal;

(b) sustentam que a autuação ocorreu em 29/10/2009, contudo os demonstrativos e levantamentos que deveriam subsidiar o referido auto só passaram a existir bem depois, ou seja, no dia 03/11/2009, conforme demonstrativos de fls. 99/101;

(c) afirmam que foi computada de forma indevida saldos/valores em conta corrente bancária não pertencente à impugnante, pois a autuada jamais foi correntista do Banco do Brasil. Junta o documento de fls. 269, no sentido de comprovar a afirmativa de inexistência de conta no Banco do Brasil;

(d) defendem ser manifesta a insegurança dos cálculos fiscais, melhor dizendo, dos resultados fiscais apresentados;

(e) Afirmam que a receita devidamente escriturada e documentada no período da autuação atingiu o patamar de R\$ 402.482,02, sendo que a diferença apurada na autuação é superior em 125,53 % ao valor da venda real para o mesmo período;

(f) alegam que não ocorreu esse suprimento indevido de caixa. Apresentam Resumo de Fluxo de Caixa, no qual informa fluxo positivo de caixa (fls. 257);

(g) afirmam ser escabrosa a corresponsabilização por presunção, na qual foi imputada obrigação a terceira pessoa, no caso, o contabilista, à míngua de quaisquer documentos e provas, amparada apenas em meras ilações, ou seja, na fragilíssima alegação de ter o corresponsável concorrido intelectualmente para a prática da suposta infração.

Ao final, requerem a nulidade do auto de infração ou, caso se adentre ao mérito, seja declarada a improcedência do lançamento tributário.

Os impugnantes juntam aos autos cópias dos livros registro de apuração do ICMS, registro de entradas e de saídas (fls. 271/434).

É o relatório.

DECISÃO

Conforme consta da peça inicial, o sujeito passivo omitiu registro de saída de mercadorias tributadas, na importância de R\$ 907.747,88, no período de 01/03/2004 a 31/12/2004, referente ao suprimento indevido nas contas representativas do disponível, na forma de cheques diversos de sua própria emissão liquidados por compensação bancária e lançados no caixa como recurso, conforme Auditoria das Disponibilidades e documentos anexos.

No demonstrativo denominado Suprimentos Indevidos ou sem Comprovação de Origem/Entrega, fls. 25/99, consta como fato econômico motivador do lançamento tributário:

"Lançamento a débito da conta contábil 1.1.1.01001-CAIXA e a crédito da conta contábil 1.1.1.02.003 - BANCO BRADESCO CONTA 3152.6, referente a cheque liquidado via compensação bancária e lançado no Caixa como recurso, sem o necessário registro a crédito da conta CAIXA relativo à obrigação resgatada."

Os sujeitos passivos afirmam na impugnação que a receita devidamente escriturada e documentada no período da autuação atingiu o patamar de R\$ 402.482,02 e que a diferença apurada na autuação é superior em 125,53 % ao valor da venda ocorrida no mesmo período. Defendem que não ocorreu esse suprimento indevido de caixa, apresenta Resumo de Fluxo de Caixa, no qual apresenta fluxo positivo de caixa (fls. 257).

A autuação em tela está fundamentada no disposto artigo 25, § 1º, inciso III, do Código Tributário Estadual (CTE), que assim estabelece:

"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:

(...)

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;"

A Auditoria das Disponibilidades, roteiro 6, constante do Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais, possui tópico específico no qual define suprimento indevido de caixa e relaciona as formas mais usuais dessa ocorrência:

"5.3 - SUPRIMENTOS INDEVIDOS - Consistem na injeção de recursos respaldados em fatos econômicos fictícios ou de procedência duvidosa, presumivelmente obtidos através de vendas de mercadorias ou prestações tributadas realizadas à margem da contabilidade. Como formas mais freqüentes de suprimento ilegal de "caixa" temos:

5.3.1 - Empréstimos de sócios, titular, administradores, ou em nomes fictícios à empresa sem a comprovação da origem e da efetiva entrega dos recursos8;

5.3.2 - Simulação de venda de bens do ativo permanente;

5.3.3 - Simulação de recebimentos de duplicatas ou outros títulos de crédito que não correspondam a lançamento anterior de origem do direito (documentos "frios")9;

5.3.4 - Recebimento de numerário proveniente de descontos de títulos de crédito, em instituições financeiras, que tenham sido emitidos simulando vendas de mercadorias;

5.3.5 - Aumento de contas do patrimônio líquido (falso aumento do capital, no mais das vezes) sem a comprovação da origem e da efetiva entrega à empresa dos respectivos recursos (vide "Auditoria de Contas do Patrimônio Líquido");

5.3.6 - Realização fictícia de capital em bens móveis, que, por sua vez, também são ficticiamente alienados a terceiros;

5.3.7 - Pagamento de obrigações ou despesas e aquisições para o ativo a crédito de contas do patrimônio líquido (portanto, sem a correspondente baixa em caixa);

5.3.8 - Lançamento a débito em caixa não respaldado por documentação hábil e idônea;

5.3.9 - Simulações de operações bancárias decorrentes de retiradas de numerário de contas bancárias inexistentes ou da emissão de cheques não efetivamente apresentados aos bancos e que, posteriormente, são cancelados ou têm seus efeitos anulados por depósitos em iguais valores também simulados, sendo debitadas em ambas situações à conta "caixa". A conciliação dos extratos bancários deverá evidenciar estas irregularidades;

5.3.10 - Lançamentos de saques de cheques efetivados e posterior depósito do valor sacado, sendo este último fato contábil não lançado a crédito de "caixa". A conciliação dos extratos bancários deverá evidenciar esta irregularidade;

5.3.11 - Lançamentos duplos a débito de caixa, relativamente a um mesmo fato econômico;

5.3.12 - Lançamento de cheques devolvidos a débito da conta "caixa"11;

5.3.13 - Simulação de recebimentos de dividendo de ações de outras companhias;

5.3.14 - Simulação de recebimentos de receitas não operacionais, tais como: aluguéis, prestação de serviços, rendimento de aplicações financeiras;

5.3.15 - Suplementação de vendas sem o correspondente lançamento nos livros fiscais (ver Auditoria Comparativa Contábil Fiscal);

5.3.16 - Compensação de contas do Passivo Exigível em contas do Ativo;

5.3.17 - Simulação de vendas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou com o imposto retido na fonte;

5.3.18 - Superfaturamento de mercadorias isentas, não tributadas e/ou com o imposto retido na fonte;

5.3.19 - Simulação de devolução de compras à vista, o que permite, além do suprimento de caixa, a comercialização das mercadorias sem emissão de notas fiscais;

5.3.20 - Depósitos bancários não contabilizados." (destaque nosso)

Cabe ressaltar que a Auditoria das Disponibilidades utiliza o vocábulo "caixa" com o significado de "disponibilidades", consoante menciona a NOTA 4 da referida auditoria:

"NOTA 4: (...). 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." (destaque nosso)

O subgrupo "disponível" possui como contas básicas e usuais a "conta caixa", "bancos conta movimento" e "aplicações financeiras de liquidez imediata", conforme informa a NOTA 1 da Auditoria das Disponibilidades.

Como se vê dos textos acima reproduzidos, é de se concluir que apenas o lançamento contábil Caixa (débito) a Banco Conta Movimento (crédito) não é suficiente para assegurar a ocorrência de suprimento indevido de caixa, mesmo na

hipótese de o cheque ter sido compensado na conta da empresa. Pois esse lançamento revela apenas um fato permutativo entre contas do Ativo Disponível, sem provocar qualquer alteração nas disponibilidades da pessoa jurídica.

Embora tecnicamente inapropriado, é comum a utilização da conta Caixa como conta centralizadora, “Caixa Geral”, por meio da qual são contabilizados os pagamentos e recebimentos ocorridos na empresa. Serve como conta de passagem ou transitória para diversos lançamentos.

No caso em tela, os diversos lançamentos existentes no livro Diário, em valores significativos, em que é debitada a conta Bancos conta Movimento e creditada a conta Caixa, indicam a utilização da conta Caixa de forma centralizada, como “Caixa Geral”.

Seguindo essa sistemática, pode ocorrer de o pagamento realizado por meio de cheque ser contabilizado inicialmente por meio da conta Caixa. Lança-se a crédito a conta Caixa e a débito: fornecedores, compras, despesas etc. Em seguida, repõe a conta Caixa com o lançamento contábil Caixa (débito) a Banco conta Movimento (crédito), à medida que o cheque é resgatado no banco, via compensação bancária ou mediante saque no caixa do banco.

Apesar desses lançamentos contábeis não atenderem a melhor técnica contábil, não se pode caracterizá-lo como suprimento indevido de caixa.

A meu sentir, a fiscalização fundamentou a autuação com base apenas em um dos lançamentos, qual seja, o registro contábil Caixa (débito) a Banco conta Movimento (crédito), sem analisar os demais lançamentos contábeis relacionados ao lançamento objeto da autuação, que, certamente, ocorreram.

A propósito, o suprimento indevido de caixa fica caracterizado no momento da constatação da entrada de valores em uma das contas relacionadas no subgrupo DISPONÍVEL, normalmente nas contas CAIXA ou BANCOS, e não no momento de meras transferências de valores entre as referidas contas, que caracteriza apenas FATO PERMUTATIVO entre contas da mesma natureza.

É a injeção de recursos em conta do disponível, respaldados em fatos econômicos fictícios ou de procedência duvidosa, normalmente para regularizar recursos financeiros obtidos por meio de vendas de mercadorias ou prestações tributadas realizadas sem emissão de documentação fiscal, que caracteriza o suprimento indevido de disponibilidade. É esse fato que deve ficar caracterizado para sustentar a acusação em tela.

É de se destacar que esse é também o entendimento da Secretaria da Receita Federal, constante do acórdão nº 06-19110, de 04 de setembro de 2008, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba:

“ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

EMENTA: OMISSÃO DE RECEITAS. PAGAMENTOS NÃO ESCRITURADOS. EMISSÃO DE CHEQUES. DÉBITO DE CAIXA. CRÉDITO DE CONTA BANCOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. A infração “falta de escrituração de pagamentos efetuados” exige a ocorrência de operações efetuadas à margem da contabilidade e demonstração da transferência do dispêndio, sendo incabível configurá-la pela mera emissão de cheques pelo contribuinte, contabilizados a débitos de caixa e a crédito de conta bancos. OMISSÃO DE RECEITAS. SUPRIMENTO DE CAIXA. EMISSÃO DE CHEQUES. DÉBITO DE CAIXA. CRÉDITO DE CONTA BANCOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. Ocorre a infração de suprimento de caixa quando se constata lançamentos a débito de caixa sem comprovação da efetiva entrega dos recursos por administradores ou sócios da empresa, sendo incabível configurá-la pela mera emissão de cheques pelo contribuinte, contabilizados a débitos de caixa e a crédito de conta bancos. OMISSÃO DE RECEITAS. SALDO CREDOR DE CAIXA. NECESSIDADE DE RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CAIXA. FUNDAMENTAÇÃO EQUIVOCADA. LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. A emissão de cheques pelo contribuinte, contabilizados a débitos de caixa e a crédito de conta bancos, sem o respectivo lançamento contábil denotando saída de recursos do caixa para quitação de obrigações da empresa, configura indício de “saldo credor de caixa”, e não “pagamentos não escriturados”, sendo inviável manter o lançamento, tanto pela fundamentação equivocada, quanto pela inadequação da base de cálculo, que deveria ter sido apurada pela reconstituição da conta caixa. PIS. COFINS. CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO. Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se aos lançamentos reflexos alusivos ao PIS, à Cofins e à CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ. Ano-calendário: : 01/01/2002 a 31/12/2002, 01/01/2003 a 31/12/2003 (destaque nosso)”

Por ser bastante ilustrativo, cabe a citação do acórdão nº 02610/11, da lavra do eminente Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira, que aborda esse assunto com maestria:

“Para efeito de visualização, podemos estabelecer uma equação simples que demonstra a situação de empresas que se utilizam do chamado “Caixa 2” para ocultar recursos de operações de vendas não registradas:

$$\boxed{\text{recursos financeiros contabilizados}} + \boxed{\text{recursos financeiros não contabilizados}} = \boxed{\text{totalidade de recursos financeiros da empresa}}$$

Assim, a situação de suprimento indevido pode ser demonstrada conforme o diagrama abaixo:

$$\boxed{\text{recursos financeiros contabilizados}} + \boxed{\text{recursos financeiros não contabilizados}} = \boxed{\text{totalidade de recursos financeiros da empresa}}$$

Ou seja, no caso do suprimento indevido haveria uma transferência nominal de recursos do “Caixa 2” (extra-contábil) para o Caixa Contábil mediante a

simulação de uma transação qualquer visando aparentar legalidade. É claro que, neste caso, ocorre um aumento das disponibilidades contabilizadas. É o caso clássico da simulação de empréstimos de sócios.

Todavia, o lançamento contábil que serviu de base para a exigência contida no presente auto de infração tem a seguinte representação:

<i>recursos financeiros contabilizados</i>		+	<i>recursos financeiros não contabilizados</i>	=	<i>totalidade de recursos financeiros da empresa</i>
<i>BANCOS</i>	<i>CAIXA</i>				

Como se vê, ainda que existam recursos não contabilizados pela empresa, o lançamento contábil “Bancos à Caixa” não pode configurar, por si só, hipótese de suprimento indevido, pela simples razão de que não há aumento das disponibilidades contabilizadas.”

O suprimento indevido de caixa, normalmente, é utilizado pelo sujeito passivo como artifício para encobrir a insuficiência de disponibilidade, em decorrência de as vendas registradas serem inferiores às compras.

No caso em tela, verifica-se a ocorrência de superávit no balanceamento entre as entradas e as saídas registradas nos exercícios de 2004 e 2005, conforme Relatório de entradas / saídas / indicadores fiscais utilizando valor contábil (informações prestadas na DPI):

Exercício	Entradas	Saída	Superávit
2004	387.204,00	533.726,00	146.522,00
2005	595.852,00	755.411,00	159.559,00
		Total	306.081,00

É de se ressaltar que o suprimento indevido de caixa apurado na presente auditoria, no valor de R\$ 907.747,88, supera em muito o valor das vendas registradas (R\$ 533.726,00). Isso, de fato, indica a existência de anomalia no levantamento fiscal. Normalmente o suprimento indevido representa um percentual das vendas.

Também não haveria necessidade de o sujeito passivo realizar suprimento indevido de caixa, tendo em vista que as vendas registradas (R\$ 533.726,00) são superiores às compras escrituradas (R\$ 387.204,00), conforme se pode perceber no demonstrativo acima.

É de se ressaltar que a falta de registro a crédito da conta Caixa de obrigação resgatada, conforme informado pelo atuante nos demonstrativos de fls. 25/99, pode caracterizar pagamento não contabilizado, devendo ser melhor analisado. Constatada essa infração, a atuação deverá ser realizada com base nessa irregularidade e não com base em suprimento indevido de caixa.

A forma como foi apurado o suposto suprimento indevido de caixa, apenas com base no lançamento contábil Conta Caixa (débito) a Bancos conta Movimento (crédito) não se mostra segura para sustentar a acusação fiscal de omissão de registro de saída de mercadoria tributada.

Configurada a insegurança na determinação da infração, impõe-se declarar a nulidade do lançamento tributário, em face ao disposto no artigo 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09: "Art. 20. São nulos os atos praticados: (...) IV - com insegurança na determinação da infração."

Diante do exposto, e em face das provas constantes dos autos, conheço da impugnação e acolho a preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo, para declarar nulo ab initio o auto de infração por insegurança na determinação da infração,

Sala das sessões plenárias, em 05 de junho de 2012.

AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO

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

Matéria: AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO - Omissão do imposto. Conhecimento Transporte Rodoviário de Carga sem débito imposto (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 02221/12

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: Processual. Exclusão do solidário da lide. Preliminar arguida pelo Douto Conselheiro Relator e rejeitada por maioria de votos.

Deve-se manter o solidário na lide quando presentes os requisitos do art. 45. Inciso XII do Código Tributário Estadual.

ICMS. Obrigação principal. Omissão do imposto. Registro de documentação fiscal em livro próprio sem o respectivo débito do imposto destacado em cada documento. Procedência parcial. Decisão unânime.

Provado nos autos que parte das operações relativas à prestação de serviços de transporte são isentas, pois foram realizadas dentro do Estado de Goiás, mister se faz considerar procedente em parte o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de julho de 2012, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo Relator. Foram vencedores

os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Vencido o Conselheiro Paulo Diniz. Quanto ao mérito, 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\$ 98.985,78 (noventa e oito mil, novecentos e oitenta e cinco reais e setenta e oito centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 11.878,30 (onze mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o ICMS não pago em razão de ter registrado os Conhecimentos de Transporte Rodoviários de Carga - CTRC - no livro fiscal sem o débito do imposto, conforme apurado pelas Auditorias das Saídas Registradas e do Documentário Emitido, no valor de R\$ 12.253,20 (doze mil, duzentos e cinquenta e três reais e vinte centavos).

São indicados como infringidos o artigo 64 da Lei n.º 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual - CTE -, conjuntamente com o artigo 316, IV, "c", do Decreto n.º 4.852/97, que regulamenta o CTE - RCTE. Foi imposta a multa prevista no artigo 71, III, "a", do CTE, com redação da Lei n.º 15.505/05.

O Administrador da pessoa jurídica, [...], é indicado como solidário por ter concorrido para a prática da infração, nos termos do artigo 45, XII, do CTE (fls. 04).

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: notificação, ordem de serviço, contrato social, auditoria das saídas registradas e do documentário emitido e cópias das folhas dos livros fiscais (fls. 05-120).

A autuada e o solidário foram intimados, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 121-122.

Os sujeitos passivos compareceram ao feito apresentando, em conjunto, impugnação em Primeira Instância (fls.124-125), alegando que o frete foi feito dentro do Estado de Goiás e, portanto, a prestação é isenta e que só eventualmente um CTRC foi emitido com o destaque indevido do imposto.

Juntamente com as razões de impugnação foram trazidos aos autos os seguintes documentos: cópia dos documentos de identificação dos advogados e do administrador, procuração e contrato social (fls. 126-134).

O julgador singular expediu o Despacho nº 23/2009, de fls. 136, para que fosse verificado o que foi alegado e para que fossem trazidos aos autos os CTRC envolvidos na apuração.

O fisco respondeu (fls. 138-139) confirmando o lançamento original e dirimindo as dúvidas quanto à isenção das prestações de serviço de transporte

autuadas, comprovando inclusive a incidência do imposto com as cópias dos CTCR. Juntou os documentos às fls. 140-236.

Intimados do resultado da diligência, os Impugnantes não se manifestaram (fls. 237-240).

O Julgador singular, fls. 242-243, decidiu pela manutenção do lançamento aduzindo que o art. 313 do RCTE exige que a prestação de serviço deva ser escriturada no livro Registro de Saídas e que o Fisco demonstrou e revisou sua apuração de diferença do imposto destacado nos CTCR em relação ao seu registro no livro fiscal, portanto, ficou evidenciada a motivação para o lançamento.

A autuada e o sujeito passivo solidário foram intimados, conforme documentos de fls. 243-244.

Os sujeitos passivos compareceram ao feito apresentando, em conjunto, recurso voluntário (fls. 247-249), alegando que as cópias juntadas pelo revisor acabaram evidenciando outro problema que afeta o lançamento em exame, pois, em alguns dos documentos juntados, verificou-se lançamento do ICMS, quando na verdade, inexistente tal incidência. É o caso, por exemplo de remessas para Luziânia, Valparaíso e Santo Antônio do Descoberto. Asseverou que juntará documentação ainda antes da apreciação do colegiado que comprovará a improcedência do lançamento.

DECISÃO

Meus doutos colegas conselheiros rejeitaram por maioria de votos a preliminar de exclusão do solidário do polo passivo da lide, arguida por este Conselheiro Relator. Data máxima vênua, considero que a manutenção de [...], na condição de coobrigado em relação ao descumprimento da obrigação tributária principal é ilegal.

A indicação do sócio, identificado no documento de fl. 04, para responder pelo crédito fazendário, deve vir acompanhada da 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.

O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é 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, Recurso Especial 2006/0238668-1, julgado em 21/02/2008 e publicado no DJ 05/03/2008 p.1).

Deste modo, os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprovar a prática de infração à lei pelo dirigente, e não apenas quando ele

simplesmente exercia a gerência da empresa na época da ocorrência do fato gerador.

Ademais, o simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do sócio e esse título ou a título de infração legal.

Portanto, faço este voto com o entendimento firmado nesta Casa em processos que discutem esta questão e cuja razão do acolhimento da preliminar de exclusão do sócio solidário da lide se conserva de acordo com o meu entendimento, que foi externado em outros julgados semelhantes.

No mérito, devo excluir da base de cálculo do imposto, cujo valor é R\$ 102.108,33 (cento e dois mil, cento e oito reais) os montantes das operações contidos nos documentos de fls. 176, 193, 199 e 228, respectivamente R\$ 763,00; R\$ 763,00, R\$ 795,16 e R\$ 803,00, por tratarem-se de operações relativas à cobrança de frete realizadas dentro do Estado de Goiás, para Valparaíso (fls. 176 e 193) e Luziânia (fls. 199 e 228), por que gozam de isenção fiscal. Nesse diapasão, fica retificada a base de cálculo do imposto para R\$ 98.985,78 (noventa e oito mil, novecentos e oitenta e cinco reais e setenta e oito centavos) cujo ICMS a recolher, aplicando-se a alíquota de 12% (doze) por cento, é de R\$ 11.878,30 (onze mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos).

Dessarte, sob o abrigo da unanimidade do voto de meus pares, conheço do recurso, dou-lhe parcial provimento para reformar em parte a decisão singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de 98.985,78 (noventa e oito mil, novecentos e oitenta e cinco reais e setenta e oito centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 11.878,30 (onze mil, oitocentos e setenta e oito reais e trinta centavos).

Sala das sessões, em 26 de setembro de 2012.

AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO

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

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão do registro de saída de mercadorias sujeita à substituição tributária (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01013/12

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Auditoria do Movimento Financeiro. Omissão de saída de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária. Improcedência. Decisão unânime.

A comprovação de que o sujeito passivo agiu sem afrontar a legislação tributária vigente ao executar a prestação de serviço

causa a reforma do trabalho fazendário e suporta a declaração da improcedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de dezembro de 2011, 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 Nivaldo Carvelo Carvalho, Antônio Martins da Silva e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Consta do auto de infração que o contribuinte em epígrafe, no período de 01/01/2002 a 31/12/2002, omitiu saída de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, no valor comercial de R\$ 25.686,34 (vinte e cinco mil, seiscentos e oitenta e seis reais e trinta e quatro centavos), conforme apurado em Auditoria do Movimento Financeiro e, em consequência, deverá pagar multa formal sobre a omissão detectada, na importância de R\$ 6.421,58 (seis mil, quatrocentos e vinte e um reais e cinquenta e oito centavos), acrescido das cominações legais.

O auto de infração encontra respaldo legal no art. 63 e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c arts. 88, § 1º, e art. 141 do Decreto nº 4.852/97, e a penalidade no art. 71, inciso VII, alínea "I", da Lei nº 11.651/91 com a redação da Lei nº 13.446/99.

Impugnando o lançamento com impugnação em Primeira Instância, o sujeito passivo alega tratar-se de empresa prestadora de serviços de recuperação e reforma de máquinas e equipamentos, atividade pela qual recolhe o ISS (Imposto Sobre Serviços) e arrecada mais numerário que os valores apresentados nas diferenças constantes da auditoria que instrui o trabalho fiscal. Alega que futuramente apresentará provas para confirmar a improcedência do feito. No mérito, requer a improcedência do auto de infração (fls. 10 a 17).

O julgador singular, na Sentença nº 4204/08 – COJP (fl. 19 a 21), analisa os autos e aponta que, sob o aspecto formal, atendeu a todos os requisitos do artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Observa que a única questão a ser posta em julgamento refere-se a alegação de que juntará no futuro as provas que confirmarão a improcedência da exordial. Neste sentido, o limite da lide está em verificar, a luz da presunção relativa prevista no inciso IV, § 1.º do artigo 25 do CTE, se é possível ao fisco exigir o imposto e a multa formal na proporção estabelecida pelo § 2.º do mesmo dispositivo legal.

Afirma que os valores apurados pelo fisco, com base no inciso IV, § 1.º, do artigo 25 do CTE, foram todos extraídos da contabilidade do polo passivo e este confirma a veracidade dos valores ali descritos, logo, só com outros valores devidamente comprovados, registrados em sua contabilidade, como recibos,

ingressos de numerário na conta seriam suficientes para contradizer as informações apuradas pela fiscalização por ocasião do trabalho fiscal.

Aponta que mesmo sendo os trabalhos de auditoria de natureza indiciária e presumida, ainda assim invertem o ônus da prova ao particular (ex vi, art. 25, § 1.º, inciso IV do CTE), logo ao sujeito passivo cabe contraditar e fulminar o levantamento inicial do fisco, demonstrando com clareza as incorreções existentes, pois até prova em contrário os atos administrativos são realizados de acordo com o princípio da legalidade, sob pena de ver seu crédito tributário inscrito em Dívida Ativa para gozar de nova presunção relativa, agora, de certeza e liquidez.

Desse modo, conhece da impugnação, nega provimento, para, em preliminar, não acolher nenhuma nulidade ainda que implicitamente apresentadas pelo pólo passivo e, no mérito, decidir pela procedência da pretensão inicial do fisco (fls. 19 a 21).

Inconformada, a autuada apresenta Recurso Voluntário (fls. 24/25)

onde faz a juntada de cópia do Livro de Registro de Serviços Prestados no exercício de 2002 (fls.26 a 39), que diz ser prova robusta para que seja reformada a sentença monocrática.

A Quarta Câmara Julgadora resolveu (fl. 43), por unanimidade de votos, encaminhar os autos à Delegacia Fiscal de origem para revisão do trabalho, suporte da autuação, considerando a documentação apresentada pela defesa.

No resultado do trabalho de revisão (fls. 44 a 55) a autoridade fiscal designada para desenvolver a atividade atesta a veracidade das alegações do recorrente.

A autuada manifesta-se sobre o resultado da diligência, que comprovou a inexistência de omissão apontada no auto de infração (fl. 60).

É o relatório.

DECISÃO

Avaliei a formalização destes autos e concluí que o trabalho fiscal, que culminou no lançamento tributário ora apreciado é decorrente do resultado da Auditoria do Movimento Financeiro a qual tem por característica o balanceamento dos ingressos de numerário provenientes de recursos e os desembolsos efetivados no decorrer do exercício financeiro da empresa no período posto sob averiguação fiscal. A finalidade do cumprimento desta tarefa funcional consiste em buscar as eventuais omissões de escrituração das saídas de mercadorias tributadas, fato este caracterizado pelo desembolso sem suficiência de saldo em relação aos ingressos de numerário no Caixa Escritural da empresa.

O atendimento desta tarefa funcional pode ser concluída com a acusação de que as receitas foram inferiores às despesas. A este resultado, a fiscalização o

classifica como omissão do registro de saída de mercadorias tributadas ou não e outras eventualidades ocorridas na escrituração fiscal da empresa, constituindo, portanto, infração às regras da legislação tributária.

O lançamento que dá guarida à constituição do crédito inserido neste processo tem por origem o ingresso de numerário no caixa, de valores extraídos exclusivamente da Declaração Periódica de Informações – DPI, considerando que o contribuinte não apresentou comprovantes das receitas e despesas. No exame do movimento financeiro da empresa, em face da ocorrência de déficit financeiro apurado na auditoria, a fiscalização concluiu que o contribuinte, no período sob análise, omitiu saída de mercadorias tributadas.

A Auditoria Financeira, indiciária por natureza, pode ser invalidada pela conferência do trabalho de auditagem, onde o contribuinte comprova, com documentos da escrituração fiscal e não considerados pela autoridade lançadora, a inexistência da omissão geradora da reclamação fazendária registrada na peça de sustentação do processo administrativo tributário. O contribuinte leva para o seu demonstrativo as receitas provenientes de diversas fontes, dentre elas as advindas de prestação de serviços, de empréstimos, de descontos bancários em conta vinculada, venda de imóveis que resulta aumento de capital de giro da empresa, vendas de mercadorias isentas ou não tributadas com as devidas escriturações fiscais/contábeis, escriturações do universo de todos os documentos fiscais envolvidos na atividade mercantil da empresa e outras fontes, todos acompanhados da documentação correspondente e que ofereça o mínimo de qualidade para ser homologada pela autoridade fazendária.

O uso da faculdade do contraditório foi adotada pelo pólo passivo, oportunidade em que ele comprovou ser prestador de serviço e que grande parte dos numerários que entram no caixa advém desta atividade.

A providência adotada pela parte passiva no sentido de trazer para os autos elementos comprobatórios de suas alegações culminou no pedido de diligência formulado pela Quarta Câmara Julgadora solicitando que o trabalho inicial fosse refeito por fiscal estranho à lide.

Na conclusão do levantamento revisional (fl. 55), a autoridade fazendária designada para a atividade atestou a veracidade das informações da defesa principalmente no que diz respeito à receita de serviços.

Assim, ante a constatação de que as provas apresentadas pela recorrente estão revestidas de poderes para eliminarem a ação da autoridade fiscal, o meu posicionamento e de meus pares foi pela reforma da decisão atacada.

Pelo exposto, em sintonia com todos os componentes da mesa julgadora, conheço do recurso, dou-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 10 de maio de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão do registro de saída de mercadorias tributadas. Suprimento indevido (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00180/12

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - SOLIDARIEDADE. Preliminar de exclusão dos responsáveis solidários da lide. Rejeitada. 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, intervierem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, do CTE).

II - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de registro de saídas de mercadorias. Auditoria do Movimento Financeiro. Procedência parcial. Decisão unânime.

1 - 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 os desembolsos e o saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, as despesas indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas. (artigo 25, § 1.º, Inciso IV, do CTE);

2 - Deve ser mantida a exigência fiscal fundamentada em Auditoria do Movimento Financeiro, não contraditada eficientemente pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de janeiro de 2012, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão da lide dos solidários [...] e [...], arguida pelo Conselheiro Allen Anderson Viana. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva e Célia Reis Di Rezende. Vencido o Conselheiro Allen Anderson Viana. 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 no valor da omissão de saída de mercadorias de R\$ 19.372,66 (dezenove mil, trezentos e setenta e dois reais e sessenta e seis centavos), e ICMS a recolher na importância de R\$ 2.051,10 (dois mil e cinquenta e um reais e dez centavos), em razão da exclusão do valor relacionado com o auto de infração

nº 3.0046395.794.33. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Allen Anderson Viana e Célia Reis Di Rezende.

RELATÓRIO

Extraí-se, da análise do presente processo, que o Fisco constatou que o sujeito passivo omitiu o registro de saídas de mercadorias no valor comercial de R\$ 23.638,49 (vinte e três mil, seiscentos e trinta e oito reais e quarenta e nove centavos), conforme Auditoria do Movimento Financeiro, no exercício de 2002, sendo que, de acordo com a base de cálculo apurada em função da proporcionalidade de comercialização das mercadorias tributadas, deverá pagar o imposto na importância de R\$ 2.502,63 (dois mil, quinhentos e dois reais e sessenta e três centavos).

Juntou-se ao processo o demonstrativo da Auditoria do Movimento Financeiro.

A atuante indicou como infringidos os artigos 25, § 1º, inciso IV, e parágrafo 2º, e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c o artigo 141, do Decreto nº 4.852/97. Como penalidade, propôs a estabelecida no artigo 71, inciso VII, alínea "I", e § 9º, inciso I, do CTE, com redação da Lei nº 13.446/99.

Foram qualificados como responsáveis solidários: [...], e [...].

Intimados, os responsáveis solidários não comparecem ao processo, permitindo a lavratura dos Termos de Revelia de fls. 35/36, e de Perempção, fls. 49.

O sujeito passivo direto apresenta a Impugnação de fls. 19/20, alegando que o período fiscalizado foi, anteriormente, auditado, tendo sido lavrado o auto de infração nº 3.0046395.794.33, tratando da mesma matéria, razão pela qual alega duplicidade de lançamento.

Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração.

O julgador singular, por intermédio da Sentença nº 2.750/09-COJP, fls. 38/40, não acolhe os argumentos apresentados pelo sujeito passivo, e julga procedente o auto de infração.

Inconformado com a decisão monocrática, o atuado direto interpõe Recurso Voluntário, fls. 51/52, reiterando "verbum ad verbum" os argumentos já expendidos na fase anterior, em especial o relativo à existência de outro auto de infração, que trata da mesma matéria, no mesmo período, cujas informações foram apresentadas espontaneamente e conferidas pelo auditor fiscal.

Pede, assim, que seja declarada a improcedência do lançamento.

Este é o Relatório.

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

Em prefação, mister destacar que o Conselheiro Allen Anderson Viana, arguiu a preliminar de exclusão da lide dos responsáveis solidários, [...] e [...].

Há que se apreciar.

Rejeito a preliminar em questão.

Não a acolho, por entender que, na condição de administradores, os qualificados como solidários 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).

Com as razões acima delineadas, entendo que não há como excluir da lide os responsáveis solidários identificados.

QUESTÃO MERITÓRIA

Quanto ao mérito, por ser pertinente e para melhor clareza do meu voto, transcrevo o disposto no inciso IV, do § 1.º, do artigo 25, bem como o artigo 64 da Lei nº 11.651/91 – CTE. Destaco, também, o artigo 141 do Decreto nº 4.852/97 - RCTE:

“Art. 25. [...]

[...]

§ 1.º - 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 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;

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. 141. O contribuinte do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária, relacionadas com o ICMS, devem emitir documento fiscal, em conformidade com a operação ou prestação que realizarem.”

O suporte da constituição do presente crédito é a Auditoria do Movimento Financeiro, a qual foi realizada na escrituração mercantil do sujeito passivo, cuja conclusão acusa omissão no registro de saída de mercadorias no exercício de 2002, conforme historia a autoridade lançadora no campo específico do auto de infração.

Este levantamento registra que as despesas realizadas no período sob investigação foram superiores às receitas obtidas, fato característico de suprimento indevido de caixa com recursos provenientes de diversas fontes, incluindo, nestas, as vendas realizadas sem a emissão da documentação fiscal própria, conforme provam os demonstrativos juntados ao processo. Assim, comprovando-se, ainda que de forma presumida, evasão de receita oriunda da atividade comercial do sujeito passivo, o lançamento do crédito tributário de ofício é uma consequência a que o contribuinte se vê submetido.

O trabalho realizado primou, outrossim, pela observação da proporcionalidade para obtenção dos valores omitidos a título de vendas de mercadorias tributadas e vendas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, respaldando-se, coerentemente, na disposição contida no parágrafo 2º, do artigo 25, do Código Tributário Estadual, “in verbis”:

“§ 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.”

O único argumento apresentado pelo sujeito passivo, refere-se ao fato de que no período autuado, o Fisco, em razão das informações por ele prestadas, já havia lavrado outro auto de infração.

Entendo, entretanto, que a existência de outro auto de infração, tratando da mesma matéria, no mesmo período, não é impeditivo de nova apreciação, pelo Fisco, da movimentação mercantil do sujeito passivo, devendo, caso detecte

diferença superior à já autuada, que se faça a dedução dos valores no novo lançamento.

Ressalte-se, ainda, que o primeiro lançamento respaldou-se em informações prestadas em demonstrativo apresentado pelo sujeito passivo. Já o segundo teve como parâmetro as informações contidas nas DPI's.

Concluo, portanto, que o argumento em questão não é suficiente para invalidar o lançamento, devendo, entretanto, ser abatido do mesmo os valores constantes do auto de infração nº 3.0046395.794.33.

O valor base de cálculo do auto em referência importa em R\$ 4.265,83 (quatro mil, duzentos e sessenta e cinco reais e oitenta e três centavos), conforme se vê no extrato do referido auto juntado ao processo nas fls. 60/61.

Assim, deduzindo-o do presente lançamento, resta como valor das saídas sem emissão de documentos fiscais a importância de R\$ 19.372,66 (dezenove mil, trezentos e setenta e dois reais e sessenta e seis centavos).

Aplicando, outrossim, a proporcionalidade relacionada com as mercadorias tributadas, a base de cálculo para o ICMS resta no valor de R\$ 17.092,50 (dezesete mil, noventa e dois reais e cinquenta centavos), cujo ICMS a recolher importa em R\$ 2.051,10 (dois mil, cinquenta e um reais e dez centavos).

Entendendo, portanto, que o recorrente não logrou apresentar demonstrativo ou documentos capazes de alterar o lançamento original, hei por bem em manter o auto de infração, com as adequações acima demonstradas.

Diante do exposto, em consenso majoritário, rejeito o pedido de exclusão dos responsáveis solidários da lide, suscitado pelo Conselheiro Allen Anderson Viana. No mérito, por entender estar corretamente tipificada a infração ensejadora do lançamento, voto, acompanhado pela maioria dos meus pares, para conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe parcial provimento, para reformar em parte a decisão singular, e considerar parcialmente procedente o auto de infração, no valor comercial de R\$ 19.372,66 (dezenove mil, trezentos e setenta e dois reais e sessenta e seis centavos), em razão da exclusão do valor relacionado com o auto de infração nº 3.0046395.794.33, sendo o ICMS, em razão da proporcionalidade relacionada com as mercadorias tributadas, na importância de R\$ 2.051,10 (dois mil, cinquenta e um reais e dez centavos).

Sala das sessões, em 30 de janeiro de 2012.

AUDITORIA DO PREJUIZO DA CONTA MERCADORIAS

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

Matéria: AUDITORIA DO PREJUIZO DA CONTA MERCADORIAS - Falta de estorno de crédito proporcional ao período apurado (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01130/12

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - NULIDADE: Preliminares de nulidade da peça básica, arguida pelo autuado, por cerceamento do direito de defesa. Rejeitada. Decisão unânime.

1. Fica afastada a hipótese de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, quando não comprovada, no curso da ação, a ocorrência dos incidentes formais que prejudicam a apreciação do mérito do ato administrativo.

II - ICMS. Obrigação tributária principal. Falta de estorno de créditos, proporcional ao prejuízo acusado na conta mercadorias. Auditoria do Estorno Relativo ao Prejuízo apresentado na Conta Mercadorias. Procedência. Decisão unânime.

1. 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 a conta mercadoria apresentar prejuízo, na proporção do que se verificar no final de cada exercício ou no encerramento das atividades do estabelecimento (artigo 61, inciso IV, Lei nº 11.651/91 - CTE);

2. Deve ser declarado procedente o lançamento que exige estorno de crédito do ICMS, proporcional ao prejuízo apresentado na conta mercadorias, quando o sujeito passivo não laborou, tempestivamente, na regularização do referido estorno, consoante preceitua a legislação tributária;

3. A não apresentação, pelo contribuinte, de elementos com consistente relevância capazes de provocar a modificação do procedimento fiscal que motivou a formalização do lançamento, é impeditiva da alteração da pretensão fazendária.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25 de abril de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Allen Anderson Viana e Victor Augusto de Faria Morato. 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 Heli José da Silva, Allen Anderson Viana e Victor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, extrai-se que, em 1º de outubro de 2010, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, formalizando nele a exigência

de ICMS, multa e demais acréscimos legais, pelo fato da autuada, na condição de contribuinte, não ter estornado, em janeiro de 2009, o crédito de ICMS no valor de R\$ 301.962,76 (trezentos e um mil, novecentos e sessenta e dois reais e setenta e seis centavos), referente ao prejuízo bruto apresentado na Conta Mercadoria, no exercício de 2008.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados o demonstrativo da Auditoria do Prejuízo na Conta Mercadoria, e cópias das páginas do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 03/39.

O sujeito passivo interpõe Impugnação junto à Primeira Instância, fls. 44/56, alegando, preliminarmente, nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa. Aduz: “Ocorre que, os nobres auditores fiscais responsáveis pela lavratura do Auto de Infração, nem de longe obedeceram as prescrições legais, eis que não descreveram de forma clara e precisa a origem e o fato gerador do ICMS antecipado. Além do que referido AI está cheio de erros, omissões, supressões e equívocos, ou seja, em momento algum do Auto de Infração, o auditor fiscal consignou os fatos e fundamentos de forma correta e precisa.”

Ainda: “À toda evidência, como se verifica da razão social da defendente, bem como do seu próprio objeto social, trata-se de empresa destinada ao comércio varejista, cuja incidência do ICMS varia em margens consideráveis de produto para produto. Daí a conseqüente nulidade do lançamento do crédito fiscal sem sua devida caracterização, posto que a omissão partiu do próprio fisco que deixou de observar que a possível ausência de fechamento da conta mercadoria ocorre porque há estoque na empresa que não foi negociado, daí entender que se a apuração ocorre pelo sistema débito/crédito, se não houve saída o ICMS não foi computado.”

No mérito, alega que em virtude de determinados equívocos pela fiscalização, em especial pelo fato de não ter identificado produtos no estoque da empresa, lavrou-se o auto de infração. Diz que não efetuou qualquer estorno de crédito, porque a conta mercadoria não apresentou prejuízo, uma vez que existem produtos no depósito da empresa pendentes de venda.

Questiona o caráter, a seu ver, confiscatório da multa aplicada.

Pugna, ao final, pela improcedência do lançamento.

A Primeira Instância decidiu a questão favoravelmente à Fazenda Estadual, consoante se depreende da Sentença n.º 2.959/11 - JULP, de fls. 64/67. Destacou: “A defesa do sujeito passivo não se sustenta, pois o mesmo tem o ônus da prova, na medida que junto aos autos há elementos que dão sustentação à ação fiscal, e o impugnante não trouxe ao processo quaisquer dados ou informações consistentes, para modificar o entendimento sobre o procedimento fiscal.”

A autuada, inconformada com a decisão monocrática, apresenta Recurso Voluntário, fls. 72/88, no qual reitera a preliminar de nulidade do auto de infração,

por cerceamento do direito de defesa, com os mesmos argumentos expendidos na fase anterior.

No mérito, ratifica o posicionamento adotado na Impugnação. Requer a improcedência do auto de infração.

Volta a questionar a multa aplicada, qualificando-a de confiscatória.

Este é o relatório.

DECISÃO

PRELIMINAR

Em prelúdio, tratando primeiramente da questão prejudicial, de caráter terminativo, passo a fundamentar os motivos que me levam a rejeitar a preliminar de nulidade “ab initio” do processo por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo recorrente.

Rejeito-a, em consenso unânime com meus pares, porque o histórico da ocorrência descrito no auto de infração está redigido de forma a não suscitar nenhuma dúvida quanto à infração fiscal. Entendo que a tipificação legal que respalda o lançamento encontra-se coerentemente enumerada, assim como a penalidade aplicada, não existindo qualquer cerceamento do direito de defesa. Os elementos que respaldam a auditoria e, portanto, necessários para a compreensão da mesma, estão todos anexados aos autos.

Ademais, o documento de formalização do crédito tributário contém todos os requisitos estabelecidos no artigo 8º, da Lei nº 16.469/09 e, a acusação fiscal está devidamente demonstrada na Auditoria do Prejuízo na Conta Mercadoria, fls. 03, que indica o valor do crédito a ser estornado de ofício.

Relativamente ao questionamento vinculado aos estoques do estabelecimento fiscalizado, percebe-se, claramente, que foram devidamente considerados na auditoria realizada, razão pela qual não se sustenta as alegações do sujeito passivo.

Observa-se, pois, que o lançamento preserva o nexa causal entre “fato gerador”, “norma infringida”, e “penalidade”. É inquestionável que a autoridade lançadora apresentou as razões de fato e de direito que a levaram a efetuar o lançamento objurgado, demonstrando, outrossim, o nexa causal existente entre elas.

Outrossim, foi assegurado ao recorrente, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, em face ao princípio jurídico do contraditório, que assegura às partes litigantes amplo direito de defesa.

Vejo, portanto, que não ocorreu nos presentes autos qualquer uma das hipóteses de nulidade previstas no artigo 20, da Lei n.º 16.469/09. O sujeito passivo não logrou indicar qualquer falha no lançamento capaz de declará-lo írrito.

MÉRITO

Quanto ao mérito, destaco, em apertada síntese, que no caso em exame, a instrução da acusação revela que a empresa não procedeu ao estorno do crédito do ICMS no valor original de R\$ 301.962,76 (trezentos e um mil, novecentos e sessenta e dois reais e setenta e seis centavos), referente ao prejuízo apresentado na conta mercadorias.

O procedimento fiscal adotado para determinação do prejuízo existente na Conta Mercadorias, consistiu em apurar o custo das mercadorias vendidas para se obter o percentual de lucro ou prejuízo no período fiscalizado. Assim, a auditoria contida no demonstrativo de fls. 03 fundamentou-se na análise comparativa do valor adicionado ao custo de aquisição de mercadorias tributadas, demonstrando, no balanceamento, que a Conta Mercadorias do estabelecimento da autuada apresentou prejuízo.

Exigiu-se, portanto, o estorno do crédito na sua respectiva proporção, conforme demonstrado no documento que sustenta a reclamação do presente crédito.

A ação fiscal foi realizada consoante preconiza o roteiro da Auditoria do Prejuízo na Conta Mercadorias. Como supedâneo jurídico, foram indicados os artigos 61, inciso IV, da Lei nº 11.651/91 – CTE, e o artigo 58, inciso IV, do Decreto n.º 4.852/97 – RCTE, “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: (Redação dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 12.972/96 – vigência: 01.01.97)

[...]

IV - a conta mercadoria apresentar prejuízo, na proporção do que se verificar no final de cada exercício ou no encerramento das atividades do estabelecimento.”

“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 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 no período de formação do resultado.”

Examinando, portanto, o mérito do processo, convenço-me que a manutenção da exigência inicial do Fisco deve prevalecer, haja vista que o procedimento fiscal adotado para determinação do possível prejuízo existente na Conta Mercadorias consistiu na análise dos livros e documentos fiscais da autuada, Apurou-se, assim, o efetivo prejuízo na Conta Mercadorias e procedeu-se ao estorno do crédito proporcionalmente ao prejuízo apresentado, consubstanciado no lançamento exordial.

Observo que o levantamento levado a termo junto à autuada tem como finalidade precípua a de exigir o estorno do crédito na respectiva proporção do prejuízo apresentado, tal como demonstrado no documento que sustenta a reclamação do presente crédito.

Importante destacar que a auditoria realizada possui três etapas básicas: na primeira apura-se o valor do prejuízo e o respectivo índice; na segunda são realizados os ajustes necessários a fim de apurar o valor do ICMS base para o estorno do crédito. Por fim, na terceira etapa, apura-se o valor do estorno de crédito em função do prejuízo ocorrido na Conta Mercadorias, por meio da multiplicação do índice do prejuízo apurado pelo valor do ICMS base para o estorno.

Importa ressaltar que na situação contida neste processo, a diferença reclamada surgiu com o não cumprimento, pela autuada, de forma espontânea e tempestiva, do comando normativo inserto no artigo 61, inciso IV, da Lei nº 11.651/91 – CTE, exsurindo, assim, o imperativo do lançamento de ofício.

Ainda, relativamente ao inconformismo relacionado com a multa e juros aplicados, deixo de apreciar, haja vista que os mesmos encontram-se legalmente inseridos na legislação tributária estadual, e, nos termos do § 4º, do artigo 6º, da Lei nº 16.469/09, neste Conselho “não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária”.

Ao teor do exposto, voto, de forma unânime, para rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa.

No mérito, à mingua de elementos probantes que pudessem ilidir a exigência que estabelece esta contenda, e em respeito ao preconizado pela legislação tributária, voto, em sintonia com a unanimidade dos meus pares, para conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 23 de maio de 2012.

AUDITORIA DO VALOR ADICIONADO

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

Matéria: AUDITORIA DO VALOR ADICIONADO - Omissão de registro de saída de mercadoria tributada (Procedência)

Relator: Conselheiro Alcedino Gomes Barbosa

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Decisão unânime. ICMS. Obrigação principal. Omissão de registro de saída de mercadorias. Procedente. Decisão unânime.

1- São inócuos os questionamentos sobre a nulidade do feito, uma vez que a infração foi identificada corretamente e que o sujeito passivo foi regularmente identificado e notificado.

2- Os trabalhos de Auditoria de natureza indiciária e presumida (§ 1.º, do artigo 25 do CTE), invertem o ônus da prova ao sujeito passivo que deveria apresentar argumentos, acompanhados de provas de que as mercadorias, realmente, não ingressaram no seu estabelecimento, que pudessem rechaçar o lançamento que foi demonstrado, com clareza e objetividade pelo fisco, julga-se procedente o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20 de agosto de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de conversão do julgamento em diligência. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. 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 Alcedino Gomes Barbosa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Manoel Antônio Costa Filho.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo omitiu registro de operação de saída tributada, no período de 01/01/2009 a 31/12/2009, caracterizado pela diferença a menor entre o valor adicionado auferido pelo contribuinte e o valor adicionado pelo Fisco, conforme Auditoria do Valor Adicionado, documento em anexo. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 1.265.250,71, juntamente com penalidade e acréscimos legais.

São dados como infringidos os artigos 25, §1º, inciso VII e 64 da Lei 11.651/91, combinado com os artigos 17, §1º, inciso VIII e 141 do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", §9º, inciso I, da Lei 11.651/91 com redação da Lei 16.241/2008.

Foram identificados como sujeitos passivos solidários: [...] (fl. 05), nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91, [...] (fl. 06), nos termos do artigo

45, inciso XII, da Lei 11.651/91, [...] (fl. 07), nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91 e [...] (fl. 08), nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91.

O Auto de Infração veio instruído com o Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03), Descrição Complementar da Ocorrência (fl. 04), Relatório de Autenticação Fiscal (fl. 09), Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (fls. 10/13), Auditoria do Valor Adicionado (fl. 14), cópia do Auto de Infração (fl. 15), Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 16/17), Descrição Complementar da Ocorrência (fl. 18), Dados extraídos do Banco de Dados da Junta Comercial do Estado - JUCEG (fl. 18-A), copia do Registro de Apuração do ICMS nº 02-E (fls. 19/57), cópia do Registro de Entradas nº 03-E (fls. 58/539), cópia do Registro de Entradas nº 02-E (fls. 541/961), cópia do Registro de Entradas nº 04-E e Saídas nº 03-E (fls. 962/1002), Solicitação de cópia de Documentos Fiscais (fl. 1003), cópia de Nota Fiscal (fl. 1004), Solicitação de cópia de Documentos Fiscais (fl. 1005), cópia das Notas Fiscais (fls. 1006/1009), Solicitação de cópia de Documentos Fiscais (fl. 1010), cópia do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga (fls. 1011/1023), Solicitação de cópia de Documentos Fiscais (fl. 1024), cópia de Notas Fiscais (fls. 1025/1112), Solicitação de cópia de Documentos Fiscais e Notas Fiscais e Solicitação de Notas Fiscais não encontradas (fls. 1113/1132), Consulta da NFE (fls. 1133/1134), cópia de Notas Fiscais e solicitação de cópia de Documentos Fiscais (fls. 1136/1143), Contas a Receber (fl. 1144), solicitação de cópia de Documentos Fiscais e Notas Fiscais (fls. 1145/1158), Análise Vertical do verso da DPI (fls. 1159/1160), cópia do Registro de Inventário nº 01-E (fls. 1161/1363), Registro de Inventário nº 02-E (fls. 1364/1591) e mídia - CD (fl. 1592).

O sujeito passivo direto e os solidários foram intimados em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 1593/1603, sendo que os solidários não se manifestaram dentro do prazo legal, tornando-se revéis às fls. 1604/1607.

Às fls. 1610/1618, o sujeito passivo direto impugna o lançamento aduzindo que ao contrário do que sustenta o Fisco Estadual, as notas fiscais relacionadas no auto de infração não comprovam que houve ingresso daquelas mercadorias no seu estabelecimento, mas tão somente que houve o seu ingresso no território goiano, sendo que a prova do ingresso no estabelecimento dependeria da apresentação pelo Fisco do recibo de entrega das mercadorias. Cita decisão do Conselho Administrativo Tributário, no sentido de que a inclusão, na Auditoria de Movimentação Financeira, das mercadorias, cujo ingresso se afirma que não foram registrados pelo contribuinte, devem ser demonstradas com a juntada das respectivas notas fiscais (fls. 1615/1616). Acrescenta que no campo "Detalhamento do Lançamento", na apuração do valor do imposto supostamente devido, foi utilizada como base de cálculo o valor total da operação, sobre a qual foi aplicada a alíquota de 10%, sendo que, não se considerou que a impugnante pratica operações de venda de mercadorias beneficiadas com isenção parcial, o que implicaria em obedecer à prescrição do §2º, do artigo 25 do Código Tributário Estadual. Pede que os autos sejam convertidos em diligência para comprovar que a empresa realiza operações sujeitas ao benefício da isenção parcial, no caso com redução da base de cálculo. Pugna pela improcedência do presente auto de infração.

Instrui a peça defensoria a cópia do Instrumento Particular de Mandato (fl. 1619), cópia da Terceira Alteração Contratual (fls. 1620/1622) e cópia da Identidade Profissional do Procurador (fl. 1623).

O Julgador Singular prolate a Sentença nº 546/2012 de fls. 1625/1627, e decide pela Procedência do lançamento.

Fundamenta sua decisão aduzindo que não se verifica qualquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 20 da Lei n.º 16.469/09. Além do mais, a infração foi identificada corretamente e que o sujeito passivo foi regularmente identificado e notificado. Ao contrário da alegação da autuada, a fiscalização anexou, sim, notas fiscais aos autos conforme comprovam os documentos de fls. 1004/1158 bem como as constantes dos arquivos gravados em CD, fls. 1592. Os fundamentos legais para o lançamento em questão, ao contrário das alegações do sujeito passivo estão ancorados no dispositivo legal que estabelece a presunção de omissão de saídas de mercadorias para a diferença a menor de valor adicionado é o parágrafo 1º, inciso VIII, do artigo 25 do CTE. A regulamentação de tal dispositivo legal veio com a Instrução de Serviço nº 07/04 - SGAF que em seus artigos 1º e 2º, inciso II, estabelecem que a falta do registro de notas fiscais de entrada enseja a aplicação da auditoria do valor adicionado e o arbitramento do valor das operações, parágrafo 1º, inciso VIII, do artigo 25 do Código Tributário Estadual. Restou comprovado o não registro das notas fiscais de entradas de mercadorias, inclusive com a lavratura do auto de infração nº 4011102756446, fls. 15/18 cuja motivação para a sua lavratura foi, justamente, o não registro das notas fiscais de entrada de mercadorias. O outro motivo está na explicação contida no anexo estruturado de fls. 04, onde a fiscalização informa que utilizou a alíquota média de 10%, encontrada pela divisão do total do imposto debitado, pelo total das saídas. Com essa medida a fiscalização ponderou o valor da tributação parcial ou das mercadorias comercializadas com base de cálculo reduzida. Rejeito, dessa forma, o pedido de conversão dos autos em diligência.

O sujeito passivo direto e os solidários foram intimados da decisão singular, conforme documentos de fls. 1628/1636, sendo que os solidários foram declarados peremptos à fl. 1637.

Às fls. 1640/1648, o sujeito passivo direto interpõe Recurso Voluntário alegando que ao contrário do que sustenta o Fisco Estadual, as notas fiscais relacionadas no auto de infração não comprovam que houve ingresso daquelas mercadorias no seu estabelecimento, mas tão somente que houve o seu ingresso no território goiano, sendo que a prova do ingresso no estabelecimento dependeria da apresentação pelo Fisco do recibo de entrega das mercadorias. Cita decisão do Conselho Administrativo Tributário, no sentido de que a inclusão, na Auditoria de Movimentação Financeira das mercadorias, cujo ingresso se afirma que não foram registrados pelo contribuinte, devem ser demonstradas com a juntada das respectivas notas fiscais (fls. 1615/1616). Acrescenta que no campo "Detalhamento do Lançamento", na apuração do valor do imposto supostamente devido, foi utilizada como base de cálculo o valor total da operação, sobre a qual foi aplicada a alíquota de 10%, sendo que, não se considerou que a Recorrente pratica

operações de venda de mercadorias beneficiadas com isenção parcial, o que implicaria em obedecer à prescrição do §2º, do artigo 25 do Código Tributário Estadual. Por fim, requer que seja declarada a improcedência do presente auto de infração.

É o Relatório.

DECISÃO

Acolho na íntegra a decisão do julgador singular Jeovalter Correia Santos, que assim proferiu seu julgamento:

“ Não se verifica qualquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 20 da Lei n.º 16.469/09. Na medida em que a autoridade fiscal autuante é competente para realização do procedimento e para lançamento do crédito, que a infração foi identificada corretamente e que o sujeito passivo foi regularmente identificado e notificado, conforme justificarei.

Ao contrário da alegação da autuada, a fiscalização anexou, sim, notas fiscais aos autos conforme comprovam os documentos de fls. 1004/1158 bem como as constantes dos arquivos gravados em CD, fls. 1592. Descarto de pronto o pedido de nulidade do lançamento.

A Auditoria do Valor Adicionado consiste no cotejo do valor adicionado apurado com base nas informações do contribuinte (1) e o valor adicionado previsto na legislação para a atividade do contribuinte (2), sendo a diferença a menor entre (2) e (1) considerado omissão de registro de vendas de mercadorias.

Os fundamentos legais para o lançamento em questão, ao contrário das alegações do sujeito passivo estão ancorados no dispositivo legal que estabelece a presunção de omissão de saídas de mercadorias para a diferença a menor de valor adicionado é o parágrafo 1º, inciso VIII, do artigo 25 do CTE:

“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:

(...)

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;”

A regulamentação de tal dispositivo legal veio com a Instrução de Serviço nº 07/04 - SGAF que em seus arts. 1º e 2º, inciso II, abaixo descrito, estabelecem

que a falta do registro de notas fiscais de entrada enseja a aplicação da auditoria do valor adicionado e o arbitramento do valor das operações, parágrafo 1º, inciso VIII, do artigo 25 do CTE.

"Art. 1º A aplicação da Auditoria do Valor Adicionado, para efeito de fundamentar lançamento de crédito tributário, somente deve ser efetivada quando constatada irregularidades na escrituração fiscal ou contábil do contribuinte.

Art. 2º São ocorrências na escrituração fiscal ou contábil do contribuinte, que ensejam o arbitramento do valor das operações de saídas tributadas, especialmente:

(...)

II - falta de registro de documentos fiscais de entradas, relativos a mercadorias adquiridas para industrialização ou comercialização (Lei n.º 11.651/91, art. 148, § 3º, XII);

Está, fartamente, comprovado o não registro das notas fiscais de entradas de mercadorias, inclusive com a lavratura do auto de infração nº 4011102756446, fls. 15/18 cuja motivação para a sua lavratura foi, justamente, o não registro das notas fiscais de entrada de mercadorias.

Com isso, mesmo sendo os trabalhos de Auditoria de natureza indiciária e presumida (§ 1.º, do artigo 25 do CTE), ainda assim, invertem o ônus da prova ao sujeito passivo que deveria apresentar argumentos, acompanhados de provas de que as mercadorias, realmente, não ingressaram no seu estabelecimento, que pudessem rechaçar o lançamento que foi demonstrado, com clareza e objetividade pelo fisco às fls. 14, não o fazendo a contento, os atos administrativos presumem-se realizados de acordo com o Princípio da Legalidade. Portanto, a exigência fiscal deve prosperar.

Com relação às alegações do sujeito passivo de que a fiscalização não levou em consideração que a empresa realiza operações isentas, não tributadas ou com redução da base de cálculo, também, não procedem, por dois motivos: o primeiro é que o levantamento foi elaborado de forma segmentada por regime de tributação com as operações tributadas, isenta e não tributadas e sujeitas ao regime de substituição tributária discriminadas de forma separada, ou seja, a base de cálculo utilizada para o lançamento só levou em consideração as mercadorias tributadas, conforme prova o documento de fls. 14.

O outro motivo está na explicação contida no anexo estruturado de fls. 04, onde a fiscalização informa que utilizou a alíquota média de 10%, encontrada pela divisão do total do imposto debitado, pelo total das saídas. Com essa medida a fiscalização ponderou o valor da tributação parcial ou das mercadorias comercializadas com base de cálculo reduzida. Rejeito, dessa forma, o pedido de conversão dos autos em diligência.

Assim sendo, entendo que o lançamento do crédito tributário cumpriu as exigências do artigo 160 do CTE, decido pela manutenção da exigência fiscal."

Diante do exposto, com a unanimidade de meus pares, rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, também em unanimidade, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 24 de setembro de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA DO VALOR ADICIONADO - Omissão de registro de saída de mercadoria tributada (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02902/12

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: Processual. Preliminar de reinclusão na lide dos solidários, arguida pela Fazenda Pública. Acolhida. Decisão não unânime. Preliminar de inadmissibilidade do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno. Acolhida. Decisão não unânime.

1 - Mantêm-se na lide os solidários trazidos ao processo nos termos do artigo 45, XII do Código Tributário Estadual;

2 - Inadmite-se o recurso ao Conselho Pleno quando este recurso não estiver em conformidade com o artigo 41, II, da Lei 16.469/09.

ICMS. Omissão do imposto pelo não registro de operação de saída tributada. Auditoria do valor adicionado. Mantida a decisão cameral. Procedente parcialmente. Decisão não unânime.

Julga-se parcialmente procedente o auto de infração quando restar provado que o sujeito passivo omitiu parte do registro de operação de saídas tributadas.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 16 de outubro de 2012, decidiu, por maioria de votos, acatar a preliminar de reinclusão dos sujeitos passivos solidários [...] e [...] na lide, arguida pela Fazenda Pública Estadual. Foram vencedores os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Heli José da Silva, Washington Luis Freire de Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Carlos Andrade Silveira, Delcídes de Souza Fonseca, Álvaro Falanque, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia. E, também, por maioria de votos, acolher a arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, feita pela Fazenda Pública Estadual, tendo em vista não estar a peça recursal em

consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09, mantendo a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração, no valor do ICMS a recolher de R\$ 193.636,97 (cento e noventa e três mil, seiscentos e trinta e seis reais e noventa e sete centavos). Foram vencedores os Conselheiros Elias Alves dos Santos, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva, Álvaro Falanque, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Aldeci de Souza Flor. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

A peça de sustentação deste volume descreve que o sujeito passivo omitiu registro de operação de saída tributada, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, caracterizado pela diferença a menor entre o valor adicionado auferido pelo contribuinte e o valor adicionado arbitrado pelo Fisco, conforme Auditoria do Valor Adicionado, documento em anexo. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 196.900,80, juntamente com penalidade e acréscimos legais.

Como dispositivos legais infringidos foram apontados os artigos 25, §1º, inciso VIII e 64 da Lei 11.651/91, combinado com os artigos 17, §1º, inciso VIII e 141 do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta à penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", §9º, inciso I, da Lei 11.651/91 com redação da Lei 13.446/1999.

Foram identificados como sujeitos passivos solidários: [...] (fls. 05), na condição de diretor da empresa autuada, nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91 e [...] (fls. 06), na condição de diretor da empresa autuada, nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91.

O Auto de Infração veio instruído com o Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 03), Descrição Complementar da Ocorrência (fls. 04), cópia da Ordem de Serviço nº 0473/2010 (fls. 07), cópia das Notas Explicativas (fls. 08/12), Auditoria do Valor Adicionado (fls. 13), cópia do Registro de Inventário (fls. 14/25), cópia do Registro de Apuração do ICMS (fls. 26/44), cópia do Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (fls. 45/48) e base da consulta por auto (fls. 49/64).

O sujeito passivo direto e os solidários foram intimados em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 65/69.

Tempestivamente, a autuada e os responsáveis solidários apresentam conjuntamente Impugnação (fls. 73/81) onde alegam que o procedimento fiscal deveria ser anulado por ter sido utilizado valores agregados distintos dos praticados pela empresa autuada e, também, por não existir suporte na Instrução Normativa nº 007/2004-SGAF, que regule a espécie de trabalho. Em sede de preliminar, pedem a nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, com base no artigo 148 do Código Tributário Nacional e

147-D do Código Tributário Estadual, sendo que este, fora posteriormente regulamentado pela Instrução Normativa nº 07/04-SGAF, no seu art. 3º, § 1º. Asseveram que, em nenhum momento a autuante cumpriu o que dispõe a legislação supracitada, já que não confeccionara o Termo de Arbitramento, documento hábil para demonstrar as razões que o justifiquem. Acrescentam que o descumprimento, desta formalidade, torna insegura a apuração do possível ilícito cometido, previsto no artigo 20, inciso IV, da Lei 16.469/09. Requerem também, as exclusões dos solidários da lide, alegando que nas hipóteses em que caberiam responsabilidade dos sócios pelos créditos fazendários, de maneira subsidiária, só se configurariam nos casos de dissolução irregular da sociedade, excesso de poderes nos atos administrativos ou infração à lei, de acordo com a norma do artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional. Colaciona ao feito trecho da doutrina de Hugo Brito Machado e jurisprudência do STJ, como paradigma (fls. 77/78). Quanto ao mérito, alegam que o ilícito apontado pela autuante não autorizaria o arbitramento das saídas, tendo em vista as bobinas, os cupons fiscais e as fitas detalhes não serem documentos fiscais, como definidos pelos artigos 110 e 111 do Anexo XI do RCTE, que seriam apenas documentos fiscais os previstos no artigo 114 do RCTE. Pugnem pela improcedência do lançamento.

Instrui a peça defensiva a cópia dos documentos pessoais da Procuradora (fls. 82), cópia da Procuração (fls. 83/85) e cópia da Quarta Alteração Contratual (fls. 86/90).

O Julgador Singular prolata a Sentença nº 1941/11 de fls. 94/97, pela qual conheceu da impugnação, negou-lhe total provimento, recusando o pedido para anulação do feito, tanto por insegurança na determinação da infração, quanto por cerceamento do direito de defesa, para, em consequência do exposto, decidir pela Procedência da pretensão fiscal.

Fundamenta sua decisão aduzindo que sobre a solidariedade questionada, constata-se, clara e facilmente, através de análise a ser efetuada Quarta Alteração Contratual e na Sexta Cláusula da Consolidação do Contrato Social da empresa atuada (doc. de fls. 86 a 90), que os coobrigados, se encontram nesses apontados como administradores da empresa atuada. Portanto, somente os administradores tiveram o poder de intervir nos fatos narrados pelo fisco e, por isso, eles deverão figurar no pólo passivo, para que não tenham os seus respectivos direitos à ampla defesa cerceados, até o final da tramitação administrativa do procedimento, devendo, com isso, serem notificados os que aqui serão mantidos no litígio a tomarem ciência do andamento deste procedimento. Ademais, a argumentação relativa ao valor agregado utilizado com relação às mercadorias tributadas também não procede, pois como esclareceu a autora em suas notas explicativas, foi isso realizado nos termos da legislação, inclusive, demonstrou como ela chegou às alíquotas médias mensais e ao valor base de cálculo total da exigência, demonstrando em planilha as respectivas alíquotas médias mensais encontradas e aplicadas nos trabalhos diante ao exacerbado lucro encontrado para as mercadorias isentas, não tributadas e as sujeitas ao regime da substituição tributária pelas operações posteriores. No mérito, então, somente com a apresentação da documentação original extraviada, acredita, poderão os impugnantes afastar o arbitramento realizado pelo fisco,

observando-se, que a empresa não possuía escrita contábil à época, como se pode constatar da análise do relatório ora anexado por este julgador, e, por consequência, não poderia o fisco desconsiderar escrita que não existe ou a empresa não possuía.

O sujeito passivo direto e os solidários foram intimados da decisão singular, conforme se vê às fls. 98/100.

Às fls. 103/109, a atuada e os responsáveis solidários, em peça única, apresentam Recurso Voluntário repetindo as mesmas alegações feitas na instância singular, ou seja, que o procedimento fiscal deveria ser anulado por ter sido utilizado valores agregados distintos dos praticados pela empresa atuada e, também, por não existir suporte na Instrução Normativa nº 007/2004-SGAF, que regule a espécie de trabalho. Em sede de preliminar, requerem as exclusões dos solidários da lide, alegando que nas hipóteses em que caberiam responsabilidade dos sócios pelos créditos fazendários, de maneira subsidiária, só se configurariam nos casos de dissolução irregular da sociedade, excesso de poderes nos atos administrativos ou infração à lei, de acordo com a norma do artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional. Citam decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo Tributário (fls. 105). Quanto ao mérito, alegam que o ilícito apontado pela atuante não autorizaria o arbitramento das saídas, tendo em vista as bobinas, os cupons fiscais e as fitas detalhes não serem documentos fiscais, como definidos pelos artigos 110 e 111 do Anexo XI do RCTE, que seriam apenas documentos fiscais os previstos no artigo 114 do RCTE. Argumentam que dado ao princípio da eventualidade e levando-se em consideração aos procedimentos que devem ser adotados pelos agentes fiscais, desta feita, o agente fiscal deveria ter preenchido o item 8 da AVA com o valor das Notas Fiscais de Entrada do período que não foram registradas e que foram atuadas no Auto de infração 4010904969427. Desta forma o IVA apurado será menor que o encontrado pela atuante, e, em consequência o ICMS cobrado será reduzido e que conforme se pode notar na planilha, a Recorrente auferiu IVA real de 21,79%, contudo a atuante utilizou para as mercadorias não tributadas/isentas e substituição tributária, o IVA mínimo de 20%. Por fim, requerem a improcedência do presente auto de infração.

Acosta cópia da Apuração do Valor Adicionado (fls. 110). Posteriormente, junta Subestabelecimento (fls. 113), cópia da revisão em atendimento a Resolução nº 190/2010 referente ao Processo nº 4010904969427 (fls. 114/116) e cópia das Notas Fiscais de entrada não registradas (fls. 117/119).

A pedido da Representação Fazendária, foi anexado aos autos Planilha com as compras não registradas (fls. 122).

A Primeira Câmara deste Conselho, através do Acórdão nº 1741/2011 de fls. 123/129, decidiu, por maioria de votos, acatar a preliminar de exclusão dos solidários da lide argüida pelo sujeito passivo. 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 no valor do ICMS a recolher é de R\$ 193.636,97.

Entendeu o acórdão cameral que a exclusão dos solidários restou caracterizada visto que não há provas ou evidências substanciais que sustentem sua responsabilidade perante o Fisco. De fato, sua manutenção na condição de coobrigados não encontra ressonância nos artigos 134 e 135, ambos do Código Tributário Nacional - CTN. Ademais, jurisprudência consolidada de tribunais superiores não só excluem do pólo passivo da lide os sócios e administradores bem como seu patrimônio pessoal, ressalvadas as devidas exceções, o que não é o caso. No mérito, considera que o feito é procedente em parte. Com efeito, ao analisar-se a planilha do Recorrente, colacionada às fls. 110, chamou a atenção o fato de se utilizar como Índice de Lucro Bruto Arbitrado - ILB, para o cálculo do Valor Adicionado Arbitrado, o percentual de 21,79% (linha 24) tanto para as mercadorias não tributadas ou isentas bem como para aquelas no regime da substituição tributária. A se aceitar os argumentos do sujeito passivo o valor do ICMS devido à Fazenda Pública seria de R\$ 189.400,16. Ocorre que, de acordo com o Apêndice II, do Anexo VII, do Decreto nº 4.852/97, o ILB para cálculo do Valor Adicionado Arbitrado, para o setor supermercadista, é de 20%. Outrossim, o levantamento de fls. 122, de autoria do douto Representante Fazendário, nos mostra o valor exato devido ao erário por fazer a aplicação correta do ILB de 20% (linha 24) a todas as mercadorias e que, ao final, importou em um valor de ICMS de R\$ 193.636,97. Assim, quando cotejamos ambas as planilhas, observa-se que os cálculos do Recorrente e da Gerência da Representação Fazendária se coadunam quando tratam de valores relativos às mercadorias tributadas, porém divergem justamente quando da aplicação do ILB nas demais.

A Fazenda Pública Estadual foi intimada para apresentar Recurso ao Conselho Pleno, conforme documento de fls. 130.

A Representação da Fazenda Pública interpõe Recurso ao Conselho Pleno de fls. 131/132 pedindo a reinclusão dos solidários na lide, uma vez que ao manter a exclusão dos mesmos, a decisão cameral afrontou o artigo 45 da Lei 11.651/91. Acrescenta que há dispositivo expresso na legislação tributária que determina a inclusão dos sócios-gerentes na lide, estando atualmente em vigor a Instrução Normativa nº 017/07-GSF.

O sujeito passivo direto e os solidários foram intimados para apresentarem Recurso ao Conselho Pleno, conforme se vê às fls. 134/136.

A autuada e os responsáveis solidários, inconformados com a decisão cameral, apresentam conjuntamente Recurso ao Conselho Pleno de fls. 140/147 alegando que o extravio de bobinas não pode ser equiparado, para efeito de arbitramento, ao extravio de documentos fiscais, porque a fita-detache e bobina não são documentos fiscais, a teor do disposto nos artigos 110 e 111 do Anexo XI do RCTE e do artigo 114 do mesmo Diploma Legal. Ademais, requerem as exclusões dos solidários da lide, alegando que nas hipóteses em que caberiam responsabilidade dos sócios pelos créditos fazendários, de maneira subsidiária, só se configurariam nos casos de dissolução irregular da sociedade, excesso de poderes nos atos administrativos ou infração à lei, de acordo com a norma do artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional. Cita decisão do Conselho

Administrativo Tributário do Estado de Goiás (fls. 144). Quanto ao mérito, reiteram que o ilícito apontado pela atuante não autorizaria o arbitramento das saídas, tendo em vista as bobinas, os cupons fiscais e as fitas detalhes não serem documentos fiscais, como definidos pelos artigos 110 e 111 do Anexo XI do RCTE, que seriam apenas documentos fiscais os previstos no artigo 114 do RCTE. Argumentam que dado ao princípio da eventualidade e levando-se em consideração aos procedimentos que devem ser adotados pelos agentes fiscais, desta feita, o agente fiscal deveria ter preenchido o item 8 da AVA com o valor das Notas Fiscais de Entrada do período que não foram registradas e que foram autuadas no Auto de infração 4010904969427. Desta forma o IVA apurado será menor que o encontrado pela atuante, e, em consequência o ICMS cobrado será reduzido e que conforme se pode notar na planilha, a Recorrente auferiu IVA real de 21,79%, contudo a atuante utilizou para as mercadorias não tributadas/isentas e substituição tributária, o IVA mínimo de 20%. Por fim, requerem a improcedência do lançamento, ou ainda, que julguem parcialmente procedente sobre o valor do ICMS de R\$ 189.400,16.

D E C I S Ã O

Acolho a preliminar de reinclusão dos solidários na lide, argüida pela Fazenda Pública.

A pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio de seus dirigentes, conseqüentemente, se ocorreu a omissão de registro de operação de saída tributada, referida no auto de infração, tal fato somente pode ser atribuído à decisão ou determinação de seus administradores, por ação ou omissão, pois é pela vontade destes que a pessoa jurídica realiza suas operações e deve cumprir as suas obrigações tributárias.

Consta no extrato de contrato social, fls. 87, quarta cláusula, que a administração da sociedade, na época do fato gerador, era exercida pelos sócios Belmiro Antônio Naves Neto e Roberto Dias Naves, portanto, correta a indicação dos sujeitos passivos solidários, nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91:

“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 [...]”

Mantidos estão os solidários identificados nas fls. 05 e 06.

O recurso elaborado pelo contribuinte, em relação à questão meritória, não se enquadra no que é exigido pelo artigo 41, inciso II da Lei 16.469/09. No

acórdão prolatado pela primeira câmara do Conselho Administrativo Tributário, a questão do mérito foi objeto de análise pela câmara, sendo-lhe negado provimento de forma unânime. O que, de acordo com o artigo citado, inadmitte-se o recurso ao conselho pleno.

Inadmitido o recurso do contribuinte, quanto ao mérito. Ratifico a decisão cameral, acatando a revisão apresentada á fls. 122, que adequou o valor do ICMS a R\$ 193.636,97.

Do exposto. Acato a preliminar de reinclusão dos sujeitos passivos solidários na lide, arguida pela Fazenda Pública. Acolho a arguição de inadmissibilidade do recurso do contribuinte ao conselho pleno, argüida pela Fazenda Pública. No mérito, mantenho a decisão cameral que julgou parcialmente procedente o auto de infração no valor de R\$ 193.636,97.

Sala das sessões plenárias, em 04 de dezembro de 2012.

AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS

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

Matéria: AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS - Não caracterização da quantidade apreendida como valor de estoque existente no estabelecimento (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00041/12

Relator: Conselheiro Domingos Caruso Neto

EMENTA: ICMS. Auditoria Especifica de Mercadorias. Não caracterização da quantidade de mercadoria apreendida como valor de estoque existente no estabelecimento. Improcedência. Decisão unânime.

Não caracterizado, nos autos, que a quantidade de mercadorias constante de Termo de Apreensão corresponde ao estoque existente no estabelecimento, deve ser considerado improcedente o lançamento realizado com base no registro viciado.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de abril de 2009, decidiu, por unanimidade de votos, deixar de apreciar, nos termos do art. 73, § 3º do Regimento Interno do CAT, a preliminar de nulidade da peça básica, levantada pela atuada, por insegurança na determinação da infração 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 Domingos Caruso Neto, Levi Silva Filho e Arnaldo Machado.

RELATÓRIO

Consta da descrição do lançamento que o sujeito passivo omitiu o registro de saída de feijão, no valor comercial de R\$ 32.549,62 (trinta e dois mil, quinhentos e quarenta e nove reais e sessenta e dois centavos), conforme apurado em Auditoria Específica de Mercadorias, a partir de termo de apreensão e trancamento de estoque anexos.

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), no valor de R\$3.905,95 (três mil, novecentos e cinco reais e noventa e cinco centavos).

A instrução processual se dá com formulários da Auditoria Específica de Mercadorias (fls. 4 a 36) e cópias do lançamento original, considerado nulo em decisão anterior deste Conselho.

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresentou Impugnação em Primeira Instância (fls. 48 a 56), na qual requer a nulidade do Auto de Infração ou, alternativamente, a improcedência do Lançamento.

Julgador Singular, através da Sentença nº 8062/2007 (fls. 58 a 60), não acolhe a nulidade pleiteada e decide pela procedência do Lançamento.

Já em Recurso Voluntário (fls. 63 a 118), o sujeito passivo apresenta demonstrativo contraditório e documentos fiscais que não teriam sido considerados no levantamento.

A Segunda Câmara do CAT determina a análise de alegações do sujeito passivo e de documentos fiscais anexados ao processo, através da Resolução nº 210/2008, através da realização de diligência, por agente do Fisco da Delegacia de circunscrição do sujeito passivo.

Designado pela Supervisão de Fiscalização, o AFRE III Afrânio Gontijo Araújo esclarece que, atendendo às Resoluções nos 206 e 210/2008, foi realizada a análise de questões levantadas pela defesa, constatando-se que foram cometidos, nos levantamentos, erros eventuais em desfavor da autuada, com diferenças apuradas nos totais de entradas e de saídas, além de notas fiscais não incluídas nos levantamentos.

Acrescenta o revisor que existe, todavia, fragilidade mais relevante no levantamento. Trata-se da tomada, pelos autuantes, da quantidade apreendida como marco para consideração de único estoque existente no estabelecimento.

Sugere a anulação dos processos e o seu arquivamento.

DECISÃO

De fato, o estoque final do levantamento de 01.01.2006 a 21.03.2006, relativo ao processo nº 3024225063917, é igual ao estoque inicial do levantamento referente a 21.03.2006 a 31.12.2006, relativo ao processo nº 3024222557048. Tal

circunstância, por si, não compromete o Lançamento. O Fisco, em seus levantamentos específicos, não fica adstrito a períodos anuais, mensais ou de qualquer outra periodicidade.

Entretanto, razão assiste ao revisor no ponto em que ele afirma que não se pode automaticamente converter mercadoria apreendida em mercadoria contabilizada para fins de trancamento de estoques. Ocorre que o trancamento de estoque é um procedimento especial, revestido de forma própria. Discriminam-se, sem margem para dúvidas, as quantidades de mercadorias existentes no estabelecimento, no momento de sua lavratura.

O Termo de Apreensão nº 1100057605-9 (fls. 37), a partir do texto “as mercadorias estavam no estabelecimento com omissão de entrada em documentação fiscal” não deixa claro se os 33.000 kg (trinta e três mil quilogramas) apreendidos se referem à quantidade total de feijão existente no estabelecimento, ou se este quantitativo foi obtido a partir de alguma espécie de levantamento, realizado no momento ou logo após a apreensão.

Assim, adotando em parte a motivação apresentada pelo revisor, entendo que lhe assiste razão e que as duas Auditorias Específicas que fundamentaram os Processos nos 3024225063917 e 3024222557048 apresentam erro insanável, determinando a nulidade material, ou seja, a improcedência do lançamento. É que sendo impossível determinar-se o estoque existente em 21.03.2006, resulta inviável qualquer correção formal e reautuação, com base no Termo de Apreensão mencionado.

Posto isso, com fundamento no art. 73, § 3º do Regimento Interno do CAT, deixo de pronunciar as preliminares de nulidade arguidas pela autuada, para no mérito conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 10 de janeiro de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS - Omissão de entrada de mercadoria sujeita subst. trib operações posteriores (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01055/12

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Processual. Preliminar de insegurança na determinação da infração. Inadmissibilidade. Decisão unânime. Preliminar de exclusão de solidários. Rejeição. Decisão não unânime.

1. A preliminar de nulidade que tenha sido afastada pelo Conselho Pleno não pode mais ser objeto de pronunciamento quando arguida sob o mesmo fundamento.

2. O administrador da empresa, concorrendo para a prática da infração à legislação tributária, responde solidariamente com o substituto tributário pelo recolhimento do imposto devido, rejeitando-se a arguição de exclusão de solidários.

ICMS. Obrigação principal. Omissão de entrada de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores. Auditoria Específica de Mercadorias. Procedência. Decisão não unânime.

1. A saída do acréscimo de volume de combustível verificado em decorrência de divergência de temperatura na entrada e saída do produto, nos tanques de armazenagem do contribuinte, consubstancia fato gerador do ICMS, sendo responsável pelo recolhimento do tributo a Distribuidora de Combustíveis que tenha experimentado o acréscimo em questão (Parecer Normativo nº 002/2005-SAT, Conclusão).

2. O imposto pago por substituição tributária é definitivo somente quanto ao valor que serviu de base de cálculo para retenção do imposto e não em relação à quantidade de mercadoria comercializada, ocorrendo diferença a maior o imposto correspondente deverá ser recolhido.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 12 de abril de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de inadmissibilidade arguida pelo Conselheiro Relator, em relação a preliminar de insegurança na determinação da infração, pois essa preliminar já foi rejeitada pelo Conselho Pleno, conforme Acórdão nº 2398/2009 - COMP. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, José Artur Mascarenhas da Silva e Allen Anderson Viana. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, José Artur Mascarenhas da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz e Allen Anderson Viana. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar precedente o auto de infração, porém, com a adequação da penalidade para a prevista no art. 71, inciso VII, alínea "L", da Lei 11.651/91, mantido o § 9º do mesmo artigo. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva, José Paixão de Oliveira

Gomes, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, José Artur Mascarenhas da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo omitiu o registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores (óleo diesel e gasolina "A"), no valor de R\$ 3.215.740,79 (três milhões, duzentos e quinze mil, setecentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), valor de venda à varejo (PMPF) com base de cálculo reduzida, no período de 01/01/2004 a 31/12/2004, conforme apurado em Auditoria Específica de Mercadorias, sendo-lhe imputada a exigência do ICMS no valor de R\$ 739.248,32 (setecentos e trinta e nove mil, duzentos e quarenta e oito reais e trinta e dois centavos), juntamente com as cominações legais.

A infração foi capitulada dos artigos 45, XIII, 51 e 64 do Código Tributário Estadual (CTE) - Lei nº 11.651/91 - e os artigos 35 do Anexo VIII, e 145 do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE) - Decreto nº 4.852/96. A penalidade proposta pela autoridade lançadora foi a prevista no art. 71, XII, "a", 3, e § 9º, II, do CTE.

Identificados como sujeitos passivos solidários: [...] - diretor da empresa e presidente do Conselho de Administração, [...] - vice presidente do Conselho de Administração, [...] - membro do Conselho de Administração, [...] - Diretor executivo após maio/04, [...] - membro do Conselho de Administração e diretor executivo após 05/2000, [...] - membro do Conselho de Administração e diretor executivo após 05/04, [...] - membro do Conselho de Administração após 04/04, nos termos do art. 45, XIII, do CTE, declarados revéis e peremptos pela não apresentação de defesa nos autos, fls. 963/969 e 993/1002, respectivamente.

O auto de infração, lavrado em 14/05/07, foi instruído com os seguintes documentos: Ata de Reunião Extraordinária do Conselho de Administração, cópias do livro Registro de Inventário, demonstrativos próprios da Auditoria Específica de Mercadorias, conclusão, relação de entradas e saídas, fls. 19 a 730.

A empresa ingressa com impugnação em Primeira Instância, fls. 749 a 780, arguindo, em preliminar, erro na inclusão dos diretores da empresa no polo passivo da autuação e, no mérito, pede a realização de diligência ou a improcedência da exordial no entendimento de que houve equívoco no levantamento produzido pelo fiscal autuante, já que a empresa não realiza entrada de mercadoria desacobertada do competente documento fiscal.

Sustenta a impugnante que, no caso de combustíveis, as entradas são realizadas a temperatura padrão de 20°C (vinte graus Celsius) e as saídas a temperatura ambiente, razão da diferença autuada.

O julgador singular não acolhe o pedido de exclusão dos solidários da lide, com fundamento no art. 45, XII, do CTE, rejeita o pedido de diligência e, no mérito, confirma integralmente a exigência inicial.

Fundamenta sua decisão aduzindo que a distribuidora ao adquirir o combustível da refinaria o faz com base em uma temperatura padrão de 20 °C por força da Portaria de n.º 27 de 19/02/1956 e da Resolução n.º 06 de 25/06/1970, sendo que tais normas não possuem mais qualquer efeito coercitivo desde a liberação dos preços dos combustíveis (Lei n.º 9.487/97 e, posteriormente, Lei n.º 9.990/00).

Justifica que o Parecer n.º 274/2005 e o Parecer Normativo n.º 02/05-SAT esclarecem que o acréscimo de volume decorrente da divergência entre a temperatura na entrada (20 °C) e na saída dos combustíveis seria tributado pelo ICMS.

A autuada apresenta recurso voluntário, fls. 1004 a 1043, arguindo a nulidade do auto de infração, a exclusão da lide dos responsáveis solidários, requer, ainda, a realização de diligência fiscal para confirmar que a diferença de estoques verificada no auto de infração se deve à variação de temperatura, e que a variação quantitativa está dentro dos limites admitidos pelo órgão regulador do setor de combustíveis, no mérito, pede a improcedência do auto de infração.

A Segunda Câmara deste Conselho Administrativo Tributário, considerando que a defesa e a decisão de Primeira Instância trataram a matéria objeto da autuação (omissão de entradas de Gasolina A e Óleo Diesel) como sendo decorrente acréscimo de volume em razão da variação de temperatura, encaminhou o processo à Delegacia Especializada de Combustíveis - DECOM, para esclarecer se a diferença apurada decorre da mencionada divergência de temperatura, bem como se a exigência fiscal tem como fundamento o Parecer n.º 274/2005 ou o Parecer Normativo n.º 02/05 - SAT.

Em manifestação, a autoridade encarregada da revisão afirma que a diferença encontrada no levantamento teve como base a documentação fiscal da impugnante e que "a diferença encontrada, denominada pela recorrente como ganhos de temperatura, foi por ela comercializada, gerando receita e originando a ocorrência do fato gerador do tributo não recolhido ao Erário Estadual".

Intimado a conhecer a manifestação da DECOM, o contribuinte volta a pedir a nulidade da peça básica por ausência de motivação e tipificação legal, justificando que o autuante expressamente afirmou ter conhecimento de que as variações no estoque não se originaram de omissão de entradas, conforme a fundamentação do auto de infração, mas da variação de volume pela diferença de temperatura. Reitera o pedido de improcedência da exigência inicial, tendo em vista que a variação no volume de combustíveis constantes do estoque da impugnante está dentro do percentual admitido como aceitável pelos órgãos reguladores do setor e que os cálculos da fiscalização que concluíram pelo

excedente de combustíveis não obedeceram às normas de conversão estipuladas pela Resolução nº 06/70.

A Segunda Câmara decidiu acolher a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela autuada, por insegurança na determinação da infração, declarando, de conseqüência, nulo "ab initio" o processo, sob fundamento de que a infração não ficou devidamente caracterizada nos autos.

Antes da juntada do recurso da Representação Fazendária, por determinação do Presidente deste Conselho, o processo foi encaminhado à GECOP para inclusão da empresa [...], em razão de sucessão de direitos e obrigações (art. 229, § 1º da Lei nº 6.404/76), conforme solicitado pela empresa sucessora às fls. 1085 dos autos.

A Representação Fazendária, em seu recurso, alega que não há a propalada nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração, argüida pelo sujeito passivo, porque a descrição do fato gerador está de acordo com a lei, menciona que foi apurada omissão de registro de entrada de mercadoria submetida à retenção na fonte, devendo ser tributada a diferença nos termos do artigo 13, inciso I, da Lei 11.651/91. Sustenta que essa questão está pacificada neste Conselho e que o procedimento adotado segue o Parecer Normativo nº 02/05 - SAT no qual se entende que o acréscimo do produto decorrente de diferença de temperatura na entrada e saída do produto caracteriza a ocorrência de fato gerador do ICMS, devendo a distribuidora recolher o imposto, nos termos do artigo 35, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/91. Requer, por fim, a reforma do acórdão recorrido, e o retorno dos autos à fase cameral para julgamento do mérito.

A autuada contradita as razões de recurso da Representação Fazendária, argumentando que todas as entradas foram registradas e que a distribuidora não pode ser condenada a pagar o imposto relativo ao excedente de volume decorrente de elevação de temperatura, pois não existe previsão normativa em lei complementar, lei estadual ou em convênio para justificar tal cobrança.

Em decisão por maioria de votos, o Conselho Pleno conheceu do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, reformou o acórdão cameral que considerou nulo o auto de infração e devolveu os autos à fase cameral para apreciação de toda matéria.

O sujeito passivo, apesar de devidamente intimado, não apresentou nova peça defensiva.

A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, argüida pela autuada e, 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.

Analisando a questão de mérito do lançamento o acórdão cameral manifestou o seguinte entendimento:

"Não havendo a obrigatoriedade de adoção da temperatura padrão de 20° C na comercialização de combustíveis, a entrada a maior, em razão da variação da temperatura ambiente, deve ser considerada entrada de mercadoria desacobertada de documentação. Nesse sentido, a diferença verificada deve ser incluída no estoque por meio da emissão de documento fiscal próprio e o imposto correspondente devidamente recolhido pela distribuidora."

No tocante ao caráter definitivo da substituição tributária, previsto na legislação tributária e confirmado na ADIN 1851 - AL, o aresto cameral justificou que ele está vinculado ao aspecto valorativo da operação, alcançando apenas a base de cálculo tomada para efeito da retenção. Sustenta que na substituição tributária não serão permitidos reajustes, ainda que ocorram eventuais diferenças entre o valor considerado regularmente como base de cálculo pelo substituto e o efetivamente auferido pelo contribuinte, conforme disposto na legislação tributária. Entretanto, as diferenças verificadas na quantidade do produto submetido à retenção do imposto podem ser objeto tanto de restituição quanto de complementação do imposto, no caso de apuração de diferença a menor ou a maior, conforme o caso.

Conclui que na situação analisada, a fiscalização apurou diferenças nas entradas e reclama da adquirente o ICMS correspondente, devido por substituição tributária, com amparo nos artigos 35 e 65, I, do Anexo VIII, do RCTE.

Inconformada, a empresa [...], na qualidade de sucessora de [...], sucessora por incorporação da atuada, apresenta recurso ao Conselho Pleno no qual pede a exclusão dos administradores da atuada no polo passivo e a improcedência do lançamento nos termos anteriormente expostos.

Questiona a legalidade da multa aplicada entendendo que o percentual efetivamente exigido corresponde a mais de 293% (duzentos e noventa e três por cento) do principal.

Em nova peça, fls. 1255/1266, pede a nulidade por insegurança na determinação da infração em razão dos dispositivos legais apontados pela fiscalização não condizerem com a tipificação do auto de infração.

Sustenta que as alterações de volume e as perdas normais correspondem a quebras técnicas que não ensejam cobrança de ICMS e que a substituição tributária é definitiva não possibilitando qualquer complementação tributária de algo que já foi cobrado antecipadamente.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Formulo inicialmente a inadmissão da preliminar de insegurança na determinação da infração, pois essa questão já foi objeto de análise e rejeição pelo Conselho Pleno, conforme Acórdão nº 2398/2009 – CONP, de fls. 1157/1160, portanto, não cabe mais nenhum pronunciamento a respeito dessa matéria.

Apreciando a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelo sujeito passivo, manifesto-me pela sua rejeição, destacando que o Código Tributário Nacional ampara a atribuição da responsabilidade a terceiros, que podem ser designados por lei ou podem ser chamados para cumprimento da obrigação tributária principal se tiverem interesse comum na situação que constitui o fato gerador do imposto, conforme pode ser verificado na transcrição do seu art. 124:

“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”.

Nesse sentido, por terem concorrido para a prática de infração à legislação tributária, integrantes da administração da Companhia autuada, identificados às fls. 03/06, foram colocados no polo passivo, com fundamento no art. 45, XIII, do Código Tributário Estadual (CTE), que assim dispõe:

“Art. 45. 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:

[...]

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. “

QUESTÃO MERITÓRIA

Trata-se de Auditoria Específica de Mercadorias que apurou omissão de entrada de mercadoria sujeita a substituição tributária pelas operações posteriores (óleo diesel e gasolina tipo “A”), tendo sido utilizado o PMPF na apuração da base de cálculo.

A Portaria nº 27 de 19 de fevereiro de 1956 do MTIC e a Resolução nº 6 de 25.06.1970 do CNP, mencionadas pela recorrente, não possuem mais seus efeitos coercitivos desde a liberação dos preços de combustíveis ocorrida sob o amparo da Lei nº 9.478/97 e, posteriormente, da Lei nº 9.990/00, conforme resposta do Superintendente de Abastecimento da ANP à consulta formulada pelo Secretário Executivo do CONFAZ, assim informa o Superintendente: *“Desde a liberação dos preços de combustível, cessou a obrigatoriedade de observância pelos agentes econômicos do abastecimento de norma do extinto Conselho Nacional de Petróleo - CNP, relativa à temperatura de 20 ° C para fins de*

comercialização de derivados de petróleo”. Conclui afirmando, ainda, o seguinte: “presentemente, no regime vigente de livre mercado, não há regramento da ANP sobre o tema, cabendo aos citados agentes negociarem e pactuarem as condições de compra e venda de combustíveis, aí inclusa a que se refere à temperatura mencionada”.

Com o esclarecimento da ANP de que a refinaria não está obrigada a adotar a temperatura padrão de 20° C na comercialização de combustíveis fica evidente que a entrada a maior do combustível, em razão da variação da temperatura ambiente de carregamento e de descarregamento, deve ser considerada entrada de mercadoria desacobertada de documentação fiscal devendo, sempre que verificada esta circunstância, ser emitida nota fiscal de entrada pelo excedente e recolhido o imposto por substituição tributária tendo em vista que, nesse caso, ocorre a incidência do imposto na entrada da mercadoria, conforme artigo 11, parágrafo 1º da Lei 11.651/91. In verbis:

“Art. 11. (...)

§ 1º - O imposto incide, também, sobre:

(...)

V - a entrada de mercadoria ou bem, sujeitos à substituição tributária, no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado;”

Quanto à afirmação de que a substituição tributária realizada pela refinaria é definitiva, cabem as seguintes considerações: primeiro, a luz do que determina o art. 49 da Lei nº 11.651/91, Código Tributário Estadual, o pagamento do imposto feito pelo substituto tributário é definitivo, não se permitindo reajustes, ainda que ocorram eventuais diferenças entre o valor regularmente tomado como base de cálculo pelo substituto e o efetivamente auferido pelo contribuinte substituído. Segundo, a unidade de medida do combustível é o litro, o tributo devido é resultado da quantidade em litros, valor unitário e a alíquota própria.

A alegação de que o imposto já havia sido pago por substituição tributária quando da saída da refinaria confunde quantidade com valor da base de cálculo da mercadoria. O imposto pago por substituição tributária é definitivo quanto ao valor da base cálculo e não em relação à quantidade de mercadoria comercializada. Ocorrendo diferença entre a quantidade de mercadoria comercializada e aquela que foi objeto de substituição tributária haverá complementação ou restituição de imposto.

Vencida a questão da incidência do ICMS sobre o acréscimo de volume, resta, ainda, a questão da responsabilidade pelo recolhimento do imposto, tendo em vista que a mercadoria está sujeita a substituição tributária pelas operações posteriores.

Os artigos 35 e 65 do anexo VIII do RCTE resolvem o dilema ao estabelecerem que a responsabilidade pelo pagamento do imposto seja da distribuidora quando o ICMS não houver sido retido pela refinaria, in verbis:

“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.”

“Art. 65. Ressalvada a hipótese em que a refinaria de petróleo ou suas bases se responsabilizam pelo pagamento do imposto em relação a combustível derivado de petróleo, na operação com combustível e lubrificante, relacionados no inciso III do Apêndice II deste anexo, é substituto tributário, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto pela operação interna subsequente ou pela entrada para consumo do destinatário (Convênio ICMS 3/99, cláusula primeira):

I - a distribuidora definida e autorizada pela ANP, localizada nesta ou em outra unidade federada;”

O Parecer Normativo 02/05-SAT confirma a responsabilidade da distribuidora pelo pagamento do ICMS ao afirmar em sua conclusão que: “a saída do acréscimo de volume de combustível, verificado em decorrência de divergência de temperatura na entrada e saída do produto, nos tanques de armazenagem do contribuinte, consubstancia fato gerador do ICMS, sendo responsável pelo recolhimento do tributo a Distribuidora de Combustível que tenha experimentado o acréscimo em questão, nos termos do art. 13, inciso I, da Lei nº 11.651/91 e art. 65, I, anexo VIII do Decreto nº 4.852/97.”

O trabalho embaixador da autuação está correto, tendo sido realizado com base na documentação fiscal da recorrente e considerados devidamente os estoques e as notas fiscais de entradas e saídas.

Na situação analisada, a fiscalização apurou diferenças nas entradas e reclama da adquirente o ICMS correspondente, devido por substituição tributária, com amparo nos artigos 35 e 65, I, do Anexo VIII do RCTE.

Com relação à penalidade proposta pela autoridade lançadora (art. 71, XII, alínea “a”, item 3, do CTE), entendo que deve ser adequada para a prevista no art. 71, VII “I” do CTE, porque, apesar de ter vigência posterior ao fato gerador (2004), comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua ocorrência, possibilitando a retroatividade benéfica nos termos do art. 106, II “c” do CTN.

Ante o exposto, acolhida a preliminar de inadmissibilidade da preliminar de insegurança na determinação da infração, pois essa questão já foi rejeitada pelo Conselho Pleno, conforme Acórdão nº 2398/2009 – CONP, rejeito a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelo sujeito passivo. Quanto ao mérito, conheço do recurso para o Conselho Pleno, dou-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, porém, com a adequação da penalidade para a prevista no art. 71, inciso VII, alínea “I”, da Lei 11.651/91, mantido o § 9º do mesmo artigo.

Sala das sessões plenárias, em 15 de maio de 2012.

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

Matéria: AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS - Omissão de saída de mercadorias tributadas (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02839/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de saída. Auditoria Específica de mercadoria. Procedência parcial. Decisão não unânime.

1. Auditoria Específica de Mercadorias analisa de forma quantitativa o fluxo de entradas e saídas de mercadorias no período fiscalizado, levando-se em consideração o estoque inicial e final, de sorte que a soma do estoque inicial mais as entradas deve ser igual à soma do estoque final mais as saídas ($EI + E = EF + S$);

2. É procedente o lançamento do crédito tributário com supedâneo em auditoria específica de mercadoria cujo resultado não foi devidamente contestado pelo sujeito passivo, devendo, no entanto, ser excluído da base de cálculo do ICMS o valor relativo a omissão de saída de mercadorias cuja operação interna esteja alcançada pelo benefício fiscal da isenção.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 23 de outubro de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente em parte o auto de infração no valor da base de cálculo de R\$ 2.245.652,35 (dois milhões, duzentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e trinta e cinco centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 310.675,83 (trezentos e dez mil, seiscentos e setenta e cinco reais e oitenta e três centavos). Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor, Victor Augusto de Faria Morato, Heli José da Silva, Washington Luis Freire de Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Álvaro Falanque, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho e Carlos Andrade Silveira que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco é no sentido de que a atuada realizou saída de mercadorias pertencentes a terceiros, se emissão de documento fiscal, nos valores e períodos indicados nos campos próprios do auto de infração,

constada por meio de Auditoria Específica de Mercadorias, ficando, em consequência, sujeita ao pagamento do imposto devido mais os acréscimos legais.

O lançamento foi instruído com os demonstrativos da Auditoria Específica de Mercadorias e cópias dos livros fiscais.

Foram indicados como infringidos os artigos 63 e 64 da Lei nº 11.651/91 e art. 141 do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VII, alínea “i” da Lei nº 11.651/91.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação a autuada compareceu ao processo por meio da peça impugnatória de fls. 437 a 447, afirmando que o autor do procedimento considerou na auditoria notas fiscais emitidas para efeito de transporte cujas entradas não se efetivaram.

Por meio da Sentença nº 831/11, de fls. 480 a 483 o julgador singular considerou procedente o lançamento.

Inconformada a autuada interpôs o recurso voluntário de fls. 487 a 499, repetindo as mesmas alegações expendidas na primeira instância e pedindo a improcedência do lançamento ou a conversão do processo em diligência.

Apresentou os demonstrativos de fls. 500 a 556, elaborados por auditores independentes contratos para tal fim.

Por meio da Resolução nº 74/2011, de fls. 559 a 560 a Quarta Câmara Julgadora concedeu um prazo de 90 (noventa) dias para a autuada para apresentação de provas.

O processo retornou a julgamento com a manifestação de fls. 564 a 567 reafirmando que após a emissão de várias notas fiscais para fins de transporte os produtores deram outro destino às mercadorias e que em razão de falhas administrativas referidas notas fiscais não foram canceladas e foram indevidamente consideradas pelo autor do procedimento na auditoria específica de mercadorias como entradas efetivas.

Promoveu a juntada de declarações firmadas por produtores rurais afirmando a não entrega das mercadorias constantes de diversas notas fiscais emitidas para fins de transporte.

Em sessão realizada no dia 16 de dezembro de 2011 a Quarta Câmara Julgadora, por maioria de votos, reformou a decisão singular e considerou improcedente o lançamento.

Inconformada a Representação Fazendária interpôs o recurso ao Conselho Pleno, objeto do presente julgamento, afirmando que as declarações apresentadas foram preparadas pela autuada, portanto, não possuem legitimidade

para descaracterizar os documentos fiscais emitidos. Assim, entende que a decisão cameral deve ser reformada para considerar procedente o lançamento.

Na contradita de fls. 737 a 744 a empresa autuada pede a manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

DECISÃO

A Auditoria Específica de Mercadorias analisa de forma quantitativa o fluxo de entradas e saídas de mercadorias num determinado período, levando-se em consideração os estoques inicial e final, de tal sorte que a soma do estoque inicial mais as entradas deve ser igual à soma do estoque final mais as saídas ($EI + E = EF + S$), permitindo, dessa forma, conferir, com exatidão o fluxo de mercadorias no estabelecimento, possibilitando apontar com segurança a entrada ou saída de mercadorias sem documentação fiscal no período analisado.

Referida auditoria é considerada a mais precisa entre todas as ferramentas utilizadas pelo fisco com a finalidade de apurar infração à legislação tributária relativamente à entrada e saída de mercadorias do estabelecimento.

No caso vertente o demonstrativo CONCLUSÃO, de fls. 04, revelou omissão de saída de arroz, café beneficiado, café em coco, milho e soja.

O único argumento da defesa é que ao relacionar as entradas de mercadorias o autor do procedimento considerou as notas fiscais constantes da planilha de fls. 550 a 553 emitidas para fins de transporte cujas entradas não se efetivaram em razão dos produtores terem dado outro destino às mercadorias sem, no entanto, devolver as primeiras das notas fiscais para cancelamento, conforme declarações de fls. 588 a 716.

É fato que a legislação tributária estadual permite que as remessas de mercadorias para depósito em armazém geral ou cooperativa da qual o remetente faça parte, seja acobertada por meio de nota fiscal, previamente emitida pelo destinatário, devendo a nota fiscal da efetiva entrada ser emitida após o recebimento e pesagem da mercadoria.

Nesse sentido, vejamos o inteiro teor dos artigos 5º e 6º, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97;

"Art. 5º Fica autorizado o uso de nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, previamente emitida pelo destinatário, como documento hábil para acobertar a operação interna de circulação que envolva produto agropecuário e substância mineral ou fóssil, relacionados no art. 2º, nas seguintes situações:

I - aquisição efetuada pela indústria, diretamente do extrator ou produtor;

II - remessa, diretamente do estabelecimento extrator ou produtor, inclusive de arroz e feijão, para depósito em armazém geral ou cooperativa da qual o remetente faça parte;

III - aquisição de substância mineral em estado natural efetuada diretamente por estabelecimento comercial.

§ 1º Esta faculdade:

I - pode ser estendida à aquisição de produto agropecuário ou fóssil realizada por estabelecimento comercial, mediante celebração de termo de acordo de regime especial;

II - não abrange a operação em que a emissão da nota fiscal correspondente à saída seja feita pelo próprio remetente;

III - exige que a nota fiscal contenha, além das indicações previstas na legislação tributária, as seguintes:

a) como natureza da operação, as expressões:

1. TRÂNSITO DE PRODUTO ADQUIRIDO PELA INDÚSTRIA, no caso da aquisição efetuada pela indústria diretamente do produtor ou extrator;

2. TRÂNSITO DE PRODUTO DESTINADO A DEPÓSITO, no caso de remessa diretamente do produtor ou extrator para depósito em armazém geral ou cooperativa;

3. TRÂNSITO DE SUBSTÂNCIA MINERAL EM ESTADO NATURAL, no caso de aquisição efetuada diretamente por estabelecimento comercial;

b) revogada;

c) a observação: EMITIDA PARA EFEITO DE TRÂNSITO;

d) o número do conhecimento de transporte rodoviário de carga.

§ 2º O prazo de validade da nota fiscal é o mesmo estabelecido na legislação tributária para os documentos fiscais em geral.

§ 3º A nota fiscal deve ser registrada no livro próprio, com a indicação do valor da operação igual a zero e na coluna OBSERVAÇÕES anotar o número da nota fiscal de entrada correspondente, bem como os demais esclarecimentos necessários.

Art. 6º Na entrada do produto ou substância no estabelecimento, o destinatário deve declarar, se for o caso, o teor de umidade, na primeira via do documento fiscal que acobertar a operação, além de afixar ao mesmo uma via do tíquete da balança, hipótese em que, com base no relatório de impureza e umidade do produto ou substância, deve ser emitida nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, contendo, além das indicações previstas na legislação tributária, as seguintes:

I - peso líquido apurado;

II - valor da base de cálculo;

III - destaque do ICMS devido;

IV - número da nota fiscal emitida para efeito de trânsito.

§ 1º A base de cálculo do imposto é o valor da operação, não podendo ser inferior à pauta de valores elaborada pela Secretaria da Fazenda, vigente no dia da emissão da nota fiscal que acobertou o transporte do produto ou substância.

§ 2º A nota fiscal deve ser registrada no livro próprio e o imposto nela destacado constitui crédito ao substituto tributário no respectivo período de apuração.

§ 3º Quando caracterizada a substituição tributária em relação ao imposto incidente na prestação do serviço de transporte correspondente, devem constar, ainda, na nota fiscal emitida para acobertar a aquisição do produto ou substância, os seguintes dados relativos a esse serviço:

I - valor da prestação;

II - base de cálculo do imposto, se diferente do valor da prestação;

III - alíquota aplicável;

IV - valor do ICMS;

V - referência: O ICMS DEVE SER PAGO PELO EMITENTE DESTA NOTA, NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO.

§ 4º Se a nota fiscal que acobertar a operação interna de circulação de produto agropecuário e substância mineral ou fóssil for de emissão do produtor ou da repartição fazendária, o seu registro no livro próprio deve ser com a indicação do valor da operação igual a zero e na coluna OBSERVAÇÕES anotar o número da nota fiscal de entrada correspondente, bem como os demais esclarecimentos necessários.

Art. 7º Até o 5º (quinto) dia, a contar da data do encerramento do período de apuração, o produtor ou extrator remetente do produto ou da substância mineral ou fóssil deve emitir nota fiscal, modelos 1 ou 1-A, englobando as operações efetuadas com cada destinatário no período.

§ 1º Na nota fiscal emitida pelo produtor ou extrator é obrigatório mencionar os números dos seguintes documentos:

I - revogado;

II - nota fiscal emitida para acobertar o trânsito do produto ou da substância;

III - nota fiscal emitida no momento da entrada do produto ou da substância no estabelecimento destinatário.

§ 2º Caso o estabelecimento produtor ou extrator não esteja credenciado a emitir sua própria nota fiscal, modelos 1 ou 1-A, o estabelecimento destinatário do produto ou da substância mineral ou fóssil deve emitir nota fiscal, modelos 1 ou 1-A, englobando todas as entradas de mercadorias no período, por produtor ou extrator, remetente, observado o disposto no parágrafo anterior."

Normalmente na elaboração da auditoria específica de mercadoria leva-se em conta somente as notas fiscais de efetiva entrada de mercadorias, excluindo, por óbvio as notas fiscais emitidas apenas para efeito de transporte, porém, a situação constatada estava longe da normalidade, eis que foi constatada a existência de uma infinidade de notas fiscais emitidas para efeito de transporte para as quais não havia sido emitidas as notas fiscais de efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento.

Assim, diante da ausência das primeiras vias das notas fiscais emitidas para efeito de transporte para as quais não haviam sido emitidas as correspondentes notas fiscais de entrada, o autor do procedimento decidiu, acertadamente, incluir as referidas notas fiscais na relação de entradas de mercadorias, tendo em vista que as mesmas não havia sido canceladas.

Soa estranha a afirmação da atuada no sentido de que emitiu as notas fiscais constantes da planilha de fls. 588 a 716, para acobertar o trânsito das mercadorias até o seu estabelecimento, para posterior emissão da nota fiscal da efetiva entrada e, no entanto, os produtores resolveram dar outro destino as mercadorias e não devolveram as primeiras vias para cancelamento.

Nesse ponto, cumpre ressaltar, que da análise da declaração de fls. 588 a 589, extrai-se que no período de 21/09/01 a 08/05/04, foram emitidas 71 (setenta e uma) notas fiscais para acobertar o transporte de mercadorias de propriedade do produtor [...], cuja entrega, segundo a atuada, não se efetivou.

Ora, é lícito imaginar que uma empresa minimamente organizada não emitiria jamais uma nota fiscal para efeito de transporte para um produtor que anteriormente havia descumprido o compromisso de entregar mercadorias para depósito e não havia devolvido a nota fiscal para cancelamento.

Repetir esse ato por 70 (setenta) vezes somente em relação a um mesmo produtor soa inverossímil.

Assim, entendo que não existe nenhuma prova no sentido de que as mercadorias não adentraram ao estabelecimento da empresa atuada e diante do não cancelamento das notas fiscais, entendo que o autor do procedimento agiu corretamente ao relacioná-las como entradas no estabelecimento para efeito da análise do fluxo de mercadorias por meio da auditoria específica de mercadorias.

Finalizando, cumpre ressaltar que omissão de saída constatada em levantamento fiscal é presumidamente decorrente de operação interna e que, nessa situação, a operação interna com milho está alcançada pelo benefício fiscal da isenção, entendo que deve ser excluído do lançamento o valor do ICMS relativo a esse produto.

À conta do exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe parcial provimento, para reformar em parte a decisão recorrida, mantendo o valor da omissão de saída em R\$ 2.451.242,35 (dois milhões, quatrocentos e cinquenta e um mil, duzentos e quarenta e dois reais e

trinta e cinco centavos), reduzindo, no entanto, o valor da base de cálculo do ICMS para R\$ 2.245.652,35 (dois milhões, duzentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e trinta e cinco centavos) e do ICMS para R\$ 310.675,83 (trezentos e dez mil, seiscentos e setenta e cinco reais e oitenta e três centavos).

Sala das sessões plenárias, em 27 de novembro de 2012.

BASE DE CÁLCULO DE ICMS

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

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - NF emitida e lançada como se a operação de prestação fosse não tributada (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00377/12

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Prestação onerosa de serviço de comunicação sem submeter o preço do serviço à tributação pelo ICMS. Omissão de pagamento do imposto. Procedência parcial.

I - Constitui fato gerador do ICMS os serviços relacionados no Convênio ICMS 69/98, por comporem prestação de serviço de comunicação.

II - 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).

III - 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).

IV - Conforme já decidiu o STJ a respeito da Base de cálculo do ICMS: "(...) 6. Não importa, nesse contexto, se a contribuinte destacou ou não o tributo na nota fiscal: a base de cálculo é sempre o valor da operação. Como expressamente consignado no art. 13, § 1º, I, da LC 87/1986, o destaque é "mera indicação para fins de controle". (...) 9. Se a concessionária cobrou menos do que poderia, o resultado é que, possivelmente, perdeu a oportunidade de repassar ao consumidor o ônus econômico do tributo, mas não que deva recolher mais ao Fisco do que o resultado da aplicação da alíquota legal sobre o valor da operação." (REsp 1.190.858 - BA, Segunda Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Data do Julgamento: 08/06/2010).

V - 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 13 de setembro de 2011, decidiu, por maioria 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\$ 9.807.468,29 (nove milhões, oitocentos e sete mil, quatrocentos e sessenta e oito reais e vinte e nove centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 2.844.165,80 (dois milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, cento e sessenta e cinco reais e oitenta centavos). Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Paulo Diniz, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia, Gustavo Alberto Izac Pinto e Álvaro Falanque. Vencidos os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Heli José da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes e Antônio Martins da Silva, que votaram conhecendo do Recurso do Contribuinte, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o lançamento.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno em face da decisão proferida pela Segunda Câmara Julgadora que lhe foi desfavorável.

Versa a autuação que o sujeito passivo “Omitiu o pagamento de ICMS dos meses de janeiro a dezembro de 2007, em razão de ter realizado prestações onerosas de serviço de comunicação e ter emitido documento fiscal sem o destaque de ICMS devido, lançando o valor do imposto na coluna isentas ou não tributadas do Livro Registro de Saídas, conforme nota explicativa, demonstrativos e arquivos anexos. Em consequência, deverá pagar o imposto na importância de R\$ 4.005.867,32 (quatro milhões e cinco mil e oitocentos e sessenta e sete reais e trinta e dois centavos), juntamente com penalidade e acréscimos legais.”

Aplicou-se a penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, alínea “c”, c/com § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91, com redação conferida pela Lei nº 15.505/05.

A peça inicial foi instruída com a nota explicativa do auto de infração, a planilha denominada Demonstrativo dos Serviços Lançados na Coluna Isentas ou Não Tributadas do livro Registro de Saídas Exercício de 2007, a planilha denominada Demonstrativo do Cálculo do Valor do ICMS Devido Referente aos Serviços Autuados Exercício de 2007, cópia do livro Registro de Saídas, três espelhos de notas fiscais de serviço de telecomunicação, a título de exemplificação do procedimento adotado pelo sujeito passivo.

Anexou-se aos autos, ainda, 01 (um) CD-R (não regravável), contendo o software E-Nota Fiscal, que permite a visualização das notas fiscais constantes dos

arquivos magnéticos entregues à Secretaria da Fazenda pelo sujeito passivo, e 7 (sete) arquivos pdf com o relatório das notas fiscais de serviço de telecomunicação que não tiveram o destaque do ICMS e foram registrados como isentas ou não tributadas.

Inconformado com a autuação, o sujeito passivo apresenta a peça impugnatória de fls. 67/84, na qual alinha argumentos de defesa, transcreve decisões de tribunais de justiça, anexa cópia de exemplos de contrato Turbonet / Turbonet Profissional, cópia de parecer de jurista, cópia de decisão administrativa do Estado do Mato Grosso e cópia de decisão em apelação cível do TJBA.

Pede o cancelamento do auto de infração.

O auto de infração foi apreciado em primeira instância e julgado procedente, nos termos da peça inicial, conforme sentença de fls. 251/255.

A Segunda Câmara Julgadora apreciou o recurso voluntário e, por maioria de votos, confirmou a decisão singular que julgou procedente o auto de infração, acórdão de fls. 275/283.

Em face da decisão cameral desfavorável, o sujeito passivo interpõe Recurso ao Conselho Pleno (fls. 287 a 307), com os seguintes fundamentos:

(a) alega que é indevida a tributação, pelo fisco goiano, de serviços de valor adicionado que não sofrem a incidência do ICMS. Sustenta que o valor tributado pelo fisco é remuneração fixa decorrente de disponibilização de infraestrutura que possibilita o acesso à internet (locação de bens de alta tecnologia que potencializam a eficácia de navegação na rede mundial);

(b) Defende que a mera disponibilização e a manutenção de meios de acesso à internet em banda larga não satisfaz o primeiro e basilar requisito autorizativo da cobrança do ICMS – comunicação, qual seja, a própria comunicação;

(c) sustenta que as atividades previstas como tributáveis pelo ICMS no Convênio ICMS nº 69/98 (habilitação, assinatura, serviços suplementares e facilidades adicionais) não são fatos geradores do ICMS, pois se tratam de meras facilidades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação, as quais não se subsumem à hipótese de incidência do imposto por não envolverem a consecução de uma efetiva relação comunicativa. Afirma que essa questão restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com a decisão prolatada nos autos do Recurso Especial nº 402.047/MG, que declarou ilegítima, por unanimidade, toda a cláusula primeira do referido convênio;

(d) afirma que o ICMS não pode ser incluído no valor da operação para determinação da base de cálculo do imposto, pois tal inclusão tenderia ao infinito, vez que a cada valor de prestação deste serviço, o fisco incluiria novamente o ICMS, e assim por diante;

(e) Alega que o fisco goiano desconsiderou o verdadeiro valor que a GVT cobrou de seus usuários pelos serviços por ela considerados isentos ou não tributáveis, que presumiu outro valor que considera correto sob o ponto de vista dos serviços tributáveis e sobre esse valor presumido fez incidir o ICMS. Cita jurisprudência contrária ao procedimento adotado pelo Fisco;

(f) destaca que a multa aplicada apresenta natureza desproporcional e confiscatória.

Ao final, pede sucessivamente: (a) a reforma da decisão recorrida para julgar improcedente o auto de infração; (b) caso subsista algum valor, requer a redução do valor exigido, tendo em vista a ilegitimidade da base de cálculo utilizada pelo Fisco; (c) caso subsista algum valor, pede a redução da multa a patamar compatível com a gravidade do ilícito supostamente praticado pela impugnante.

É o relatório

DECISÃO

1. DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS VALORES COBRADOS À TÍTULO DE SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS DE COMUNICAÇÃO

A legislação tributária estabelece a incidência do ICMS sobre todas as importâncias pagas, recebidas, debitadas ou cobradas, que compõem o preço do serviço de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

A Lei Complementar (LC) nº 87/96, editada com fundamento no artigo 155, § 2º, XII da Constituição Federal, 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;" (grifo nosso)

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 tem 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. A atuação em tela diz respeito à prestação de serviço de comunicação juntamente com fornecimento (locação) de equipamento para a sua viabilização. É situação completamente diferente de locação pura e simples de bens.

A propósito, no caso em tela cabe observar a definição de serviço 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."

Ademais, o Convênio ICMS 69/98, por meio da Cláusula primeira, incluiu 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, nos seguintes termos:

"Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que se 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."

As disposições estabelecidas na Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 foram incorporadas ao Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE), consoante artigo 13, inciso VI:

“Art. 13. Integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente (Lei nº 11.651/91, art. 20):

(...)

VI - ao valor dos seguintes serviços que compõem a prestação do serviço de comunicação, cobrados a título de (Convênio ICMS 69/98):

- a) assinatura;
- b) acesso;
- c) adesão;
- d) ativação;
- e) habilitação;
- f) disponibilidade;
- g) utilização;
- h) serviço suplementar ou facilidade adicional, independentemente da denominação que lhes seja dada, que otimize ou agilize o processo de comunicação, tais como:
 - 1. salto;
 - 2. atendimento simultâneo;
 - 3. siga-me;
 - 4. telefone virtual.”

Assim, não cabe a irrisignação da autuada quanto à exigência do ICMS sobre os ditos serviços suplementares e facilidades adicionais, inclusive locação de equipamentos para acesso à internet.

2. DA DIMENSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS ADOTADA PELO FISCO

No tocante à dimensão da base de cálculo adotada no procedimento fiscal, assiste razão ao sujeito passivo ao defender que o ICMS deve incidir sobre o valor da prestação realizada, o valor efetivamente cobrado do usuário, e que a legislação não abre espaço para base de cálculo hipotética ou fictícia.

Dessa forma, não prevalece o cálculo feito pelo Fisco, que estipulou a base de cálculo do ICMS com acréscimo de 40,85% em relação ao valor da prestação realizada, desprezando regra prevista na legislação tributária.

Com efeito, é papel da lei strictu sensu definir descritivamente todos os elementos da hipótese de incidência tributária: (i) o elemento material do respectivo

fato gerador; (ii) o sujeito passivo; (iii) a base de cálculo; (iv) a alíquota etc., visto que a ordem jurídica “veda a exigência de tributo sem lei que o estabeleça” (CF, art. 150, I).

Dáí, o rol analítico contido no art. 97 do Código Tributário Nacional, o qual, em seu inciso IV, enuncia taxativamente que a base de cálculo do imposto é matéria que deve ser estabelecida somente pela lei, com as exceções ali previstas:

“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;” (destacamos)

Como já dito, no caso do presente lançamento de ofício, a base de cálculo do ICMS foi apurada mediante a divisão do preço do serviço (valor correspondente à relação comercial) por 71% (setenta e um por cento), de forma que a base de cálculo estimada pela fiscalização é 40,85% superior ao preço do serviço faturado ao cliente, conforme demonstrativo de fls. 14, sob o argumento de que o ICMS não estaria contido no preço do serviço pactuado entre as partes, tendo em vista que o contribuinte entendeu que os valores dessas prestações não estariam sujeitos à tributação pelo ICMS.

No entanto, a legislação tributária em vigor, no § 1º do art. 13 da Lei Complementar 87/96, bem como nas disposições contidas no artigo 20, inciso I, do CTE, e, ainda, no artigo 13, parágrafo único, do RCTE, não autoriza nem sinaliza no sentido de somar o imposto não destacado no documento fiscal com o preço do serviço para encontrar base de cálculo do ICMS superior ao preço do serviço cobrado do usuário, conforme foi adotado na presente auditoria.

Vejamos o texto da LC 87/96:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

(...)

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:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;" (destacamos)

Quando se afirma que integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente ao montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, está se afirmando que a alíquota do ICMS deve incidir sobre o valor da operação ou prestação celebrada entre as partes, e que o montante do imposto não pode ser destacado deste valor (uma vez que nele está incluso), exceto para fins meramente de controle.

Nesse aspecto, registre-se a diferença entre o Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS) e o Imposto sobre produtos Industrializados (IPI).

No caso do IPI, a alíquota do imposto incide sobre o valor da operação de saída do produto. Assim, se o valor da operação de saída é de R\$ 100,00 e a alíquota incidente é de 20%, a indústria cobra do seu cliente R\$ 100,00 (valor da operação) + R\$ 20,00 (imposto). Nesse caso, o valor da nota fiscal é de R\$ 120,00. Assim, em relação à operação de saída, a carga tributária que recai sobre o industrial é de 20% (vinte por cento).

20	= parcela pertencente ao Fisco
100	= parcela pertencente à empresa

Já no que diz respeito ao ICMS, se a mercadoria é vendida por R\$ 100,00 e a alíquota é de 20% (vinte por cento), como o imposto está incluído no valor da operação, ou seja, dentro do preço, e dele não pode ser destacado, isto é, separado, constituindo sua evidenciação (anotação no campo próprio da NF) mera indicação para fins de controle por parte do Fisco, o sujeito passivo não pode cobrar o imposto em separado de seu cliente, como na sistemática do IPI.

A consequência disso é que ao receber R\$ 100,00 do cliente e deste total destinar R\$ 20,00 para Fisco, a empresa destina, logicamente, R\$ 80,00 para o seu caixa. Dessa forma, a carga tributária real do comerciante, neste exemplo dado, é de 25% = 20/80.

20	= parcela pertencente ao Fisco
80	= parcela pertencente à empresa

O mesmo acontece com a atuada no presente processo, uma vez que, conforme a auditoria fiscal, ela prestou serviços de comunicação no valor de R\$ 9.807.468,29, sendo esse o valor cobrado de seus clientes. Assim, nos termos da legislação, desse total é devido ao Fisco R\$ 2.844.165,80 (alíquota de 29%), ficando a atuada com a parte remanescente no valor R\$ 6.963.302,49. A divisão 2.844.165,80 / 6.963.302,49 resulta no percentual de 40,85%%, indicativo da alíquota real.

29%	=	R\$ 2.844.165,80	= parcela pertencente ao Fisco
71%	=	R\$ 6.963.302,49	= parcela pertencente à empresa

No entanto, o ICMS originalmente exigido no presente auto de infração foi de R\$ R\$ 4.005.867,33, importância bem superior ao encontrado pela aplicação da alíquota de 29% sobre o preço da prestação cobrado dos usuários.

Como já dito, no tocante ao ICMS, a legislação tributária proíbe que se faça esse tipo de conta (destaque do imposto “por fora”), de modo que se um produto é vendido pelo preço exemplificativo de R\$ 100,00, este será o valor da operação, coincidindo com a exata quantia cobrada do consumidor, uma vez que o imposto integra este preço. Daí se diz que o destaque do imposto é meramente para fins de controle.

A conclusão é que se na importância de R\$ 100,00 está incluído o valor do imposto, então a alíquota real é superior à alíquota nominal, prevista na lei. Entretanto, isso não autoriza o raciocínio de que para se determinar a base de cálculo do imposto se possa desprezar o valor da prestação, transformá-lo em importância que não contém o imposto incidente para, em seguida, mediante operação aritmética, somar o imposto devido na prestação ao preço cobrado do usuário para encontrar valor tributável (base de cálculo) superior ao valor da prestação realizada.

2.1 DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS ESTABELECIDADA NO CTE E NA LC 87/96

O Código Tributário Estadual (CTE), no artigo 15, inciso II, reproduz disposição similar à contida no artigo 13, inciso III da Lei Complementar 87/96, que estabelece, com absoluta clareza, a base de cálculo do ICMS na prestação de serviço de comunicação.

Eis as referidas disposições do CTE e da LC 87/96, respectivamente:

“Art. 15. A base de cálculo do imposto é:

I - 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.”

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

II - na hipótese do inciso II do art. 12, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

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:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;" (destacamos)

É preciso atenção ao comando positivado, de cunho imperativo, de que a base de cálculo do imposto é o valor da operação ou o preço do serviço (LC nº 87/96, art. 13, incisos I e III). Aqui, por incrível que pareça, é necessário esclarecer o óbvio: valor da operação é valor da operação. Preço do serviço é preço do serviço, nada mais, além disso.

A dedução lógica contida na LC nº 87/96, no art. 13, I e III e no § 1º, I do mesmo artigo, é expressa nas seguintes assertivas:

1. A base de cálculo é o valor da operação ou o preço do serviço.
2. Nesse valor ou preço está incluído o montante do imposto.

A regra marginal positivada no § 1º, inciso I, do art. 13 da LC 87/96 tem o seguinte comando: integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

O Dicionário Aurélio traz o seguinte significado para o verbete integrar: "Juntar-se, tornando-se parte integrante; reunir-se, incorporar-se."

Daí se estabelece que o montante do imposto está inserido na base de cálculo, a integra, a compõe, faz parte de sua dimensão, faz parte de sua inteireza. Ou seja, a base de cálculo (definida como o valor da operação ou preço do serviço) já contém em sua grandeza matemática o valor do imposto.

É de se ressaltar que o parágrafo único do artigo 13 do RCTE não autoriza a reintrodução do ICMS na base de cálculo para o caso em comento, conforme menciona a fiscalização na nota explicativa de fls. 8.

Vejamos esse dispositivo:

"Parágrafo único. É obrigatória a reintrodução do valor do imposto, para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS, inclusive para aplicação do Índice de Valor Agregado - IVA - correspondente à mercadoria, quando configurada, por qualquer motivo, a exclusão do valor do ICMS para efeito de apuração do custo de aquisição de mercadoria." (grifo nosso)

Esse dispositivo aplica-se para a situação em que o contribuinte adquire mercadoria e depois as transfere para outro estabelecimento da mesma pessoa

jurídica. Como o contribuinte normalmente excluiu o ICMS a fim de apurar o custo da mercadoria que entra estabelecimento, a legislação exige a reinclusão desse imposto, a fim de compor a base de cálculo do ICMS nas operações de saída em transferência.

No caso em discussão, não ocorreu a exclusão do valor do ICMS para efeito de apuração do custo de aquisição de mercadoria. Ocorreu a emissão de notas fiscal de saída sem tributação, sendo que deveria ter ocorrido com tributação normal pelo ICMS. São situações completamente distintas.

Ademais, o entendimento de se determinar a base de cálculo do imposto dividindo o preço do serviço por 71% (100% - 29%) constitui erro hermenêutico primário, visto que sobrepõe o comando estabelecido no § 1º, I, do art. 13 da Lei Complementar 87/96 ao disposto no caput do mencionado artigo. Retira do parágrafo o caráter de complemento da regra enunciada na cabeça do artigo para lhe atribuir o efeito de comando autônomo derogatório da regra geral positivada no caput.

Como se sabe, o parágrafo é complemento aditivo ou restritivo do caput do artigo, porém, não lhe cabe derogar o comando contido no caput. A regra estabelecida na cabeça do artigo foi enunciada de modo absolutamente claro e preciso (a base de cálculo do imposto é o valor da operação ou o preço do serviço) e o parágrafo lhe serve para complementar o sentido (na base de cálculo enunciada no caput está inserido o valor do imposto).

Dessa forma, ao adotar o entendimento de que o § 1º, I, do art. 13 da Lei Complementar 87/96 estabelece comando para se dividir o preço do serviço por 71%, está a admitir que o referido parágrafo permite estabelecer base de cálculo do ICMS superior ao preço do serviço e, portanto, diferente daquela preconizada pelo caput.

Esse entendimento, certamente, decorre de interpretação equivocada consistente na inapropriada extensão da regra aplicada às importações às situações de uso indevido de isenções ou de benefícios fiscais.

Antes da Emenda Constitucional nº 33, de 11.12.01, e das alterações introduzidas na Lei Kandir pela Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, a base de cálculo nas importações era formada pelo somatório dos seguintes fatores (LC 87/96, art. 13, inciso V): (a) o valor da mercadoria ou bem constante da Declaração de Importação; (b) II; (c) IPI; (d) IOF; (e) outras despesas aduaneiras. Nessa base de cálculo não estava incluído o montante do imposto.

A partir da edição da LC nº 114/2002, o montante do imposto veio a compor a própria base de cálculo também na importação, em face do acréscimo do texto "inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo" ao § 1º do art. 13 da Lei Kandir.

Em decorrência dessa nova redação, o § 1º, inciso I, do art. 13 da LC nº 87/96 ficou com o seguinte comando: "§ 1º Integra a base de cálculo do imposto,

inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.” (destaque nosso).

Portanto, na importação há a inclusão do ICMS na base de cálculo em face da existência de regra própria determinando esse procedimento.

É de se registrar que a base de cálculo do ICMS nas importações não é nem nunca foi o valor da operação. Daí a forma peculiar de sua determinação, o que não pode ser estendido para as operações ou prestações internas sob o pressuposto de que foram isentadas indevidamente. Nas operações e prestações internas a base de cálculo é o valor da operação ou preço do serviço (valor que decorre do negócio jurídico entabulado entre as partes).

Assim, pouco interessa se no documento fiscal foi destacado ou não o imposto relativo ao preço do serviço, visto que o destaque do imposto constitui mera indicação para fim de controle. Também não possui importância se o prestador acrescentou ou não ao custo da prestação o valor do imposto incidente na prestação. A alíquota do ICMS sempre vai incidir sobre o valor da operação ou o preço do serviço pactuado entre as partes, exceto no caso de falta do valor da operação ou da prestação (transferência), bem como na importação do exterior e em outras situações específicas previstas no artigo 19 do CTE, que a legislação estabelece regra própria.

O ICMS estaria descaracterizado se acaso fosse integrado à base de cálculo elemento estranho ao valor da operação ou ao preço do serviço pactuado entre as partes. Essa parcela que foi acrescentada à base de cálculo é elemento estranho à operação ou ao preço do serviço, pois o imposto devido, por força da legislação, integra a base de cálculo (valor da operação ou no preço do serviço), tenha o contribuinte destacado ou não o imposto.

Não se pode, sob o pretexto de haver o contribuinte deixado de incluir o ICMS na base de cálculo, em face de haver emitido a nota fiscal sem tributação, alterar a base de cálculo do ICMS que, em decorrência da legislação tributária, é necessariamente o valor da operação ou o preço do serviço.

No caso em tela, o preço do serviço foi determinado, trata-se do valor que foi cobrado do usuário, mesmo que o preço tenha sido calculado sem a incidência de imposto, é sobre essa importância que deve incidir alíquota prevista, a fim de se apurar o imposto devido pelo contribuinte.

2.2 DA CONFIGURAÇÃO DE ARBITRAMENTO

Em verdade, o procedimento adotado pelo Fisco configura arbitramento do valor da base de cálculo, pois foi desprezado o preço do serviço, foi desconsiderado o negócio jurídico realizado entre as partes, para encontrar base de cálculo do ICMS superior à estabelecida pela legislação, em desacordo com o disposto no CTE (art. 15, II) e na LC 87/96 (art. 13, III), conforme se pode perceber da análise desses dispositivos.

O arbitramento da base de cálculo do imposto pela autoridade fiscal deve ser realizado com observância ao disposto no artigo 148 do CTN, art. 18 da LC 87/96, e com especial atenção à regra estabelecida no artigo 25, inciso I e II do CTE, que assim 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: I - o valor ou preço das mercadorias, bens, serviços ou direitos: a) sejam omissos; b) declarados pelo sujeito passivo sejam notoriamente inferiores ao praticado no mercado considerado; II - não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou terceiro legalmente obrigado.”

O caso em comento não se enquadra nas hipóteses de arbitramento do valor da operação ou da prestação, conforme se pode perceber da análise dos dispositivos acima citados, pois o preço do serviço foi determinado, trata-se do valor que foi cobrado do usuário. Mesmo que o preço tenha sido calculado sem a incidência de imposto, é sobre esse valor que deve incidir alíquota prevista a fim de se apurar o imposto devido ao erário.

2.3 DA DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES JUDICIAIS

A doutrina tem fixado que “Entende-se por valor da operação o montante efetivamente recebido pelo vendedor e mais outras despesas cobradas ou debitadas, que tenham relação com a operação, tais como descontos condicionais, seguros, fretes, entre outras”. (Manual do ICMS - Comentários à Lei Complementar 87/96, Ed. Juruá, Deonísio Koch, p. 198)

No mesmo sentido, e de caráter eminentemente explicativo, o texto de Alice Mouzinho Barbosa:

“No Estado do Rio de Janeiro, vigora a Lei 2.657 de 26.12.1996 que especifica em seu art. 5º quais valores integram a base de cálculo do imposto. Entre eles e primeiramente inc. I): “o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”.

A tradução é a seguinte: O montante do próprio imposto integra sua base de cálculo, significando que o preço da operação (constante de documento fiscal) inclui o valor tributário que dele (preço) não se dissocia, para efeito de cobrança, e nem se pode diminuir o ICMS, pois se considera, nesse preço, o valor da mercadoria mais o tributo.” (Cidadania Fiscal, Juruá, p. 77) (destaque nosso)

Diversos julgados do STF não deixam dúvida de que a alíquota do ICMS deve incidir sobre o valor da operação ou sobre o preço do serviço.

O Ministro Dias Toffoli, no julgamento do RE 582.461/SP, assim se manifestou:

“Com efeito, importa ressaltar que a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo não ofende o princípio constitucional da não cumulatividade desse tributo. A não cumulatividade é a possibilidade de compensar o tributo pago nos elos anteriores da cadeia produtiva com o tributo a ser arrecadado em novas operações a ele sujeitas. O quantum de crédito a ser compensado não se altera, pois o valor da operação sujeita à nova tributação conterà o imposto e, automaticamente, compensará o imposto pago nas operações anteriores, calculado segundo os mesmos critérios.

Nem se sustenta a assertiva de que o cálculo por dentro acarreta a alteração indevida de base de cálculo. Esta continua a mesma, o valor da operação, que levará em conta todos os custos incorridos pelo vendedor mais a margem de lucro.

Concluindo, a incidência do ICMS no denominado “cálculo por dentro” é expediente nitidamente constitucional. A alíquota deve ser aplicada sobre o preço estabelecido na operação final, revelando-se o destaque na nota fiscal mera indicação para fins de controle. Nas palavras do Ministro Nelson Jobim, o ICMS “incide sobre um dado objetivo, chamado operação.” (grifo nosso)

Em outro julgamento, o RE nº 212.209/RJ, o Ministro Nelson Jobim, fez considerações de forma objetiva sobre a sistemática do “cálculo por dentro” do ICMS:

“Vejamus a seguinte hipótese, meramente matemática: admitindo que num produto, no valor de cem reais, vendido da empresa “A” para a empresa “B”, sobre ela incidisse uma alíquota de 18%, que é mais ou menos a praticada, teríamos 18% de imposto. Quanto a empresa adquirente paga? Cem ou cento e dezoito reais? Se ele adquire por cento e dezoito, a operação que ele praticou foi de cento e dezoito.(...)”. (grifo nosso)

Também nesse mesmo sentido, o Ministro Nelson Jobim, no julgamento do RE 582.461/SP, ao comentar o julgado referente ao RE 212.209/RS, assim se manifestou:

“Na sessão de 23.6.1999, o Plenário do STF, vencido apenas o Min. Marco Aurélio, pacificou o entendimento no sentido de que a quantia referente ao ICMS faz parte do “conjunto que representa a viabilização jurídica da operação” e, por isso, integra sua própria base de cálculo.

Em outras palavras, a base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação.” (grifo nosso)

Com entendimento idêntico, no mesmo julgamento, a Ministra Ellen Gracie sentenciou:

“O valor da operação é aquele pago para a realização do negócio, podendo abranger os próprios tributos nela incidentes, seguros, juros e frete.” (grifo nosso)

Por último, cabe ressaltar que a mensuração da base de cálculo do ICMS na forma como foi apurada no presente processo foi rechaçada pelo STJ, no REsp nº 1.190.858/BA, Relator Ministro Herman Benjamin, julgamento realizado 08/06/10, em decisão por unanimidade de votos, cuja ementa teve o seguinte teor:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. AUSÊNCIA DE DESTAQUE NA NOTA E RECOLHIMENTO. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO.

1. *Hipótese em que se discute a base de cálculo do ICMS em operações de comunicação. A contribuinte entendia, em um primeiro momento, que não incidia o tributo estadual sobre determinados serviços, de modo que não houve destaque na nota fiscal de prestação de serviços, nem, evidentemente, recolhimento ao Fisco. Após a autuação, a empresa reconheceu a exigibilidade do ICMS in casu, de sorte que calculou o seu montante aplicando a alíquota (27%) sobre o preço que fora cobrado dos consumidores.*

2. *No exemplo adotado pelo TJ, se cobrado R\$ 100,00 do consumidor (valor do serviço), a concessionária recolheria R\$ 27,00 ao Fisco estadual (27% sobre o preço).*

3. *O Estado discordou desse cálculo. Entendeu que o preço cobrado do consumidor seria “líquido do imposto”, ou seja, deveria ser somado a esse valor (R\$ 100,00, no exemplo dado) o montante do ICMS (R\$ 27,00, naquele exemplo) e, sobre esse total (R\$ 127,00) ser calculado o tributo estadual (27% sobre R\$ 127,00).*

4. *O TJ aferiu haver contradição no acórdão embargado e solucionou-a fundamentadamente ao julgar os aclaratórios; conseqüentemente, não há ofensa aos arts. 126, 458, 460 e 535 do CPC.*

5. No mérito, é incontroverso que o ICMS compõe sua própria base de cálculo, ou seja, está embutido no preço cobrado (cálculo “por dentro”), conforme o art. 155, § 2º, XII, “i”, da CF e o art. 13, § 1º, I, da CF.

6. Não importa, nesse contexto, se a contribuinte destacou ou não o tributo na nota fiscal: a base de cálculo é sempre o valor da operação. Como expressamente consignado no art. 13, § 1º, I, da LC 87/1986, o destaque é “mera indicação para fins de controle”.

7. *No caso dos autos, a tese defendida pelo Fisco parte da premissa de que a concessionária cobrou menos do que deveria. No exemplo adotado pelo TJ, em vez de ter cobrado R\$ 100,00 pelo serviço, o Estado defende que o preço correto seria R\$ 127,00, de modo a embutir o valor do tributo. A rigor, esse cálculo implicaria recolhimento ainda maior ao Fisco, pois 27% de R\$ 127,00 é, evidentemente, mais que R\$ 27,00.*

8. Não consta que haja tabelamento ou imposição contratual à concessionária de prática do preço suscitado pelo Fisco. Ainda que fruto de erro, pois a contribuinte reconheceu, posteriormente, a incidência do ICMS, é certo que não há, em princípio, óbice na seara tributária a que a empresa cobre do consumidor valor inferior ao que o Estado entende correto.

9. Se a concessionária cobrou menos do que poderia, o resultado é que, possivelmente, perdeu a oportunidade de repassar ao consumidor o ônus econômico do tributo, mas não que deva recolher mais ao Fisco do que o resultado da aplicação da alíquota legal sobre o valor da operação.

10. *Recurso Especial não provido.” (grifo nosso)*

2.4 DA PRÁTICA PRECEDENTE DA FISCALIZAÇÃO ESTADUAL E DO MANUAL DE AUDITORIA E PROCEDIMENTOS FISCAIS

A fiscalização utiliza o valor da operação ou da prestação como base de cálculo do ICMS para efeito de apurar o imposto devido ao constatar diversas irregularidades, tais como: (a) isenção ou não incidência indevidas; (b) redução indevida de base de cálculo; (c) subfaturamento; (d) calçamento de documento fiscal; (e) controle paralelo; (f) saída para o exterior sem comprovação da exportação.

Também se vale do valor da operação ou do preço do serviço como base de cálculo para efeito de exigir a diferença de imposto quando o sujeito passivo utiliza alíquota do ICMS menor do que a estabelecida pela legislação.

Nas irregularidades anteriormente mencionadas, o Fisco apura a base de cálculo do ICMS com fundamento em dado objetivo, que é o valor da operação ou da prestação.

Considerando que a base de cálculo discutida no presente auto de infração deve ser apurada da mesma forma das utilizadas nas irregularidades acima mencionadas, pois se trata de valor de operação ou de prestação que deixou de ser submetida à tributação ou foi tributado com alíquota menor, e o ônus desse imposto omitido não foi repassado ao adquirente da mercadoria, inexistente qualquer justificativa razoável para, no caso em comento, adotar outro tratamento tributário para apurar a base de cálculo, ou seja, adotar o procedimento de somar ao valor da operação ou da prestação o valor do imposto que deveria ter sido destacado no documento fiscal, a fim de encontrar nova base de cálculo do ICMS, e com isso desprezar o valor da prestação pactuado entre as partes.

É oportuno registrar que o Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais, aprovado pela Instrução de Serviço Nº 15/2009-SAT, contém o Roteiro 23, AUDITORIA COMPARATIVA DA SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA E DA BASE DE CÁLCULO, aplicável a qualquer estabelecimento contribuinte do ICMS, cujo objetivo é “Verificar eventuais diferenças do imposto, provenientes de erro no

cálculo da base de cálculo, bem como restabelecer o valor do imposto devido em razão de utilização incorreta ou indevida de benefício fiscal". (grifo nosso)

Nesse roteiro ficou devidamente disciplinada a base de cálculo do ICMS em relação à irregularidade discutida no presente auto de infração. No item 14, é informado que a Base de Cálculo é a "diferença positiva entre o valor da base de cálculo calculada de acordo com a carga tributária efetiva prevista na legislação (item 12) e o valor da base de cálculo constante nos documentos fiscais (item 6)." (destaque nosso)

Chamo atenção para registrar que o referido roteiro de fiscalização não faz qualquer menção a acréscimo à base de cálculo do ICMS. Pelo contrário, fica claro que o imposto exigido de ofício deve ser apurado sobre a diferença de base de cálculo constatada no levantamento fiscal.

Também, nesse mesmo sentido, os roteiros da Auditoria do Movimento Financeiro e da Auditoria das Disponibilidades estabelecem que a base de cálculo do ICMS é o valor da omissão de saída de mercadoria tributada apurada no levantamento fiscal, sem qualquer acréscimo.

3. DA DIMENSÃO DA PENALIDADE

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.

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."

4. CONCLUSÃO

Entendo que a base de cálculo correta é aquela que a fiscalização vem utilizando ao longo do tempo. A legislação é taxativa no sentido de que a base de cálculo do imposto é o valor da operação ou da prestação. A decisão judicial proferida pelo STJ, exatamente sobre este assunto, é muito clara, não deixa dúvida. O roteiro de fiscalização AUDITORIA COMPARATIVA DA SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA E DA BASE DE CÁLCULO também disciplina a base de cálculo a ser

utilizado pelo Fisco. Estabelece que o cálculo do imposto deve ser realizado com observância ao valor da operação ou da prestação realizado entre o vendedor e o adquirente.

Como o valor da prestação estava devidamente determinado, trata-se do valor que foi cobrado do usuário, em que pese a prestação ter sido calculada sem a incidência de imposto, é sobre este valor que deve incidir alíquota prevista, a fim de se apurar o montante do imposto devido, conforme determina, de forma objetiva, a legislação tributária.

Não se pode, sob o pretexto de haver o contribuinte deixado de incluir o ICMS na base de cálculo, em face de haver emitido a nota fiscal sem tributação, alterar a base de cálculo do ICMS que, em decorrência da legislação tributária, é necessariamente o valor da operação ou o preço do serviço.

A meu sentir a base de cálculo do ICMS a ser utilizada para efeito de apurar o imposto exigido no presente auto de infração deve ser aquela estabelecida no roteiro AUDITORIA COMPARATIVA DA SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA E DA BASE DE CÁLCULO, ou seja, o valor da prestação de serviço.

Diante do exposto, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, dou-lhe parcial provimento para reformar em parte a decisão cameral e julgar parcialmente procedente o auto de infração no valor da base de cálculo de R\$ 9.807.468,29 (nove milhões oitocentos e sete mil quatrocentos e sessenta e oito reais vinte e nove centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 2.844.165,80 (dois milhões oitocentos e quarenta e quatro mil cento e sessenta e cinco reais oitenta centavos).

Sala das sessões plenárias, em 28 de fevereiro de 2012.

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

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - Redução de base de cálculo para o comércio atacadista (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00967/12

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Redução de base de cálculo para o comércio atacadista. Limitação do crédito das aquisições interestaduais a 7%. Provimento Judicial. Improcedência.

I - É entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que a Instrução Normativa nº 326/98-GSF, nos termos como editada, viola o princípio da legalidade, por extrapolar os contornos do Regulamento do Código Tributário Estadual e da Lei nº 12.462/94 ao inovar a ordem jurídica e ao impor aos contribuintes uma restrição não prevista na lei e no regulamento;

II - É de ser declarado improcedente o lançamento fiscal fundado em ato normativo cuja aplicação tenha sido afastada por decisão definitiva emanada do Poder Judiciário.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 26 de janeiro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer de ambos os recursos, negar provimento ao da Fazenda Pública, dar provimento ao do Contribuinte, para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração, tendo em vista a decisão final adotada na Ação de Mandado de Segurança nº 419390-16.2010.8.09.0000(201094193909). Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Victor Augusto de Faria Morato, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Carlos Andrade Silveira, Célia Reis Di Rezende, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Cláudio Henrique de Oliveira.

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 saídas internas de mercadorias com tributação normal, por meio das notas fiscais relacionadas em auditoria, com a utilização indevida de redução de base de cálculo (comércio atacadista) do ICMS, pois aproveitou crédito superior a 7 por cento, quando do recebimento dessas mercadorias em operação interestadual, conforme Auditoria IN 326/98. Em consequência, deverá pagar o imposto, mais as cominações legais. Anexos: Auditoria IN 326/98, Auditoria Básica do ICMS, fotocópia autenticada da Ordem de Serviço nr 037/2005, do Livro Registro de Apuração do ICMS 2004, dos livros Registro de Inventário 2003 e 2004.”

São dados como infringidos os artigos 15 e 64 da Lei nº 11651/91, combinados com o artigo 8º, VIII, do Anexo IX e artigo 86, do RCTE e, ainda, o artigo 1º, II da IN nº 326/1998-GSF, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea “a”, item 1, § 9, I da Lei nº 11651/1991, c/ redação da Lei 12806/1995.

Instruem os autos os seguintes documentos: Auditoria Básica do ICMS (fls. 11/21); Registro Livro de Apuração de ICMS (fls. 22/47); Registro Livro de Inventário (fls. 48/52); Resumo Sintético Mensal de Débito de Ofício e Conclusão (fls. 53/55); Conclusão Auditoria IN 326/98 (fls. 56/591); Relatório das Entradas (fls. 592/1542); Relação das Saídas (fls. 1543/2762) e consulta sujeito passivo (fls. 2763/2764).

Foram arrolados como solidários os Srs. [...], [...], identificados na alteração contratual de fls. 05/09.

Por duas vezes consecutivas é anulada pela Câmara Julgadora sentença prolatada em primeira instância por cerceamento ao direito de defesa, a primeira em razão de falha na intimação dos solidários e a segunda, por falta de apreciação de preliminar suscitada em sede impugnação.

Proferida nova sentença, de nº 8239/09-COJP (fls. 2872/2875) o lançamento contido na inicial é julgado procedente, tendo sido mantidos na lide os solidários arrolados no processo.

Transcorrido o prazo recursal, é interposto Pedido de Revisão Extraordinária dirigido à Presidência deste Conselho Administrativo Tributário, pedido este admitido em juízo de reconsideração mediante Despacho Presidencial nº 1881/10-CAT, de fls. 3388/3389, o qual determina a reabertura de prazo para apresentação de recurso voluntário.

Em sede de recurso, a atuada questiona a legalidade da Instrução Normativa 326/98 - GSF, e requer a improcedência do crédito tributário ou a nulidade do auto de infração, fazendo anexar ao feito cópia de decisão judicial prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 16943-5/101 (fls. 3404/3415) impetrado por [...], relativa a matéria idêntica a tratada no presente processo e cópia de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Cautelar nº AC 2611, requerida por [...] em face do Estado de Minas Gerais (fls. 3400/3403).

A Primeira Câmara julgadora, mediante Acórdão nº 2989/2010, de fls. 3420/3425, exclui da lide os solidários, rejeita a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, e, quanto ao mérito, julga procedente do auto de infração, confirmando a decisão singular.

A Fazenda Pública Estadual, inconformada com a decisão da câmara julgadora na parte em que os solidários foram excluídos da relação processual, interpõe recurso dirigido ao Conselho Pleno e, com base no que dispõem os art. 124 do CTN e 45 do CTE, requer a reforma do acórdão recorrido para que sejam reincluídos na lide os sujeitos passivos solidários [...] e [...].

Em peça única, a recorrida contradita o recurso fazendário e interpõe recurso ao Conselho Pleno pugnando pela manutenção da exclusão dos solidários e pela reforma do acórdão cameral considerando que a Instrução Normativa nº 326/98 está acometida de vícios insanáveis de ilegalidade e de inconstitucionalidade.

Em seguida, chega aos autos cópia do Memorando nº 491/2011-SUPEX, de fls. 3449, por meio do qual o Superintendente Executivo da Secretaria da Fazenda encaminha ao Presidente do CAT o Ofício nº 545/2011-PTR-OCD, de 13/07/2011 e o Despacho nº 545/2011-PTR, ambos procedentes da Procuradoria Tributária/PGE, referentes ao Mandado de Segurança nº 419390-16.2010.8.09.0000(201094193909), em curso no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em que figura como impetrante a atuada e impetrado o Secretário da Fazenda do Estado de Goiás, com a recomendação de que seja cumprida a decisão exarada pelo Tribunal de Justiça no sentido de que os valores cobrados

nos PAT's 3014031689449, 3014033628358 e 3014045044224 não considerem os requisitos previstos na revogada IN 326/98.

Cópias do Ofício nº 545/2011-PTR-OCD e do Despacho nº 545/2011-PTR constam das fls. 3450/3452.

Em função da notícia da decisão judicial mencionada, o Conselho Pleno deste Conselho Administrativo Tributário aprova a Resolução nº 153/2011, com o seguinte teor:

“O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 25/10/2011, acatando proposição do Conselheiro Relator,

CONSIDERANDO a orientação contida no Despacho "OCD" nº. 545/2011 - PTR, de fls. 3451, no sentido de que, caso os lançamentos fiscais contidos nos processos 3014031689449, 3014033628358 e 3014045044224 tratem exclusivamente de exigência relativa à violação da Instrução Normativa 326/98 - GSF, seja cumprida decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que deu provimento à autuada ([...]) em ação de mandado de segurança manejada em desfavor de ato do Secretário da Fazenda do Estado de Goiás;

CONSIDERANDO que os três processos administrativos acima referenciados foram pautados para julgamento pelo Conselho Pleno para o dia 25 de outubro de 2011 e, tendo em conta que o desconhecimento, por parte deste Conselho Administrativo Tributário, do teor do ato decisório proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, dificulta o correto encaminhamento da decisão administrativa a ser tomada, uma vez que, dependendo do decidido, há a possibilidade de simples aplicação da disposição contida no art. 156, X, do CTN (reconhecimento da extinção do crédito tributário por ato do Poder Judiciário), como também é possível o enfrentamento do mérito (CTN, art. 156, IX), se a decisão judicial tiver apenas considerado inaplicáveis as normas restritivas contidas na IN 326/98-GSF,

R E S O L V E,

por unanimidade de votos, determinar o encaminhamento do presente processo à Secretaria Geral - SEGE, a fim de que esta oficie a Procuradoria Geral do Estado de Goiás (Procuradoria Tributária) com a solicitação de que seja encaminhada a este Conselho Administrativo Tributário, para fins de anexação aos processos acima mencionados, uma cópia da decisão final adotada no Mandado de Segurança nº 419390-16.2010.8.09.0000(201094193909).”

Cumprida a resolução, é anexado cópia da decisão no Mandado de Segurança referido (fls. 3458/3479), da qual consta a ordem para que o impetrado se abstenha de cobrar o ICMS com base na Instrução Normativa nº 326/98-GSF.

D E C I S Ã O

Analisando o que consta do processo, entendo que fica prejudicada a apreciação do pedido fazendário de reinclusão dos solidários na lide, em razão da decisão de mérito que se impõe ao presente processo, como consequência do cumprimento da ordem judicial que retirou, em relação à autuada, a aplicabilidade das normas restritivas ao crédito do ICMS contidas na Instrução Normativa nº 326/98-GSF.

Com efeito, não é outra a acusação fiscal senão a de que a autuada não poderia gozar do benefício fiscal da redução de base de cálculo conferido aos comerciantes atacadistas (RCTE, Anexo IX, art. 8º, VIII) enquanto fizesse a apropriação integral do crédito do ICMS decorrente de suas aquisições interestaduais tributadas a 12%, visto que este percentual é superior ao limite de 7% imposto por obra da IN 326/98.

A respeito da matéria, a referida Instrução Normativa, assim dispôs:

“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). [destacamos]”

Destarte, ao teor da IN nº 326/98, a fruição da redução de base de cálculo ficou mitigada quanto às mercadorias adquiridas em operações interestaduais com origem nos estados das regiões norte, nordeste e centro-oeste, haja vista que, mesmo sendo tributadas a 12%, o crédito decorrente da aquisição ficou limitado a 7%.

No entanto, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, exarado na ação de mandado de segurança impetrado pela autuada, é de que a referida Instrução Normativa é inconstitucional na parte em que restringe o crédito relativo às aquisições interestaduais.

A decisão judicial em apreço adotou parecer ministerial que considerou que “a Instrução Normativa nº 326/98-GSF, nos termos com editada, extrapolou os contornos do Regulamento do Código Tributário Estadual e da Lei nº 12.462/94, inovando a ordem jurídica ao impor aos contribuintes uma restrição ali não prevista, em patente violação ao princípio da legalidade”.

In fine, conclui o decism sob análise que “a autoridade acoimada de coatora extrapolou os limites de seu poder regulamentar ao impor restrições à cumulação dos benefícios fiscais da redução de base de cálculo do ICMS e da garantia de crédito outorgado, através da instrução normativa em questão – 328/98-GSF”, razão por que finaliza que “evidenciado está o direito líquido e certo da impetrante apto a ser amparado por mandado de segurança, in casu, preventivo, o que impõe a concessão definitiva da segurança pleiteada, razão pela

qual determino que o impetrado se abstenha de cobrar o ICMS com base na Instrução Normativa nº 326/98-GSF”.

De se destacar o caráter definitivo da decisão adotada pelo TJGO, conforme exposto no Despacho “OCD” nº 545/2011-PTR, de fls. 3451/3452, segundo o qual, por se tratar de matéria relacionada à aplicação da legislação tributária estadual, “não há lugar para manejo de recursos para instâncias superiores, de modo que a decisão transitará em julgado em 30 (trinta) dias a partir de 06.07.2011.”

Desta forma, em decorrência da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, rui o alicerce jurídico que servia de fundamento à exigência contida na inicial, o que impõe, in casu, o reconhecimento da improcedência do lançamento fiscal de ofício.

Diante do exposto, considero prejudicada a apreciação do recurso fazendário e, em consequência, nego-lhe provimento, e conheço do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 08 de maio de 2012.

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

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - Redução indevida da base de cálculo. Crédito tributário inscrito em dívida ativa (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00366/12

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Redução indevida da base de cálculo. Contribuinte possuía débito inscrito em Dívida Ativa. Confirma a decisão singular que considerou procedente o auto de infração. Decisão unânime.

O contribuinte perde o direito ao benefício fiscal quando este foi concedido sob condição e esta não for atendida na sua integralidade. Portanto ele 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 Decreto nº 4.852/97).

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de julho de 2011, decidiu, 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 Nivaldo Carvelo Carvalho, Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins 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 Nivaldo Carvelo Carvalho, Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

A fiscalização acusa o sujeito passivo de omissão no recolhimento do imposto com a seguinte descrição contida no auto de infração:

“Realizou saídas de mercadorias no mês de fevereiro/2007 com utilização indevida de redução de base de cálculo prevista no art. 8, inciso XIII do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, uma vez que possuía débito tributário, exigível, inscrito na dívida ativa, dessa forma, estava impedido de usufruir do benefício fiscal. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$150.401,55, juntamente com a penalidade e acréscimos legais, incidentes sobre a diferença apurada, conforme cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS e Planilhas demonstrativas anexo.”

Os arts. 15 e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c arts. 1º, § 1º do Anexo IX; e 86 do Decreto nº 4.852/97 respaldam a infração noticiada no parágrafo anterior, enquanto que a penalidade proposta pela fiscalização atende ao prescrito no art. 71, inciso VIII, alínea "a", agravada com a aplicação do § 9º, inciso I, do CTE.

O autuado instaura o contraditório com o seu comparecimento na primeira fase de defesa onde argui a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração porque a fiscalização não considerou que o contribuinte opera com vendas interestaduais de mercadorias sem benefício fiscal, *“as quais foram submetidas a uma carga tributária real integral, o trabalho fiscal foi feito de forma globalizada, por CFOP, o que levou o autuante a exigir uma complementação do ICMS”*, fl. 50.

No mérito, deixa claro que *“a glosa dos créditos não é condição determinada em lei, como diz a redação do art. 1º, § 1º do RCTE, mas sim determinação constitucional para manter a sistemática do ICMS”*, FL. 53.

Ao final, requer a nulidade da peça basilar e caso seja outro o entendimento do julgador, que seja declarada a improcedência do auto de infração.

O julgador singular rejeita a preliminar de nulidade do processo e, no mérito, decide pela procedência do auto de infração, fls. 66 a 69.

No Recurso Voluntário o contribuinte ratifica a tese impugnatória, repete a arguição da preliminar de nulidade do feito, por insegurança na determinação da infração. No mérito, afirma ser o benefício incondicional, isto é, não está sujeito a qualquer limitação ou condição do legislador e sendo assim não cabe a autuação para base de cálculo menor, mas para exigir crédito indevidamente aproveitado. Requer, ao final, a nulidade e a improcedência da peça exordial, fls. 72 a 76.

Posteriormente, o representante legal do atuado renuncia a outorga atribuída na procuração de fl. 54 e lista os processos existentes em nome do sujeito passivo, conforme documentos de fls. 79 a 82.

A Primeira Câmara Julgadora, na sessão realizada no dia 26/11/2010, acatou a proposição do Conselheiro Relator e resolveu, “*por unanimidade de votos encaminhar o processo ao SETOR DE ATIVIDADE ENCARREGADO PELO PREPARO PROCESSUAL da GERÊNCIA DE CONTROLE PROCESSUAL - GEPRO, para que se intime o sujeito passivo a constituir, caso queira, novo advogado para representá-lo no julgamento a ser realizado em sessão cameral, e nas fases subsequentes do presente processo, haja vista a renúncia expressa feita pela advogada constituída, documentos de fls. 79/82.*”

O Representante Fazendário manifestou-se contrário à Resolução.

Participaram da decisão os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Heli José da Silva.”

O atuado não retornou ao processo no prazo regulamentar.

É o relatório.

DECISÃO

Rejeito a preliminar de nulidade da peça basilar, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração com o entendimento de que a autoridade fazendária executou a sua tarefa funcional sem violar os preceitos legais dispostos no art. 20 da Lei nº 16.469/2009. Considero que o atuado e a infração foram identificados de forma segura, o direito de defesa não foi cerceado, a autoridade administrativa é competente para investigar a atividade mercantil da empresa e nenhum outro motivo capaz de por em dúvida a constituição do crédito aconteceu no curso do trabalho fiscal como também no do processo.

Por isso, ao rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração, dirijo-me à definição do mérito com os fundamentos a seguir expostos:

O art. 86 do Decreto nº 4.852/97 estabelece que para o contribuinte do imposto usufruir qualquer benefício fiscal ele precisa observar as condicionantes estabelecidas na legislação tributária, cuja redação descreve:

“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.”

Pelos registros efetivados no auto de infração, a causa da exigência do crédito é a inadimplência do contribuinte no cumprimento da sua obrigação

tributária e causadora da inscrição do crédito em Dívida Ativa, condição que a legislação tributária não contempla, conforme previsão do art. 1º, § 1º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97 que transcrevo:

“Art. 1º Os benefícios fiscais, a que se referem os arts. 83 e 84 deste regulamento, são disciplinados pelas normas contidas neste anexo.

ACRESCIDO O § 1º AO ART. 1º PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 5.067, DE 25.06.99 - VIGÊNCIA: 01.05.99.

§ 1º A utilização dos benefícios fiscais contidos neste anexo, decorrentes de leis estaduais que, sob condições, autorizem suas concessões, é condicionada a que o contribuinte e o substituto tributário estejam 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.

NOTA: Redação com vigência de 01.05.99 a 31.07.08.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO § 1º DO ART. 1º pelo ART. 1º DO DECRETO Nº 6.769, DE 30.07.08 – vigência: 01.08.08.

§ 1º A utilização dos benefícios fiscais previstos neste anexo, cuja concessão tenha sido autorizada por lei estadual, fica condicionada a que o sujeito passivo:

I - esteja adimplente com o ICMS relativo à obrigação tributária cujo pagamento deva ocorrer no mês correspondente à referida utilização;

II - não possua crédito tributário inscrito em dívida ativa.”

As condicionantes estabelecidas na norma transcrita no parágrafo anterior alcançam a todos os contribuintes que operam com produtos indicados para as operações mercantis e a falta de observância por parte do sujeito passivo confirma a exigência do crédito reclamado pela autoridade fiscalizadora.

Em nenhuma das oportunidades de defesa o contribuinte comprovou que o crédito reclamado no processo inscrito em Dívida Ativa não era devido, nem que na data da utilização do benefício ele estava com suas obrigações tributárias em dia, o que, no meu entendimento, reforça a causa do lançamento tributário e a confirmação da decisão proferida pela Primeira Instância.

Em face aos comentários supra e diante da tese recursal do autuado, não vejo atenuante para decidir esta questão de forma diferente do julgador singular, motivo pelo qual, após rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração, e, ao votar o mérito desta questão, o faço para conhecer da tese do recurso voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 28 de fevereiro de 2012.

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - Transferência interestadual de mercadorias industrializadas com valor inferior ao previsto na legislação (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 03031/12

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Processual. Pedido de diligência formulado pela defesa. Rejeição. Decisão não unânime. Preliminar de exclusão da lide do solidário. Rejeição. Decisão não unânime. ICMS. Obrigação principal. Transferência interestadual de mercadoria com valor inferior ao previsto na legislação. Procedência. Decisão unânime. Manutenção da decisão singular.

I - Não deve ser acolhido o pedido de diligência quando se verificar nos autos que os motivos apresentados para justificar a sua realização não são relevantes para se decidir as questões nele tratadas;

II - 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);

III - Na saída de mercadoria industrializada de estabelecimento comercial com destino a outro estabelecimento pertencente à mesma pessoa natural ou jurídica, a base de cálculo do imposto é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria (Lei nº 11.651/91, art. 17, I);

IV - Comprovado que o sujeito passivo utilizou base de cálculo inferior à prevista na legislação tributária, deve ser declarado procedente o lançamento que exige o imposto omitido, nos valores apurados no lançamento de ofício.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de março de 2012, decidiu, por maioria de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira e Elias Alves dos Santos. Vencido o Conselheiro Álvaro Falanque. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira e Elias Alves dos Santos. Vencido o Conselheiro Álvaro Falanque. O Representante legal do sujeito passivo retirou, em sua sustentação oral, a preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração. 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

juízo dos Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Elias Alves dos Santos e Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

Notícia a inicial que o sujeito passivo realizou transferência de mercadorias em operação interestadual no período de janeiro a dezembro de 2009, por meio dos documentos fiscais relacionados no demonstrativo anexo, utilizando-se de cálculo do ICMS em valor inferior ao previsto na legislação, pois não calculou o seu valor com base nas entradas mais recentes, devendo, assim, pagar o imposto na importância de R\$ 397.939,01, juntamente com penalidade e acréscimos legais, incidente sobre a diferença apurada, conforme demonstrativo e documentos anexos.

A autoridade lançadora indicou como infringida as disposições dos artigos 17, I e 64 do Código Tributário Estadual - CTE (Lei nº 11.651/91). Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, VIII, "a", §9º, I do CTE, com redação da Lei 14.634/03.

Como sujeitos passivos solidários foram identificados [...] e [...].

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: mídia em CD e recibo de entrega de relatórios digitais (fls. 06-07).

A atuada e o solidário [...] apresentaram impugnação em instância singular, que após analisada, culminou com a lavratura da Sentença nº 7.096/10-JULP (fls. 44-47), que excluiu a solidária [...] da lide e no mérito julgou o lançamento procedente.

A atuada e o solidário [...] apresentaram defesa em segunda instância, fls. 54-59, reafirmando os argumentos feitos em primeira instância, ou seja, que há insegurança na determinação da infração, em razão de erro de cálculo; que a empresa possui controle permanente de estoque, estando incorreta a base de cálculo apurada pela autoridade lançadora, porque a base de cálculo correta é a que utiliza o custo ponderado da mercadoria, nos termos do § 1º do art. 17 do CTE; que é praxe do Corpo de Julgadores, em tais situações, a solicitação de diligências para se averiguar os fatos apresentados, o que é solicitado.

Resoluções nº 089/2011 e 128/2011 (fls. 61 e 72) suprimem falhas processuais, com anexação de procuração do solidário [...] e intimação do mesmo para apresentação de impugnação em instância plural.

É apresentado recurso voluntário e Memorial com razões de defesa já delineadas.

A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25/11/2011, considerando a existência de diversos processos que tratam da mesma matéria, a saber: PAT 401100881322, 4011001192326,

4011000914190, 4011000913895 e 401100884429, após diversas ponderações converte o julgamento em diligência e encaminha os autos à Secretaria Geral (SEGE) a fim de que esta proceda a recomposição das folhas ausentes do PAT nº 4011000881322. Determina também a intimação da empresa e solidário para tomar conhecimento dos procedimentos adotados, bem como para apresentar no prazo de 15 (quinze) dias (art. 34, II, "d", da lei nº 16.469/09), em meio magnético, a totalidade das planilhas de controle permanente de estoque, utilizadas pelo estabelecimento à época dos fatos geradores, de forma a evidenciar que a empresa havia optado por utilizar o valor do custo médio ponderado da mercadoria nas saídas em transferência.

A polaridade passiva ao tomar conhecimento dos fatos, após pedir o adiamento do julgamento, permanece silente.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Examinando o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, manifesto-me pelo seu indeferimento, por estar o processo pronto para julgamento, podendo-se decidir todas as questões nele tratadas sem necessidade de qualquer elemento ou informação adicional.

Instado a apresentar em meio magnético planilha de controle permanente de estoque com valores que se contrapassem aos apresentados em auditoria fiscal, manteve-se silente.

Quanto à preliminar de exclusão da lide do solidário, entendo que o sócio e administrador da firma autuada, ao promover a transferência interestadual de mercadorias por valor inferior ao previsto em legislação pelo estabelecimento do qual é administrador e gestor, concorreu para a prática da infração tributária, ficando, nos termos do inciso XII do artigo 45 do CTE, reproduzido abaixo, solidariamente obrigado ao pagamento do ICMS devido e demais acréscimos legais.

"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;"

Deixo de tecer maiores considerações sobre a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, dado que o representante legal do sujeito passivo a retirou, em sua sustentação oral.

QUESTÃO MERITÓRIA

Dirigindo-me ao mérito, ressalto que a irregularidade motivadora do lançamento, não foi desconstituída, as transferências de mercadorias, para estabelecimento da mesma pessoa natural ou jurídica, localizado neste ou em outro Estado, devem obedecer às regras prevista no art. 17 do CTE, que assim dispõe:

“Art. 17. Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado neste ou em outro Estado, pertencente à mesma pessoa natural ou jurídica, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

§ 1º O estabelecimento que possuir controle permanente de estoque, poderá, opcionalmente, utilizar o valor do custo médio ponderado da mercadoria, para atender o disposto no inciso I deste artigo. (destaque acrescentado nesta transcrição).”

Embora a recorrente tenha alegado que possuía controle permanente de estoque não conseguiu demonstrar tal fato, mesmo após ter sido oportunizada pela câmara julgadora a apresentação de provas de que, de fato, utilizava desse critério para avaliação de seus estoques.

É ônus de quem afirma provar o que alega. Já que, em Direito, como no antigo brocardo jurídico “allegare sine probare et non allegare paria sunt” alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

O arbitramento da base de cálculo do imposto mediante aplicação da regra prevista no art. 17, I, do CTE, foi justificado pela ausência de apresentação do controle permanente dos estoques.

Ante o exposto, rejeito o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Rejeito a preliminar de nulidade de exclusão do solidário da lide, arguida pela autuada. 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 plenárias, em 17 de dezembro de 2012.

CALÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL

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

Matéria: CALÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL - Consignação de valores diferentes nas vias do documento fiscal (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00973/12

Relator: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: PROCESSUAL. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DO SOLIDÁRIO SÓCIO-ADMINISTRADOR. REJEIÇÃO. EXEGESE DO ART. 45 XII DO CTE. ICMS. CALÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS. PROCEDÊNCIA.

I- Mera análise perfunctória em toda estrutura do lançamento nos revela facilmente que todos os quesitos questionados encontram-se claramente dispostos pela Autoridade Fiscal Autuante: 1) Clara descrição do fato; 2) Indicação dos elementos que compuseram a base de cálculo do imposto; 3) Descrição das capitulações infracionais e de penalidade. Preliminar rejeitada.

II- Fica patente, nos autos, que o ilícito não existiria não fosse o assentimento - comissivo ou omissivo - do administrador, que se beneficia das vantagens auferidas pela empresa, no caso presente, a desoneração do imposto nas saídas de mercadorias que promoveu. Há ampla correlação entre o "concorrer para a consecução do ilícito" e o "interesse comum" exigido para aplicação do art. 45 do CTE. Solidariedade mantida, nos termos deste dispositivo.

III- O calçamento de nota fiscal ocorre quando o sujeito passivo procede à emissão do documento fiscal sem a correspondente "repetição a carbono" nas demais vias, que serão preenchidas com valores e informações outras que não as que constam da primeira via que seguiu com a mercadoria ou serviço. Evidenciado nos autos que o sujeito passivo adotou tal prática. Lançamento precedente.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 09 de abril de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração, bem como, o pedido de exclusão do solidário da lide, arguida pelo mesmo. Participaram do julgamento os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Carlos Andrade Silveira e José Luiz Rosa. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou precedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Carlos Andrade Silveira e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

Discorre a peça inicial que o sujeito passivo consignou nas primeiras vias das notas fiscais, entre o período de 01/07/07 e 31/12/07, valores diferentes dos

que constavam das suas vias fixas (bloco), tendo havido o registro nos livros fiscais pelo valor menor.

O Fisco auferiu o valor original de ICMS de R\$ 27.252,96, com fundamento nos art. 64 do CTE, art. 147 §3º do RCTE e art. 10 da Resolução CGSN nº 10/07.

A penalidade foi capitulada no art. 44, I da Lei Federal nº 9430/96, tendo sido aplicada a forma qualificadora descrita no §1º do mesmo dispositivo legal.

Foi arrolado como sujeito passivo o Sr. [...], nos termos do art. 45, XII do CTE, na condição de sócio-administrador da empresa.

A Autoridade fiscal juntou, às fls. 5 e seguintes dos autos, demonstrativos intitulados “demonstrativo do ICMS omitido através da utilização de notas fiscais ‘calçadas’”, individualizados para cada mês em que se apurou a omissão.

Em notas explicativas que compõem o presente trabalho fiscal, as Autoridades asseveraram que:

1) Os procedimentos fiscais foram deflagrados em virtude de denúncias que apontavam para irregularidades em vendas para órgãos Públicos, em procedimentos licitatórios;

2) As diligências efetuadas foram no sentido de se comprovar as divergências existentes entre as notas fiscais que foram registradas e as primeiras vias respectivas, na posse dos destinatários;

3) Por meio do sítio governamental “Portal da Transparência”, foram identificadas várias operações entre o sujeito passivo e órgãos Públicos;

4) Entre dezembro de 2005 e junho de 2007, o sujeito passivo esteve enquadrado no regime tributário aplicável à microempresa; de julho de 2007 em diante, passou a ser optante do Simples Nacional;

5) Foram utilizadas as alíquotas aplicáveis a cada período (apuração normal e microempresa);

6) Através do “simulador do PGDAS”, disponível no sítio da Receita Federal, as receitas omitidas foram adicionadas aos valores informados originariamente pelo sujeito passivo no escopo de se auferir a diferença de ICMS a ser recolhida, valor este informado no documento intitulado “extrato do Simples Nacional” anexado aos autos.

As vias fixas que constam dos autos foram apreendidas com a lavratura do Termo de Apreensão nº 1100114567-2.

Foram juntadas respostas a ofícios expedidos pela Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia, a destinatários localizados em outras unidades da

Federação, cujo escopo era auferir o real valor constante nas primeiras vias que para lá seguiram com as respectivas mercadorias.

Devidamente intimados acerca do conteúdo deste lançamento, sujeito passivo e solidário comparecem aos autos em sede singular, mediante peça conjunta, alegando, em suma, o seguinte:

Caráter confiscatório da penalidade aplicada;

Inconstitucionalidade do art. 71, XII “a” do CTE em face do art. 102, IV da Constituição do Estado de Goiás;

Exclusão do sujeito passivo solidário;

Redução da penalidade para o equivalente a 30% do valor do tributo omitido.

O Julgado monocrático promove a análise de todas as questões volvidas e conclui, ao final, pela manutenção da solidariedade e, no mérito, pela procedência do lançamento.

Não resignados com a decisão prolatada, sujeito passivo e solidários retornam aos autos, nesta presente fase Cameral, com as argumentações seguintes:

1) Insegurança na determinação da infração, tendo em vista a diferença etimológica entre notas fiscais “calçadas” e notas fiscais “paralelas”, que não teria sido observada pela Autoridade Fiscal;

2) Exclusão do sujeito passivo solidário, em interpretação ao art. 135 do CTN;

3) Caráter confiscatório da penalidade aplicada;

Inconstitucionalidade do art. 71, XII “a” do CTE em face do art. 102, IV da constituição do Estado de Goiás;

Redução da penalidade para o equivalente a 30% do valor do tributo omitido.

É o relatório.

D E C I S Ã O.

O presente trabalho fiscal, originário da Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia, foi deflagrado por meio de denúncias que apontavam possíveis irregularidades fiscais perpetradas em procedimentos licitatórios, dos quais participava a atuada. Na oportunidade da visita in loco, o Fisco verificou a existência de notas fiscais em branco no estabelecimento sem as demais vias e,

comparando os dados das vias fixas dos blocos e as informações constantes no site www.portaldatransparencia.gov.br atestou incongruência entre os valores declarados nas vias fixas e os declarados pelos órgãos oficiais. Disso, expediu ofícios solicitando cópias dos documentos que se encontravam na posse dos vários destinatários.

Em primeira linha de defesa, argüiu-se a possibilidade de existência de nulidade por insegurança na determinação da infração. Quanto à possibilidade de que o lançamento padeça de tal vício formal, não vislumbro tal possibilidade.

Linhas gerais, um lançamento seguro corresponde àquele que: a) materializa, por meio de provas documentais, a existência do fato ilícito apurado e sua relação com a norma tributária; b) verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e propõe a aplicação da penalidade cabível; c) valoriza a utilização das “notas explicativas” e “informações complementares”.

Mera análise perfunctória em toda estrutura do lançamento nos revela facilmente que todos os quesitos questionados encontram-se claramente dispostos pela Autoridade Fiscal Autuante: 1) Clara descrição do fato; 2) Indicação dos elementos que compuseram a base de cálculo do imposto; 3) Descrição das capitulações infracionais e de penalidade.

Percebe-se que tais quesitos são perfeitamente identificáveis nos autos, motivo pelo qual rejeito tal alegação.

No que toca à exclusão do sujeito passivo solidário, Sr. [...], sócio-administrador da empresa, me convenci com a unanimidade de meus pares que tal não é possível, pelos motivos que seguem.

A questão deve ser debatida sob a exegese do art. 45, XII do Código Tributário Estadual, que tem a seguinte redação:

“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 art. 35 do Regulamento do Código Tributário Estadual define a solidariedade como “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”.

Com efeito, a aplicação do art. 45 do CTE pressupõe o “interesse comum”, condição sine qua non para que se configure a solidariedade ali inculpada.

Por seu turno, o interesse comum demanda uma conjunção de objetivos entre duas ou mais pessoas. Nesse sentido, considerando que o CTN autoriza, na ausência de disposição expressa, a extração de princípios insertos no direito público, podemos tecer um paralelismo com a teoria geral da pena, em sua parte que trata do concurso de pessoas.

É evidente que o elemento psicológico, requisito para que haja concurso de agentes – somente ocorrente entre pessoas físicas - é inexistente na pessoa jurídica. Entretanto, isso não invalida as argumentações da teoria geral da pena na medida em que o foco de nossa atenção na análise do presente recurso é tão-somente a figura da pessoa natural do sócio-administrador e seu potencial de vincular-se e de participar das decisões imputadas à pessoa jurídica, contribuinte.

Nisso, reputo serem de bom préstimo as definições a seguir.

O Código Penal Brasileiro não define expressamente o concurso de pessoas, mas afirma no caput do art. 29 que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” Concorrer, neste particular, significa “colaborar”, “auxiliar”, “dar suporte”. Fica patente, nos autos, que o ilícito não existiria não fosse o assentimento - comissivo ou omissivo - do administrador, que se beneficia das vantagens auferidas pela empresa, no caso presente, a desoneração do imposto nas saídas de mercadorias que promoveu. Nisso, vejo ampla correlação entre o “concorrer para a consecução do ilícito” e o “interesse comum” exigido para aplicação do art. 45 do CTE.

Ainda nesta seara, em alusão ao tratamento da pessoa jurídica enquanto ente capaz de cometer delitos, DAMÁSIO DE JESUS descreve a teoria da ficção nos seguintes termos:

“a personalidade jurídica (...) não tem consciência e vontade próprias. É uma ficção legal. Assim, não tem capacidade penal e, por conseguinte, não pode cometer crimes. Quem por ela atua são seus membros diretores, seus representantes. Estes sim são penalmente responsáveis pelos crimes cometidos em nome dela”.

Em suma, tal teoria assevera que “fora do homem, não se concebe crime. Só ele possui a faculdade de querer.” Não haveria, dessarte, possibilidade de ocorrer o ilícito capitulado na inicial sem o concurso ou interferência humana, visto que as decisões da empresa se personificam na figura de seus administradores e diretores.

Creio ser justamente essa a exegese do art. 45 do CTE, no particular de seu inciso XII.

Obviamente, é com parcimônia que se deve interpretar tal teoria penal, visto que a própria legislação brasileira permite a responsabilização criminal da pessoa jurídica, ex vi do art. 173 §5º e 225 §3º da Constituição Federal. Na verdade, menciono a teoria da ficção tão-somente no escopo de se atestar que a responsabilização da pessoa jurídica convive, em paralelo, com a responsabilização de seus sócios dirigentes. Em outras palavras, tais responsabilidades não se excluem mutuamente.

Com efeito, a matriz da solidariedade veiculada no art. 45 do CTE é o art. 124, I do CTN e não o art. 135 do CTN, cotidianamente mencionado nas peças de defesa do contribuinte como justificador da não-inclusão dos solidários administradores na lide, respaldado, inclusive por reiterados julgamentos do STJ. Ainda que o inciso XII do art. 45 tenha tomado de empréstimo parte da redação do art. 135 do CTN, tal peculiaridade não altera sua natureza. Com efeito - e ao contrário do art. 135 do CTN - o vínculo estabelecido no art. 45 é inclusivo, ou seja, o devedor originário, praticante do fato gerador, não é excluído para dar lugar a terceiro, responsável pela infração.

Obviamente, o interesse que é comum pressupõe, necessariamente, a presença de mais de um personagem na consecução do ilícito. Abrange todos os que de alguma forma tomam parte na infração, com forte vínculo de natureza psicológica, tal qual ocorre no já citado concurso de pessoas.

Posto isso, poderíamos mesmo tecer uma ilação entre o art. 29 do Código Penal e os incisos I e II do parágrafo único do art. 121 do CTN, nos seguintes moldes: contribuinte (autor) é quem pratica o fato gerador da obrigação tributária e com ela tem relação pessoal e direta; responsável (partícipe) é aquele cuja obrigação decorre de lei, muito embora não se revista da condição de contribuinte. No presente caso, a expressão "lei" descrita no dispositivo aponta para os art. 124, I do CTN e 45 do CTE.

Em voto percuciente e instrutivo sobre a matéria, o Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes, perfilhando entendimento que também conclui pela manutenção dos solidários na lide, nos autos do processo nº 3028175359063, assim se manifestou:

"Apreciando o pedido de exclusão da lide, apresentado pelos solidários, manifesto-me por sua rejeição, visto que na condição de sócios administradores, diretores e representantes com plenos poderes possuem interesse comum em situação que tributariamente desonere e, por consequência, beneficie a empresa que dirige, situação que, exatamente por serem dirigentes, ocorre no âmbito de sua área de controle e decisão, razão por que as suas condutas que se subsumem ao art.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:

Redação com vigência de 01.01.97 a 30.04.08.

[...]

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; [...] [Grifo Oportuno]

Por outro lado, a referência que os solidários fazem ao art. 135, III do CTN, bem como a análise doutrinária e jurisprudencial que apresentam da espécie de responsabilidade tributária ali prevista, não se relacionam com a solidariedade que lhes é atribuída neste processo, já que o art. 45, XII, aqui transcrito, possui ligação com o art. 124, I, do Código Tributário Nacional e não com o dito art. 135, ou mesmo com o art. 134, também do CTN, já que o art. 124 e os art. 134 e 135, relativos a institutos diferentes, 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;

[...]

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 art. 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 124 do CTN.

Embora o inciso XII do citado art. 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 do III do art. 135, todos do CTN, isso não significa que esse inciso XII cuide de um caso de responsabilidade de terceiros, pois os incisos do art. 45 constituem mera lista exemplificativa de hipóteses específicas de solidariedade em razão de interesse comum, situação essa já anunciada genericamente na disposição veiculada pelo caput e que, a rigor, nem precisa estar descrita em algum inciso do artigo, podendo subsunção ocorrer diretamente no caput.

Assim, apresenta-se sem efeito trazer à presente contenda a exposição sobre o modo como a Primeira Seção do STJ interpreta o inciso III do art. 135 do CTN, notadamente a expressões “excesso de poderes” e “infração de lei, contrato social ou estatutos” contidas nesse inciso e ausente no inciso XII do art. 45 em questão, as quais constituem o núcleo do debate que resultou na jurisprudência emanada do STJ sobre responsabilidade de terceiros imputável a diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas.

Parece-me evidente não ser possível se servir da interpretação sobre um determinado dispositivo (art. 135, III, CTN) para se compreender e anunciar o teor de outro que cuide matéria completamente diversa (art. 124, I, CTN).

Mais difícil, seguramente, seria efetuar essa transposição interpretativa do inciso III do art. 135, III do CTN para o inciso XII do Art. 45 do CTE.

Sobre a diferença existente entre solidariedade e responsabilidade, veja-se as definições oferecidas pela legislação tributária goiana, contidas nos arts. 35 e 37 do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (RCTE):

‘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.’ [...][Grifo Oportuno]

Note-se que na solidariedade há vínculo entre pessoas, contribuintes ou não. Na responsabilidade, a atribuição de assumir a obrigação tributária é, por regra, unitária, com a exclusão do contribuinte.

Não há como, portanto, aplicar a jurisprudência sobre um desses institutos para se declarar a natureza do outro”.

Disso tudo, tem-se que há total subsunção do “interesse comum” descrito no art. 45 do CTE e a qualidade de sócio-administrador, detentor psíquico dos rumos a serem tomados pela empresa.

Responderá, portanto, pelo ICMS decorrente do lançamento e a multa pecuniária que lhe for correspondente, porquanto não se concebe sentido ao art. 45 se lhe for excluído o teor infracional das condutas ali descritas.

Com tais considerações, rejeito o pedido do sujeito passivo e mantenho na lide o solidário [...].

Passo ao mérito.

Primeiramente, quanto à tese do caráter confiscatório da multa aplicada, falece competência a esta Casa pronunciar-se acerca da (in)constitucionalidade de Lei, conforme o que preceitua o §4º do art. 1º do Decreto nº 6930/09 que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário do Estado de Goiás, *in verbis*:

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

A mesma razão de decidir é cabível para o pedido de redução da penalidade para 30% do valor do tributo omitido. Aplicar penalidade diversa da do tipo descrito no art. 71, XII “a” 2 do CTE seria o equivalente a negar vigência a este dispositivo, substituindo-lhe por penalidade apócrifa, sem respaldo legal.

Deixo, portanto, de conhecer tais questões.

Finalmente, quanto à acusação de calçamento de notas fiscais propriamente dita, veiculada na inicial, a questão mostra-se bastante objetiva e adequadamente instruída em sede probatória.

A figura do calçamento de documentos fiscais vem definida implicitamente no art. 155 do RCTE, ao asseverar que:

“Art. 155. É inidôneo, para todo efeito fiscal, o documento que (Lei nº 11.651/91, art. 67):

.....

VII - resulte na consignação de valor, quantidade, qualidade, espécie, origem ou destino diferentes nas suas vias;”

Como é sabido, o calçamento de nota fiscal ocorre quando o sujeito passivo procede à emissão do documento fiscal sem a correspondente “repetição a carbono” nas demais vias, que serão preenchidas com valores e informações outras que não as que constam da primeira via que seguiu com a mercadoria ou serviço. Os valores oficialmente oferecidos à tributação e constantes das vias fixas do bloco serão, regra geral, insignificantes em relação aos que foram declarados nas 1as vias, com flagrante prejuízo ao Erário. Tal conduta é, inclusive, tipificada como crime , passível de reclusão e multa.

Vislumbra-se, do teor das provas colacionadas nestes autos, a materialidade de tal infração. A Autoridade Fiscal cuidou de juntar as vias fixas do bloco e as cópias de suas correspondentes primeiras vias, nas quais basta análise perfunctória para se atestar o ilícito.

Sob tais fundamentos, conheço do recurso do sujeito passivo, mas nego-lhe provimento para confirmar, na íntegra, a decisão singular que deu pela procedência do feito.

Sala das sessões, em 09 de maio de 2012.

CONTROLE PARALELO (CAIXA 2)

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

Matéria: CONTROLE PARALELO (CAIXA 2) - Saída de mercadorias tributadas com utilização de controle paralelo (arqmag) (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01245/12

Relator: Conselheiro José Pereira D'abadia

EMENTA: ICMS. Omissão de saída de mercadoria tributada. Procedente em parte. Decisão unânime.

Deve ser ratificada a decisão monocrática que julgou procedente em parte o auto de infração, quando a instrução processual indicar que a base de cálculo do imposto, por "ex legis", deve ser reajustada.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de março de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração, no valor do ICMS de R\$ 114.890,49 (cento e quatorze mil, oitocentos e noventa reais e quarenta e nove centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio

Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Allen Anderson Viana, Victor Augusto de Faria Morato, Edson Abrão da Silva e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é a de que o sujeito passivo omitiu saídas de mercadorias tributadas no valor comercial de R\$ 779.725,35, apurados pelo confronto entre os documentos fiscais emitidos e o arquivo magnético encontrado em computador apreendido através do termo de apreensão nº 1100092386-8, o qual foi deslacrado na presença da proprietária, e feito termo de cópiagem e autenticação de arquivos magnéticos, documentos esses que se encontram acostados ao processo, com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva. Em consequência deverá pagar o ICMS devido, mais as cominações legais.

Foram dados como infringidos os artigos 63 e 64 Lei nº 11.651/91, c/c artigo 141 do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista na lei original, artigo 71 inciso VII alínea "L" § 9º I redação Lei 13.446/99.

Impugnando o lançamento o polo passivo suscita, em preliminar, a nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração e, no mérito, pede seja julgado improcedente o feito, porquanto o autuante não observou corretamente como é a tributação dos produtos vendidos pela empresa. Alega que dentre as mercadorias que comercializa, conforme cópias das entradas constantes de seus Livros de Apuração do ICMS), encontram-se mercadorias isentas, sujeitas a substituição tributária e com alíquotas diferenciadas, por integrarem os produtos da cesta básica; que alguns desses produtos, de acordo com o artigo 27, inciso II, h, do CTE, possui alíquota para saída interna de 12% (doze por cento); portanto, não poderia o autuante tributar as operações supostamente omitidas com alíquota única de 17% (dezessete por cento) e sim pela alíquota média real do período, que oscilou entre 9% (nove) e 13% (treze por cento) nos seis autos fiscalizados. Alfim, pede a nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração. Superada essa fase, pede que julgue improcedente o lançamento, pela fragilidade dos indícios apresentados pelo autuante, fls. 163/165; junta documentos fls. 166/209.

O Julgador singular, prolata a Sentença de nº 5861/07, de fls. 212/213 e rejeita o pedido de nulidade por insegurança na determinação da infração, por considerar que existem informações suficientes para dirimir não só as divergências apontadas na peça impugnatória mas também para afastar as alegadas inconsistências do lançamento fiscal, não identificando vício capaz de invalidá-lo na forma requerida pelo sujeito passivo. Ainda com base nas informações do sistema SEFAZ-GO (DPI), verifica-se que as operações de vendas internas, promovidas pelo sujeito passivo no exercício em comento ocorreram com alíquota média de 15,49 (quinze, quarenta e nove por cento). Assim, entende que, em face da diversidade de alíquotas aplicáveis às operações promovidas pelo sujeito passivo em 2002, o valor do ICMS efetivamente omitido é de R\$ 114.890,49 (cento e catorze mil, oitocentos e noventa reais e quarenta e nove centavos). Isso posto, conhece da impugnação, dá-lhe parcial provimento, para declarar procedente em

parte o auto de infração, cujo ICMS a recolher é no valor aduzido em linhas volvidas.

Por meio do Despacho nº 005/2008, de fls.214, a Representação Fazendária concorda com a decisão singular.

Dirigindo-se a segunda instância o sujeito passivo, às fls. 217/219, insiste na arguição de preliminar de nulidade do feito e nas razões de mérito reafirma o alegado na impugnatória.

A Segunda Câmara deste Conselho, através da resolução nº 086/08 de fls. 221, em sessão realizada no dia 15/05/08, acatando preposição do Conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência determinando o encaminhamento dos autos à Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia, a fim de que sejam os mesmos remetidos aos autores do procedimentos fiscal para que façam juntar ao processo o CD-ROM contendo os arquivos magnéticos originalmente extraídos do microcomputador da atuada e que foram autenticados pelo Programa Authenticator Plus, versão 1.0, conforme Termo de Copiagem e Autenticação de Arquivos Magnéticos de fls.03.

Em resposta à resolução supra, foi feita a juntada ao auto de infração às fls. 222, o CD-ROM contendo os arquivos magnéticos, ato contínuo, os autos foram remetidos via Despacho nº 2787/08 de fls. 224 à Segunda Câmara deste Conselho.

A Primeira Câmara deste Conselho, em sessão realizada no dia 09/01/09, através da Resolução nº008/09, à fl.230, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, determinar o encaminhamento do presente processo à GEPRE, a fim de que seja entregue ao sujeito passivo, mediante recibo, uma cópia do CD que se encontra inserido no envelope de fls.222 dos autos.

Foi devidamente atendida a Resolução nº 008/2009, conforme recibo anexo à fls.231.

A Primeira Câmara deste Conselho, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, 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 parcialmente procedente o auto de infração, fls. 236/241.

O sujeito passivo foi intimado em 07/07/2010, à fl.242, para pagar a quantia exigida ou apresentar recurso ao Conselho Pleno.

Inconformada a atuada, por seus procuradores, apresenta recurso ao Conselho Pleno às fls. 245/247, no qual pede a improcedência do auto de infração, alegando que o atuante não observou corretamente como é a tributação dos produtos vendido pela empresa atuada; que dentre as mercadorias comercializadas pela impugnante (conforme cópias das entradas constante de

seus Livros de Apuração do ICMS), encontram-se mercadorias isentas, sujeitas a substituição tributária e com alíquotas diferenciadas, por integrarem os produtos da cesta básica; que alguns desses produtos, de acordo com o artigo 27, inciso II, h, do CTE, possui alíquota para saída interna de 12% (doze por cento). Alfim, pede reformar o Acórdão Cameral de nº 1489/10 e que se julgue a presente ação improcedente.

É o relatório.

DECISÃO

Reporto-me às informações da SEFAZ-GO, contidas à fl. 211, que demonstram que no exercício de 2002, 96,6 (noventa e seis, seis por cento) das aquisições de mercadorias efetivadas pela empresa, em epígrafe, eram sujeitas à tributação normal. Assim considerando, busco a orientação do §2º do artigo 25 do CTE, que segue 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 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.”

Para dizer que mediante o aduzido em linhas imediatamente anteriores e ainda, com base nas já mencionadas informações do sistema SEFAZ-GO, por meio de DPI, as operações de vendas internas, promovidas pelo autuado, foram realizadas com alíquota média de 15,49 (quinze, quarenta e nove por cento), o que demonstra que o “quantum” descrito na exordial sobre a omissão de recolhimento do imposto passa a ser de R\$ 741.707,49 (setecentos e quarenta e um mil, setecentos e sete reais e quarenta e nove centavos), cuja importância do ICMS perfaz o valor de R\$ 114.890,49 (cento e catorze mil, oitocentos e noventa reais e quarenta e nove centavos), fato aliás reconhecido pelo sentenciador “a quo”, conforme noticiado no relatório, que é parte integrante deste “decisum”.

Pelo exposto voto, unanimemente, conhecendo do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração, no valor do ICMS de R\$ 150.881,67 (cento e cinquenta mil, oitocentos e oitenta e um reais e sessenta e sete centavos).

Sala das sessões plenárias, em 05 de junho de 2012.

Matéria: CONTROLE PARALELO (CAIXA 2) - Saída de mercadorias tributadas com utilização de controle paralelo (arqmag) (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01356/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de registro de saída de mercadorias tributadas apurada através de comparativo feito entre documento paralelo de controle de movimentação real do sujeito passivo e os seus registros fiscais.

Restando provado que o documento apreendido pela fiscalização traduz, de fato, a verdadeira movimentação com mercadorias promovidas pelo sujeito passivo, cabe comparação do mesmo com os registros fiscais referentes ao mesmo período, se chegando então a valor correto de omissões de saída promovidas pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de maio de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração no valor da base de cálculo de R\$ 306.749,94 (trezentos e seis mil, setecentos e quarenta e nove reais e noventa e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 36.809,99 (trinta e seis mil, oitocentos e nove reais e noventa e nove centavos). Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva e Victor Augusto de Faria Morato. Vencidos os Conselheiros Álvaro Falanque, Cláudio Henrique de Oliveira, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa e Alcedino Gomes Barbosa que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo deixou de emitir documentos fiscais referentes a saídas de mercadorias, no período de 01/01/2005 a 30/09/2005, no valor comercial de R\$ 365.091,58 (trezentos e sessenta e cinco mil e noventa e um reais e cinquenta e oito centavos), conforme relatório do sistema eletrônico de processamento de dados da empresa e conforme comparativo DPI e relatório de venda em anexo. De consequência, foi reclamado o ICMS no valor de R\$ 62.065,57 (sessenta e dois mil e sessenta e cinco reais e cinquenta e sete centavos), acrescidos das cominações legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 63 e 64 da Lei 11.651/91 combinado com os artigos 88, §1º e 141 do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, VII, L, item 9II, da Lei 11.651/91 com redação da Lei 12.806/95.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos:

= termo de apreensão (fls. 03/04);

= relatório de entradas/saídas (fls. 05);

= demonstrativo das omissões apuradas por mês (fls. 06);

= relatório de movimentação da empresa que fundamentou o auto de infração (fls. 7/58).

A autuada foi corretamente intimada, conforme aviso de recepção – AR - anexado aos autos (fls. 59).

Aproveitando a oportunidade, o sujeito passivo oferece suas razões através de impugnação na fase singular (fls.61/63), nela apresentou os seguintes argumentos:

= o relatório apreendido pela fiscalização é incompatível com a capacidade financeira da empresa;

= o referido relatório engloba as compras efetuadas e receitas oriundas de prestação de serviços;

= o computador era utilizado apenas para anotações internas de controles de estoque, onde se registrava a saída de material adquirido e uma venda fictícia em nome da própria empresa;

= era tributado quando da expedição da respectiva nota fiscal de saída do produto;

= o relatório baseou-se em dados frágeis.

Ao final, requereu a improcedência do auto de infração.

Juntamente com as razões de impugnação, foram trazidas aos autos cópia da procuração e do contrato social (fls. 64/70).

O Julgador Singular, através de sentença (fls. 72/73), entendeu que o relatório emitido refere-se a um controle paralelo de vendas do sujeito passivo; portanto, julgou procedente o lançamento.

O sujeito passivo foi corretamente intimado da decisão singular, conforme documento anexado (fls. 74). Inconformado com a mesma, sujeito passivo interpôs recurso voluntário (fls. 76/80), aduzindo, em síntese, que o demonstrativo apresentado pelo fisco não comprova que os dados inseridos no computador sejam vendas realizadas. Anexou outro demonstrativo (fls. 81/82).

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada em 24 de agosto de 2006, acatando preliminar arguida pela Conselheira Eliene Mendes de Oliveira Feitosa, julgou o auto de infração nulo, por insegurança na determinação da infração. (fls. 84/88).

A Representação Fazendária devidamente intimada de tal decisão (fls. 90/91), apresentou recurso para o Conselho Pleno, requerendo a sua reforma, afirmando que o lançamento atende ao disposto no artigo 23, §3º, da Lei 13.882/01 e que foram anexados todos os documentos necessários para análise do mérito.

O sujeito passivo, corretamente intimado para oferecer contradita se assim desejasse, apresentou contradita, (fls. 94/96), argumentando que a autuação inicial não demonstra a realidade mercantil da empresa e não é claro o suficiente para ter os efeitos desejados pelo fisco.

O Conselho Pleno do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 03/04/2007, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, deu-lhe provimento, para reformar a decisão cameral, que considerou nulo o auto de infração, retornando os autos à Câmara Julgadora para apreciação de toda matéria (fls. 98/103).

O sujeito passivo, corretamente intimado de tal decisão (fls. 104), apresentou petição simples ratificando os termos do recurso voluntário (fls. 105).

A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19/09/07, acatando proposição da Conselheira Relatora, resolveu, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, remetendo os autos à Delegacia regional de Fiscalização de Goiânia, com intuito de que seja determinado um auditor fiscal alheio à lide, à vista do relatório apresentado pelo pólo passivo (fls. 8/58) e informação às fls. 81, certificar a respeito do valor da prestação de serviço de maneira a considerá-lo ou não para efeito do lançamento inicial, ou seja, confirmar ou não a prestação e se esta compõe o relatório.

Nesse trabalho deve haver a demonstração do valor do imposto considerado como devido. Nessa oportunidade, deve ser esclarecido, no que tange à razão social da empresa, qual seria a correta: [...] ou [...].

Após, intimar o sujeito passivo do resultado da diligência para, querendo, se manifestar sobre o seu inteiro teor.

O fiscal revisor anexou farta documentação (fls. 108/280) e ao final concluiu que resta devido, a título de ICMS, o valor de R\$ 36.956,36 (trinta e seis mil e novecentos e cinquenta e seis reais e trinta e seis centavos) (fls. 281/284).

O sujeito passivo foi corretamente intimado do resultado da diligência (fls. 286), e, aproveitando a oportunidade, se manifesta contrário à revisão da forma como foi realizada, requerendo a improcedência do lançamento.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16/10/2008, 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 a base de cálculo de R\$ 306.749,94 (trezentos e seis mil, setecentos e quarenta e nove reais e noventa e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 36.809,99 (trinta e seis mil oitocentos e nove reais e noventa e nove centavos).

A Representação Fazendária, corretamente intimada (fls. 299) aduziu que não possui interesse em recorrer de tal decisão. Corretamente intimado, sujeito passivo apresentou recurso ao Conselho Pleno (fls. 302/306).

Nele, o contribuinte aduziu que a atuação fiscal contraria o disposto no art. 142 do CTN, pois se baseia em mera presunção, que seria relatório retirado da CPU encontrada no estabelecimento do sujeito passivo, cujo conteúdo foi considerado como prova de venda de mercadoria sem a emissão de documentação fiscal exigida.

Argumentou, ainda, que os levantamentos apresentados pelo recorrente demonstram que a movimentação de valores no período autuado é bem inferior ao apurado pela ação fiscal. Ao final, requereu a improcedência do lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

Estamos diante de questão de fato que deve ser apreciada pelo conselho nesse momento. O cerne da discussão é a possibilidade jurídica de se considerar o relatório apreendido pela fiscalização, em CPU pertencente ao sujeito passivo, como prova suficiente da movimentação real do sujeito passivo para as operações de saída de mercadorias tributadas.

Destarte, é imperioso que se analise o tal documento. Nele, percebe-se de forma clara, que contém impressionante grau de detalhamento de informações. São informados os números dos pedidos emitido pela empresa, data do negócio, identificação do vendedor, valor bruto da operação, desconto concedido na operação, percentual do desconto concedido, desconto promocional, valor líquido de venda, incidência do tributos bem como o lucro obtido em cada operação,

Como se vê, a perfeição e a riqueza dos detalhes fornecidos pelo tal relatório o fazem plenamente capaz de ser prova cabal e incontestada das operações promovidas sem a devida emissão de documento fiscal.

Cabe também destacar que houve muito cuidado, por parte dos conselheiros, em se apurar todos os argumentos apresentados pelo pólo passivo; pois, mediante argumento de que no relatório também estariam incluídos serviços de prestação de serviços, houve a sua retirada do total a ser estabelecido como base de cálculo da omissão, cujo imposto foi exigido do sujeito passivo.

Diante de tudo o que foi exposto, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento, para manter a decisão cameral, que julgou parcialmente procedente o auto de infração sobre um valor de base de cálculo de R\$ 306.749,94 (trezentos e seis mil setecentos e quarenta e nove reais e noventa e quatro centavos), e um imposto devido de R\$ 36.809,99 (trinta e seis mil, oitocentos e nove reais e noventa e nove centavos).

Sala das sessões plenárias, em 19 de junho de 2012.

DECADÊNCIA

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

Matéria: DECADÊNCIA - Consignação de valores diferentes nas vias dos documentos fiscais (Decadência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02315/12

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ICMS. Omissão no recolhimento do imposto, visto a ocorrência de destaque do ICMS a menor nas vias dos documentos fiscais emitidos no exercício de 2003. Processual. Preliminar de decadência em relação aos sujeitos passivos solidários. Acolhida. Decisão unânime. Exigência do crédito mantida, visto o parcelamento.

O período decadencial, contagem do prazo de cinco anos para a extinção do crédito tributário, alcança o polo passivo solidário incluso nos autos, porém, o acordo de parcelamento firmado com a administração fiscal, impõe a confirmação do crédito tributário constituído por meio do lançamento efetivado por autoridade administrativa competente para a lavratura do auto de infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 13 de junho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer dos recursos, dar-lhes provimento para acolher a preliminar de decadência em relação aos sujeitos passivos solidários, mantida a acusação fiscal em relação à pessoa jurídica, tendo em vista o parcelamento realizado. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Luis Antônio da Silva Costa e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

A acusação fiscal registra a ocorrência do fato gerador com a seguinte redação contida no auto de infração:

“Consignou nas primeiras vias das notas fiscais modelo 2, emitidas no ano de 2003, relacionadas em anexo, o valor total de R\$ 48.361,35, e nas vias fixas, o valor total de R\$ 1.729,65, tendo registrado as saídas pelo menor valor,

conforme vias dos documentos fiscais e cópia do Livro Registro de Saídas anexos. Em consequência, deverá pagar o imposto devido na importância de R\$5.643,80, mais as cominações legais, calculadas sobre a diferença constatada.”

São dados como infringido o art. 64 da Lei nº 11.651/91, combinado com o art. 147, § 3º do Decreto nº 4.852/97 - RCTE, e, a fiscalização propôs a penalidade prescrita no art. 71, inciso XII, Alínea "a" item 2, agravada com a aplicação do § 9º, inciso I do CTE.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Contrato Social e alteração da empresa autuada (fls. 09 a 12), cópia de procuração (fls. 13/14), Planilha de relação de notas fiscais (fls. 15), cópias de notas fiscais, recibos e documentos pertinentes (fls. 16 a 93), cópia de livros fiscais Registro de Saídas (fls. 94 a 159), cópia de relatório analítico de PAT (fls. 160 a 163), cópia de documentos de parcelamento de débito (fls. 172 a 176) e cópia de relatório Histórico de Pagamentos (fls. 177), .

De acordo com o previsto no art. 45, inciso XII do CTE, uma das sócias da pessoa jurídica e o administrador a empresa foram identificados no polo passivo solidário da lide, conforme mostram os documentos de fls. 04 e 05.

O autuado foi intimado em 12/06/2008, fls.164 e 180/183, já os solidários foram intimados em 22/10/2009. Em despacho de fls. 178, a GEPRO encaminha os autos ao NUPRE de Rio Verde para atender o disposto no Memorando 0538/2009-GCOP, fls. 179, com a informação de existência de confissão de dívida por parte do autuado e solicita encaminhamento do feito a este antes da inscrição em dívida ativa.

O sujeito passivo e o polo passivo solidário impugnaram o lançamento tributário em primeira instância, fls.185 a 198 e 201 a 214, respectivamente, para arguir as preliminares de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento ao direito de defesa, visto que na autuação existem inconsistências que geram incertezas e que a tipificação da infração é genérica. Afirmam que não houve a indicação do fundamento legal para a aplicação da atualização monetária e da penalidade de juros. Sustenta que a multa em percentual é distinto do previsto no art. 71, inciso XII, alínea "a", item 2 do CTE e que as planilhas são ininteligíveis. Em outra parte requerem a exclusão do polo passivo identificado como corresponsável, pois a responsabilidade somente pode ocorrer quando comprovada a prática de ato eivado de excesso de poderes ou infração à Lei. Preleciona que o simples inadimplemento da obrigação tributária não faz presumir a prática pelo administrador dos ilícitos fiscais previstos no artigo 135 do CTN. Argui, ainda, a decadência quanto aos créditos tributários do período de março a dezembro de 2003 e concluem com a alegação de que não houve a infringência aos dispositivos legais citados. Contestam a multa aplicada, para depois pugnam pela improcedência dos autos.

Nenhuma contraprova instrui a peça defensiva.

O julgador singular prola a Sentença de nº 1846/2010-JULP, fls. 217 a 220, considera procedente a exigência inicial, rejeita todas as preliminares e mantém todos os sujeitos passivos solidários, sócio e gerente da empresa autuada na lide, com base nos artigos 124 do CTN e art. 45, inciso XII do CTE. Fundamenta sua decisão com a tese de que os valores da correção monetária e juros são os previstos nos arts. 167 e 168 do CTE, que não existe a obrigatoriedade de estarem esses dispositivos legais tipificados no corpo do auto de infração. Salienta que a penalidade foi corretamente aplicada para a infração, conforme o descrito na inicial e que corresponde ao ilícito fiscal descrito. No que tange a decadência, acresce que a autuação e as intimações ocorreram dentro do prazo legal para tal constituição, conforme estipula o art. 173, Inciso I do CTN. Conclui o seu entendimento com a afirmação de que o polo passivo nada trouxe aos autos que pudesse desmerecer o trabalho fiscal realizado.

O sujeito passivo e a polaridade passiva solidária recorrem da decisão singular, fls. 229 a 244 e 266 a 281, reiteram, ambos, todos os argumentos de preliminar e de mérito, exarados na fase impugnatória e mencionados nas linhas anteriores. Pugnam, preliminarmente, pela nulidade dos autos por insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa. No mérito, pelo acolhimento da decadência do período de março, junho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2003, com a extinção do crédito tributário reclamado. Requerem, também, a exclusão do sujeito passivo e do polo passivo solidário. E, finalmente, pela exclusão da correção monetária e juros, por ausência de fundamentação legal, bem como suprimir a multa ou, quando menos, reduzi-la ao mínimo, por ser medida de direito amparado por lei.

É o relatório.

DECISÃO

Os exames realizados na formalização deste processo mostraram que o instituto da decadência atingiu o polo passivo solidário da lide, visto que a constituição do crédito pelo lançamento de ofício se fez após o transcurso de 05 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador, conforme previsão contida no art. 173 do Código Tributário Nacional.

O sujeito passivo principal foi corretamente intimado em 12/06/08, portanto, antes de decorrido o prazo decadencial previsto no art. 173, I do CTN. Contudo, os solidários só foram intimados em 22/10/2009, ou seja, após o lustro decadencial, o que nos leva a excluí-los da lide.

A aplicabilidade da mencionada norma a este caso elimina a responsabilidade solidária sobre a exigência do crédito tributário, mas não finaliza o processo porque o contribuinte acordou com a fiscalização e parcelou o seu débito no setor fiscal competente da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, conforme notícia o documento de fl. 304.

Pelo exposto e depois de excluir o polo passivo solidário da lide, visto o reconhecimento da ocorrência da decadência, no mérito, voto conheço do recurso,

nego-lhe provimento para manter a acusação fiscal em relação à pessoa jurídica atuada, visto o acordo de parcelamento incluso nos autos.

Sala das sessões, em 03 de outubro de 2012.

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

Matéria: DECADÊNCIA - Extravio de documentos fiscais (Decadência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01380/12

Relator: Conselheiro Víctor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Extravio de documentos fiscais. Documentos fiscais com data limite para utilização expirada. Decadência.

I- O documento fiscal, uma vez confeccionado, deve ser utilizado pelo contribuinte no prazo máximo de 2 (dois) anos, contados a partir da data da autorização de sua confecção, nos termos do art. 140 do CTE. Considerando a última data de prazo para uso dos documentos, - 30/11/2002 - e nela acrescentando a regra do art. 173, I do CTN, ou seja, tomando-se o termo a quo da decadência o dia 1º/01/2003, tem-se que a data limite para o Fisco promover qualquer lançamento, sob pena de decadência, era 31/12/2007, data que o Fisco deixou transcorrer sem promover o lançamento, que somente ocorrera em maio de 2008.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de maio de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acatar preliminar de mérito, quanto a decadência, arguida pelo Conselheiro Relator. Participaram do julgamento os Conselheiros Víctor Augusto de Faria Morato, Allen Anderson Viana e Heli José da Silva.

RELATÓRIO

No presente lançamento fiscal, o sujeito passivo foi acusado de haver extraviado 1000 (mil) notas fiscais série D1, de nº 1 a 1000, descritos no extrato às fls. 11, ante o seu desaparecimento do endereço declarado à SEFAZ, conforme consta da publicação de portaria que suspendeu sua inscrição.

Fora aplicada multa formal no valor originário de R\$ 220.320,00 (duzentos e vinte mil e trezentos e vinte reais).

Os sócios-gerentes foram arrolados na qualidade de solidários, tendo sido citado como capitulação legal o art. 45, XII do CTE.

Fora juntado aos autos extrato de concessão e autenticação de documentos fiscais – CIAF, atestando o seguinte:

1) A existência de 1000 (mil) documentos modelo 2 série D1 cuja confecção fora autorizada ao sujeito passivo;

2) Desse quantitativo, 500 (quinhentos) documentos foram efetivamente autenticados;

A última emissão de concessão deu-se em 29/11/2000.

O sujeito passivo principal fora intimado do lançamento, por meio de seus sócios, em 19/05/08 e, tendo sido decretada sua revelia em sede singular, comparece apenas nesta presente fase cameral. Alega, em suma, que estava providenciando a entrega, para baixa, dos documentos tidos como extraviados.

É o relatório.

DECISÃO.

Em juízo preliminar de mérito nestes autos, argui a decadência do direito do Fisco de lançar o presente crédito tributário, nos termos do art. 173, I 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;"

O Código Tributário Estadual reproduziu, *ipsis litteris*, o conteúdo do artigo precedente:

"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;"

Este mesmo normativo Estadual asseverava, em seu artigo 140, que:

"Art. 140. O documento fiscal, uma vez confeccionado, deve ser utilizado pelo contribuinte no prazo máximo de 2 (dois) anos, contados a partir da data da autorização de sua confecção, findo o qual o documento deve ser recolhido, mediante recibo, à delegacia fiscal em cuja circunscrição se localizar o estabelecimento do contribuinte a que pertencer, para ser inutilizado (Convênio SINIEF SN/70, art. 16, § 2º).

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 27.10.09.

§ 1º O titular da delegacia fiscal em cuja circunscrição se localizar o estabelecimento pode, à vista da rotatividade de utilização de documento fiscal pelo contribuinte, devidamente comprovada, autorizar o seu uso em prazo superior ao estabelecido, até o limite de 4 (quatro) anos, hipótese em que o documento fiscal

deve conter a informação, impressa de forma bem legível e em local destacado, da data do limite da prorrogação de sua utilização e o número e a data do despacho autorizativo.”

Ressalte-se, ademais, que não houve revalidação realizada pela Delegacia Fiscal com relação aos documentos arrolados às fls. 11 dos autos. Disso decorre que o prazo máximo para uso dos documentos ali descritos expirou nas datas de 04/07/1998 para a concessão nº 108847-5, 23/10/2000 para a concessão nº 229116-9 e 30/11/2002 para a concessão nº 357131-9, nos termos do art. 140 do CTE.

Considerando a última data de prazo para uso dos documentos - 30/11/2002, e nela acrescentando a regra do art. 173, I do CTN, ou seja, tomando-se como termo a quo da decadência o dia 1º/01/2003, tem-se que a data limite para o Fisco promover qualquer lançamento, sob pena de decadência, era 31/12/2007. Essa era a data-limite para a cobrança que se auffer nos presentes autos.

De outro lado, a ciência no presente lançamento ocorreu, via Aviso de Recebimento, somente em 19/05/2008, restando configurada a decadência do presente crédito tributário.

Posto isso, com fundamento na preliminar por mim argüida, reconheço, ex officio, a extinção do crédito tributário deste lançamento ante a superveniência da decadência, nos termos do art. 173, I do CTN.

Sala das sessões, em 20 de junho de 2012.

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

Matéria: DECADÊNCIA - Falta de recolhimento ICMS-ST no posto fiscal de fronteira (Decadência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02272/12

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Pedido de Revisão Extraordinária, interposto pela Gerência de Recuperação de Crédito. Decadência. Acolhido. Decisão unânime.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário decai em cinco anos, nos termos do artigo 182, I, do CTE.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de março de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar impropriedade o auto de infração em face do reconhecimento da decadência ocorrida, em conformidade com a manifestação da Gerência de Recuperação de Créditos - GERC. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa,

Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Elias Alves dos Santos, José Luiz Rosa e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de Revisão Extraordinária promovido pelo autuado estribado no item 1, "a", Inciso II do art. 43 da Lei 16.469/09. Notícia-se o lançamento que a empresa em epígrafe teria deixado de pagar o ICMS-ST, referente ao documento de arrecadação emitido no posto fiscal de fronteira. Em razão da perempção da autuada o débito foi encaminhado para inscrição em dívida ativa do Estado.

Pelo Despacho de fls. 11 a Gerência de Recuperação de Créditos n uso de suas atribuições definidas no art. 43, I, "a" da Lei nº 16.469/09, encaminha os presentes autos à Presidência do CAT para pronunciar sobre a possível decadência do lançamento fiscal objeto deste Auto de Infração.

Teve como infringidos os arts. 51 § 3º e 63 da Lei 11.651/91, c/c o art. 32 § 1º Anexo VIII do Decreto 4.852/97 e art. 5º da IN 428/00-GSF

O Presidente do Conselho admite o recurso com fulcro no Inciso II, § 4º do art. 43 da Lei 16.469/09 e determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância para que seja pautado e julgado pelo Pleno o presente pedido.

É o relatório.

DECISÃO

A GERC – Gerência de Recuperação de Crédito interpõe Pedido de Revisão Extraordinária sob a alegação de decadência do crédito tributário.

De fato ao analisarmos detidamente o processo notamos que o fato gerador ocorreu em 16/01/2004, a autuação se deu no dia 16/10/2009 e a notificação ao sujeito passivo ocorreu no dia 08/03/2010. Nos termos do artigo 182 do CTE o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário decaiu em 31/12/2009, restando, pois, demonstrada a decadência do crédito tributário.

“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.”

Do exposto, conheço do pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração em face do reconhecimento da decadência do crédito tributário.

Sala das sessões plenárias, em 02 de outubro de 2012.

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

Matéria: DECADÊNCIA - Uso indevido de benefício fiscal (exportação)
(Decadência Rejeitada)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01411/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: Processual. Preliminar de decadência do direito do Fisco constituir de ofício o crédito tributário. Rejeição. Retorno do processo à câmara julgadora para Decisão não unânime.

I - A data do fato gerador é marco impróprio para o início do prazo decadencial do direito do Fisco constituir de ofício o crédito tributário, pois somente após o prazo normativamente previsto para a prática da atividade de antecipação de pagamento descrita no art. 150 do CTN, é que é possível se proceder, nos termos do art. 149, V do mesmo código, ao lançamento de ofício em relação às inexactidões e omissões constatadas na referida atividade;

II - Em tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre o recolhimento em desconformidade com a legislação aplicável, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN). - STJ - REsp 973.189/MG, julgado em 04/09/2007 e AgRg no AREsp 76977/RS, julgado em 12/04/2012;

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de junho de 2012, decidiu, por maioria de votos, afastar a decadência parcial do crédito tributário acolhida pela Câmara Julgadora, devendo os autos retornarem a julgamento cameral para apreciação de toda matéria. Foram vencedores os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva, Célia Reis Di Rezende, Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Alcedino Gomes Barbosa, Paulo Diniz, Carlos Andrade

Silveira, Delcídes de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Em 08 de novembro de 2007, o Fisco exige ICMS, multa e demais acréscimos da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2005, feito uso indevido de não incidência em operação de exportação direta sem comprovar a efetiva exportação das mercadorias.

Na parte inferior do histórico do auto de infração consta a informação de que o contribuinte se negou a apresentar a prova das exportações realizadas e a solicitação de que, no caso dessa apresentação vier a ser feita no curso do processo administrativo tributário, sejam os respectivos documentos remetidos aos autuantes.

Foram apontadas como solidários 07 (sete) pessoas físicas: [...], diretora; [...], diretor presidente; [...], sócio administrador; [...], representante com plenos poderes; [...], representante com plenos poderes; [...], sócio administrador e [...], sócio gerente.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica onde o fisco exige exibição, antes da lavratura da inicial, de livros e documentos relacionados com a escrituração e a comprovação de exportações promovidas pela autuada (fl. 19), a qual não foi atendida de imediato, tendo o contribuinte solicitado uma prorrogação de 30 (trinta) dias para cumprimento da notificação (fl. 20).

Também foi acostada à peça inicial uma relação, em ordem crescente de data, com dados notas fiscais referentes às operações autuadas, intitulada "Exportações Diretas Não Comprovadas" (fls. 21 a 29).

Discordando da decisão singular que, após a rejeição das preliminares arguidas, considerou procedente o auto de infração, os solidários apresentam recurso voluntário (fls. 245 a 266), onde pedem a sua exclusão da lide, alegando que, sem a desconsideração da pessoa jurídica, a responsabilização de seus administradores, diretores, gerentes e representantes só é cabível em caso de atuação destes com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, o que não teria ocorrido no caso presente.

No intuito de sustentar seu pedido, os solidários apresentam, com transcrição do respectivo texto, entendimentos doutrinário e jurisprudencial referentes à interpretação do art. 135, III do Código Tributário Nacional (CTN), sendo que o entendimento jurisprudencial emana do Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive com acórdão prolatado por sua Primeira Seção, órgão plenário, em julgamento no qual, expressamente, se decidiu pela uniformização sobre a matéria (fls. 251 e 252).

Por sua vez, a autuada também apresenta recurso voluntário (fls. 238 a 244) onde pede, em preliminar de mérito, a declaração da decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos em data anterior a 01 de dezembro de 2002, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Também preliminarmente, a pessoa jurídica autuada argui a nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e por insegurança na determinação da infração, em razão de erro na capitulação da infração e da penalidade.

Quanto ao mérito, a empresa recorrente alega que não se negou a apresentar a documentação comprobatória das exportações questionadas pelo Fisco, mas, que, ao contrário, se esforçou em fazê-lo, tanto que solicitou prazo para entrega da documentação, não foi atendido pela Administração Tributária.

Em 27 de novembro de 2008, a empresa recorrente, apresenta pedido de julgamento em conjunto de um grupo de processos que identifica, dentre os quais figura o presente feito (fls. 268 a 275).

Às fls. 276 a 287, a pessoa jurídica autuada faz acostar aos autos, por meio de memorial, caixas contendo notas fiscais e documentos que entende ser comprobatórios das exportações diretas objeto da autuação.

Em 03 de dezembro de 2008, vindo processo julgamento colegiado, a câmara julgadora determina realização de diligência para que a Coordenação de Fiscalização de Comércio Exterior, da Gerência de Fiscalização e Arrecadação, da SAT, verificasse, à vista da documentação apresentada pela parte passiva, a efetiva ocorrência ou não das exportações referentes às notas fiscais objeto da reclamação inicial, anexando, se fosse o caso, provas dessa ocorrência, quantificando o valor remanescente de ICMS exigível e seguindo-se os moldes da planilha originalmente acostada à peça básica.

Realizada a diligência determinada pela câmara julgadora, o processo vem a julgamento contendo relatório conclusivo da autoridade diligenciadora (fls. 290 a 339), no qual constam listadas as notas fiscais cuja exportação não foi efetivamente comprovada, com totalização mensal do ICMS exigível remanescente sem, contudo, se oferecer totalização para o período fiscalizado.

Intimados para tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 340), empresa e solidários atuados afirmam ter havido reunião com Administração Tributária onde teria sido acordado que seriam entregues comprovantes de exportação em meio digital, já que a apresentação em meio impresso, segundo teria dito o auditor/revisor, dificultaria imensamente o trabalho revisional.

Na mesma linha, alegam os atuados que teria sido contratada empresa especializada para proceder à digitalização da documentação comprobatória e que, realizada essa tarefa, produziu-se CD-R que foi acostado aos autos (fls. 341). Assim, pleiteiam os recorrentes, teria que ser aberto prazo para nova diligência, na qual sejam verificados os elementos comprobatórios oferecidos em forma digital.

Abrindo-se o CD-R trazido, percebe-se que o mesmo contém, sem compactação, 15 planilhas no formato Excel do Aplicativo Office da Microsoft, tanto versão 2003 quanto em versão posterior.

Em tais planilhas (versão 2003) encontram-se dados de contrato internacional de venda, transporte em território nacional e discriminação de produtos por empresa, não vinculados a cada nota fiscal autuada constante da relação anexa e cuja ordenação não segue a mesma ordem daquela relação.

Em 16 de abril de 2010, o Auditor Fiscal Manoel Luís Neves vem ao processo para solicitar prioridade no julgamento colegiado do presente, para que fossem concluídas revisões em autos de infração a ele conexos.

A autuada, em 29 de abril de 2010, acosta aos autos pedido de sobrestamento do julgamento para o dia 24 de maio do mesmo ano, no que é atendida pela Coordenadora da Câmara.

A Fazenda Pública, em 11 de junho de 2010, faz juntar planilha com totalizações mensal e geral dos valores constantes do resultado da revisão, indicando para esse resultado o montante de R\$ 3.480.094,75 (três milhões, quatrocentos e oitenta mil e noventa e quatro centavos e setenta e cinco centavos).

Em 11 de junho de 2010, é determinado novo adiamento, agora para o dia 21 do mesmo mês.

A autuada e os sujeitos passivos solidários foram intimados (fls. 379/385).

O contribuinte opôs recurso para o Conselho Pleno (fls. 389/399), arguindo as seguintes preliminares:

1) vício da intimação causado pela aposição de valor irreal, visto a decisão cameral que definiu pela redução do valor do auto de infração de acordo com o valor apurado no processo revisional;

2) anulabilidade do julgamento conjunto dos processos 3028146922057, processos 302907257153 e 3029072674584, pois os registros descritos na autuação este processo originou os últimos dois identificados nestas linhas, "os quais tratam da acusação de reintrodução no mercado interno de mercadoria destinada à exportação direta e indireta";

3) insegurança na determinação da infração, pois não *"houve defesa da acusação de fraude ou simulação porque esta alegação surgiu de falta do Conselheiro Relator na sessão da 4ª Câmara em 21/06/2010: momento e forma inadequados para novas denúncias. O julgador não pode incluir denúncia nova como se parte ele fosse"*.

No mérito, argumentou sobre a extinção parcial do crédito atingido pela decadência relativa ao período de 2002 considerado no trabalho fiscal até 2006

com auto de infração lavrado em 20 de dezembro de 2007. Transcreveu jurisprudência do STJ sobre o acolhimento da decadência, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação.

Para tanto comentou sobre os artigos 150, § 4º e 173 do CTN. Ao final, requereu a nulidade da intimação da decisão cameral; do processo desde o seu início, por insegurança na determinação da infração; apreciação das provas registradas por meio magnético; declaração da decadência do crédito tributário no período entre janeiro e novembro de 2002; adequação da parte remanescente do crédito à carga tributária de 3% determinada pela Lei nº 15453/99 que trata das operações internas e interestaduais em Goiás e, por último, manutenção da improcedência do lançamento sobre o valor originário de R\$3.156.199,33 decidido pela 4ª Câmara.

O Conselho Pleno (fls. 403/404), na sessão do dia 10/03/2011, resolveu acatar a proposição do Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca e, por unanimidade de votos, converterem o julgamento em diligência junto à Coordenação de Comércio Exterior da Gerência de Arrecadação e Fiscalização da Superintendência da Administração Tributária, a fim de que seja procedida revisão do trabalho fiscal em face da documentação anexada aos autos (mídia em CD-R) e dos argumentos expendidos pela atuada na peça recursal de fls. 389/399.

Após o cumprimento da diligência e dela cientificado o sujeito passivo, com abertura de prazo de 20 (vinte) dias para manifestação, encaminhe-se à Secretaria Geral - SEGE para dar seguimento ao processo em cumprimento ao disposto na parte final do § 4º do art. 41 da Lei nº 16.469/2009.

O revisor (fl. 408) concluiu: "Abri os arquivos e constatei que os mesmos relacionam 991 (Novecentos e Noventa e Uma) notas fiscais de exportação às suas respectivas notas fiscais de remessa para exportação. Entretanto, este processo não diz respeito a notas fiscais de remessa para exportação (exportação indireta) e sim a notas fiscais de exportação (exportação direta). As notas fiscais atuadas relacionadas às fls. 21 a 29 dos autos são de exportação direta.

Portanto, as notas fiscais relacionadas no CD não têm relação alguma com este processo. Isto, aliás, já foi dito no acórdão 3874/2010, às fls. 366 e 367. Relaciono, em anexo, as 991 notas fiscais de exportação constantes do CD, onde se pode ver que seus números e séries são divergentes das notas fiscais atuadas. Números e séries são os únicos dados destas notas fiscais informados no referido CD. Mantenho, portanto, salvo melhor juízo da Administração Tributária, o valor do ICMS já apontado na revisão anterior: R\$ 3.480.094,75."

A empresa retornou ao processo (fls. 416/418) e pleiteou a confirmação do julgamento "a quo" de redução do valor atuado, pelo ajuste nos demais processos da atuada, "nos valores sobre os quais o presente processo impactou especialmente o exercício de 2002", fl. 418. Depois do exposto, o processo retornou à Câmara Julgadora para atendimento da parte da resolução que aprovou o cumprimento ao disposto na parte final do § 4º do art. 41 da Lei nº 16.469/2009.

A autuada apresentou ainda o memorial de fls. 425 a 438 e ratificou o requerido nas teses defensórias anteriores.

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, na sessão 19/12/2011, decidiu, por maioria de votos, acolherem a preliminar de exclusão dos solidários [...], [...], [...], [...], [...] e [...]. E, por maioria de votos, rejeitarem as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo sujeito passivo, sendo, a primeira, por insegurança na determinação da infração, e, a segunda, por cerceamento do direito de defesa.

Quanto ao mérito, por maioria de votos, acolherem a preliminar de decadência parcial até Novembro de 2002, referente ao valor de R\$85.254,92 (oitenta e cinco mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e noventa e dois centavos) arguida pelo sujeito passivo. Ainda, quanto ao mérito, em relação ao valor remanescente referente ao período a partir de Dezembro de 2002, resolve, também, por maioria de votos, conhecerem do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração, quanto ao valor de R\$3.394.839,83 (três milhões, trezentos e noventa e quatro mil, oitocentos e trinta e nove reais e oitenta e três centavos) (fls. 439/450).

A Fazenda Pública (fls. 453/457) apresentou recurso para o conselho pleno, arguindo que os solidários devem ser reincluídos na lide, pois todos têm poderes de administração, motivo pelo qual possuem responsabilidade solidária pelo adimplemento do crédito tributário. No mérito, aduziu que não há decadência parcial pois se deve aplicar o disposto nos arts. 173, inciso I do CTN e 182, inciso I do CTE.

Afirmou ainda que a decisão cameral é contrária às provas dos autos, uma vez que a empresa autuada remeteu mercadorias com não incidência por se destinar à exportação, porém, mesmo intimada, não comprovou a efetiva remessa para o exterior. Ao final requereu a reinclusão dos solidários na lide e no mérito, para que seja afastada a decadência parcial e o auto de infração julgado parcialmente procedente no valor do voto vencido R\$ 3.394.839,83.

Os sujeitos passivos intimados (fls. 459/466), apresentaram contradita (fls. 469/479), arguindo, preliminarmente, que os solidários não devem ser reincluídos na lide, pois para responsabilizar aqueles que exercem a administração da sociedade é necessário comprovar que estes efetivamente tenham praticado atos com excesso de poder ou infração a lei ou contrato social ou estatutos. No mérito, afirmou que os fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2002 foram atingidos pela decadência, pois o artigo 173 do CTN só deve ser aplicado nos tributos sujeitos a lançamento de ofício por declaração.

Aduziu ainda que a acusação de fraude e simulação feita na Câmara em 21/06/2010 é infundada, inadequada e extemporânea, uma vez que não há esta descrição lançamento e pela ausência de provas. Ao final, requereu a manutenção da exclusão dos solidários e a improcedência do lançamento.

Requeru, alternativamente, "em uma improvável manutenção do auto de infração, que seja adequada à condenação da parte remanescente, caso haja, à carga tributária de 3%, que é a carga determinada pela Lei 13.453/99 nas vendas internas e interestaduais em Goiás, e o era na época da prática de tais operações". Solicitou ainda, que "sendo o caso, que se permita à Recorrida apropriar-se dos créditos escriturais da origem da carne".

É o relatório.

DECISÃO

Apreciando a preliminar de mérito referente à decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário, quanto aos fatos geradores ocorridos em data anterior a 01 de dezembro de 2002, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, arguida pela autuada, não vejo como acolhê-la, já que entendo que a data do fato gerador constitui termo inicial impróprio, bem como materialmente incompatível e imprestável para o prazo decadencial do direito de lançar de ofício em tributo sujeito a lançamento por homologação, visto que nessa espécie de tributo inexistente, na data do fato gerador, a possibilidade jurídica do exercício desse direito do Fisco, por ainda não ter ocorrido vencimento e, muito menos, descumprimento de obrigação principal, salvo na excepcional hipótese de previsão legal de vencimento antecipado.

Não vislumbro, nos tributos lançáveis por homologação, outra função para o lançamento de ofício que não seja o resgate reparatório e sancionante de inexatidão ou omissão praticada pelo sujeito passivo na atividade declaratória e de pagamento do tributo que a lei lhe obriga a exercer.

E não é outra a direção seguida pelo inciso V do Art. 149, que o CTN conecta expressa e diretamente o seu art. 150 em questão. Veja-se:

"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. [...]”[Grifo Oportuno]

Ora, a data do fato gerador é apenas o marco inicial de um período em que é materialmente possível a previsão legal e a prática da atividade de declaração em livros fiscais desse mesmo fato e da conseqüente apuração e pagamento do tributo eventualmente devido. Ao final desse período - somente - é que é possível de se exercer o direito de fiscalizar e de lançar de ofício e, obviamente, se fixar prazo para esse exercício.

Como a atividade de cobrança de tributo constitui-se de atos administrativos vinculados (art. 3º do CTN), a legislação tributária regula a atividade antecipatória do contribuinte a ser homologada pelo Fisco, instituindo prazos específicos e sucessivos para as obrigações acessórias de escriturar livros e apurar o tributo e para a obrigação principal de pagá-lo.

No tributo em discussão, o ICMS, tais prazos, desde o fato gerador até a data prevista para o pagamento, costumam formar um período de 01 (um) decêndio a 01 (um) mês e alguns dias, excetuados prazos maiores instituídos a título de benefício fiscal. É a chamada apuração periódica, que é o carro-chefe do sistema de compensação desse tributo.

A rigor, na realidade dos tributos lançáveis por homologação, não existe na data do fato gerador a possibilidade de o Fisco tomar conhecimento da atividade antecipatória do contribuinte e homologá-la expressamente efetuando o chamado lançamento por homologação. Isto porque, toda essa atividade simplesmente ainda não se iniciou, por ter sua prática normativamente prevista em prazos específicos que se iniciam, na quase totalidade das situações tributárias, após a datada do fato gerador e por não ser possível materialmente a sua execução em um único dia, certamente durante o horário normal de funcionamento da atividade mercantil e da Administração Tributária.

Somente ao final do período normativamente previsto para o contribuinte exercer atividade que trata o caput do art. 150 do CTN, no mínimo, é que o Fisco, em sã consciência e com amparo jurídico, poderá sair a campo para conferir a dita atividade e homologá-la ou não, procedendo, no segundo caso, nos termos do art. 149, V do mesmo código, ao lançamento de ofício em relação às inexistências e omissões que constatar.

Se a conferência fiscal sobredita ocorrer no mesmo ano em que o contribuinte completar a atividade a ser homologada, assim já a conhecendo o Fisco, o prazo decadencial começa a contar a partir da data da notificação de medida preparatória dessa conferência, como dispõe o parágrafo único do art. 173 do CTN:

“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:

[...]

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. [...] [Grifo Oportuno]

Se o Fisco ficar inerte durante o resto do ano em que se completar a atividade antecipatória do contribuinte, dela não tomando conhecimento, o prazo decadencial será contado a partir do primeiro dia do ano seguinte, no termos do 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; [...]” [Grifo Oportuno]

Observe-se que nessas duas formas de contagem do prazo decadencial, as do inciso I e do parágrafo único do art. 173 do CTN, existe clara possibilidade material e jurídica do Fisco exercer o direito potestativo de constituir o crédito tributário mediante lançamento de ofício, nos termos do inciso V do art. 149 do mesmo código, visando resgatar a regularidade tributária ofendida por inexactidões e omissões praticadas pelo contribuinte na atividade de que trata o art. 150 também do CTN, atividade essa já ocorrida, obviamente.

Afirmar que o CTN, de modo implícito, excepcional e em capítulo e dispositivos estranhos à matéria, fixa a data do fato gerador como início do prazo decadencial para o lançamento de ofício sobre omissão ou inexactidão praticada na atividade mencionada em seu art. 150, é o mesmo que dizer que esse código estranhamente estabeleceu que o Fisco já poderia lançar de ofício sobre irregularidade em atividade provável, futura e, enfim, não ocorrida.

Não fosse a aqui demonstrada imprestabilidade da data do fato gerador como marco inicial do prazo decadencial do direito do Fisco efetuar lançamento de ofício, o próprio CTN traz disposições expressas indicando que o prazo fixado pelo §° 4° de seu art. 150 não é prazo decadencial do direito de lançar de ofício, mas

um prazo para Fisco efetuar o lançamento por homologação expressa, sob pena de, não o fazendo, ver a lacuna resultante ser suprida, por força de lei, pelo chamado lançamento por homologação tácita e pela consequente extinção do crédito tributário respectivo.

A rigor, o art. 150 do CTN prevê que, passados 5 (cinco) anos da data do fato gerador, o lançamento por homologação expressa não efetuado pelo Fisco dará lugar, por efeito legal, obrigatória e automaticamente, ao lançamento por homologação tácita.

O art. 150 do CTN trata dos modos como ocorrem duas modalidades de lançamento por homologação: expresso ou tácito - o artigo somente cuida disso - prevendo que na ausência do primeiro lançamento o segundo o suprirá, por força de lei.

Assim, a materialização das hipóteses previstas no §§ 1º e 4º do art. 150 do CTN implica - sempre - ocorrência de lançamento por homologação, seja essa homologação expressa ou tácita.

Essa materialização também implica - sempre - extinção do crédito tributário, seja decorrente do pagamento antecipado seguido homologação expressa, seja resultante da homologação tácita do lançamento.

Como o lançamento por homologação tácita supre automaticamente a falta do lançamento por homologação expressa, inclusive em sua capacidade de extinguir o crédito tributário, concretizada essa segunda hipótese não há crédito tributário a constituir, simplesmente porque o lançamento já se deu, por força de lei, e o crédito assim lançado considerado extinto.

E, existindo lançamento, ainda que por homologação, fecha-se o espaço lógico para a discussão sobre a ocorrência ou não de decadência do direito do Fisco lançar, pois a decadência exige, obviamente, inexistência de lançamento para ocorrer.

Não se pode lançar de ofício (art. 149, V, CTN) ou extinguir por decadência (art. 173, I e parágrafo único e art. 156, V, CTN) o crédito tributário que já foi lançado por homologação tácita (art. 150, § 4º, CTN) e extinto em face desse lançamento (art. 156, VII, CTN). Isso seria uma dupla repetição.

Confirme-se, agora pelo texto dos §§ 1º e 4º do art. 150 do CTN e dos incisos V e VII do art. 156 do mesmo código, o que acima foi exposto:

“Art. 150. [...]

[...]

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

[...]

§ 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.

[...]

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 §§ 1º e 4º; [...] [Grifo Oportuno]

Observe-se, nos dispositivos acima, que o inciso VII do art. 156 nada mais faz que confirmar as duas hipóteses de extinção do crédito tributário já anunciadas pelos §§ 1º e 4º do art. 150.

Como evidência final de que o tão debatido § 4º do art. 150 do CTN não veicula disposição sobre prazo decadencial do direito de lançar de ofício, veja-se, na transcrição acima dos incisos V e VII do seu art. 156, que tal dispositivo, vinculado também ao art. 173, qualifica claramente a extinção por decadência como hipótese diversa das extinções por pagamento antecipado e por homologação de lançamento, previstas no §§ 1º e 4º do art. 150.

Nessa linha, destaque-se Mary Elbe Queiroz:

“Lançamento por homologação e decadência

[...]

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. [...] 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).”

Há que ser examinada, ainda, a questão relativa ao que é homologado tacitamente, bem como ao que é lançado e extinto pela via apresentada pelo § 4º

do art. 150 do CTN. Sobre esse ponto, entendo que a homologação tácita tem o mesmo objeto da homologação expressa, ou seja, o pagamento antecipado que extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento, como aponta o caput e o § 1º do mesmo artigo.

Desse modo, não são homologáveis, expressa ou tacitamente, as omissões e inexecuções praticadas pelo contribuinte que impliquem não antecipação de pagamento, pois essas situações devem ser objeto de lançamento de ofício que, nos termos do art. 149, V do CTN, será efetuado “quando se comprove omissão ou inexecução, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte”. Esse artigo seguinte - é bom frisar - é exatamente o tão discutido art. 150 do CTN. A referência é textual e específica.

Não fosse o quadro normativo acima descrito, oposto à possibilidade de decadência do direito de lançar de ofício com fulcro no artigo 150, § 4º, do CTN, como pleiteia a autuada, há julgado do STJ onde essa Corte, decidindo quanto ao ICMS, entendeu que ocorrendo pagamento em desconformidade com legislação tributária, como caso em tela, o Fisco deve lançar de ofício nos moldes do art. 149 do CTN, contando-se o prazo decadencial nos termos do art. 173, I, dando amparo ao modo como aqui estou a entender e decidir:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. PAGAMENTO A MENOR. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

DECADÊNCIA. ART. 173, I, DO CTN. TAXA SELIC.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando ocorre o recolhimento em desconformidade com a legislação aplicável, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN).

2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário, ainda que a inscrição em dívida ativa se dê fora desse prazo.

[...]

5. Recurso especial não provido.

(REsp 973.189/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 19/09/2007 p. 262) “[Grifo Oportuno]

Note-se que, recentemente, em 12 de abril de 2012, o entendimento de que “nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando ocorre o recolhimento em desconformidade com a legislação aplicável” deve aplicar o art.

173-I do CTN, foi confirmado pelo STJ no AgRg no AREsp 76.977/RS, de cujo acórdão transcrevo a ementa:

“APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, donde se deduz a não ocorrência, in casu, da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.

2. "Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando ocorre o recolhimento em desconformidade com a legislação aplicável, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art.149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN)." (REsp 973189/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 19/09/2007, p. 262).

Aggravamento regimental improvido.

(AgRg no AREsp 76.977/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012) [Grifo Oportuno]

Em ambos os julgados acima referenciados, houve pagamento e ele foi parcial, já que em desconformidade com legislação aplicável, pois se não o fosse, seria pagamento total e não haveria razão para lançamento de ofício.

Pelo exposto, voto afastando a decadência parcial do crédito tributária acolhida pela câmara julgadora, devendo os autos retornar o processo retornar a julgamento cameral para apreciação de toda a matéria.

Sala das sessões plenárias, em 26 de junho de 2012.

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS

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

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - Aquisição de mercadoria destinada ao ativo imobilizado (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01653/12

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - NULIDADES - Preliminar de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração. Rejeitada por unanimidade.

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 nº 16.469/09).

II - SOLIDARIEDADE. Preliminar de reinclusão do responsável solidário na lide. Acolhida. 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, intervierem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, do CTE).

III - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento do diferencial de alíquotas. Bens destinados ao ativo imobilizado. Procedência. Decisão não unânime.

1. O imposto incide sobre a entrada, no território goiano, de mercadoria oriunda de outro Estado, adquirida por contribuinte e destinada ao seu uso, consumo final ou à integração ao seu ativo imobilizado (artigo 11, § 1º, inciso II, do CTE);

2. Ocorre o fato gerador de ICMS no momento da entrada, no território goiano, de bem oriundo de outro Estado, adquirido por contribuinte do imposto e destinado ao uso, consumo final ou à integração ao seu ativo imobilizado (artigo 13, III, da Lei nº 11.651/91-CTE);

3. A alíquota do imposto é a equivalente à diferença entre a alíquota interna utilizada neste Estado e a interestadual aplicável no Estado de origem, relativamente à entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outro Estado destinados a uso, consumo final ou a integração ao ativo imobilizado (artigo 27, inciso V, do CTE).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de julho de 2012, 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 Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, José Paixão de Oliveira Gomes, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho e Carlos Andrade Silveira.

Por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reincluir na lide o solidário. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Victor Augusto de Faria Morato, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes, Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz, Delcides de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia e Carlos Andrade Silveira. Quanto ao mérito, 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, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcides de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes, Aldeci de Souza Flor e Manoel Antônio Costa Filho. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia e Carlos Andrade Silveira, 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, depreende-se que o sujeito passivo foi autuado pelo Fisco goiano em 15 de maio de 2006, por ter omitido o pagamento do ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas, bem como ter deixado de registrar no livro próprio as Notas Fiscais nºs 1009, 1010 e 128012, de aquisição de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, conforme demonstrativo e documentos anexos.

Em decorrência fica sujeito ao pagamento do imposto na importância original de R\$ 27.830,00 (vinte e sete mil e oitocentos e trinta reais), acrescido das cominações legais.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seus artigos 63, § 2º; e 64 c/c art. 308, § 1º, inciso I, do Decreto nº 4.852/97. A penalidade proposta consta no artigo 71, inciso VII, alínea "c", combinado com § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/1991, com redação da Lei nº 13.446/1999.

Foi nomeado como responsável solidário [...], na condição de administrador, fl. 03.

Os autos foram instruídos com cópia de Alteração Contratual, Ordem de Serviço, Demonstrativo de Notas Fiscais de Aquisição de Bens para Ativo Imobilizado, Consulta Sistema DETRAN - GO, cópias de Notas Fiscais, cópia do Livro Registro de Entradas, cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS, e Consulta Cadastral, documentos de fls. 04/32.

A atuada e o responsável solidário foram intimados da autuação, fls. 33/38, e não se manifestaram em Primeira Instância, oportunizando a lavratura dos Termos de Revelia de fls. 39/40.

Intimou-os, novamente, conforme fls. 42/47.

O solidário manteve-se inerte em Segunda Instância. Lavrou-se o Termo de Perempção de fls. 48.

A atuada apresenta Impugnação, fls. 50/57, onde alega, em preliminares, nulidade do processo por cerceamento ao direito de defesa devido a erro na intimação em Primeira Instância, e por insegurança na determinação da infração, uma vez que a simples entrada do bem no Estado não é fato gerador do tributo.

No mérito, afirma que é mera proprietária de veículos e carretas, não devendo incidir nenhum diferencial de alíquota. Que as mercadorias - caminhão e carretas - são destinadas ao ativo fixo da empresa, sendo indispensáveis à sua atividade. E, que a cobrança de diferencial de alíquota no presente caso fere o princípio da não cumulatividade dos tributos

Ao final, requer seja declarada a nulidade ou a improcedência do auto de infração.

A Primeira Câmara Julgadora decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por cerceamento ao direito de defesa. Por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão da lide do sócio solidário. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração.

A decisão encontra-se consolidada no Acórdão nº 2.075/2007, fls. 63/66.

Inconformada, a atuada apresenta Recurso ao Conselho Pleno, fls. 69/75, no qual, em preliminar, reitera pedido de nulidade por insegurança na determinação da infração, uma vez que a simples entrada do bem no Estado não é fato gerador do tributo.

No mérito, aduz que é mera proprietária de veículos e carretas, não devendo incidir nenhum diferencial de alíquota, haja vista que as mercadorias - caminhão e carretas - são destinadas ao ativo fixo da empresa, sendo indispensáveis à atividade da atuada. Contesta a aplicação da multa, por considerá-la confiscatória.

Ao final, requer a nulidade do auto de infração, ou que seja declarada a sua improcedência.

O Conselho Pleno decidiu, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de nulidade parcial do processo, por cerceamento ao direito de defesa, arguida pelo Conselheiro Relator, devendo os autos retornarem à Gerência de Preparo

Processual - GEPRE para que se intime a Representação Fazendária da decisão cameral.

A Representação Fazendária apresenta razões de sua inconformidade com a decisão cameral, fls. 84/87, momento que requer a reinclusão do sujeito solidário na lide, uma vez que o mesmo é o único sócio representante da sociedade ativa e passivamente, judicial e extra judicialmente, nos termos do Contrato Social.

Destaca ser de conhecimento comum que as decisões da empresa se personificam na pessoa do administrador. Assevera, ainda, que havendo necessidade de redirecionamento da ação executiva por ausência ou insuficiência de bens da pessoa jurídica, a presunção da liquidez e certeza de que goza a Certidão de Dívida Ativa, englobará o nome de todos quantos nela constarem.

Intimado para contraditar o Recurso da Fazenda Pública, o responsável solidário não se manifesta.

Este é o relatório

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

NULIDADES

Relativamente à preliminar de nulidade do lançamento, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, hei por bem em rejeitar.

O argumento apresentado, qual seja, o de que a simples entrada do bem no Estado não é fato gerador do tributo, não se qualifica como suficiente para a nulidade suscitada. Vê-se, outrossim, que o argumento em questão vincula-se ao mérito, o que será tratado oportunamente.

REINCLUSÃO DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO

Quanto ao pedido da Representação Fazendária, de reinclusão na lide do responsável solidário – [...], hei por bem, acompanhado pela maioria dos meus pares neste Conselho Pleno, em acolhê-lo.

A cláusula 5ª, da Alteração Contratual de fls. 07, indica que o Senhor [...], representa a sociedade ativa e passivamente, judicial e extra judicialmente.

Portanto, 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, com redação à época do fato gerador, 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:

NOTA: Redação com vigência de 01.01.97 a 30.04.08

[...]

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).

Com as razões acima delineadas, entendo que assiste razão à Representação Fazendária, motivo pelo qual o responsável solidário deve ser reincluído na lide.

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 – Diferencial de Alíquotas, incidente nas operações de aquisição das mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento autuado.

Concluo pelo não acolhimento das razões ofertadas pelo recorrente, pois, verificando o trabalho realizado, observo que a autoridade autuante procedeu aos cálculos corretamente, mencionando e historiando os dispositivos legais que regem a cobrança do diferencial de alíquotas para a atividade desenvolvida pelo autuado,

Mister observar que o diferencial de alíquotas sobre os bens do ativo imobilizado e mercadorias com destino ao uso e consumo, foi criado pelo Poder Constituinte Originário com o intuito de equalizar a distribuição da receita tributária entre os Estados da Federação, beneficiando, assim, os Estados mais carentes de recursos, que são, via de regra, os consumidores das mercadorias produzidas nas unidades da Federação economicamente mais ricas.

A exigência de complementação do imposto ao nível da alíquota interna está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 155, § 2.º, incisos VII e VIII.

A legislação tributária estadual dispõe no artigo 13, inciso III; no artigo 14, inciso II; e no artigo 27, inciso V, da Lei nº 11.651/91, que:

“Art. 13. Ocorre o fato gerador do ICMS, no momento:

[...]

III – da entrada, no território goiano, de mercadoria ou bem oriundos de outro Estado, adquiridos por contribuinte do imposto, destinados ao seu uso, consumo final ou à integração ao seu ativo imobilizado;”

“Art. 14. Considera-se, também, ocorrido o fato gerador do imposto, no momento:

[...]

II – do uso, consumo ou integração ao ativo imobilizado, relativamente à mercadoria produzida pelo próprio estabelecimento ou adquirida para comercialização ou industrialização.”

“Art. 27. As alíquotas do imposto são:

[...]

V – equivalente à diferença entre a alíquota interna utilizada neste Estado e a interestadual aplicável no Estado de origem, relativamente à:

a) entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outro Estado destinados a uso, consumo final ou a integração ao ativo imobilizado;”

No processo cuida-se, portanto, da cobrança do ICMS diferencial de alíquotas relativo à aquisição interestadual de mercadorias para incorporação ao ativo imobilizado da recorrente, cuja a descaracterização da infração não logrou êxito.

Entendo que as alegações do sujeito passivo não satisfazem, convictamente, qualquer juízo de sua admissibilidade. As operações que instruem a peça básica desta contenda consistem em operações de vendas que se sujeitam, consequentemente, aos ditames da legislação tributária, onde está definido que a aquisição de bens para o ativo imobilizado da empresa torna devido o imposto correspondente ao diferencial de alíquotas definido em linhas volvidas.

Conclui-se, portanto, que a infração está devidamente provada nos autos, sendo os bens adquiridos ativo fixo típico da atividade da empresa autuada, acusação fiscal esta a qual o autuado não apresenta qualquer elemento capaz de ilidir a sua formalização.

A exigência fiscal em apreciação foi formulada ao abrigo das disposições legais acima transcritas.

Assim, tendo tido o autuado ampla oportunidade de contraditar o trabalho do Fisco na forma geralmente aceita por este Conselho e tendo sido utilizada essa oportunidade, permanece intacto o procedimento fiscal, razão por que deve ser mantido nos termos decididos pelo Conselho Cameral.

Em face do exposto, em consenso unânime com meus pares, voto, rejeitando a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração.

Acolho, outrossim, de forma majoritária, o pedido da Representação Fazendária para que o responsável solidário, [...], seja reincluído na lide.

Quanto ao mérito, em respeito ao preconizado pela legislação tributária, voto, em sintonia com a maioria dos meus pares, para conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 31 de julho de 2012.

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

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00227/12

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: PROCESSUAL. Preliminar. Reinserção dos sócios-administradores na lide como solidários. Acolhida. Decisão não unânime.

Os sócios que comprovadamente exerciam função de administradores da empresa autuada à época da ocorrência dos fatos respondem solidariamente com esta pelo pagamento do crédito tributário (Lei n. 11.651/91, art. 45, XII).

ICMS. Obrigação Principal. Omissão de recolhimento de ICMS relativo ao diferencial de alíquota. Procedência parcial. Decisão unânime.

1. O ICMS relativo ao diferencial de alíquota incide sobre a entrada, no território goiano, de mercadoria oriunda de outro Estado, adquirida por contribuinte e destinada à integração ao uso e consumo do estabelecimento, devendo ser calculado pela aplicação, sobre o valor das mercadorias, do valor da diferença entre à alíquota interna utilizada neste Estado e a interestadual aplicável no Estado de origem (Lei nº 11.651/91, art. 11, § 1º, II e art. 27, § 1º, V);

2. É lícito ao fisco promover ao lançamento do crédito tributário relativo ao valor do ICMS diferencial de alíquota não registrado e apurado em livro próprio e, conseqüentemente, não recolhido aos cofres públicos;

3. Reformado o acórdão cameral para considerar parcialmente procedente o lançamento.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 15 de dezembro de 2011, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reincluir os

solidários [...] e [...] na lide. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, Célia Reis Di Rezende, Elias Alves dos Santos, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva, Washington Luis Freire de Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia e Paulo Diniz. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração, cujo ICMS a recolher é de R\$ 2.818,00 (dois mil, oitocentos e dezoito reais). Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Célia Reis Di Rezende, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, José Pereira D'abadia, Washington Luis Freire de Oliveira e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco é no sentido de que a empresa deixou de debitar no livro Registro de Apuração do ICMS o valor correspondente ao diferencial de alíquotas, incidente na operação de aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, nos valores e períodos indicados nos campos próprio do auto de infração, devendo, em consequência, pagar o valor do imposto omitido com os devidos acréscimos legais.

Foram indicados como infringidos o artigo 63, inciso VI da Lei nº 11.651/91, c/c art. 76, inciso II, alínea “a”, do Decreto nº 4.852/97 e art. 2º, da Instrução Normativa nº 155/94-GSF e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 11.651/91.

Foram indicados como solidários nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei n. 11.651/91 os sócios-administradores [...] e [...].

O lançamento foi instruído com os seguintes documentos:

- 1 – Demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS;
- 2 - Cópias do livro Registro de Entrada de Mercadorias e Apuração do ICMS ;
- 3 – Cópias das notas fiscais de aquisição das mercadorias destinadas ao uso/consumo.

Por meio da Sentença n. 6.691/07, de fls. 145 a 147 o julgador singular rejeitou a preliminar de cerceamento do direito de defesa e considerou procedente o lançamento.

Em sessão realizada no dia 15 de agosto de 2008 a Segunda Câmara Julgadora, por unanimidade de votos, acolheu a preliminar de nulidade parcial do processo a partir das fls. 122, por cerceamento do direito de defesa.

Corrigidas as falhas apontadas no acórdão cameral o julgador singular prolatou a Sentença n. 3.987/10, de fls. 233 a 235, confirmando a decisão anteriormente prolatada.

Inconformados os sujeitos passivos interpuseram o recuso voluntário de fls. 247 a 252, pedindo a reforma da decisão singular para julgar parcialmente procedente o lançamento no valor de R\$ 27,55 (vinte e sete reais e cinquenta e cinco centavos).

Em sessão realizada no dia 1º de abril de 2001 a Terceira Câmara Julgadora, por unanimidade de votos rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa e por maioria de votos acolheu a preliminar de exclusão dos solidários da lide. Quanto ao mérito, por maioria de votos reformou parcialmente a decisão singular para considerar procedente o lançamento na importância de R\$ 9.718,00 (nove mil, setecentos e dezoito reais).

Inconformada a Representação Fazendária interpôs recurso ao Conselho Pleno, pedindo a reinclusão dos solidários na lide nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei n. 11.651/91 e da jurisprudência do STJ que menciona.

Os sujeitos passivos interpuseram o recurso ao Conselho Pleno pedindo a parcial procedência do lançamento na importância de R\$ 2.818,00 (dois mil, oitocentos e dezoito reais) em razão da exclusão do ICMS diferencial de alíquota relativo a Nota Fiscal n. 2129 que entende ser relativa a material de embalagem.

Ao final, pedem a manutenção do acórdão cameral quanto a exclusão dos solidários.

É o relatório.

DECISÃO

DA PRELIMINAR DE REINCLUSÃO DOS SOLIDÁRIOS NA LIDE:

A Cláusula Sétima do Contrato Social de fls. 06 a 09 afirma o seguinte:

“A sociedade será gerida e administrada pelos sócios [...] e [...], já qualificados no preâmbulo deste instrumento, sendo-lhes atribuídos todos os poderes de administração e representação da sociedade, em conjunto ou isoladamente sendo que responderão solidariamente pelos atos praticados individualmente por cada sócio em nome da sociedade. É vedado àqueles sócios-gerentes o uso da denominação social, na prática de atos a este não inerente, serão os mesmos responsabilizados nos termos da lei civil. Poderão assinar em conjunto ou em separados.”

Assim, entendo que a indicação dos mesmos como solidários atende ao disposto no art. 45, inciso XII, da Lei n. 11.651/91 que assevera 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:

[...]

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;”

Com essas considerações, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reinserir na lide como solidários os sócios-administradores [...] e [...].

DO MÉRITO

A discordância dos sujeitos passivos em relação a decisão cameral recorrida é apenas em relação ao ICMS diferencial de alíquota no valor de R\$ 6.900,00 (seis mil e novecentos reais) relativo as mercadorias (Lonas Adit. “Touca”), constantes da Nota Fiscal n. 2129, de fls. 279 que entendem não ser material de uso e consumo do estabelecimento, mas sim, material de embalagens.

Os folders, de fls. 282 e 283 indicam a lona plástica constante da nota fiscal em questão constitui uma espécie de touca utilizada para a cobertura do algodão prensado em enfardado depositado no solo da própria lavoura até que seja transportado para a unidade de beneficiamento.

Assim, entendo que após o transporte do algodão para a unidade de beneficiamento as “toucas” utilizadas para sua proteção são guardadas para utilização na(s) safra(s) seguinte(s), devendo, portanto, ser classificadas como bens do ativo imobilizado e não como material de embalagens como afirma os sujeitos passivos.

Com essas considerações, entendo que razão assiste aos sujeitos passivos quando pleiteiam a exclusão do valor do ICMS diferencial de alíquota relativo as referidas toucas, tendo em vista que, apesar de não constituir material de embalagens, constituem bens do ativo imobilizado, alcançados pela isenção do ICMS diferencial de alíquota nos termos do art. 6º, inciso XCII, do Anexo IX, do Decreto n. 4.852/97.

À conta do exposto, conheço de ambos os recursos, dou-lhes provimento para reformar o acórdão cameral e reinserir na lide como solidários os sócios-administradores [...] e [...] e considerar parcialmente procedente o lançamento na importância de R\$ 2.818,00 (dois mil, oitocentos e dezoito reais).

Sala das sessões plenárias, em 02 de fevereiro de 2012.

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

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo ou ativo imobilizado (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00347/12

Relator: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: Recurso do polo passivo para o Conselho Pleno. Admitido. Decisão unânime.

Deve ser admitido o recurso do sujeito passivo para o Conselho Pleno, quando a peça recursal estiver em consonância com o lecionado pelo art. 41, inciso II, da Lei 16.469/09.

ICMS. Diferencial de alíquota. Retenção a menor do ICMS. Procedente em parte. Decisão unânime.

Quando a instrução processual indicar que o polo passivo atendeu parcialmente a exigência vestibular, o auto de infração deve ser considerando procedente em parte.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 08 de dezembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, admitir o recurso para o Conselho Pleno por estar a peça recursal em consonância com o art. 41, inciso II, da Lei 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Washington Luis Freire de Oliveira, José Pereira D'abadia, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva e Aldeci de Souza Flor. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente em parte o auto de infração, cujo ICMS a recolher é de R\$ 33.681,12 (trinta e três mil, seiscentos e oitenta e um reais e doze centavos), considerando pagamento de fls. 821 para fins de extinção do crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Washington Luis Freire de Oliveira, José Pereira D'abadia, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A constituição do presente crédito tributário deve-se ao fato do polo passivo, em epígrafe, ter adquirido em operações interestaduais mercadorias

constantes dos documentos fiscais anexados aos autos e que foram destinadas a uso/consumo ou integração ao ativo imobilizado do estabelecimento, com retenção a menor do ICMS, diferencial alíquota, comprovado por meio de planilhas que se encontram acostadas ao processo, com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva. Por consequência, deverá recolher o tributo na importância de R\$ 152.662,26 (cento e cinquenta e dois mil, seiscentos e sessenta e dois reais e vinte seis centavos).

A base legal do auto de infração encontra respaldo no CTE, em seu artigo 63, § 2º Lei nº 11.651/91, c/c artigo 76, II, "a" Decreto nº 4.852/97 e artigo 2º IN 155/94-GSF. A penalidade é a prevista no artigo 71, III, "a" Lei nº 11.651/91 / redação Lei nº 11.750/92.

Impugnando o lançamento o polo passivo comparece ao processo trazendo a alegação de que pagou parte dos valores que estão sendo reclamados, que alguns documentos são relativos a retorno, que existe duplicidade de lançamentos e que concorda com parte do valor e efetua o pagamento conforme DARE de fls. 821. Junta documentos e pede diligência.

Através do Despacho de número 751/09-JULP (fls.822/23), foi determinado pela julgadora singular a verificação de todos os itens que houve contestação.

A revisora informou às fls. 825/847, ser parcialmente procedente a defesa e apresenta novo valor do ICMS de R\$ 92.374,94 (noventa e dois mil, trezentos e setenta e quatro reais e noventa e quatro centavos). Anexa os demonstrativos relativos a diligência efetuada.

Em resposta ao trabalho diligencial a defesa contesta que não foi considerado o pagamento da nota fiscal 11600; que as notas fiscais 5826 e 30950 estão sendo cobradas em duplicidade; que o pagamento efetuado relativo a parte não litigiosa não foi considerado; anexa aos autos os comprovantes de devolução relativos as notas fiscais 241829 e 140050. Junta documentos e pede o acatamento. Protesta quanto ao valor de R\$ 92.374,94 (noventa e dois mil, trezentos e setenta e quatro reais e noventa e quatro centavos), obtido após o levantamento da revisão da auditoria referente à diferença de ICMS – DIFAL - a ser recolhido pelas aquisições de mercadorias em operações interestaduais; argumenta que a ilustre Agente Fiscalizadora não considerou em sua Revisão de Auditoria apresentada no relatório diligencial as seguintes informações: o pagamento em 17/06/2005, do diferencial de alíquota da nota fiscal 11600, no valor de R\$ 58.312,07; que na relação apresentada pela fiscalização, ainda existe duplicidade de notas fiscais, nºs 5.826 de 22/04/04 e 30.950 de 22/04/04; a importância de R\$ 22.566,12, recolhidos como parte não litigiosa na data da contestação do recurso voluntário apresentado em primeira instância, em 30/04/2009, conforme DARE 114-0-0-000-9124-00065-1, anexo 1; na nota explicativa item 3 que trata da exclusão de valores em operações não sujeitas ao recolhimento do diferencial de alíquotas, apesar de constar na Nota Fiscal nº 511.970 de 29/10/04 ainda continua na relação apresentada pela fiscal; em nota explicativa item 6, caso prospere a decisão da fiscal, entende que está havendo bi-

tributação, pois o Estado de Goiás, já recebeu a diferença do ICMS da Nota Fiscal nº 11908; e na nota explicativa, item 10 a fiscal menciona que não foram apresentados comprovantes da devolução parcial, referente às notas fiscais 241.829 de 08/09/04 e 140.050 de 13/09/04, fls. 855/890.

O julgador monocrático, julga procedente em parte o auto de infração, no valor original de ICMS de R\$ 91.993,19 (noventa e um mil, novecentos e noventa e três reais e dezenove centavos) e considera para fins de extinção do crédito tributário o valor pago cujo comprovante encontra-se às fls. 821, face à sentença nº 668/2010-JULP às fls. 892/894.

Inconformado, o sujeito passivo devidamente representado, comparece ao feito em grau de recurso voluntário às fls. 900/903, preliminarmente protesta, quanto ao valor de R\$ 69.077,68 (sessenta e nove mil, setenta e sete reais e sessenta e oito centavos), obtido após o relatório da sentença referente à diferença de ICMS - DIFAL a ser recolhido pelas aquisições de mercadorias em operações interestaduais. No mérito, infere que o julgador monocrático não atentou plenamente para as alegações da defesa. Requer a revisão no Relatório de Sentença nº 668/2010, expurgando de sua constituição os elementos que, conforme comprovado, não configuram o inadimplemento de suas obrigações tributárias, em consonância com as evidências apontadas. Junta documentação de fls. 904/926.

A Terceira Câmara deste Conselho, em sessão realizada no dia 02 de maio de 2011, decide, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que julgou parcialmente procedente o auto de infração no valor de R\$ de ICMS a recolher de R\$ 91.993,19 (noventa e um mil, novecentos e noventa e três reais e dezenove centavos), considerando para efeito de extinção do crédito tributário o pagamento contido às fls. 821, consoante a Decisão Cameral nº 926/2011 às fls. 932/934.

Às fls. 939/941, a recorrente apresenta recurso ao Conselho Pleno protestando quanto ao valor de R\$ 69.068,48 (sessenta e nove mil, sessenta e oito reais e quarenta e oito centavos), obtido após o relatório da sentença referente à diferença de ICMS - DIFAL a ser recolhido pelas aquisições de mercadorias em operações interestaduais. Quanto ao mérito, discorda do ilustre fiscal acerca do valor a ser recolhido, pois, nele está incluso o montante relativo à Nota Fiscal 11.600, o qual já foi recolhido na inscrição estadual 10.108.683-0, ora unificada na inscrição estadual única 10.018.435-9, tudo conforme documento devidamente anexado no processo às fls. 879.

É o relatório.

DECISÃO

Em proêmio, admito o recurso para o Conselho Pleno, posto que a defesa demonstrou cabalmente que houve erro manifesto no respeitável Acórdão nº 926/11 – III CJUL, quando da análise do pagamento de R\$ 58.312,07 (cinquenta e oito mil, trezentos e doze reais e sete centavos), conforme demonstra o

documento, DARE, de fl. 879. Assim, de conformidade com a orientação do inciso II, letra “b” 2 do artigo 41 da Lei nº 16.469/09, que segue transcrito, acolhido está o presente recurso.

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

[...]

II – unânime.”

[...]

b) inequivocamente contrária a:

[...]

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

Com a questão primeira solucionada, volvo-me à razão de direito desta lide, para dizer que ao analisar as peças constitutivas deste volume, observei que o Resumo do Levantamento do ICMS Diferencial de Alíquotas da Auditoria de Revisão deste feito, acostado à fl. 827, traz no quadro 1, item 7 que o valor recolhido pelo contribuinte relativo a setembro de 2004 foi na ordem de R\$ 20.276,96 (vinte mil, duzentos e setenta e seis reais e noventa e seis centavos), conforme registrado à fl. 843, restando uma diferença de R\$ 58.667,57 (cinquenta e oito mil, seiscentos e sessenta e sete reais e cinquenta e sete centavos), de conformidade com fl. 838, a ser considerado o valor de R\$ 78.944,53. Ocorre que a autoridade fiscal revisora, em seu levantamento, de fl. 842, com referência ao citado mês de setembro de 2004, não considerou o pagamento feito e apresentado à fl. 879 e que se equivale ao pagamento de ICMS, diferencial de alíquota, pertinente à Nota Fiscal nº 11.600.

Assim sendo, o auto de infração, em debate, deve ser considerado parcialmente procedente, pois, é necessário excluir o recolhimento realizado, restando o “quantum” de R\$ 33.681,12 (trinta e três mil, seiscentos e oitenta e um reais e doze centavos), que deverá ser pago a título de ICMS. Entretanto, deve ser observado o pagamento de fl. 821 para fins de extinção do crédito tributário.

Assim voto admitindo o recurso para o Conselho Pleno por estar a peça recursal em consonância com o art. 41, inciso II, da Lei 16.469/09. Quanto ao mérito, também em votação unânime, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, dou-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente em parte o auto de infração, cujo ICMS a recolher é de R\$ 33.681,12 (trinta e três mil, seiscentos e oitenta e um reais e doze centavos), considerando o pagamento de fls. 821 para fins de extinção do crédito tributário.

Sala das sessões plenárias, em 16 de fevereiro de 2012.

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

Matéria: EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - ECF - Carga tributária inferior à estabelecida para a mercadoria (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 02591/12

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: ICMS. ECF. Saída de mercadoria utilizando situação tributária diferente da prevista na legislação. Procedente em parte. Decisão unânime.

Deve ser considerado procedente, em parte, o auto de infração, quando o trabalho diligencial indicar que a exigência preambular é parcialmente procedente.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 28 de setembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou parcialmente procedente o crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Elias Alves dos Santos e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo, em epígrafe, realizou saídas de mercadorias, no período de 01/09/2007 a 31/12/2010, por meio de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, utilizando situação tributária diferente da prevista na legislação, correspondendo a uma tributação final inferior à estabelecida para a mercadoria, conforme planilhas "Divergências de Carga Tributária Informada e Calculada - Cupom Fiscal Resumido (tipo 60R)", anexas. De consequência, o Fisco exige o pagamento do ICMS na importância de R\$ 103.275,59 (cento e três mil, duzentos e setenta e cinco reais e cinquenta e nove centavos), mais acréscimos legais.

São dados como infringidos os artigos 11, "I"; 27 e 64, da Lei nº 11.651/91 (CTE) combinado com o artigo 13, Incisos XXII, "f" e XXX a XXXII; 179, § 3º do Anexo XI do Decreto nº 4.852/97 (RCTE). Proposta a penalidade prescrita no artigo 71, inciso III, alínea "a", da Lei nº 11.651/91 (CTE), com redação da Lei nº 11.750/1992.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Descritivo Complementar da Ocorrência (fl. 03), Anexo Estruturado (fls. 04 a 06), Consulta Detalhada do Contribuinte PJ (fls. 07 a 09), Recibo de entrega de Relatórios Digitais (fl. 10), Mídia Digital (fl. 11).

Impugnando o lançamento o polo passivo, fls. 19 a 39, alega que os produtos de informática estão sujeitos à alíquota de 7% (sete por cento) e não de

17 % (dezesete por cento); que o ICMS não incide sobre os valores que representam os encargos decorrentes das vendas financiadas com recursos próprios; que há equívoco da fiscalização em exigir imposto nas operações com vale – presente; que se cobrou indevidamente ICMS de produtos imunes de tributação, como livros e periódicos; que a multa proposta ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, apresentando caráter confiscatório. Propugna pela nulidade ou improcedência do feito ou que se reduza o valor do crédito tributário em razão dos erros apontados na impugnação.

Por meio do despacho n.º 535/11-JULP, de fls. 54, a julgadora singular encaminha o processo em diligência para a autoridade fiscal autuante, face às alegações do impugnante.

Em resposta, por meio de sua manifestação de fls. 56 a 59 e documentos anexos de fls. 60 a 73, a autoridade fiscal autuante aduz que em relação aos produtos de informática, procedeu-se à consideração da carga tributária de 7% (sete por cento), conforme tabela Anexo I; que os encargos financeiros decorrentes de financiamento feito pelo próprio contribuinte encontram-se sujeitos à incidência de ICMS, conforme artigos 21, inciso II, do CTE. Sustenta que a exigência de ICMS sobre os itens de vale - presente e de produtos imunes foi excluída do levantamento fiscal, de acordo com os Anexos II e III. Frisa que as mercadorias sujeitas à substituição tributária também foram excluídas do levantamento fiscal (Anexo IV). Afirma, ao final, que o valor da autuação passa a ser no montante de R\$ 85.362,42 (oitenta e cinco mil, trezentos e sessenta e dois reais e quarenta e dois centavos).

Intimados para manifestação face ao resultado da diligência (fls. 75/76), o sujeito passivo retorna ao feito, por meio de seu procurador legalmente constituído, fls. 78 a 96, reafirmando seu entendimento de que o ICMS não incide sobre os encargos financeiros decorrentes de financiamento feito pelo próprio contribuinte, conforme decisões do STF com trechos transcritos na peça de impugnação; que a penalidade aplicável à situação é a prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea "b", do CTE que melhor se adequa à infração cometida. Assevera novamente que a multa apresenta caráter confiscatório, requerendo que o feito seja cancelado ou que se reduza o valor do crédito tributário.

O julgador singular, por meio da Sentença n.º 596/2012-JULP, de fls. 98 a 101, julga procedente em parte o auto de infração, condenando o sujeito passivo ao pagamento do imposto na importância de R\$ 85.362,42 (oitenta e cinco mil, trezentos e sessenta e dois reais e quarenta e dois centavos).

Intimação do autuado quanto à decisão singular, por ciência direta, de fls. 103.

A Representação Fazendária manifesta sua concordância com a sentença monocrática às fls. 102.

O sujeito passivo, por meio de seu procurador legalmente constituído, ingressa com Recurso Voluntário à Segunda Instância de fls. 106 a 115,

asseverando, em síntese, que "... não há que se fazer incidir ICMS sobre operações nitidamente financeiras, uma vez que a gênese deste imposto restringe sua incidência às operações comerciais, conforme estampou de forma indelével a Constituição Federal de 1988". Conclui sustentando que " ao contrário do alegado pela fiscalização estadual, não houve recolhimento a menor do ICMS, por erro da indicação tributária da mercadoria, quando da realização das vendas através do ECF. O ICMS supostamente devido decorre, na verdade, da aplicação da alíquota sobre o valor correspondente a encargos financeiros, os quais não estão sujeitos à incidência do ICMS por representar meramente a recomposição do valor da moeda e não o valor da operação (preço da mercadoria)". Pugna pela impropriedade do feito ou a sua retificação, reduzindo-se o valor do crédito tributário.

Foram acostadas ao feito, juntamente com o recurso apresentado, os seguintes documentos: Cópia de relatório de Nota por Item (fls. 116 a 120).

Após a decisão da Primeira Câmara Julgadora, fl. 122, que julgou parcialmente procedente a vestibular, foi acostados ao processo, por meio do Termo de juntada de fl. 123 o documento de fl. 124/125, por solicitação do Representante Fazendário.

É o relatório.

DECISÃO

Conforme informado no relatório que é parte integrante deste “decisum” a exigência estampada na folha de rosto deste volume, diz respeito a omissão de recolhimento de imposto, decorrente de utilização pelo contribuinte de carga tributária menor do que a estabelecida na legislação tributária para os diversos produtos citados na planilha de Divergências de Carga Tributária Informada e Calculada – Cupom Fiscal Resumido (tipo 60R), que se encontra acostada ao processo com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva.

Ao compulsar as peças formalizadoras desta demanda observei a existência de trabalho diligencial, sempre merecedor de fé, onde a autoridade revisora, em conclusão, informa sobre a redução do valor original do ICMS para o montante de R\$ 85.362,42 (oitenta e cinco mil, trezentos e sessenta e dois reais e quarenta e dois centavos), tendo em vista que a carga tributária para produtos de informática é de 7% (sete por cento), enquanto que no levantamento consta a alíquota de 17% (dezesete por cento).

A assertiva firmada no parágrafo imediatamente volvido é em decorrência do fato de que os encargos financeiros são em consequência de financiamento, feito pelo próprio contribuinte, e que enseja o pagamento de ICMS, em face ao “quantum” explicitado no mencionado parágrafo anterior, conforme prescrevem os artigos 20, inciso II e 21, inciso II do CTE, que seguem transcritos:

“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. 21. Não integra a base de cálculo do imposto o montante do:

II - acréscimo financeiro pago às empresas financiadoras, na intermediação de vendas a prazo.”

Assim, voto conhecendo do recurso voluntário, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou parcialmente procedente o crédito tributário.

Sala das sessões, em 31 de outubro de 2012.

IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÕES DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS - ITCD

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÕES DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS - ITCD - Doação de quotas de capital social entre cônjuges (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02110/12

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ITCD. Doação de quotas de capital social efetivada entre os cônjuges, cuja união matrimonial se fez antes do início da atividade mercantil. Ausência de tributação. Improcedência do auto de infração. Decisão unânime.

A cessão de quotas de capital, cedida por um dos cônjuges, não altera o patrimônio do casal, cujo início da atividade mercantil se fez após o casamento. Portanto, na doação entre o casal não incide o tributo reclamado na peça basilar, fato que motiva a reforma da decisão singular e a declaração da improcedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de julho de 2012, 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 Nivaldo Carvelo Carvalho, Aldeci de Souza Flor e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

O auto de infração descreve a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária com a seguinte acusação:

O autuado recebeu em doação 1.725 (um mil, setecentos e vinte e cinco) quotas de capital social da empresa identificada no auto de infração e não efetuou o recolhimento do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD no valor devido de R\$ 77.921,19 (setenta e sete mil, novecentos e vinte e um reais e dezenove centavos), e, como donatário, não comprovou o recolhimento do referido imposto no prazo legal.

Para o fato gerador descrito na peça basilar, a fiscalização indicou a infração de acordo com os arts. 72, § 2º e 74, inciso III da Lei nº 11.651/91, como também, propôs a penalidade prescrita no art. 89, inciso II do CTE.

A instrução do trabalho fazendário se fez com a juntada dos seguintes documentos: Vigésima Quinta Alteração Contratual; Termo de Abertura e de Encerramento; Notificação fiscal para entrega de documentos; e pedido de solicitação de tramitação conjunta de processo, fls.04 a 31.

Depois da notificação de fls. 32 e 33, a autuada impugna o lançamento tributário, fls. 35 a 43, para alegar que atua na área de construção civil e em outros empreendimentos de diversos seguimentos da construção civil, tendo iniciado suas atividades em 01 de fevereiro de 1994; que a formação do contrato social da empresa se fez por meio de família, é gerida pelo casal, unidos pelos laços do casamento em comunhão parcial de bens desde a data de 10 de abril de 1991, que as quotas do capital da referida empresa, sempre integrado o patrimônio comum do casa, desde a data de sua instituição; que em meados de 2007, o casal houve por bem refazer o quadro social da empresa, para que fosse substituída a figura da sócia [...], pela de seu marido [...], engenheiro civil, podendo atuar como responsável técnico não empregado da empresa nas obras públicas e particulares que executar; que por motivos de mera adequação comercial, o quadro societário da empresa foi alterado, para constar formalmente, apenas a figura do defendente; que tal operação não constitui doação, uma vez que a integralidade das quotas em referência, integram o patrimônio comum do casal, compondo os bens de sua sociedade conjugal, não havendo, portanto, que se falar em incidência do ITCD; que, ainda que se considere doação, a base de cálculo da autuação está incorreta, visto que a valoração das cotas da empresa não possui o valor venal descrito no Balanço Patrimonial, uma vez que este é constituído em sua grande maioria, pelo valor nominal dos Títulos da Dívida Pública, consubstanciados por debêntures da Brazil Railway Company, empresa estatizada pelo governo de Getúlio Vargas, em 1.938, tendo os títulos passado a integrar o passivo público da União; que, embora o valor da face de tais títulos, atualizado monetariamente remonte a importância de R\$ 3.462.000,00 (três milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil reais), tal montante não pode ser considerado para o lançamento que se pretende; que o valor venal desses títulos é de R\$ 19.115,21 (dezenove mil, cento e quinze reais), conforme laudo de avaliação, os quais foram adquiridos ao preço de R\$ 9.000,00 (nove mil reais); diante dessas razões, requer o cancelamento da autuação, ou caso contrário, que seja considerado o valor venal dos títulos, em obediência ao art. 377, § 7º do Decreto nº 4.852/97 - RCTE; e efetua demonstração de apuração do resultado considerando o valor venal dos bens da empresa, fl.32, para chegar à conclusão de que o imposto devido deve ser reduzido para R\$ 20.133,28 (vinte mil,

cento e trinta e três reais e vinte e oito centavos). Requer a insubsistência do lançamento.

Os documentos pessoais do sócio admitido, fls. 45 a 47; o instrumento público de procuração, fls. 48 a 55; documentos diversos já juntados anteriormente, fls. 56 a 78; e a procuração de fl. 80, instruem a peça de impugnação.

Na decisão singular de fls. 82 a 84, o julgador de Primeira Instância julga procedente o auto de infração em parte ou seja, sobre o valor demonstrado pela defesa à fl. 42, cujo imposto passa a ser R\$ 20.133,28 (vinte mil, cento e trinta e três reais e vinte e oito centavos).

A Representação Fazendária e a atuada foram notificadas da decisão singular, fls. 84, verso e 86, e, enquanto o Representante da Fazenda Pública após o seu aval no documento de fl. 85, o atuado interpôs recurso voluntário a uma das Câmaras Julgadoras do Conselho Administrativo Tributário para manifestar que a recorrente continua a divergir da decisão recorrida e insiste em afirmar que não se trata de doação haja vista que a integralidade das quotas, em referência, integram o patrimônio comum do casal; que a alteração contratual foi mera formalidade. Requer a insubsistência do lançamento fiscal.

É o relatório.

DECISÃO

Com referência ao Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD , o art. 372, § 2º do Decreto nº 4.852/97 tem por definição:

“Art. 372. O Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD - incide sobre a transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (Lei nº 11.651/91, art. 72).

[...]

§ 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, 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.”

Para situar a causa da constituição do crédito tributário com a legislação tributária relativa ao Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD, transcrita nas linhas anteriores, volvo-me à tese defensiva para elaborar este voto, conforme segue:

Ficou provado nos autos que a empresa atuada processou alteração no seu Contrato Social para que o sócio recebesse de sua esposa, também sócia da empresa, as quotas do Capital Social que lhe foram cedidas. A união matrimonial entre eles ocorreu em 1991 sob regime parcial de comunhão de bens, enquanto que a empresa iniciou a sua atividade em 1994, com integralização de valores cedidos pelo casal que, também, se tornaram sócios da pessoa jurídica, cujo objetivo contratual é a construção civil.

De acordo com o ensinamento do art. 1658 do Código Civil, os bens que sobrevierem ao casal comunicam-se na constância do casamento, e no § 1º do art. 1639, o referido diploma legal dispõe que “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”, o quê significa: todo o patrimônio amealhado por qualquer dos cônjuges durante a vigência da sociedade conjugal é alcançado pela meação.

Com isto, vejo ser como ineficaz qualquer ato de disposição entre os cônjuges do patrimônio comum do casal, e, como parte integrante do patrimônio familiar, a sua cessão, por um dos cônjuges ao outro, importa na aquisição cedida de parte do patrimônio durante a vigência do casamento, e fará com que o bem doado torne a integrar o patrimônio do casal.

Com estas informações, concluí que a doação de patrimônio sob comunhão de bens não implica em doação para os efeitos tributários, pois ela não constitui em ato de disposição do patrimônio individual do doador, e sim do patrimônio comum do casal, que, após a cessão, volta a integrar o acervo da família. Vi, ainda, que o patrimônio da sociedade conjugal continuou inalterado depois do processamento da alteração do Contrato Social da Pessoa Jurídica.

Pelo exposto, conheço da tese recursal, dou-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 17 de setembro de 2012.

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÕES DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS - ITCD - Omissão de pagamento. Inventário sob o rito de arrolamento (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01188/12

Relator: Conselheiro Víctor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ITCD. INVENTÁRIO SOB O RITO DE ARROLAMENTO. TERMO INICIAL DA CONTAGEM DE DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DATA DA HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA. FAZENDA PÚBLICA NÃO INTIMADA DO TÉRMINO DO PROCEDIMENTO JUDICIAL. CONTAGEM FEITA A PARTIR DO PRIMEIRO DIA SEGUINTE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. DECADÊNCIA INEXISTENTE. PROCEDÊNCIA.

I - O art. 1.031 §2º do CPC informa que a chancela ou conhecimento Fazendário, no inventário sob o rito de arrolamento, deve se dar após a homologação da sentença no processo de arrolamento, fato que não ocorreu. Ao que tudo indica, a Fazenda somente tomou ciência do processo de inventário no decorrer do procedimento de sobrepartilha, culminando no presente lançamento fiscal. Considerando que em 2006 o ato de emissão do DARE e recolhimento do ITCD já era controlado pari passu pela Fazenda Pública, é razoável inferir que tal ciência somente se deu no decorrer desse procedimento, naquele exercício, o que implica que o termo a quo do prazo decadencial é o dia 1º/01/07. Interpretação do art. 173, I do CTN. Sem o devido conhecimento da Fazenda, faz-se inviável a consecução de qualquer lançamento ex officio.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 28 de maio de 2012, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Víctor Augusto de Faria Morato e Heli José da Silva. Vencido o Conselheiro Allen Anderson Viana. 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 Víctor Augusto de Faria Morato, Heli José da Silva e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Nestes autos, o sujeito passivo em epígrafe é acusado de haver recolhido apenas parcialmente o ITCD, correspondente à diferença entre a base de cálculo auferida pela Fazenda Pública e a base de cálculo declarada em processo de inventário, sob o rito de arrolamento.

A base de cálculo e o valor do ITCD discriminados no lançamento são, respectivamente, R\$ 602.534,25 (seiscentos e dois mil quinhentos e trinta e quatro reais e vinte e cinco centavos) e R\$ 24.101,37 (vinte e quatro mil cento e um reais e trinta e sete centavos), calculado à alíquota de quatro por cento.

A capitulação da infração se deu nos arts. 72 e 74, I, ambos do CTE. A penalidade, por seu turno, é o tipo descrito no art. 89, II do mesmo diploma legal.

A data de ocorrência do fato gerador é o mês de abril de 2008 e o lançamento se deu em 20/05/08.

Consta, às fls. 5 dos autos, notificação fiscal, cientificada ao sujeito passivo em 8/05/08, cuja exigência é a apresentação de comprovante de recolhimento de ITCD no valor constante da inicial, conforme Auditoria anexa, no prazo de 10 (dez) dias.

Juntamente com o lançamento, também fora anexada a Auditoria da diferença da base de cálculo do ITCD (fls. 6 e 7), laudos de avaliação de imóveis (fls. 8 a 14) e cópia do requerimento de inventário, em 21/05/97 (fls. 15 a 22).

Intimado do lançamento em 18/06/08, o sujeito passivo comparece em sede singular e alega, em suma, o seguinte:

- Decadência do crédito tributário, posto que a sentença que homologou a partilha amigável é de 31/05/2001; o lançamento por homologação deu-se em 20/06/97, com termo ad quem do prazo decadencial ocorrido em junho de 2002.

- Impossibilidade de utilização da Instrução Normativa nº 704/04-GSF, considerando que o lançamento por homologação é de 1997 ao passo que a pauta de valores é do ano de 2008.

Pede, ao final, a improcedência do lançamento.

Para fins de instrução processual, junta comprovante de pagamento do ITCD, no valor de R\$ 408,00 (quatrocentos e oito reais), realizado em 24/06/97 (fls. 38), jurisprudência do STJ que entende ser pertinente à matéria (fls. 47 a 52), cópia da homologação da partilha, em 31/05/01 (fls. 69).

Encaminhados os autos à instância singular, o Julgador monocrático retornou os autos à Delegacia Regional de Fiscalização de Luziânia no escopo de que se fizesse a juntada da cópia da folha dos autos judiciais em que consta a ciência da Fazenda Pública acerca do encerramento do processo de arrolamento.

Intimado da exigência, o sujeito passivo junta os documentos constantes das fls. 74 a 172.

O Julgador monocrático, após analisar as questões de fato e de direito, profere sua manifestação às fls. 174, concluindo pela procedência do feito. Ampara suas razões de decidir no art. 173, I do CTN e na Súmula nº 113 do STF. Afirma que o conhecimento do fato gerador somente se deu em abril de 2008 e a contagem do período de decadência iniciou-se em 1º/01/09.

Não resignado com a decisão proferida, o sujeito passivo retorna aos autos, na presente fase Cameral e aduz, em suma, o seguinte (fls. 181):

1) O termo a quo do prazo decadencial do ITCD é a data da abertura da sucessão, ou seja, 20/06/97, o que redundaria em impossibilidade ao Fisco de promover o lançamento em 2008. Colaciona jurisprudência que entende relacionar-se com a matéria.

2) O decisório recorrido fundamentou-se no fato de não haver sido a Fazenda Pública intimada nos autos da ação de inventário, trasladando o termo inicial da decadência para janeiro de 2009, o que se afasta da melhor doutrina sobre o assunto.

Pede, ao final, a improcedência do lançamento.

É o relatório.

DECISÃO.

A primeira questão que poderia suscitar dúvidas, ainda que não alegada pela impugnante, seria a possibilidade de se aplicar ao caso concreto, a não-incidência descrita na alínea “a” do inciso I do §1º do art. 80 do CTE, cujo teor é o seguinte:

“Art. 80. O ITCD não incide sobre a transmissão ou doação:

.....

§ 1º O ITCD não incide, também:

I - sobre a transmissão ou doação:

a) em que o herdeiro, legatário ou donatário renuncie à herança, ao legado ou à doação, desde que feita sem ressalva ou condição, em benefício do monte, e não tenha o renunciante praticado qualquer ato que demonstre ter havido aceitação da herança, do legado ou da doação;”

O registro em voto se faz relevante porquanto, se positiva a resposta à assertiva anterior, o presente lançamento padeceria de vício insanável, por erro na identificação do sujeito passivo. Com efeito, o art. 81 informa que o sujeito passivo do ITCD é “o beneficiário, na desistência de quinhão ou de direito, por herdeiro ou legatário”, o que faria recair a obrigação tributária sobre a viúva-meeira, Sra. [...], donatária e aceitante do acervo renunciado.

Entretanto, análise das cópias das escrituras públicas de renúncia, acostadas às fls. 119 a 121 dos autos, conduzem à conclusão de que a renúncia não fora feita “em benefício do monte”, na dicção do dispositivo retrocitado, mas em favor de pessoa específica, qual seja, a viúva-meeira, o que afasta, de plano, a aplicação da não-incidência.

Feitas estas primeiras considerações, resta apenas a discussão sobre o termo inicial da decadência do direito de lançar, realizado pelo Fisco.

No entender do sujeito passivo, como dito alhures, o dies a quo iniciou-se em 20/06/97, data da abertura da sucessão, ao passo que o Fisco entende que tal termo inicial se deu apenas após a conclusão do processo de arrolamento, em 1º/01/09.

Para tal questão, qual seja, a de qual seria a data desse termo inicial, tem-se quatro possibilidades, com ampla discussão doutrinária:

A data do falecimento ou da abertura da sucessão (princípio da saisine);

A data da ciência ao Fisco acerca do falecimento do autor da herança;

A data do ajuizamento do processo de inventário;

A data da homologação do cálculo do imposto pelo juízo do inventário; ou,

A data da sentença que homologa a partilha e atribui os respectivos quinhões aos herdeiros.

Contra a primeira, segunda e terceira assertivas, obtempera-se que os elementos do crédito tributário somente serão auferidos justamente no decorrer e dentro e, sob a ótica da quinta assertiva, ao final do procedimento judicial. Considerando que a desídia e o desinteresse do Fisco constituem a matriz que justifica a pena de extinção do crédito pela decadência, não seria justo iniciar tal prazo em tempo no qual o Ente Público não está apto a lançar ou sequer teve conhecimento do fato jurídico.

De outro lado, a apreciação do art. 1.031 §2º do CPC demonstra que a chancela ou conhecimento Fazendário, no inventário sob o rito de arrolamento, deve ser realizada após a homologação da sentença:

"Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei.

.....

§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos. (Incluído pela Lei nº 9.280, de 30.5.1996)"

Corroborando o entendimento de que o termo inicial da contagem da decadência do crédito tributário referente ao ITCD é a data da sentença que homologa a partilha, podemos extrair os seguintes excertos de decisões:

"Ementa: Processo civil. Agravo de instrumento. Processo de inventário. Lançamento do ITCD. Termo inicial de contagem do prazo. Na transmissão 'causa mortis', por meio de inventário dos bens do falecido, o termo inicial para a contagem do prazo de extinção do direito da Fazenda Pública Estadual constituir o crédito de ITCD é o primeiro dia do exercício subsequente àquele em que se verifica a possibilidade de conhecer os elementos necessários ao lançamento. Nega-se provimento ao recurso. (TJMG. Relator Desembargador ALMEIDA MELO, Processo nº 1.0024.02.625332-8/002(1), data da publicação 26/06/2008)".

"Ementa: ITCD - DECADÊNCIA - MOMENTO DA APURAÇÃO - PROCESSO DE INVENTÁRIO - HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO. A apuração do Imposto de transmissão causa mortis somente pode ser realizada com o trâmite do

inventário, quando serão determinados e avaliados os bens que realmente pertencem ao espólio, identificados os herdeiros ou legatários que serão sujeitos passivos do imposto, enfim, colacionados os dados necessários para o lançamento a ser realizado pelo Fisco. Assim, o prazo de decadência do direito de constituir o ITCD não é contado da morte dos autores da herança, mas do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que se verifica os elementos necessários ao lançamento. (TJMG. Relator Desembargador EDILSON FERNANDES, Processo nº 1.0479.07.131045-8/001(1), data da publicação 10/02/2009)”.

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ITCD. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. Conforme o disposto pelo Código Tributário Nacional, art. 173, inc. I, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é o 1. dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado. No caso do ITCD, o exercício financeiro de referencia é aquele em que o Fisco Estadual tomou conhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto, seja pela declaração do contribuinte ou pelo acesso às informações contidas em processo judicial de sucessão (art. 31 c/c art. 41 do Decreto Estadual n. 43.981/2005). (TJMG. Relator Desembargadora MARIA ELZA, Processo nº. 1.0295.02.001219-7/001(1), data da publicação 18/12/2008)”.

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - REMOÇÃO DE INVENTARIANTE DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - DIREITO DE DEFESA PRÉVIA - NECESSIDADE - INOBSERVÂNCIA - NULIDADE - ITCD - PROVA INEQUÍVOCA DE REALIZAÇÃO DE INVENTÁRIO ANTERIOR DOS MESMOS BENS E COM OS MESMOS HERDEIROS - AUSÊNCIA - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1 - A destituição do encargo de inventariante pode ser determinada de ofício pelo magistrado, desde que conferido ao interessado o prévio exercício do direito de defesa, sob pena de nulidade da decisão. 2 - A ausência de demonstração de que a Fazenda Pública tinha conhecimento inequívoco de todos os elementos necessários à realização do lançamento do ITCD impossibilita o reconhecimento da decadência para a constituição do crédito tributário. (TJMG. Relator Desembargadora SANDRA FONSECA, Processo nº 1.0479.03.059052-1/001(1), data da publicação 03/09/2010)”.

“RECURSO ESPECIAL Nº 752.808 - RJ (2005/0084580-9)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE : ANA MARIA BARREIROS SOARES

ADVOGADO : MIGUEL GRIMALDI CABRAL DE ANDRADE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR : LUIZ CÉSAR VIANNA MARQUES E OUTRO(S)

EMENTA. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. IMPOSTO DE

TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. COMPETÊNCIA ESTADUAL. ARROLAMENTO SUMÁRIO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE. INÉRCIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL.

(...)

2. O fato gerador do imposto causa mortis se dá com a transmissão da propriedade, que, no direito pátrio, coincide com a morte, por força do direito de sucessão (art. 1.572 do CC/1916). Precedentes.

3. No Estado do Rio de Janeiro, a Lei 1.427/89 estabelece que, quando o inventário se processar sob a forma de rito sumário o imposto de transmissão será objeto de declaração do contribuinte nos 180 (cento e oitenta) dias subseqüentes à ciência da homologação da partilha ou da adjudicação.

4. Não havendo tal declaração no prazo legal, nasce para o Fisco o direito de proceder ao lançamento de ofício (art. 149, II, do CTN), o que deverá ocorrer no prazo quinquenal do art. 173, I, do CTN ("primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado").

5. No caso dos autos, não tendo o contribuinte efetuado a declaração no prazo legal (encerrado em 16.12.1997), iniciou-se, a partir de 01.01.1998, o prazo para o lançamento de ofício, que foi efetuado tempestivamente, em 29.01.2002.

6. Recurso especial a que se nega provimento”.

Recente decisão do STJ, proferida em 07/02/12 pela 2ª Turma, confirma a tese de que, realmente o marco inicial da decadência deve ser a homologação da partilha, sendo, inclusive a lógica que inspirou a edição das súmulas nº 112, 113 e 114 do STF:

“AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.274.227 - MS (2011/0191170-3)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE: EDEMAR ANTÔNIO VEDANA.

ADVOGADO : ALEXANDRE TORRES VEDANA.

AGRAVADO: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

PROCURADOR : RAFAEL SAAD PERON E OUTRO(S).

EMENTA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARROLAMENTO. HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. ART. 173, I, DO CTN.

1. *Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial no qual se discute o termo inicial da decadência para o lançamento do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD.*

2. *Tendo as instâncias ordinárias consignado que não houve pagamento antecipado do imposto, aplica-se à decadência o art. 173, I, do CTN, de modo que o seu termo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, tal como pacificado pela Primeira Seção no regime dos recursos repetitivos (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.8.2009, DJe 18.9.2009).*

3. *Na sistemática de apuração do ITCMD, há que observar, inicialmente, o disposto no art. 35, parágrafo único, do CTN, segundo o qual, nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários.*

4. *Embora a herança seja transmitida, desde logo, com a abertura da sucessão (art.1.784 do Código Civil), a exigibilidade do imposto sucessório fica na dependência da precisa identificação do patrimônio transferido e dos herdeiros ou legatários, para que sejam apurados os "tantos fatos geradores distintos" a que alude o citado parágrafo único do art. 35, sendo essa a lógica que inspirou a edição das Súmulas 112, 113 e 114 do STF.*

5. *O regime do ITCMD revela, portanto, que apenas com a prolação da sentença de homologação da partilha é possível identificar perfeitamente os aspectos material, pessoal e quantitativo da hipótese normativa, tornando possível a realização do lançamento (cf. REsp 752.808/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.5.2007, DJ 4.6.2007, p. 306; AgRg no REsp 1257451/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6.9.2011, DJe 13.9.2011).*

6. *Não houve aplicação retroativa do art. 1.031, § 2º, com a redação dada pela Lei 9.280/1996, porquanto a referência a este dispositivo serviu apenas para mostrar que a positividade dessa regra é consequência da ratio contida no art. 35, parágrafo único, do CTN. Trata-se, em verdade, de típica adequação da técnica processual às exigências do direito material.*

7. *Na hipótese dos autos, a homologação da partilha data de 1º.11.1994, de maneira que o termo inicial da decadência foi 1º.1.1995, em consonância com o art. 173, I, do CTN. Tendo sido o auto de infração lavrado em 18.6.1999, não se operou o transcurso do prazo decadencial quinquenal.*

8. *Agravo Regimental não provido". (grifos não constam do original)*

Tal assunto também integrou consulta formulada à Superintendência de Administração Tributária nos autos do processo nº 200200004016874, originado da Delegacia Regional de Fiscalização de Rio Verde, que culminou no Parecer nº

1241/2007-GOT, do qual permitimo-nos extrair os trechos que relevam ao presente processo:

“Processo n°: 200200004016874

Nome: DELEGACIA REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO DE RIO VERDE

Assunto: Consulta sobre legislação tributária pertinente ao ITCD.

PARECER N° 1241/2007-GOT.

(...)

5) qual o marco inicial para a contagem do prazo decadencial do ITCD, visto estar ganhando força a argumentação perigosa (já que a decadência é insusceptível de interrupção e os procedimentos judiciais são morosos) que considera o instante do falecimento do de cujus?

(...)

Respostas.

Quesito n. 5

Para melhor elucidar a questão da decadência, transcrevemos alguns artigos do Capítulo IX- Do Inventário e da Partilha- do Título I- Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa- do Livro IV- Dos Procedimentos Especiais do Código de Processo Civil (CPC):

Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).

Parágrafo único. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subseqüentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte. (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).

.....
Art. 987. A quem estiver na posse e administração do espólio incumbe, no prazo estabelecido no art. 983, requerer o inventário e a partilha.

Art. 988. Tem, contudo, legitimidade concorrente:

.....
II - o herdeiro;

.....
V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

.....
IX - a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

Art. 989. O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal.

.....
Art. 1.034. (...)

.....
§2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.

Abre-se a sucessão hereditária no momento da morte do autor da herança. Da legislação processual acima citada, depreende-se que aberta a sucessão, o inventário é procedimento obrigatório, podendo ser judicial ou por escritura pública, conforme o caso, por força da Lei 11.441/07, devendo ser requerido por quem tenha legítimo interesse ou até de ofício pelo magistrado.

Embora descrito como procedimento especial de jurisdição contenciosa, no inventário nem sempre há litígio (exemplo: art. 982, possibilidade de realização do inventário e partilha por escritura pública, no casos de interessados capazes e concordes).

Acreditamos que o legislador ao listar (inciso IX do art. 988 do CPC) o possível interesse da Fazenda Pública em requerer o inventário, referia-se apenas às dívidas tributárias e/ou não tributárias de responsabilidade do autor da herança ou do espólio, uma vez que o imposto de transmissão causa mortis é de responsabilidade dos beneficiários da herança.

Vejamos o que diz o Código Tributário Nacional a respeito da decadência:

"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 abertura da sucessão é o fato gerador do imposto sobre a transmissão causa mortis, cujo lançamento dá-se por homologação (o contribuinte- beneficiário- antecipa o pagamento do tributo sob condição de ulterior homologação expressa

ou tácita pela Fazenda Pública). Porém, somente o inventário com os seus consecutórios (inventário concluso com quinhões tributáveis determinados) tem o condão de permitir ao fisco o lançamento do tributo.

Da análise do artigo acima, combinado com o § 2º do art. 1.034 do CPC, depreende-se que a caducidade do direito de a Fazenda Pública constituir, mediante lançamento, o crédito tributário do imposto sobre a transmissão causa mortis está condicionada não somente à prévia existência de um inventário, mas também à sua conclusão, com os quinhões tributáveis devidamente determinados. Assim, se os beneficiários da herança quedarem inertes em requerer o procedimento, ou o juiz- um agente político- não iniciá-lo de ofício, não podem os agentes do fisco- meros agentes administrativos, cuja atividade é plenamente vinculada- imporem obrigações tributárias sobre acervo hereditário amorfo (patrimônio com ativo e passivo).

O imposto sobre transmissão causa mortis sujeita-se ao lançamento por homologação (o sujeito passivo calcula o valor e paga), que pode ser expressa (com possibilidade de revisão, dentro do prazo decadencial) ou tácita (pelo decurso in albis do referido prazo).

O lançamento de ofício somente é possível com a conclusão do inventário, onde os bens e direitos foram arrolados e avaliados, os herdeiros e legatários foram identificados, os credores da massa foram habilitados, as dívidas foram deduzidas do monte e os quinhões de cada herdeiro estabelecidos, possibilitando a partir daí a determinação da base de cálculo do imposto.

A título ilustrativo, pedimos vênias para transcrever ementa de julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no processo nº 1.0145.93.031334-4/001(1), em 07/06/2005, reforçando o entendimento acima esposado, no seguinte sentido:

EMENTA: ITCD - INVENTÁRIO - LANÇAMENTO - DECADÊNCIA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA. O ITCD - Imposto sobre Transmissão "causa mortis" e doação é tributo cujo contribuinte é o herdeiro ou legatário, e não o espólio, somente sendo possível determinar o seu montante, no processo de inventário, com a homologação da partilha e após a apresentação das últimas declarações. Assim, não é exigível antes da homologação do cálculo, na esteira da Súmula 114 do STF. Inocorrência de decadência e de prescrição. Confirmação da decisão. (GRIFO NOSSO)

No mesmo sentido, oportuna a transcrição da Súmula nº 114 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que:

O Imposto de Transmissão causa mortis não é exigível antes da homologação do cálculo.

Dessa forma, entendemos que o marco inicial para a contagem do prazo de decadência do ITCD, na transmissão causa mortis, é o primeiro dia do exercício seguinte ao da conclusão do inventário, ressalvando que no caso de dispensa de

inventário judicial o prazo decadencial tem como marco a conclusão do inventário extrajudicial que se dá por lavratura de escritura pública, nos termos do art. 982 do CPC”.

Tal posicionamento vem sendo adotado pela Administração Tributária de longa data, a exemplo do Parecer nº 877/01-AST, adotado pelo Sr. Superintendente da Receita mediante o Despacho nº 852/2001 de 14/08/2001 e que possui conclusão idêntica:

“(…) O lançamento de ofício somente é possível com a conclusão do inventário, onde os bens e direitos foram arrolados e avaliados, os herdeiros e legatários foram identificados, os credores da massa foram habilitados, as dívidas foram deduzidas do monte, os quinhões tributáveis foram determinados e encontram-se prontos para serem adjudicados. Ai sim, surge a base de cálculo do imposto e o marco inicial para a constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública, sob pena de decadência, do imposto sobre a transmissão causa mortis.”

Depreende-se, da análise da íntegra do processo de arrolamento, cujas cópias seguem nos autos a partir das fls. 71, a seguinte cronologia:

O autor da herança faleceu em 11 de outubro de 1995;

O ajuizamento do processo de arrolamento ocorreu em 1º de setembro de 1997;

Houve pagamento de ITCD, no valor de R\$ 408,00, em 24 de junho de 1997, lançado por homologação;

A homologação da partilha ocorreu em 31 de maio de 2001;

Não houve ciência da Fazenda Pública acerca da homologação da partilha, nos termos do art. 1.031, §2º do CPC;

6) Em 30 de dezembro de 2004, a inventariante retorna a juízo, solicitando, por meio de ação de sobrepartilha, que corre nos próprios autos de arrolamento, a adjudicação de um imóvel, situado em Luziânia-GO, que a mesma desconhecia, à época do arrolamento, ser da propriedade do autor da herança. O valor reputado ao imóvel foi de R\$ 5.000,00.

7) A inventariante foi intimada pelo Juízo a recolher o ITCD sobre o imóvel mencionado na sobrepartilha em 18/09/06 (fls. 170)

Ao que tudo indica, a Fazenda somente tomou ciência do processo de inventário no decorrer desse segundo procedimento – a sobrepartilha - culminando no presente lançamento fiscal. Considerando que em 2006 o ato de emissão do DARE e recolhimento do ITCD já era controlado pari passu pela Fazenda Pública, é razoável inferir que tal ciência se deu no decorrer desse procedimento, naquele exercício, o que implica que o termo a quo do prazo decadencial é o dia 1º/01/07.

Considerada a exegese do art. 173, I do CTN, no sentido de que o termo inicial da decadência é contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o termo ad quem do direito ao crédito descrito nestes autos era o dia 31/12/11.

Inviável, pois, sem o devido conhecimento da Fazenda, a consecução de qualquer lançamento ex officio.

Sob tais fundamentos, conheço do recurso do sujeito passivo mas negolhe provimento para confirmar, na íntegra, o teor da sentença monocrática.

Sala das sessões, em 30 de maio de 2012.

IMPOSTO DECLARADO EM DPI

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

Matéria: IMPOSTO DECLARADO EM DPI - Omissão do pagamento de imposto por DPI não apresentada. Simples Nacional (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01795/12

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: Pedido de Revisão Extraordinária. DPI não apresentada à repartição fiscal. Improcedente. Decisão unânime.

Deve ser considerado improcedente o auto de infração quando não houve previsão legal para amparar a exigência preambular.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de março de 2012, 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 Aguinaldo Fernandes de Melo, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Elias Alves dos Santos, José Luiz Rosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz e José Paixão de Oliveira Gomes.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Pedido de Revisão Extraordinária, fundado no artigo 43, II, "a", item 1 da Lei 16.469/09, no qual o sujeito passivo [...] solicita a desconstituição do crédito tributário, alegando que se encontra enquadrada no regime do Simples Nacional, ficando desobrigada de apresentar DPI, desde o dia 01/07/2007.

A acusação fiscal, descrita na peça vestibular, revela que o sujeito passivo deixou de apresentar, à repartição fiscal, a Declaração Periódica de Informação - DPI relativa a abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2009. Em consequência, fica sujeito ao pagamento de multa formal.

Instruem o dito Pedido de Revisão Extraordinária os seguintes documentos: extrato cadastral (fl. 32), comprovante de inscrição e de situação cadastral (fl. 33), cópia de alteração contratual (fls. 36/37).

O Presidente deste Egrégio CAT, em Despacho 2787/2011 - CAT, de folha 43, examinando a documentação ora trazida ao processo, constata a existência de erro de fato substancial, o qual implica em alteração no lançamento procedido pelo FISCO, uma vez que restou provada a inexistência de omissão de entrega de DPI referente ao período autuado, conforme pode ser deduzido, de forma inconteste, da análise do relatório Simples Nacional Consulta, extraído da base de dados da SEFAZ - GO e anexado em folha 39, bem como do relatório Consulta DPI, de folha 41. Sendo assim, 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, para apreciação.

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças instrutórias desta lide verifiquei que razão assiste ao polo passivo, quando pugna pela improcedência do lançamento, ora em apreciação, tendo em vista que a empresa epigrafada está enquadrada no Simples Nacional desde 01/07/2007, portanto, nos termos da legislação que rege o assunto, mais precisamente Lei nº 123/2006, está dispensada da apresentação da DPI, fato aliás reconhecido pelo ilustre presidente desta Casa Julgadora, conforme informado no relatório que é parte integrante deste “decisum”.

Assim, não se pode imputar ao autuado as sanções especificadas em lei, como quer supor a vestibular, por ausência de amparo legal.

Assim, voto conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando - lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 21 de agosto de 2012.

IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO - Não comprovação. Carne bovina resfriada (Procedência)

ACÓRDÃO DO COMP N.º 01262/12

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Preliminar. Reinclusão na lide dos administradores. Provimento. Decisão por maioria.

Os administradores e gestores que concorrerem para a prática de infração tributária ficam, nos termos do inciso XII do artigo 45 da Lei nº 11.651/91, solidariamente obrigados ao pagamento do ICMS devido e demais acréscimos legais.

ICMS. Obrigação principal. Não comprovação de exportação. Procedência. Decisão unânime.

O estabelecimento remetente fica obrigado ao pagamento do imposto devido, monetariamente atualizado, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, previstos na legislação estadual, nos casos em que não se efetivar a exportação (Convênio ICMS 113/96, cláusula sexta).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 19 de abril de 2011, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e reincluir na lide os solidários. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, José Artur Mascarenhas da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, Carlos Andrade Silveira, Delcides de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia e Cláudio Henrique de Oliveira. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, José Artur Mascarenhas da Silva, Carlos Andrade Silveira, Manoel Antônio Costa Filho, Delcides de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes e Cláudio Henrique de Oliveira.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo: "*transferiu para a filial do município de Barueri/SP, CNPJ 25068875/0037-67, carne resfriada de bovino com osso, utilizando indevidamente o CFOP 6501 - fim específico de exportação - com não incidência do ICMS, sendo que a referida mercadoria foi remetida pela filial paulista ao [...], CNPJ 01960438/0001-84, município de Cajamar/SP, para desossa, retornando ao estabelecimento remetente - filial de Barueri/SP, e não há registro de retorno para a filial de Rio Verde, tendo a remessa para exportação sido*

descharacterizada pela industrialização da mercadoria e pela não comprovação de sua efetiva exportação, sujeitando-se, em consequência, ao pagamento do imposto na importância de R\$510.182,69 (quinhentos e dez mil, cento e oitenta e dois reais e sessenta e nove centavos), juntamente com penalidade e acréscimos legais, referente a operação interestadual".

A infração foi capitulada nos artigos 38, parágrafo único, e 64 da Lei nº 11.651/91, Código Tributário Estadual, CTE, c/c art. 79, inciso I, anexo XII, do Decreto n.º 4.852/1997, Regulamento do Código Tributário Estadual, RCTE, sendo proposta a penalidade do art. 71, inciso IX, alínea "b", agravada pelo §9º, inciso I, do mesmo artigo do CTE.

Identificados como sujeitos passivos solidários: [...], [...] e [...], na condição de administradores da firma autuada, nos termos do art. 45, XII, do CTE.

O auto de infração, lavrado em 30/09/2008, foi instruído com: a) planilha individualizando cada nota fiscal, com identificação do CFOP 6501, descrição da mercadoria (carne com osso), o peso, o valor e a folha do registro no livro Registro de Saídas; b) cópia das 2ªs vias - arquivo fiscal - das notas fiscais; c) cópias de Extrato de Declaração de Despacho e de Registro de Operações de Exportação; d) cópias de notas fiscais 2ª vias - arquivo fiscal - emitidas pelo [...], filial de Barueri/SP, de natureza da operação "remessa para industrialização por encomenda - CFOP 5901", para o [...], e) cópias das notas fiscais de retorno de industrialização para o [...], de Barueri/SP.

Os sujeitos passivos autuados compareceram aos autos e impugnaram a ação fiscal, em peça de defesa única, fls. 1135/1139, com as seguintes alegações: a) em preliminar, erro na identificação dos sujeitos passivos solidários, pois não teria sido evidenciada qualquer violação das hipóteses previstas no art. 135 do CTN, sendo a responsabilidade dos administradores subsidiária à da empresa; b) no mérito, que a empresa agiu dentro da legalidade, mas que não foi possível, no prazo de apresentação da defesa, verificar todos os documentos, justifica que os documentos necessários para comprovar que as operações questionadas seguiram o disposto na legislação tributária estão sendo levantados para posterior juntada aos autos.

Em seguida, anexam cópias das notas fiscais de retorno de industrialização do [...] para o [...], de Barueri/SP, e pedem que se declare a nulidade processual, com exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários, ou que se julgue improcedente o auto de infração, fls. 1175/1440.

O julgador singular, na Sentença nº 1175/10 - JULP, fls. 1442 a 1444, não acolheu a preliminar de nulidade processual suscitada pela defesa, por erro na identificação dos sujeitos passivos solidários, conheceu da impugnação, negou provimento e julgou o auto de infração procedente.

Fundamentou no art. 45, inciso XII, do CTE a manutenção dos administradores na lide, justificando que por seus atos ou omissões eles concorreram para a prática da infração descrita no auto de infração.

No mérito, observou que as notas fiscais discriminavam mercadorias diversas das especificadas nos Registros de Operações de Exportação, sendo que a ausência de correspondência entre as notas fiscais e os registros, apresentados pelo contribuinte, não permitem comprovar a efetiva exportação das mercadorias.

Inconformados, os autuados apresentaram Recurso Voluntário, reiterando os argumentos impugnatórios e, ainda, quanto ao mérito, que as mercadorias foram enviadas para formação de lote de exportação em sua filial no estado de São Paulo, e seguiram para o Frigorífico Jaó, para desossa da carne. "Todavia, o fiscal deixou de observar que após a desossa da carne a mercadoria passou a ter novo nome, mas sem deixar de ser carne."

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão dos solidários da lide e, quanto ao mérito, também por maioria de votos, conheceu do recurso, negou-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

No tocante a exclusão dos sujeitos passivos solidários da lide, com fundamento em decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça, reproduzido no acórdão cameral, justificou-se que no caso em análise não restou caracterizado que os administradores tenham agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, e, por isso, não há que se falar em responsabilidade tributária.

No mérito, destacou-se que as notas fiscais acostadas ao processo, com escopo de instruir a lide, discriminam mercadorias diversas das especificadas nos Registros de Operações de Exportação e a não correspondência entre as notas fiscais de remessa e os Registros de Operações de Exportação não permitem concluir que ocorreu a efetiva exportação das mercadorias.

O acórdão registrou também o entendimento de que a defesa não trouxe qualquer prova de que as operações motivadoras da ação fiscal se efetivaram de forma regular.

Inconformada, a Fazenda Pública apresenta Recurso ao Conselho Pleno no qual pede o retorno à lide dos solidários excluídos, com fundamento na disposição do art. 45, XII, do CTE.

O sujeito passivo, por sua vez, se manifesta pedindo a manutenção da decisão cameral que exclui da lide os solidários e a declaração da improcedência do lançamento no entendimento de que a documentação apresentada anteriormente demonstra que a carne desossada pelo Frigorífico Jáó e devolvida para o Frigorífico Margem é correspondente a remessa para exportação.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, no tocante ao pedido da Fazenda Pública de reinclusão na lide do sujeitos passivos solidários, cabe para melhor clareza da minha decisão, a reprodução de regras do Código Tributário Nacional (art. 135, III) e do Código Tributário Estadual (art. 45, XII):

“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.”

“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 sócios e administradores da firma autuada, ao deixarem de recolher o ICMS devido pelo estabelecimento do qual são administradores e gestores, concorreram para a prática da infração tributária, ficando, nos termos do inciso XII do artigo 45 do CTE, reproduzido em linhas anteriores, solidariamente obrigados ao pagamento do ICMS devido e demais acréscimos legais.

Por conseguinte, a decisão cameral deve ser reformada para a reinclusão na lide dos solidários, equivocadamente afastados no julgamento realizado pela Quarta Câmara deste Conselho.

Quanto ao mérito, o fisco exige do sujeito passivo o pagamento de ICMS em razão de ter remetido mercadoria para formação de lote para exportação (CFOP 6501), sem a comprovação da efetiva exportação no prazo legal.

Nos termos do art. 79 do Anexo XII do Decreto nº 4.852/97, RCTE, o estabelecimento remetente fica obrigado ao pagamento do imposto devido, monetariamente atualizado, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, previstos na legislação estadual, nos casos em que não se efetivar a exportação, in verbis:

“Art. 79. O estabelecimento remetente fica obrigado ao pagamento do imposto devido, monetariamente atualizado, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, previstos na legislação estadual, nos casos em que não se efetivar a exportação (Convênio ICMS 113/96, cláusula sexta).”

Os documentos anexados pelos autuantes comprovam que as remessas com o código de CFOP 6501 (exportação), tratam de operações de transferência interestadual de mercadorias para a filial do [...], de Barueri/SP.

As mercadorias discriminadas nos Registros de Operação de Exportação não conferem com a descrição das mercadorias nas notas fiscais respectivas, razão pela qual não podem ser consideradas como prova da efetiva exportação.

Como bem observado pelo ilustre julgador monocrático, a autuada não apresentou qualquer comprovante para validar suas afirmações, configurando-se meras alegações desprovidas de elementos probatórios, visto que as cópias das notas fiscais de retorno de industrialização do [...] apenas comprovam que as mercadorias permaneceram na posse do filial do [...], de Barueri/SP.

Ante o exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e reincluir na lide os solidários. Quanto ao mérito, conheço do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 05 de junho de 2012.

IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO - Omissão do pagamento do imposto quando do desembaraço aduaneiro (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00892/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Falta de recolhimento de ICMS na importação de mercadoria, quando do desembaraço aduaneiro. Procedência. Decisão não unânime.

É procedente o auto de infração relativo a falta de pagamento de ICMS na importação de mercadoria, não tendo o sujeito passivo demonstrado o adimplemento regular da obrigação fiscal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 16 de agosto de 2011, 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, considerando os pagamentos de fls. 109/110. Foram vencedores os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, José Paixão de Oliveira Gomes, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os

Conselheiros José Pereira D'abadia, Carlos Andrade Silveira, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz, Allen Anderson Viana, Delcídes de Souza Fonseca e José Luiz Rosa, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Também por maioria de votos, acolher a proposta apresentada pelo Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho de aplicação da redução na multa prevista no art. 171, I, "a", do CTE, para fins de imputação em pagamento do recolhimento de fls. 109/110. Foram vencedores os Conselheiros José Pereira D'abadia, Carlos Andrade Silveira, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz, Allen Anderson Viana, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca e José Luiz Rosa. Vencidos os Conselheiros Olínta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, José Paixão de Oliveira Gomes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Heli José da Silva.

RELATÓRIO

A presente autuação decorreu do fato do sujeito passivo não ter efetuado o pagamento do imposto devido ao Estado de Goiás, quando do desembaraço aduaneiro de mercadorias provenientes do exterior, acobertadas pela Nota Fiscal nº 9689, sendo-lhe imputada a exigência do ICMS no valor de R\$ 61.642,88 (sessenta e um mil, seiscentos e quarenta e dois reais e oitenta e oito centavos), acrescido das cominações legais.

Os autores da ação anotam que o desembaraço aduaneiro ocorreu em 20/02/2009 e que o imposto está destacado na Nota Fiscal nº 9689.

A fiscalização apreendeu as Notas Fiscais nºs 9689, 9690, 9691 e 9692, juntando-as, e outros documentos, ao processo.

O sujeito passivo comparece ao processo apresentando impugnação em Primeira Instância (fls. 51 a 59) na qual pede a improcedência do lançamento, alegando que efetuou equivocadamente o recolhimento através de Guia Nacional de Recolhimentos de Tributos Estaduais - GNRE, tendo como favorecido o Estado de Minas Gerais; que percebeu o equívoco quando da fiscalização no posto fiscal de Itumbiara; que requereu a restituição do tributo junto aquele Estado; que o ICMS seria exigível no ato da verificação, quando deveria ter sido o tributo cobrado e pago, mas o veículo foi liberado e o auto de infração lavrado posteriormente; que efetuou o recolhimento do tributo em 12/03/2009, antes da lavratura do auto; que se trata de denúncia espontânea e deste modo não é devida a multa, apenas juros de mora.

A julgadora singular, após ler, conferir e analisar os autos, decide pela procedência do lançamento, consoante a Sentença nº 6846/09 – JULP (fls. 112 a 115).

Inconformada com a decisão singular, a autuada apresenta recurso voluntário (fls. 119 a 127), no qual formula pedido e argumentos idênticos aos formulados na impugnação, expostos em linhas anteriores.

Decisão cameral de fls. 152 julga improcedente o auto de infração.

Inconformada, a Fazenda Pública apresenta recurso para o Conselho Pleno e solicita a reforma da decisão cameral para julgar procedente o auto de infração. Alega que o sujeito passivo efetuou o pagamento após o início do procedimento fiscal, o que descaracterizaria a espontaneidade.

É o relatório.

DECISÃO

A ação fiscal ocorreu no Posto Fiscal JK, na divisa de Goiás com Minas Gerais, no dia 12/03/09, onde a fiscalização constatou a falta de pagamento do ICMS na importação da mercadoria constante da Nota Fiscal nº 9689. Este fato tipificado como infração ao CTE está registrado/comprovado formalmente por intermédio do Termo de Apreensão de fls. 09.

Como bem disse a Julgadora Singular em sua sentença monocrática, o procedimento fiscal foi correto, pois no momento da abordagem de fiscalização na fronteira do Estado, a fiscalização estadual constatou que o imposto não tinha sido recolhido para os cofres do Estado de Goiás no momento do desembarço aduaneiro, tendo sido efetuada a apreensão para constatação da infração, nos termos do artigo 147, III, do CTE.

Este fato, por si só, é suficiente para julgar o auto de infração procedente.

Todavia, considerando que o sujeito passivo efetuou o pagamento do ICMS para os cofres públicos do Estado de Goiás, na mesma data da autuação (12/03/09), às 11:45 hs (fls. 109), entendo que deve ser aplicada a redução na multa prevista no art. 171, I, "a" do CTE, para fins de imputação em pagamento do recolhimento de fls. 109/110.

Ante o exposto, voto conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar o acórdão cameral e julgar procedente o auto de infração, devendo ser considerado, para fins de extinção do crédito tributário, o recolhimento de fls. 109/110, e considerada a redução na multa prevista no art. 171, I, "a", do CTE, para fins de imputação em pagamento do recolhimento mencionado.

Sala das sessões plenárias, em 26 de abril de 2012.

INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Escrituração indevida de crédito. Aquisição de serviço de transporte (Inadmissibilidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00036/12

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: Processual. Inadmissibilidade de recurso para o Conselho Pleno interposto pelo contribuinte. Arguição formulada pelo Relator. Acolhimento. Decisão unânime. Mantida a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Não se admite recurso para o Conselho Pleno quando não atendidos os requisitos legalmente previstos para seu cabimento, mantendo-se a correspondente decisão cameral.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 20 de dezembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso do Contribuinte 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 Paulo Diniz, Célia Reis Di Rezende, Allen Anderson Viana, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, José Pereira D'abadia, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

A acusação formulada na peça básica deste autos é de que o contribuinte epigrafado escriturou indevidamente, a título de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2004, o ICMS relativo a aquisição de serviço de transporte vinculado a operação não tributada, omitindo o pagamento do ICMS no valor de R\$ 923.455,76 (novecentos e vinte e três mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e setenta e seis centavos), reclamado no auto de infração, juntamente com a respectiva penalidade e demais acréscimos legais.

Identificadas como sujeito passivo solidário as pessoas físicas, [...], [...], [...], [...] e [...], aquele na condição de presidente da diretoria executiva da empresa autuada, estes na condição de diretores executivos (fls. 4 a 8).

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS (fls. 13 a 53), cópias de notas fiscais (fls. 54 a 68) e do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 70 a 118).

A base legal do auto de infração está fundamentada no art. 60, inciso I, alínea "a", da Lei nº 11.651/91, c/c art. 46, inciso II, alíneas "a" e "b", do Decreto nº 4.852/97. A penalidade é a prevista no art. 71, inciso IV, alínea "a", da citada Lei nº 11.651/91.

Intimados (fls. 119 a 131), a autuada e os solidários apresentam impugnação em peças separadas (fls. 133 a 144 e 152 a 162, respectivamente),

pedindo o contribuinte a improcedência do lançamento, alegando não ter praticado a infração e que a omissão denunciada é inexistente; que a referida operação goza de imunidade tributária e que não existe vinculação entre a circulação de combustível e o serviço de frete; cita parecer de jurista e afirma que a multa tem caráter confiscatório mencionando doutrinadores e decisões de tribunais; aduz que deve ser aplicado ao caso o previsto no art. 108, inc. IV, do CTN e que, não sendo declarada a improcedência do auto de infração, que lhe seja concedida a redução da penalidade com base no art. 142 do CTN.

Os sujeitos solidários pedem a retirada de seus nomes da lide e que seja declarada a improcedência do auto de infração.

O julgador singular, na Sentença nº 1112/10 (fls. 170 a 172), após análise dos autos, anota que a indicação dos solidários tem sustentação legal e rejeita o pedido de retirada da lide dos mesmos. E, em relação a multa proposta pelo autor, observa que a mesma esta de acordo com a infração denunciada, não cabendo alterá-la.

No mérito, considera procedente o auto de infração, aduzindo que a defesa nada apresenta, limitando-se a anexar aos autos um suposto parecer de um festejado jurista. E argumenta que a peça inicial esta sustentada em levantamento de auditoria do ICMS onde a acusação é que o pólo passivo aproveitou créditos relativos a serviço de transportes vinculados a operação não tributada. E, continua, *"o contribuinte tem direito de se creditar de imposto desde que cobrado em operações ou prestações anteriores, conforme preceitua o artigo 46, inciso II "a" e "b" do RCTE"*. Não há, portanto, condição do pólo passivo alegar que o Fisco não poderia ter feito o estorno do imposto creditado já que o lançamento está em desacordo com a norma tributária.

Inconformada, a atuada apresenta recurso voluntário (fls. 182 a 193), afirmando que a omissão é inexistente, visto ser a operação é imune e que não existe vinculação entre a circulação de combustível e o serviço do frete; indica parecer de jurista como base aos argumentos expostos; que a multa tem caráter confiscatório, citando juristas e decisões de tribunais a esse respeito; e diz que deve ser aplicado ao caso o previsto no artigo 108, inciso IV do CTN. Pede ao final que a penalidade seja reduzida com base no artigo 142 do CTN ou seja declarada sua improcedência.

Os sujeitos solidários apresentam conjuntamente recurso voluntário (fls. 196 a 206), no qual pedem a retirada de seus nomes da lide e que seja declarada a improcedência do auto de infração.

A Terceira Câmara, em decisão unânime, acolhe a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelos mesmos. Quanto ao mérito, em decisão unânime, confirma a sentença singular que considerou procedente o auto de infração (fls. 211 a 215).

A Representação Fazendária manifestou-se de acordo com a decisão cameral (fl. 216).

Inconformada, a autuada apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 221 a 225), no qual pede a improcedência do lançamento, alegando que, com base nos arts. 44 e 45, do RCTE, há direito de crédito sobre o serviço de transporte; que o fato do serviço de transporte estar vinculado a uma operação não-tributada, não invalida o direito ao crédito; e que o art. 46, inciso II, do RCTE, base da decisão cameral pela procedência do auto de infração, não contraria ou restringe o direito assegurado pelo art. 44 do RCTE, apenas descreve a quem se direciona o direito.

É o relatório.

DECISÃO

Formulo em preliminar arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, interposto pelo contribuinte, pelo que exponho:

A Lei nº 16.469/09 (art. 41, II, § 1º) fixa os requisitos para cabimento de recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral unânime, devendo a parte cumpri-las, sob pena do recurso ser liminarmente inadmitido:

“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 vê no Acórdão nº 3448/2010 (fls. 211 a 215), a Terceira Câmara deste Conselho, em decisão unânime, considerou procedente o auto de infração.

No caso, portanto, a defesa, ao apresentar recuso para o Conselho Pleno, deveria ter cumprido as exigências fixadas no § 1º, II do art. 41 da Lei nº 16.469/09, implicando o não cumprimento destas condições na inadmissão liminar do recurso, conforme os dispositivos legais transcritos em linhas anteriores.

Analisando o processo, sobretudo o arazoado da defesa, não vejo o cumprimento das condições legais para cabimento do recurso para o Conselho Pleno, já que não houve demonstração, de forma destacada, de contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual, devendo o recurso para o Conselho Pleno apresentado pelo contribuinte deve ser inadmitido.

Ante o exposto, voto em preliminar pela inadmissibilidade do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09.

Sala das sessões plenárias, em 10 de janeiro de 2012.

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Extravio de documento fiscal (Inadmissibilidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01894/12

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: Processual. Inadmissibilidade de recurso para o Conselho Pleno interposto pelo contribuinte. Arguição formulada pelo Relator. Acolhimento. Decisão unânime.

Não se admite recurso para o Conselho Pleno quando não atendidos os requisitos legalmente previstos para o seu cabimento.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 03 de abril de 2012, decidiu, por unanimidade 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. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

A fiscalização reclama que o contribuinte deixou de apresentar os documentos fiscais modelo S-1, nºs 2501 a 5125, à Delegacia Fiscal de sua circunscrição, no prazo máximo de 10 dias, contados da data da suspensão da sua inscrição no cadastro estadual, razão pela qual são considerados extraviados. Em consequência, deve pagar a multa formal no valor de R\$ 642.600,00 (seiscentos e quarenta e dois mil, seiscentos reais), juntamente com os acréscimos legais.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seu art. 64 c/c art. 109 do Decreto nº 4.852/97. E a penalidade no art. 71, inciso XVIII, alínea "a", do mesmo código.

Os autos foram instruídos com o Controle de Concessão/Autenticação de Documentos Fiscais - CIAF (fl. 03), Espelho Cadastral (fl. 04), Ordem de Serviço (fl. 06) e Relatório dos Sócios pela Inscrição ou CGC (fl. 07).

A atuada foi intimada da autuação, conforme as fls. 08/09.

A atuada apresenta Impugnação em Primeira Instância (fls. 11 a 13) onde alega problemas financeiros como motivo de ainda não ter regularizado toda documentação; que a empresa encerrou suas atividades; e requer a redução da multa aplicada, apontando que deve ser aplicada a multa conforme art. 71, inciso XXX e §3º, do CTE. Requer que o auto de infração seja julgado parcialmente procedente, aplicando-se a multa de R\$ 25.740,00 (vinte e cinco mil, setecentos e quarenta reais).

A defesa foi instruída com cópia de Procuração e Declaração de Firma Mercantil Individual (fls. 14/15).

O julgador singular, através da Sentença nº 041/09 - COJP, fls. 18/19, analisa os autos e decide pela procedência da pretensão do fisco. Afirma que a penalidade proposta está correta e que inexistem nos autos provas concretas de que o ocorrido não tenha implicado em falta de recolhimento de imposto, condição para aplicação do benefício pleiteado.

A atuada foi intimada da decisão, conforme fl. 20.

A atuada interpõe Recurso Voluntário (fls. 22 a 24) onde reitera a alegação de problemas financeiros como motivo de ainda não ter regularizado toda documentação; que a empresa encerrou suas atividades; e requer a redução da multa aplicada, apontando que deve ser aplicada a multa conforme art. 71, inciso XXX e §3º, do CTE. Requer que o auto de infração seja julgado parcialmente procedente, aplicando-se a multa de R\$ 25.740,00 (vinte e cinco mil, setecentos e quarenta reais).

Posteriormente foi juntado aos autos Documento de Arrecadação referente a pagamento de parte da exigência fiscal (fl. 27).

A Primeira Câmara Julgadora resolveu, por unanimidade de votos, através do Acórdão nº 095/2012, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para

confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Foi considerado o pagamento de fl. 27. Verifica que a atuada não colacionou aos autos nenhuma prova de que o extravio das notas fiscais não trouxe prejuízo ao erário, devendo ser mantida a multa aplicada (fls. 28 a 31).

Foi realizada a intimação da atuada, conforme fl. 33.

Inconformada, a atuada apresenta Recurso ao Conselho Pleno onde aduz que a multa aplicada é desproporcional ao porte e ao faturamento da empresa; que a Câmara Julgadora decidiu contrária à legislação vigente à época do fato gerador; que à época do fato não existia a condição prevista no §8º do art. 71, com que se baseou a decisão cameral; e que a multa aplicada é exorbitante e injusta. Reitera o pedido de procedência parcial, aplicando-se a multa de R\$ 25.740,00 (vinte e cinco mil, setecentos e quarenta reais), fls. 36 a 41.

É o relatório.

DECISÃO

De plano formulo em preliminar a arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, interposto pelo contribuinte, pelo que se segue:

A Lei nº 16.469/09 (art. 41, II, § 1º) determina os requisitos a ser observados para cabimento de recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral unânime, devendo a parte cumpri-las, sob pena de o recurso ser liminarmente inadmitido:

“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.”

Consultando o Acórdão 095/2012 (fls. 29 a 31) observo que a Primeira Câmara deste Conselho, em decisão unânime, considerou procedente o auto de infração.

No caso, a defesa ao apresentar o recurso para o Conselho Pleno deveria ter cumprido as exigências fixadas no parágrafo 1º, II do art. 41 da Lei nº 16.469/09, implicando o não cumprimento destas condições na inadmissão liminar do recurso.

Ao analisar o processo, sobretudo a peça defensiva, não observo o cumprimento das condições legais para cabimento do recurso para o Conselho Pleno, uma vez que não houve demonstração de contrariedade à disposição contida na legislação tributária estadual, devendo, pois, o recurso para o Conselho Pleno apresentado pelo contribuinte ser inadmitido.

Do exposto, e com a unanimidade de meus pares, voto em preliminar pela inadmissibilidade do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, tendo em vista a peça defensiva não guardar consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09

Sala das sessões plenárias, em 28 de agosto de 2012.

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Omissão de recolhimento de ICMS declarado em DPI (Inadmissibilidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01255/12

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Questão processual. Omissão de recolhimento de imposto lançado e não recolhido. Recurso voluntário pedindo reexame de processo sujeito ao rito da não contenciosidade. Inadmissão do recurso. Decisão unânime.

Restando provado que nos casos de rito extraordinário de não contenciosidade não houve apresentação de pedido de sua descaracterização, o recurso deve ser inadmitido, conforme artigo 29 da Lei 16.469/09.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de maio de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso, arguida pelo Conselheiro Relator, tendo em vista tratar-se de crédito tributário não contencioso. Participaram do julgamento os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Nivaldo Carvelo Carvalho e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

Texto da exordial é o seguinte:

“Omitiu pagamento do ICMS na Declaração Periódica de Informação – DPI, na importância de R\$ 3.474.629,00 (três milhões quatrocentos e setenta e quatro mil seiscentos e vinte e nove reais), conforme documentos anexos. Em consequência, deverá pagar o imposto omitido, juntamente com a penalidade e acréscimos legais.”

Foi anexado aos autos relatório emitido pelo sistema da SEFAZ, que é o comparativo DPI x SARE , referente ao período descrito na exordial (fls. 4/5).

Houve correta intimação do sujeito passivo (fls. 6/7) em relação ao auto de infração, oferecendo a ele a oportunidade de pagar o débito, ou pedir a descaracterização da não contenciosidade, vez que se trata de processo com rito extraordinário não contencioso, conforme artigo 29 da Lei 16.469/09.

Ele compareceu e apresentou suas razões (fls. 10/15).

Primeiro contesta a exigência da correção monetária, entende que inexistente previsão legal para tal cobrança. Após, esclarece que tem direito à compensação com precatório vencido e não pago que lhe pertence. Informe que é detentora de parte do crédito do precatório nº 292/97 e do precatório nº 27511 (8253269), que foram adquiridos por escritura pública de cessão de créditos, conforme parágrafo 14º do artigo 100 da Constituição Federal.

Atesta que fez pedidos ao Tribunal de origem (TJ – GO) e à entidade devedora (Estado de Goiás), através da Procuradoria Geral do Estado, o pedido de extinção dos tributos referidos no auto de infração, conforme dispõe os parágrafos 13º e 14º desse mesmo artigo 100 da Constituição.

Expõe tese de que está livre da exigência narrada na exordial com base no artigo 78 do ADCT do texto constitucional, que teria concedido poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

Fez referência à jurisprudência do STJ sobre a matéria, onde o entendimento exarado, segundo assevera, foi confirmado.

Fez anexação de cópia da NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL feita à Procuradoria Geral do Estado de Goiás (fls. 1618), bem como de protocolo encaminhado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (fls. 19/21).

Também foi feita juntada de cópia da escritura pública de cessão parcial de direitos creditórios e outras avenças (fls. 23/24).

Decisão singular (fls. 35/38) rejeitou argumentos defensorios, com base, principalmente no entendimento de que inexistia previsão legal para tal procedimento, e tal discussão deveria ser encetada diante do poder judiciário.

Nova intimação foi feita ao sujeito passivo (fls. 39/40), instando-o a pagar a quantia exigida em virtude da condenação em primeira instância, ou lhe oferecendo oportunidade para oferecer recurso voluntário.

Corretamente intimado de tal decisão, sujeito passivo interpôs recurso voluntário (fls. 43/49).

Repete os mesmos argumentos trazidos na fase singular. Entende ter direito à compensação de direitos que detém contra o Estado de Goiás, e que, após tal procedimento, não restaria nenhuma diferença em favor do erário estadual.

É o relatório.

DECISÃO

No momento do julgamento, argui a inadmissibilidade do presente recurso face à constatação de que nesse processo estamos diante de rito extraordinário, onde há a chamada não contenciosidade. Em sua manifestação na instância singular o sujeito passivo não trouxe qualquer pedido de descaracterização da não contenciosidade.

A decisão singular foi clara no sentido de que deveria haver o pagamento do crédito, conforme lançado pela fiscalização. Não cabe mais qualquer tipo de discussão no presente caso. Vejamos a redação do artigo 29 da Lei 16.469/09:

“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 preempção ou sua declaração.”

Destarte, inadmito o presente recurso com base no artigo 29 da Lei 16.469/09, acima transcrito.

Sala das sessões, em 06 de junho de 2012.

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Saída de mercadoria tributada sem emissão de documentação fiscal (Inadmissibilidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00492/12

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: Preliminar de Inadmissibilidade do Recurso ao Conselho Pleno. Ausência de requisitos legais. Acolhimento. Decisão unânime.

Devem ser liminarmente inadmitidos os recursos ao Conselho Pleno quando a decisão recorrida for unânime e não tiverem sido atendidas as condições previstas no art. 41 da Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 16 de novembro de 2010, decidiu, por unanimidade 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. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Gustavo Alberto Izac Pinto, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Cláudio Henrique de Oliveira, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Domingos Caruso Neto, Delcides de Souza Fonseca, Manoel Antônio Costa Filho e José Luiz Rosa.

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 tributada sem documentação fiscal, no valor comercial de R\$ 1.283.781,11, conforme arquivo de banco de dados copiado e autenticado dos microcomputadores lacrados e apreendidos conforme Termo de Lacração, Termo de Apreensão nr. 1100094056-6, Termo de Cópia e Autenticação de Arquivos Magnéticos e demonstrativos anexos. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 200.633,63 juntamente com os acréscimos legais.

São dados como infringidos os artigos 64 e 66, da Lei nº 11651/91 combinado como o art. 179, parágrafo 1º, Anexo XI, do Decreto nº 4852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VII, alínea 'L', § 9, 'i' da Lei nº 11651/1991, com redação da Lei nº 13446/1999.

Foram incluídos como solidários os Senhores [...], [...] e [...], identificados às fls. 04, 05 e 06 dos autos, respectivamente.

Representados por advogados legalmente constituídos, o sujeito passivo direto e dois primeiros solidários apresentam, em peça única, impugnação à Primeira Instância, a fim de pleitear a improcedência do auto de infração.

O terceiro sujeito passivo [...] solidário é considerado revel às fls. 147.

Em decisão proferida pela primeira instância, o julgador singular afirma que a 'sonegação' foi confessada e entendendo 'que a defesa não trouxe argumentação ou documentação suficiente para refutar o procedimento fiscal, inclusive os cálculos', julga procedente a exigência fiscal.

O responsável solidário [...] não se manifesta novamente nos autos, agora, em sede de recurso voluntário, é considerado perempto (fls. 156).

Inconformados com a decisão singular, a atuada, juntamente com os demais solidários, interpõe recurso voluntário no qual alegam que houve cerceamento do direito de defesa, pois, além dos procedimentos policiais que antecederam a lavratura do auto, a documentação que se utilizou para dar sustentação à peça acusatória é unilateral, uma vez que é de difícil entendimento, sendo praticamente impossível fazer-se um levantamento contestatório.

No mérito, reafirmam suas razões impugnatórias, ressaltando que o fisco se baseou somente em confissões feitas pelos representantes da empresa em momento de coação; e que os números apontados na basilar são fictícios e não servem de embasamento.

A Segunda Câmara deste Conselho Administrativo Tributário, em decisão unânime, rejeita as preliminares de nulidade da peça básica e de exclusão dos solidários da lide e, quanto ao mérito nega provimento ao recurso interposto para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Agora, invocando o artigo 35, § 1º, 'b', 2 da Lei nº 13.882/01, os atuados pugnam pela admissão e conhecimento de seu recurso, alegando que o julgamento anterior não apreciou "*provas robustas constantes dos autos*", as quais permitem a admissão e o provimento do presente apelo.

Alegam que, desde as razões recursais denunciaram "a forma que o auto de infração foi lavrado, ou seja, num flagrante cerceamento ao direito de defesa, em face à pressão sofrida pelos seus sócios, na oitava perante a autoridade policial, além do fato de que a documentação usada para dar sustentação ao lançamento fiscal em exame se deu de forma unilateral, sem a presença de pessoa da empresa para que pudesse fornecer dados relativos à operação tida como irregular".

Alegam que "*o fisco não procedeu um levantamento para dar sustentação a peça acusatória, tendo como base tão somente as confissões feitas pelos representantes da empresa, em momento de coação, na presença de autoridade policial*" e que o "*lançamento que considerou tudo como 'Caixa 2', onde não foi apresentado, em momento algum a diminuição dos valores registrados*".

Questionam o acórdão cameral, na parte em se apóia em afirmação de um dos sócios "acerca da existência de venda de mercadorias sem emissão de documento fiscal, levando ao convencimento da procedência da atuação", sem,

contudo, considerar que o depoente “disse que a sua função era de ‘comprar e pagar’, significando dizer que a parte dos lançamentos e registros fiscais e contábeis não era a sua função na empresa”.

Entendem que, fora disso, “não se vislumbra qualquer dado ou documento fiscal que possa dar sustentação à exigência fiscal”, e, ao final, reitera o pedido constante do recurso cameral, com o reconhecimento da nulidade por cerceamento do direito de defesa, como também, se ultrapassada a questão preliminar, a reforma da decisão recorrida, com o julgamento pela improcedência da peça basilar.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Como visto, cuida-se de recurso interposto contra decisão cameral unânime, o qual fica sujeito ao prévio juízo de admissibilidade, consoante o disposto na legislação que rege o processo administrativo tributário. De um modo geral, tem-se entendido como admitidos os recursos cuja inadmissibilidade não seja levantada, ficando, neste caso, por economia processual, dispensado este juízo. OPÇÃO 2

Porém, como veremos, esta não é a situação em que se pode alojar o presente apelo. As condições de prosseguimento desse tipo recursal, quando a decisão recorrida tenha se dado por unanimidade de votos, encontram-se estabelecidas no art. 41 da Lei nº 16.469/2009, na parte que transcrevemos a seguir:

“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.”

Ao teor das disposições legais em relevo, percebe-se que as decisões camerais tomadas por unanimidade só podem ser objeto de recurso em duas hipóteses: (1) quando divergirem de decisão de outra Câmara não reformada ou do Conselho Pleno, que tenha tratado de matéria idêntica. Neste caso, tomando como paradigma os embargos de divergência, existentes no processo civil, necessário se faz a juntada de cópia do acórdão divergente, medida sem a qual o recurso será liminarmente inadmitido pelo órgão julgador, cabendo à parte contrária comprovar a reforma da decisão cameral, se for o caso; (2) quando forem inequivocamente contrárias à 'disposição expressa da legislação tributária estadual' ou à 'prova inconteste, constante do processo à época do julgamento'. Nesta última situação, a parte recorrente demonstrará, de forma destacada, a contrariedade à disposição expressa da legislação tributária estadual ou à prova constante do processo, medida sem a qual o recurso também será liminarmente inadmitido.

No presente caso, as condições ou requisitos para a admissão do recurso ora interposto não foram atendidos, uma vez que, unânime a decisão cameral recorrida, não se fez prova da existência de decisum divergente nem de contrariedade à disposição expressa da legislação tributária nem de julgamento contrário à prova constante dos autos do processo.

Diante do exposto, levanto a preliminar de inadmissibilidade quanto ao recurso apresentado pelo sujeito passivo.

Sala das sessões plenárias, em 06 de março de 2012.

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Utilização indevida do benefício da base de cálculo reduzida (Inadmissibilidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00140/12

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: Processual. Inadmissibilidade de recurso para o Conselho Pleno interposto pela Fazenda Pública. Arguição formulada pelo Relator. Acolhimento. Decisão unânime. Mantida a decisão cameral que declarou nula a peça básica por insegurança na determinação da infração.

I - Em caso de nulidade do auto de infração por questão de natureza formal, o acórdão demonstrativo de divergência jurisprudencial deve referir-se a questão desta mesma natureza;

II - As razões de se recorrer de decisão anulatória devem se referir à questão discutida quando do acolhimento da preliminar de nulidade contestada e não a questões relativas ao mérito;

III - Não se admite recurso para o Conselho Pleno quando não atendidos os requisitos legalmente previstos para seu cabimento, mantendo-se a correspondente decisão cameral.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de maio de 2011, decidiu, por unanimidade 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. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, José Artur Mascarenhas da Silva, Allen Anderson Viana, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Heli José da Silva e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Em 14 de junho de 2008, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 5.127,80 (cinco mil, cento e vinte e sete reais e oitenta centavos), multa e acréscimos da firma autuada, na condição de contribuinte, em razão desta, estando impedida de usufruir de benefício fiscal, ter, no mês junho de 2008, efetuado saídas de mercadorias, grafando-as com o benefício da base de cálculo reduzida.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, demonstrativo fiscal (fls. 3), Certidão de Débito em Dívida Ativa - Positiva (fls. 6 e 7), extratos de Autos de Infração (fls. 8 a 11) e 4^{as} vias de notas fiscais (fls. 12 a 33).

Intimado em 15 de julho de 2008 (fl. 35), o sujeito passivo comparece ao processo apresentando impugnação em Primeira Instância (fls. 37 a 61), acompanhada de documentação (fls. 62 a 161).

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, decide pela procedência do lançamento, consoante a Sentença nº 4773/09 (fls. 163 a 166).

Inconformado, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário (fls. 170 a 195), formulando questões preliminares e meritórias.

Protesta pela juntada posterior de documentos necessários à comprovação da lisura dos procedimentos da recorrente, bem como pela produção

de prova pericial requerida na instância singular, quando então a autuada indicará seu assistente técnico.

A Quarta Câmara, em decisão unânime, materializada no Acórdão n° 3817/2009 (fls. 199 a 2002), acolhe a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo Representante Fazendário, por insegurança na determinação da infração, declarando nulo 'ab initio' o processo.

Inconformada, a Fazenda Estadual apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 204 a 205), pedindo o afastamento da nulidade do lançamento declarada no Acórdão n° 3817/2009 e o retorno dos autos àquela instância para julgamento de toda matéria.

Argumenta que a Representação Fazendária não pleiteou a nulidade do lançamento e discorda da decisão recorrida, posto que, conforme memorando (fls. 160 a 161), assiste à empresa executada, tão-somente o direito de obter certidão positiva com efeitos de negativa, não restando definitiva, a suspensão da exigibilidade do crédito alegado pelo sujeito passivo.

No intuito de comprovar o cabimento do recurso ao Conselho Pleno, junta cópia do Acórdão n° 01203/07 (fls. 206 a 209).

Na contradita ao recurso da Fazenda Estadual (fls. 214 a 234), o sujeito passivo pede a manutenção da decisão anulatória proferida pela Quarta Câmara no Acórdão n° 3817/2009, argumentando que a empresa possui débitos inscritos em dívida ativa, porém se encontram com sua exigibilidade suspensa, o que lhe assegura a utilização do benefício fiscal, nos termos do art. 1°, § 1°, do Anexo IX, do Decreto n° 4.852/97.

Afirma ter anexado aos autos cópias dos documentos que comprovam a suspensão da exigibilidade dos supostos créditos tributários, relativos ao Processo n° 3 0054502 391 50.

O referido débito inscrito em dívida ativa, que é objeto de Execução Fiscal devidamente embargada, está garantido por carta fiança, apresentada muito antes da lavratura do auto de infração, que acarreta sim a suspensão da exigibilidade do débito inscrito.

Tanto é assim que o próprio Juízo reconheceu a suspensão da exigibilidade do débito em questão, assim como a Procuradoria da Fazenda do Estado de Goiás, conforme Certidão e Manifestação cujas cópias já foram juntadas aos autos quando da apresentação da impugnação.

Dessa forma, não há qualquer motivo que justifique a não fruição do benefício fiscal utilizado pela autuada, não há que se falar em redução indevida de base de cálculo.

Na contradita trata ainda de preliminar de nulidade do auto de infração (fl. 216), porque baseado em meros indícios, presunções e ausência de documentos probatórios.

Trata também, em preliminar, da inconstitucionalidade decorrente do evidente caráter confiscatório das multas instituídas pela lei (fls. 224).

Aborda o mérito, afirmando que a autuação afronta os princípios constitucionais da livre iniciativa da empresa, legalidade, hierarquia das normas e segurança jurídica.

Transcreve dispositivos legais, citando doutrina e jurisprudência.

É o relatório.

DECISÃO

Formulo em preliminar arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, interposto pela Fazenda Pública, pelo que exponho:

A Lei nº 16.469/09 (art. 41, II, § 1º) fixa os requisitos para cabimento de recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral unânime, devendo a recorrente cumpri-las, sob pena do recurso ser liminarmente inadmitido:

“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 incontestada, 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.” [Grifo oportuno]”

Como se vê no Acórdão nº 3817/2009 (fls. 199 a 202), a Quarta Câmara deste Conselho, em decisão unânime, acolheu a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo Representante Fazendário, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo “ab initio” o processo.

Referida decisão foi motivada pelo fato de não era possível determinar se o crédito tributário estava ou não com a exigibilidade suspensa à época da autuação, não podendo esta ocorrer simplesmente com base em cópias de notas fiscais emitidas com utilização de benefício fiscal e Certidão de Débito em Dívida Ativa – Positiva, que nada informa sobre a data da inscrição do débito em dívida ativa, bem como sobre a questão relativa à suspensão da exigibilidade, transferindo o ônus da prova para o sujeito passivo.

A Fazenda Pública, na interposição do recurso ao Conselho Pleno (fls. 204 a 205), fundamentou-se nas regras do art. 41, II, “a”, da Lei nº 16.469/09, juntando, a título de decisão cameral divergente, cópia do Acórdão da II CJUL nº 01203/07 (fls. 206 a 209), tendo a arguição de nulidade nele formulada sido justificada pela existência de diversos erros vícios e imperfeições no lançamento (fl. 207, § 5º).

A recorrente fala que assiste à empresa executada tão-somente o direito de obter Certidão Positiva com Efeito Negativo, em face do disposto no art. 206 do Código Tributário Nacional (CTN), exposto no Memorando nº 69/2006 – PGE/PRV (fls. 160 a 161), não restando definitiva a suspensão da exigibilidade do crédito.

Trata-se efetivamente de questão de mérito, sendo que no Acórdão nº 01203/07 (fls. 206 a 209), “divergente”, embora no mérito a matéria seja a mesma, quanto à preliminar de nulidade (fl. 207, § 5º) a arguição de insegurança foi em face da existência de diversos erros, vícios imperfeições no auto de infração, o que não coincide com a fundamentação do acolhimento da preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração no caso presente, que é a impossibilidade de se determinar se o crédito tributário estava com a exigibilidade suspensa ou não à época da autuação (fl. 201, penúltimo parágrafo).

Assim, quanto à preliminar de insegurança na determinação da infração, vejo que o acórdão trazido pela recorrente (fls. 206 a 209) não indica a presença de divergência jurisprudencial, uma vez que a alegação genérica de diversos erros, vícios e imperfeições no lançamento, constante do acórdão paradigma, não coincide com a questão relativa à possibilidade ou não de se determinar se o crédito tributário estava com a exigibilidade suspensa à época da autuação, que foi a matéria discutida no presente caso (fl. 201) e que motivou o acolhimento da preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, arguida pela própria Representação Fazendária (fl. 198), e que, posteriormente, essa própria parte quis reverter.

Adicionalmente, destaco que as razões da Fazenda Pública não atacam a imperfeição formal que fundamentou a decisão recorrida, mas discorre sobre a questão relativa à suspensão ou não da exigibilidade de crédito tributário cuja inscrição em dívida ativa motivou a declaração de nulidade, questão essa que trata do mérito da acusação (fls. 204 a 205, § 6º).

No caso, portanto, não existindo divergência entre o acórdão juntado pela recorrente e a decisão recorrida (questão preliminar), não se cumpriu as exigências fixadas no § 1º, I, do art. 41 da Lei nº 16.469/09, implicando na inadmissão liminar do recurso.

No mais, a nulidade arguida pela Representação Fazendária, acolhida no julgamento cameral, abre espaço para reatuação, para retirada de imperfeições, tais como as seguintes:

a) não indicação expressa e precisa de quais autos de infração que, relativos aos créditos tributários inscritos em dívida ativa, ensejaram a glosa do benefício da redução da base de cálculo, indicando-se, para todos eles, a data de inscrição em dívida ativa, como se fez para 2 (dois) dos autos de infração constantes das referidas certidões, anexados aos autos (fls. 8 e 10).

b) não menção expressa, no histórico do auto de infração, do dispositivo legal permissivo do benefício da redução da base de cálculo glosado em função da existência de crédito tributário inscrito em dívida ativa e de clara referência de que a glosa se deu por essa causa.

Ante o exposto, voto em preliminar pela inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09.

Sala das sessões plenárias, em 19 de janeiro de 2012.

INIDONEIDADE DOCUMENTAL

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

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Destinatário declara não haver recebido a mercadoria (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00449/12

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Transporte de mercadoria acompanhada de documento considerado inidôneo. Procedência. Decisão unânime.

I - Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que tenha sido adulterado, viciado ou falsificado;(CTE, art. 67, IV);

II - As mercadorias, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos, consideram-se em situação fiscal irregular as mercadorias acompanhadas de documentação fiscal inidônea. (CTE, art. 66, Parágrafo único);

III - É procedente o auto de infração relativo a inidoneidade de documento fiscal, quando o sujeito passivo não comprovar 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 19 de janeiro de 2011, 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 Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa e Itamar Alves Carrijo.

RELATÓRIO

Em 23 de julho de 2007, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 40.209,21 (quarenta mil, duzentos e nove reais e vinte e um centavos), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter emitido a Nota Fiscal nº 0802, considerada inidônea pela fiscalização, por ter o destinatário dela declarado não ter adquirido a mercadoria nela discriminada.

O lançamento refere-se a fato gerador ocorrido no dia 23 de julho de 2007.

Citados como infringidos os arts. 11, 13, I, 27, I, 45, II, 64, 66 e 67, I e IV, todos da Lei nº 11.651/91. Proposta a penalidade prevista no art. 71, XII, alínea "a", item 1, da Lei nº 11.651/91, agravada pelo § 9º, II, do mesmo artigo e diploma legal.

Identificada como sujeito passivo solidário a pessoa jurídica [...], na condição de possuidor da mercadoria (fl. 4).

Apreendeu-se a mercadoria, a Nota Fiscal nº 0802, o CTCR nº 001, juntando estes e o termo de apreensão ao processo (fls. 8, 12 e 15). Juntou-se ainda cópias da CNH do motorista e do certificado de registro e licenciamento do veículo (fl. 15), bem como de Declaração firmada pela empresa [...] (fl. 18).

Intimados do auto de infração em 06/08/2007 (fls. 20 a 23), os sujeitos passivos apresentam impugnação em peças separadas (fls. 26 a 28 e 39 a 41), pedindo o sujeito epigrafado a improcedência do lançamento, alegando que a Nota Fiscal nº 0802 foi emitida erroneamente em nome da empresa [...], por não ter esta efetuado qualquer pedido da mercadoria, tendo o equívoco sido detectado apenas no Posto Fiscal de Posse (GO).

Diz que o caso não comporta a declaração de inidoneidade, apenas o cancelamento do referido documento fiscal e a emissão de outro, corretamente, como consta na Nota Fiscal nº 829, que, comparada com a Nota Fiscal nº 802, verifica-se que a mercadoria é a mesma em ambos os documentos.

O solidário alega que a sua prestação de serviço somente não foi concluída em face à apreensão das mercadorias; que as mercadorias não foram entregues, não ocorrendo a circulação, inexistindo o fato gerador do imposto. Anota que o conhecimento de transporte (CTRC) foi emitido, tendo o respectivo ICMS sido pago.

Finaliza, pedido a improcedência do auto de infração, caso não seja esse o entendimento do julgador, pede a exclusão de seu nome da lide.

A defesa juntou ao processo cópias dos contratos sociais das empresas [...] (fls. 30 a 34) e da [...] (fls. 43 a 47) e xerocópias de documentos fiscais (fls. 35, 36 e 48).

A julgadora singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões das defesas apresentadas, decide pela procedência do lançamento, inclusive mantendo na lide a solidária, consoante a Sentença nº 1885/08 (fls. 59 a 61).

Anota a julgadora que a própria emitente reconheceu o cometimento de erro na emissão da nota fiscal, tendo o reconhecimento ocorrido apenas no momento da abordagem realizada pela fiscalização, vício este que caracteriza a inidoneidade do documento; que qualquer retificação de sua parte, não teria o amparo da espontaneidade prevista no art. 169, I, do Código Tributário Estadual (CTE), transcrito na sentença.

Assim, provada a inidoneidade documental, o sujeito passivo, por força do art. 68 do CTE, só poderia ilidir a pretensão do Fisco, se ficasse demonstrado que não houve, na operação, qualquer possibilidade de ocorrer prejuízo aos cofres públicos, o que não ocorreu.

A inclusão do solidário, segundo a julgadora, foi correta, tendo em vista que no momento do fato gerador do tributo o transportador era o possuidor da mercadoria, como bem retrata o termo de apreensão (fl. 8), sendo responsável pelo recolhimento do imposto devido, nos termos do art. 45, II, do CTE, transcrito na sentença.

Intimados da decisão singular (fls. 62 a 65), os sujeitos passivos apresentam recurso voluntário em peças separadas (fls. 67 a 73 e 75 a 78), pedindo o sujeito epigrafado a improcedência do lançamento, alegando essencialmente que a Nota Fiscal nº 0802 foi emitida erroneamente em nome da empresa [...], por não ter esta efetuado qualquer pedido da mercadoria, tendo o equívoco sido detectado apenas no Posto Fiscal de Posse (GO).

Diz que o caso não comporta a declaração de inidoneidade, apenas o cancelamento do referido documento fiscal e a emissão de outro, corretamente, como consta na Nota Fiscal nº 829, que, comparada com a Nota Fiscal nº 802, verifica-se que a mercadoria é a mesma em ambos os documentos.

Acrescenta que a mercadoria não foi entregue, retornando ao estabelecimento vendedor, que emitiu a Nota Fiscal nº 829, ocasião em que efetivamente ocorreu o fato gerador do imposto.

O solidário pede a improcedência do auto de infração, alegando que a sua prestação de serviço somente não foi concluída em face à apreensão das mercadorias; que as mercadorias não foram entregues, não ocorrendo a circulação, inexistindo o fato gerador do imposto. Anota que o conhecimento de transporte (CTRC) foi emitido, tendo o respectivo ICMS sido pago.

Alega ainda que a Nota Fiscal nº 0802 foi emitida erroneamente em nome da empresa [...], por não ter esta efetuado qualquer pedido da mercadoria, tendo o equívoco sido detectado apenas no Posto Fiscal de Posse (GO). Diz que a mercadoria retornou ao estabelecimento de origem, que emitiu novo documento fiscal, a Nota Fiscal nº 829, ocasião em que ocorreu o fato gerado do ICMS.

Indaga qual a razão da inidoneidade da nota fiscal, já que houve o recolhimento do tributo incidente na venda da mercadoria.

É o relatório.

DECISÃO

Dirigindo-me ao mérito, vejo que o Código Tributário Estadual (CTE), em seu art. 66, parágrafo único, determina que as mercadorias, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos. Consideram-se em situação fiscal irregular as mercadorias acompanhadas de documentação fiscal inidônea:

“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”.

O mesmo CTE, em dispositivo seguinte, o art. 67, IV, estabelece que o documento que tenha sido viciado é considerado inidôneo, para todos os efeitos fiscais:

“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;”

A autuação refere-se a transporte de mercadoria acompanhada pela Nota Fiscal nº 0802 (fl. 12), considerada inidônea pela fiscalização, nos termos do art. 67, IV, do CTE, por ter o destinatário declarado não ter adquirido a mercadoria nela descrita (fl. 18), o que caracteriza vício no documento fiscal.

A emitente do documento fiscal, bem como o solidário, tentando ilidir a acusação, alegam que a mercadoria retornou ao estabelecimento de origem, tendo sido emitida a Nota Fiscal nº 829 (fl. 36), em substituição à Nota Fiscal nº 0802 (fl. 12), ocasião em que efetuou o recolhimento do ICMS incidente na venda da mercadoria.

Sobre essas alegações, observo que na abordagem do veículo de carga, acompanhava a mercadoria a Nota Fiscal nº 0802 (fl. 12), considerada inidônea pelo vício anteriormente mencionado, conforme consta no Termo de Apreensão nº 1100091542-0 (fl. 8).

E, conforme o art. 7º, II, alínea “a”, §§ 1º e 2º, da Lei nº 16.469/09, o procedimento fiscal tem início com a apreensão de mercadoria e bem, iniciado o procedimento fica excluída a espontaneidade em relação aos atos do sujeito passivo e o pagamento do tributo não exime o sujeito passivo da penalidade aplicável:

“Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

[...]

II - a apreensão de:

a) mercadoria e bem;

[...]

§ 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”.

Portanto, as alegações da defesa, expostas anteriormente, não ilidem a acusação, já que com o início do procedimento fiscal, marcado no referido termo de apreensão, ficou excluída a espontaneidade em relação aos atos do sujeito passivo.

Ademais, a emissão da Nota Fiscal nº 829 (fl. 35), com o intuito de substituir a Nota Fiscal nº 802 (fl. 13), não prevalece, porque esta não foi cancelada, já que as suas 1ª e 3ª vias estão nestes autos (fls. 13 e 14), sendo que para se cancelar um documento fiscal devem estar juntas todas as suas vias.

Sobre a alegação da defesa de que a mercadoria retornou ao estabelecimento de origem, podemos ver no termo de apreensão (fl. 9), que a mercadoria foi apreendida, não constando termo de liberação dela, tendo sido concedido o prazo de 60 dias para retirada da mercadoria (fl. 10).

O solidário indaga qual a razão da inidoneidade da Nota Fiscal nº 802, já que houve o recolhimento do tributo incidente na venda da mercadoria.

Ora, o CTE, em seu art. 67, IV, estabelece que o documento que tenha sido viciado é considerado inidôneo, para todos os efeitos fiscais. A Nota Fiscal nº 802 (fl. 13) foi emitida para a destinatária [...], que declarou não ter adquirido a mercadoria nela discriminada (fl. 18), o que caracteriza vício do documento fiscal, portanto, inidôneo.

Quisesse a defesa afastar a acusação de inidoneidade do documento fiscal, bastaria comprovar que a irregularidade não importou em falta de pagamento, total ou parcial do imposto, consoante o art. 68 do CTE:

“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”.

Por oportuno, anoto que a solidariedade do transportador está prevista no art. 45, II, do CTE, já que no momento da apreensão da mercadoria, em razão da inidoneidade da nota fiscal que a acompanhava, inclusive confessada pela emitente, assumiu ele a condição de possuidor da mercadoria:

“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:

[...]

II - o possuidor das mercadorias ou bens, com aquele que as tenha fornecido, quando encontrados em situação fiscal irregular;”

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

Sala das sessões plenárias, em 01 de março de 2012.

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

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Mercadoria acompanhada por NF Serviços (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02265/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Processual. Pedido de reinclusão na lide de solidário, feito pela Fazenda Pública. Administrador. Acolhido. Remessa de mercadorias com Notas Fiscais de Serviços consideradas inidôneas para a operação. Procedência. Manutenção da decisão cameral.

I - 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. (CTE, art. 45, XII);

II - Deve ser mantido na lide o administrador que, por sua ação ou omissão, tenha responsabilidade tributária solidária nos termos previstos na lei;

III - O imposto incide sobre o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do ICMS (art.11, inc. III, alínea b do CTE);

IV - As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos, considerando-se irregular as mercadorias ou serviços desacompanhados de documentos fiscais exigidos ou acompanhados de documentação fiscal inidônea (art. 66, parágrafo único do CTE);

V - Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação (art. 67 do CTE).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 07 de agosto de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reincluir na lide os solidários. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Victor Augusto de Faria Morato, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Álvaro Falanque, Delcídes de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa e Nivaldo Carvelo Carvalho. Quanto ao mérito, por unanimidade 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.

Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Víctor Augusto de Faria Morato, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Nivaldo Carvelo Carvalho e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

A presente autuação decorreu do fato de o sujeito passivo em epígrafe ter, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, remetido mercadorias tributadas pelo ICMS acompanhadas por Notas Fiscais de Serviços, consideradas inidôneas pela fiscalização, por serem impróprias para acobertar a operação, sendo-lhe imputado a exigência do ICMS no valor de R\$ 259.012,58 (duzentos e cinquenta e nove mil, doze reais e cinquenta e oito centavos), multa e demais acréscimos legais.

Identificada como sujeito passivo solidário a pessoa de [...], na condição de administrador da firma autuada.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS (fls. 11 a 17), Relação de Notas Fiscais de Serviço com Venda de Mercadorias Sujeitas à Tributação pelo ICMS (fls. 18 a 19), cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 20 a 45) e livro Registro de Prestação de Serviços (fls. 46 a 58), dentre outros documentos.

Inconformados com a decisão cameral que decidiu acolher pedido de exclusão da lide do solidário [...] e, no mérito, confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, interpõem recurso dirigido ao Conselho Pleno tanto a Fazenda Pública Estadual quanto ao sujeito passivo autuado.

A Fazenda Pública argumenta às fls. 612, que a decisão que excluiu da lide o solidário contraria o disposto no artigo 124, I do CTN bem como a regra contida no artigo 45, XII do CTE.

O sujeito passivo solidário, mediante manifestação de fls. 618-619, contradita o recurso da Fazenda Pública, aduzindo que a decisão deve ser mantida, pois ele não se omitiu nem prestou declaração falsa, donde conclui que não há fundamento jurídico para sua manutenção na lide.

O sujeito passivo principal, na peça de fls. 621-634, aduz que as obras executadas, objeto deste auto de infração, foram contratadas por empreitada global e que não houve venda de mercadoria como afirma o acórdão, mas o simples transporte das peças prontas de sua fabricação, peças estas feitas especificamente para serem usadas na obra contratada pelo contrato de empreitada global.

Argumentou que conforme documentação anexada aos autos é impossível à confecção das mercadorias onde a obra é realizada e que para o fim de transportar as peças pré-moldadas para o local onde ocorreu a finalização do projeto emitiu as notas fiscais modelo 1, série 1 (simples remessa); já para o recebimento do valor do serviço prestado emite nota fiscal/fatura de serviços.

Alegou que as notas fiscais/fatura de serviços são emitidas discriminando diversos valores por exigência da Instrução Normativa do INSS para cobrança da Previdência Social.

Em amparo ao seu raciocínio transcreveu citações doutrinárias, voto vencido do Sr. Nivaldo Carvelo Carvalho em julgamento semelhante e julgados do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo, entendo que cabe provimento ao pedido da Fazenda Pública Estadual de reinclusão do solidário.

No presente caso, o sócio [...] é o administrador da empresa, de acordo com a Décima Primeira Alteração e Consolidação do Contrato Social, fls. 05 a 07, comprovando de forma inequívoca a responsabilidade solidária.

É o que depreendemos da análise do artigo 45, XII do Código Tributário Estadual do Estado de Goiás, que corrobora essa forma de interpretar a nossa legislação. Vejamos a sua redação:

“Art. 45. 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:

(...)

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”

Em relação ao mérito, destaco que a matéria em apreço deve ser apreciada à luz do que dispõe a Lei Complementar 116/2003, mais especificamente o item 7.02, relativo a Lista de Serviços, *in verbis*:

“7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias

produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)". (grifo nosso)

No presente caso, a obra por empreitada global utiliza peças premoldadas que se ajustam às necessidades inerentes de cada projeto, sendo fornecidas após a fabricação, ocorrida no âmbito empresarial.

O transporte das mercadorias até o canteiro da obra, objeto do contrato firmado, foi realizado por meio de notas fiscais modelo 1 da série 1, cuja natureza da operação foi grafada com a denominação de Simples Remessa, CFOP 5449.

Examinando a cláusula segunda da Consolidação do Contrato Social, depreendemos que a mesma é redigida nos seguintes termos:

O objetivo da sociedade é a exploração da indústria de pré - fabricados de concreto, aço, madeiras, prestação de serviços de montagens e construção civil em geral e elétrica, terraplanagem e pavimentação asfáltica, incorporação, planejamento, montagens eletromecânicas, de máquinas e equipamentos e elaboração de projetos

Dessa forma, as operações realizadas pela empresa condizem com o ramo de atividades da empresa no que diz respeito à fabricação de artefatos de cimento para uso na construção civil, ou seja, a fabricação de premoldados com maquinário próprio da empresa em atendimento às encomendas por empreita, estando sujeita a incidência do ICMS.

Não é outro o entendimento exarado do título Procedimentos Especiais, que em seu art. 25, inciso II, do Anexo XIII do Decreto 4.852/97 do Decreto 4.852/97, que propõe:

"Art. 25. O ICMS incide sempre que a empresa de construção promover saída de mercadoria:

I - decorrente de obra executada ou de demolição, inclusive sobra e resíduo, quando destinados a terceiro;

II - de fabricação própria."

Está correta a fundamentação legal do auto de infração ao citar também os art. 11, inciso III, 66 e 67, que estabelecem:

"Art. 11. O imposto incide sobre:

[...]

III - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços:

[...]

b) compreendidos na competência tributária dos municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do ICMS;

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;"

Conforme registro efetivado nos contratos de prestação de serviço para a construção civil, as peças e partes foram desenhadas, moldadas e confeccionadas de acordo com a dimensão, o tamanho, a espessura, a resistência e transportadas para o local da obra de construção civil. Pelo tamanho das peças ou partes a serem empregadas na obra, vê-se que é impossível a sua confecção no canteiro da obra, o que evidencia a sua construção no estabelecimento atuado para posterior transporte e implantação da obra.

Com este entendimento, restou caracterizada que as operações estão sujeitas à incidência do imposto nos moldes delineados em linhas pretéritas.

Ante o exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reincluir na lide o solidário. Em relação ao mérito, 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 02 de outubro de 2012.

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

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Mercadoria destinada a outro estabelecimento da empresa (denúncia anônima) (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01216/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária principal. Mercadorias em situação fiscal irregular. Inidoneidade documental. Procedência. Decisão não unânime.

1. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos. Consideram-se em situação fiscal irregular as mercadorias ou serviços desacompanhados de documentos fiscais exigidos ou acompanhados de documentação fiscal inidônea. (artigo 66 e parágrafo único, da Lei nº 11.651/91);

2. A apreensão de mercadorias, cujo recebimento se processava em estabelecimento diferente do constante na Nota Fiscal, legitima a declaração de inidoneidade do documento fiscal (artigo 67, inciso VIII, da Lei nº 11.651/91);

3. A não apresentação, pelo contribuinte, de elementos com consistente relevância capazes de provocar a modificação do procedimento fiscal que motivou a formalização do lançamento, é impositiva da alteração da pretensão fazendária.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de junho de 2011, 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 Heli José da Silva, Célia Reis Di Rezende, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, José Artur Mascarenhas da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Allen Anderson Viana, José Pereira D'abadia, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Gustavo Alberto Izac Pinto e Delcídes de Souza Fonseca que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Narra a peça de sustentação deste feito, que o sujeito passivo recebeu mercadorias no valor comercial de R\$ 39.474,52 (trinta e nove mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos), já acrescido do ILB de 35%, acompanhadas da Nota Fiscal n.º 152808-6, destinadas a outro estabelecimento da empresa situado em Palmas - TO, confirmando denúncia anônima do processo 20070000400395-2 de 23/02/2007, tendo as mercadorias sido consideradas em situação fiscal irregular, conforme Termo de Apreensão n.º 1100092604-6, e documentos anexos. Informa-se que o processo de descarga das mercadorias já havia sido iniciado. Cobra-se o ICMS no valor de R\$ 6.710,67 (seis mil, setecentos e dez reais e sessenta e sete centavos), acrescido das cominações legais.

A base legal dada por infringida foi assim descrita: Artigos 45, 64, 66, e 67, inciso I, da Lei n.º 11.651/91. E a penalidade aplicada: Artigo 71, inciso VII, alínea "I", com gravame do § 9º, inciso II, também da Lei n.º 11.651/91.

Instruindo a lide em sua fase cognitiva, o autor do lançamento acosta a este volume as seguintes peças: o lançamento com Relatório de Resultado de Diligência, onde esclarecem que a denúncia era de que o sujeito passivo recebia em seu estabelecimento mercadorias destinadas a contribuinte situado em outra UF, cujas mercadorias eram vendidas neste Estado, e emitiam documento fiscal do estabelecimento do Estado de destino das mercadorias, lesando este Estado, com remessa posterior dos documentos fiscais para os acertos fiscais e contábeis, e narram outros procedimentos e ocorrências.

Juntam, ainda: cópia de ocorrência, lavrado no livro próprio da empresa; cópias da notificação de folha 08; Declaração autorizando a proceder à abertura dos arquivos copiados; Termo de Copiagem e Autenticação de Arquivos Eletrônicos; Trancamento de Estoque; Declaração de Estoque Físico, folha 14; cópia da Nota Fiscal n.º 100, formulário n.º 120, informando ser o último documento fiscal emitido; Termo de Apreensão n.º 1100092604-6 e liberação; 1ª, 3ª e 4ª vias das Notas Fiscais n.º 152795-6, 152796-6, e 152808-6, emitidas por Petróleo Brasileiro S.A e destinadas ao Estado do Tocantins (outro estabelecimento da empresa); Notas Fiscais diversas e outros documentos, folhas 20 a 46; e, despacho n.º 0743/07-DECOM, encaminhando processo para apuração de denúncia.

Impugnando a preambular, a polaridade passiva comparece ao feito, defensivo de fls. 49/56, e, em preliminar, suscita a nulidade da peça básica, por cerceamento ao direito de defesa, e por insegurança na determinação da infração, sendo a primeira sob o argumento de duas notificações fiscais, em 23/02/2007 e 16/03/2007, e que até 26/03/2007, os documentos da empresa estariam em poder da fiscalização, que torna nulo o procedimento nos termos do inciso III, do artigo 19, da Lei n.º 13.882/01, e a segunda tese de nulidade seria de que o veículo adentrou ao pátio da empresa, por ser pertencente à mesma e não estava em processo de descarga, apresentando contradições em seu entendimento. Que os fatos caracterizam insegurança na determinação da infração por excesso de exação e por contradição.

Adentra ao mérito, alegando que as mercadorias foram recolhidas ao pátio do estabelecimento da impugnante para completa segurança dos produtos e descanso dos motoristas. Confirma que a carga destinava a estabelecimento da mesma empresa. Finaliza pedindo a nulidade processual ou a improcedência do feito.

O ilustre sentenciador monocrático rejeita as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, e no mérito, julga procedente o auto de infração, conforme Sentença nº 2.984/07 – COJP, fls. 67/68.

Em grau de Recurso Voluntário, a defesa ratifica as preliminares, argumentações e alegações pronunciadas na fase impugnatória, fls. 71/78.

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo, fls. 82.

Através do Recurso nº 069/2008, fls. 87/88, a Representação Fazendária recorre da decisão, pedindo o afastando da tese de insegurança na determinação da infração, por não haver conflito entre o Termo de Apreensão e o Trancamento do Estoque.

Em contradita, fls. 91/98, a defesa reafirma os mesmos argumentos de primeira instância, em especial, as preliminares de nulidade por cerceamento do direito de defesa, e por insegurança na determinação da infração. Ratifica, outrossim, as alegações sobre o mérito.

O Conselho Pleno do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, conhecer do Recurso Fazendário, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral que considerou nulo o auto de infração, retornando os autos à Câmara Julgadora para apreciação de toda matéria, fls. 101/104.

Intimado, nos termos da lei, o autuado ficou-se silente, fls. 105/106.

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa. 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. 107/112.

Irresignado, o sujeito passivo interpõe Recurso ao Conselho Pleno, fls. 115/122, no qual reafirma as razões proferidas nas fases defensórias anteriores. Junta os documentos fls. 123/124.

Posteriormente, promove a juntada dos documentos de fls. 130/131, com o escopo de ilidir a exordial.

Pugna, ao final, pela improcedência do lançamento.

Este é o relatório.

DECISÃO

Estando presentes os pressupostos processuais, e considerando que as preliminares de nulidade do auto de infração, suscitadas nas fases anteriores pelo sujeito passivo, foram apreciadas pelo Conselho Pleno e pela Câmara Julgadora, e, nesta fase processual, as arguições relacionadas com referidas preliminares foram retiradas, oralmente, pelo seu patrono, passo à análise do mérito.

MÉRITO

O lançamento originou-se de denúncia informando que a autuada recebia mercadorias destinadas a contribuinte estabelecido no Estado do Tocantins, e, posteriormente, promovia a saída das mesmas utilizando documentos fiscais pertencentes ao estabelecimento sediado no Tocantins. Assim, embora a operação ocorresse em território goiano, o imposto era pago para o Estado do Tocantins. Todo este fato está devidamente explicado no Relatório de fls. 04/05.

Tomando conhecimento da referida situação, o Fisco visitou o estabelecimento da autuada, e constatou um procedimento de descarga de

mercadorias, conforme descrito no Trancamento de Estoque, fls. 12/14, e Termo de Apreensão nº 1100092604-6, fls. 16.

O Conselheiro Itamar Alves Carrijo, prolator do Acórdão cameral assim se manifestou:

“Em relação ao mérito, as razões da defesa, quanto à regularidade da operação e que as mercadorias se encontravam no pátio da empresa somente por motivo de segurança e descanso dos motoristas, tais argumentos encontram-se totalmente desprovidos de provas materiais de que as mercadorias seguiram viagem e que tiveram entrada regular em seu destino, que assim confirmaria os argumentos da defesa e neste diapasão, o Código Tributário Estadual – CTE, Lei nº 11.651/91, em seu art. 67, inciso VIII, considera inidôneo o documento fiscal que, embora atenda todos os requisitos legais, acoberte mercadorias encontradas na posse de pessoa diversa daquela nele indicada como sua destinatária, na forma abaixo:

‘Art.67. Considera-se inidôneo, para todos os efeitos legais, o documento que:

[...]

VIII – embora atendendo a todos os requisitos, esteja acobertando mercadoria encontrada na posse de pessoa diversa daquela nele indicada como sua destinatária.’

Como se observa no processo e também consta dos argumentos da defesa, o estabelecimento receptor das mercadorias pertence à mesma empresa proprietária do veículo transportador, logo, é indubitável o interesse comum existente na operação entre o transportador e o receptor das mercadorias, e não consta nos autos documento fiscal emitido pela matriz, relativo à transferência daquela mercadoria apreendida e liberada, da matriz para a filial, que regularizasse a operação de entrada no estabelecimento autuado.

Nos termos acima, não existindo nos autos a prova da saída daquelas mercadorias deste Estado, como também documento fiscal regularizador da operação, emitido pela matriz da empresa, que no caso era a destinatária da mercadoria, outro entendimento não deve ser retirado, senão o de que as mercadorias foram recebidas e descarregadas no estabelecimento onde as mercadorias foram consideradas em situação fiscal, conforme atestam os documentos fiscais anexos ao processo.”

A autuação em questão deu-se em consequência de denúncia, cujo desdobramento originou, inclusive, outros lançamentos.

O sujeito passivo apresenta cópias das páginas do livro Registro de Entradas do seu estabelecimento matriz, localizado em Palmas, capital do Tocantins, indicando ter promovido o registro da Nota Fiscal nº 152808-6, apreendida pelo Fisco goiano e geradora da autuação, cujas vias encontram-se pensadas ao processo.

Cabe aqui uma indagação: Quais foram os documentos fiscais que acompanharam o trânsito das mercadorias apreendidas até a matriz em Palmas, Tocantins, haja vista que a Nota Fiscal acima referenciada encontra-se no bojo dos autos? O sujeito passivo não logrou apresentá-los.

O sujeito passivo manifestou, outrossim, que os veículos encontravam-se no pátio do seu estabelecimento em Goiânia, em razão da necessidade de descanso dos seus condutores, haja vista que não transitam pelas rodovias à noite.

Nesse aspecto, a título ilustrativo, é conhecida por todos que labutam no transporte de mercadorias, a regra comezinha que, para melhor agilizar a entrega das mercadorias transportadas, o melhor horário para iniciar tal empreitada ocorre na madrugada, de tal sorte que ao surgir os primeiros raios de sol, o transportador já se encontra em viagem. Vê-se, porém, que o Fisco, ao lavar o Termo de Apreensão nº 1100092604-6, fls. 16, indicando que a ação fiscal ocorreu às 10h00, os transportadores ainda se encontram no pátio da atuada, o que reforça, sobremaneira, a acusação de que as mercadorias destinavam-se ao Estado de Goiás, e fragiliza a afirmação de que os transportadores estavam apenas em descanso nesta Capital.

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 ao atuado, 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.

Como razões para o convencimento norteador da minha decisão, considerei nas análises realizadas em todo o conteúdo do processo que o motivo desencadeador da acusação fiscal de inidoneidade do documento fiscal que acompanhava as mercadorias atuadas, teve como espeque o fato de que o destinatário constante no mesmo era outro contribuinte, não sendo, portanto, o legalmente exigido para a operação com destino ao estabelecimento atuado.

Com esse raciocínio, e por entender infringido o postulado do artigo 67, inciso VIII, do CTE, acato a acusação fiscal quanto à inidoneidade da Nota Fiscal cujas vias encontram-se apensadas aos autos nas fls. 45/47.

Mister ressaltar, ainda, que como corolário do entendimento retro declinado, vejo que a penalidade imposta coaduna-se com a infração cometida.

Diante do exposto, no mérito, em sintonia com a maioria de meus pares, voto, conhecendo do Recurso ao Conselho Pleno, negando-lhe provimento, para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração, nos termos da exordial.

Sala das sessões plenárias, em 05 de junho de 2012.

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

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Mercadoria entregue a destinatário que alega não haver solicitado a remessa (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01586/12

Relator: Conselheiro José Pereira D'abadia

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, suscitada pela defesa, por insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Decisão unânime.

É inócuo o questionamento sobre nulidade da lide, quando desprovido de amparo legal.

ICMS. Remessa de mercadoria acobertada de documentação fiscal inidônea. Procedente. Decisão unânime.

Deve ser considerado procedente o auto de infração quando a instrução processual indicar que o polo passivo agiu ao arrepio da norma tributária, especificada no inciso IV do artigo 67 do CTE.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 11 de maio de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Pereira D'abadia, Heli José da Silva e Victor Augusto de Faria Morato. 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 Pereira D'abadia, Heli José da Silva e Victor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo, em epígrafe, remeteu mercadorias (milho em grãos), através das Notas Fiscais n.ºs 1837, 1844 e 1845, perfazendo um total de 107.580 KG, tendo como destinatário a Empresa [...], que alegou não ter solicitado a mercadoria, conforme declaração registrada em cartório que se encontra anexada aos autos, juntamente com as vias das notas fiscais, razão pela qual tais documentos estão sendo considerados inidôneos, pois se tratam de documentos viciados que tem como intuito burlar a fiscalização, através da falta de destaque do imposto incidente sobre a operação, devendo em consequência pagar o ICMS devido mais as cominações legais. OBS: valor da mercadoria acrescido do IVA.

Foram dados como infringidos os artigos 64, 66 e 67, IV, do Código Tributário Estadual (CTE). Proposta a penalidade do artigo 71, XII, "a", § 9º, I, do CTE, com redação da Lei n.º 14.058/2001.

O auto de infração foi instruído com os documentos a seguir: Ordem de Serviço nº 0087/2008 (fl. 4), cópia das Notas Fiscais nºs 1837, 1844 e 1845 (fls. 05/07), de declaração (fl. 08).

O atuado foi intimado (fls. 09/10) e ingressa com impugnação à Primeira Instância (fls. 12/22), arguindo, em preliminar, que o auto de infração padece de erro insanável, pois trata da mesma matéria já tratada nos Autos de Infração de nºs 3.0309607.657-17 e 3.0305510.802-20, tendo como objeto as Notas Fiscais nºs 1837, 1843, 1844, 1845, 1846 e 1847, todas de emissão do impugnante. Suscita a insegurança na determinação de infração com base no artigo 19, da Lei nº 13.882 do Estado de Goiás, que é causa de nulidade expressa. Afirma que as notas fiscais têm "todas as indicações necessárias à perfeita identificação da operação ou da prestação", e que não foram de qualquer forma "adulteradas, viciadas ou falsificadas". (grifou-se) Alega que "fez uma operação legal, normal, corriqueira; que vendeu sua mercadoria à vista, com pagamento antecipado, depositado em sua conta corrente, com preço FOB, ou seja, posto em sua propriedade rural; que o comprador forneceu os dados necessários para a emissão das notas fiscais, se desviou a mercadoria, ou fez qualquer coisa ilegal; que o impugnante não tem qualquer responsabilidade; que foi espontaneamente até a Delegacia Regional de Fiscalização de Formosa, dia 03/04/2008 (cópia do termo em anexo), e esclareceu todos os detalhes da operação que tinha feito, fornecendo nome dos compradores e telefones; que dessa forma, não há que se falar em responsabilidade solidária por ato ilícito, pois como é sabido, esta (solidariedade) somente se dá se ambas as partes concorrerem para que tal ilícito acontecesse, o que, absolutamente, não ocorreu no caso concreto; que o fiscal atuante, ao proceder o lançamento fiscal, dando por ocorrido o fato gerador, o fez "presumido", sob o pálio de que o impugnante teria "emitido notas fiscais sem corresponder a uma efetiva operação interna", e em virtude desta falsa premissa, considerou "inidôneas" tais notas fiscais, tendo aplicado as sanções que julgou pertinentes. Pede a nulidade do auto de infração e requerer ainda, provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sejam de que natureza for, tais como: pessoal, documental, testemunhal, pericial.

Juntamente com as razões de impugnação foram trazidos aos autos cópia da Procuração e dos documentos dos advogados e do atuado (fls. 23/25), cópia do Termo de Esclarecimentos/Declaração (fls. 26/27), cópia dos Autos de Infração de nºs 3.0305510.802-20, 3.0309607.657-17 e 3.0309913.065-36 (fls. 28/30).

O julgador singular profere a Sentença nº 5194/09 (fls. 33/39), e decide julgar procedente o lançamento de Ofício de fls. 02, devendo o sujeito passivo efetuar o recolhimento do ICMS no valor originário constante da inicial, acrescido das demais cominações legais.

Inconformado com a decisão monocrática descrita acima, o sujeito passivo interpõe recurso voluntário (fls. 43/54), reiterando as razões formuladas na Impugnação de folhas 12 a 22.

É o relatório.

DECISÃO

Sobre a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, não a acolho, por não existir nos elementos constitutivos desta lide, qualquer ofensa ao capítulo que trata da nulidade dos atos processuais, inserto no artigo 20 da Lei nº 16.469/09. A infração e a correspondente penalidade foram corretamente aplicadas, a instrução processual, em sede cognitiva, efetivada com acerto, os prazos processuais respeitados, inclusive com vista à parte litigante, nos momentos que por “ex legis” lhes são próprios. Assim, rejeitada está a preliminar em comento.

Com a questão incidental solucionada, volvo-me à razão de direito desta demanda, e, de pronto, ratifico o juízo exarado pelo nobre sentenciador “a quo” que julgou procedente o trabalho preambular, e o faço, após analisar as peças formalizadoras desta demanda, onde verifiquei que, conforme bem discorreu o julgador monocrático, fls. 33 “usque” 39, já houve decisão neste CAT, de processo de natureza idêntica ao que ora é objeto de apreciação, mais precisamente o de número 30048441 564 76, julgado pelo nobre Julgador Denilson Alves Evangelista, que procedeu a exordial.

A assertiva que pronunciei no parágrafo imediatamente volvido deve-se ao fato de que, o motivo deste lançamento, conforme informado no relatório que é parte integrante deste “decisum”, é a remessa de milho em grãos, acobertada por notas fiscais consideradas inidôneas, por incorreta identificação do destinatário, cujo destino das mercadorias é ignorado. Portanto, não se pode assegurar que as operações praticadas sejam internas, hipótese em que não haveria a tributação do milho e em não havendo esta certeza e como o polo passivo não trouxe ao processo nenhuma comprovação capaz de demonstrar a efetiva realização do negócio, e diante da negativa do destinatário de ter adquirido a mercadoria, evidenciado está que o sujeito passivo agiu ao arrepio da norma legal especificada nos artigos 66 e 67, inciso IV do CTE, “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:

[...]

IV - já tenha surtido os respectivos efeitos fiscais ou tenha sido adulterado, viciado ou falsificado.”

Assim, voto rejeitando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, também em votação unânime, conheço do recurso voluntário, nego-lhe

provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 17 de julho de 2012.

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

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - NF emitida por empresa com Termo de Acordo suspenso (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00987/12

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: Processual. Exclusão do sujeito passivo principal da lide. Obrigação principal. Preliminar arguida pelo sujeito passivo e rejeitada por unanimidade.

Deve-se manter o sujeito passivo principal na lide quando provado que fora responsável pela prática da infração estampada na basilar.

ICMS. Obrigação principal. Remessa de semoventes para abate acompanhado de notas fiscais inidôneas. Estabelecimento não autorizado a emitir documentação fiscal. Procedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que, à época do fato gerador o Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, estava suspenso não poderia o sujeito passivo remeter gado para abate acobertado por nota fiscal expedida pelo frigorífico, considerada inidônea e por isso mister se faz proceder o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 01 de setembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do sujeito passivo principal, arguida pelo mesmo. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Luis Antônio da Silva Costa. Vencido o Conselheiro Álvaro Falanque. 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 Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

Consta do processo auto de infração com a descrição que o contribuinte remeteu para abate trinta e oito vacas no valor comercial de R\$ 22.074,96 (vinte e dois mil, setenta e quatro reais e noventa e seis centavos) acobertadas pelas Notas Fiscais nº 39026 e 39027 emitidas por [...], onde são consideradas inidôneas para acobertar a operação em razão de haverem sido emitidas por estabelecimento não

autorizado por estar com seu termo de acordo suspenso, conforme fazem prova os documentos anexos.

Em consequência, deverá recolher ao Erário Estadual o tributo devido na importância de R\$ 2.648,99 (dois mil, seiscentos e quarenta e oito reais e noventa e nove centavos), acrescidos das cominações legais. Responde solidariamente pelo tributo devido o contribuinte [...].

A base legal do auto de infração encontra respaldo no art. 64, 66 e 67 inciso III da Lei 11.651/91 e a penalidade Lei Original 11651 / 91, art. 71 inciso VII alínea I, § 9, "I", redação Lei 13446 / 99 .

Devidamente intimado e legalmente representados, os sujeitos passivos autuado e solidário (fls. 13 e 14), apresentaram defesa (fls. 16/22) pedindo a improcedência do feito, alegando, para tanto, que não procede a autuação quanto ao Sr. [...], *"uma vez que agiu dentro da maior normalidade, não praticando qualquer ato que viesse a burlar o Fisco, embarcando o gado vendido em sua propriedade, no dia 01/04/2005, devidamente acobertado pelas notas fiscais nº 39026 e 39027, emitidas por Frigorífico Modelo"*.

Afirma que as notas fiscais emitidas estão devidamente autorizadas, conforme Termo de Liberação de Uso de Documento Fiscal nº 500710.0.

Diz não existir qualquer pendência da empresa que leve a suspender o TARE. Cita a cláusula quinta deste, que alega dizer esta que o TARE é atualizado automaticamente.

Requer o cancelamento e arquivamento deste, haja vista não ter ocorrido qualquer ato prejudicial à Fazenda Estadual.

De acordo com a Sentença nº 5251 / 06 - COJP (fls. 41 à 44), não foram acolhidas as preliminares de nulidade do Auto de Infração, haja vista que a documentação e as provas acostadas aos autos deixam bem clara a infração praticada, não havendo quaisquer das hipóteses de nulidade prevista no art. 19 da Lei nº 13.882 / 01; quanto ao sujeito passivo solidário estes foram devidamente qualificados e incluídos na lide, conforme preceitua o art. 45, inciso II do CTE; quanto a cláusula quinta do TARE nº 0326 / 96 - GSF, esta fala sobre as modificações da legislação tributária que ocorrerem posteriormente à assinatura do TARE, deverão ser estas alterações observadas pela acordante, fazendo parte deste, independente de qualquer aviso ou notificação pela Secretaria da Fazenda, as Notas Fiscais apreendidas não são os documentos exigidos para acobertar a operação, porque o produtor autuado não é autorizado a emitir a própria nota fiscal, deveria este, então, emitir a nota fiscal de produtor, modelo 4 na AGENFA, conforme art. 67, inciso I e II.

O Julgador Monocrático negou total provimento, e decidiu pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação.

Intimados do resultado (fl. 47), não houve manifestação dos sujeitos lavrando-se o Termo de Perempção (fl. 49).

Consta dos autos Termo de Inscrição da Dívida Ativa (fl. 50).

Conforme Termo de Juntada (fl. 51), colaciona-se aos autos o Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 53 à 56), apresentado pelo sujeito passivo autuado, que alega ser impossível um produtor rural ter conhecimento se um documento fiscal é ou não inidôneo tendo o mesmo todos os requisitos preenchidos; a Nota fiscal do frigorífico modelo estava identificando a empresa, o produtor rural, a mercadoria e ainda possuía um número de controle, o que leva a crer que estava autorizada pela SEFAZ, sendo assim, não seria possível o produtor rural tomar conhecimento se aquele estabelecimento estaria ou não em desacordo com a SEFAZ; com essas observações alega que se permite que o sujeito passivo autuado, seja excluído do pólo passivo deste auto de Infração com base no art. 20 § 5º da Lei 16.469 / 09.

Finalmente, solicita que seja recebido e provido o Pedido de Revisão Extraordinária, seja julgado improcedente e que as intimações sejam feitas no endereço residencial.

De acordo com o Despacho nº 0289 / 2010 - CAT (fl. 63), a presidência desta casa analisa o Pedido de Revisão Extraordinária e decide ADMITIR o pedido pois a documentação trazida ao processo, constata-se a existência de prova inequívoca de erro que tenha importado em ineficácia de intimação feita ao sujeito passivo, a qual foi devolvida pelos Correios com a informação " não Procurado " (fl. 45), e não tendo outorgado poderes ao procurador do sujeito passivo solidário (fl. 23), a Repartição Fazendária deveria ter promovido a intimação do sujeito passivo em seu domicílio tributário, conforme art. 15 da Lei 13.882/01 vigente à época, posto que o sujeito passivo encontrava-se com sua inscrição cadastral ativa (fl. 60).

Assim, cabe à administração anular seus atos quando eivados de vícios de legalidade, nos termos do art. 53 da Lei 13.800/01, pelo que devem ser anulados o edital de intimação (fl. 48) e demais atos subsequentes. Por outro lado, não cabe proceder a nova intimação do contribuinte, uma vez que já houve ciência do processo, nos termos do inciso IV do art. 14 da Lei 16.469/09.

Diante disso encaminha-se os autos à Gerencia de Cobrança e Programas Especiais - GECOPE, para que proceda ao cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa, nos termos prescritos pelo § 5º do mesmo dispositivo legal e, se for o caso, officie a Procuradoria Geral do Estado para fins de extinção da ação judicial respectiva, após encaminha os autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados a julgamento por uma das Câmara Julgadoras - CJUL, que apreciará a peça defensoria anexada pelo sujeito passivo.

Em cumprimento ao despacho retromencionado, foi procedido o cancelamento da inscrição do crédito tributário em dívida ativa pela Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GECOPE, tendo em vista que a correspondente ação de execução fiscal foi protocolizada no judiciário em 01/07/2007, conforme

extrato do Terminal SEFAZ à fl. 64, encaminha - se à ofício de extinção da referida execução à Procuradoria Geral do Estado.

Encaminha-se os autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância - SEASI - para que sejam distribuídos a julgamento por uma das Câmaras Julgadoras - CJUL, conforme Despacho supracitado.

Resolução cameral nº 109/2011, de fls. 66, por unanimidade de votos, converte o feito em diligência ao Núcleo de Preparo Processual – NUPRE para que seja sanada a falha processual arguida oralmente pelo douto representante da Fazenda Pública Estadual em face da ausência de lavratura do termo de revelia, na fase singular, do sujeito passivo solidário ([...]), pois como constatou-se, apesar de devidamente intimado, o mesmo não se manifestou, na forma da impugnação, naquela fase processual. Deve-se destacar que, conforme alegado e provado, em momento seguinte no processo, a impugnação de fls. 16/23, embora contenha o nome do sujeito passivo solidário, não poderia assim fazê-lo visto que a representação jurídica estabelecida não alcançava a pessoa do Sr. [...]; que está evidente a revelia do solidário e que tal vício deve ser sanado com a lavratura do termo próprio para tal caso.

Em resposta à solicitação cameral é lavrado e colacionado aos autos o Termo de Revelia do solidário [...] às fls. 67 dos autos.

É o relatório. Passo a decidir.

DECISÃO

Não obstante o sujeito passivo principal tenha arguido a preliminar de sua exclusão do feito, para que toda a responsabilidade tributária fosse imputada ao solidário, devo rejeitá-la, pois a responsabilidade pelo descumprimento da obrigação tributária não deve lhe ser subtraída. De fato, melhor teria feito o sujeito passivo se tivesse tomado ciência da suspensão do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 326/96-GSF, que amparava suas operações comerciais com o frigorífico. Como não o fez, não pode querer eximir-se de suas responsabilidades. Deste modo e com a unanimidade do voto de meus pares, devo mantê-lo na lide.

No mérito, não obstante os reiterados argumentos do sujeito passivo considero que o feito deve prosperar. De fato, ao contrário do que aduz o sujeito passivo solidário, em relação à cláusula quinta do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE de nº 326/96-GSF, todas as modificações futuras tem de ser observadas pelos acordantes independentemente de comunicação prévia da Sefaz-GO, ou seja, não se pode alegar a ignorância das modificações ou alterações com o singelo argumento de que não foi comunicado, avisado, ou notificado. Compete as partes estar sempre de prontidão quanto a eventuais decisões tomadas pela administração fazendária na defesa de seus interesses.

Assim, havendo alterações de prazos de pagamentos, ou de documentos, de alíquotas, de qualquer tipo de alteração e até mesmo do cancelamento do termo

de acordo, é da competência dos que firmaram o acordo, estarem cientes dessas alterações.

Compulsando-se os autos, verifico que o TARE em questão foi suspenso pela Portaria nº 042/2005-GSF (fls.10) a partir de 11 março de 2005 e posteriormente reestabelecido a partir de 14/04/2005. Ora, no período que medeia entre estas datas, jamais poderiam os acordantes continuar agindo como se dentro da vigência do termo de acordo estivessem. Basta verificar que o fato gerador ocorreu em 01/04/2005, então bem dentro do período em que as regras do citado acordo não estavam mais em vigor. Ademais, isto está comprovado via consulta promovida ao terminal Sefaz e ratificado pela Portaria nº 082/2005-GSF, em cujo documento foi aposta a assinatura do Sr. Alípio de Araújo Rocha, que à época respondia pela Gerência de Auditoria.

Tal qual o julgador singular pude verificar através dos artigos do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, abaixo transcritos, que as notas fiscais apreendidas não são os documentos exigidos para acobertar a operação, porque o produtor autuado não está autorizado a emitir a própria nota fiscal. Melhor teria feito o sujeito passivo se tivesse se dirigido à AGENFA local e providenciado a emissão de nota fiscal de produtor modelo 04. Transcrevo abaixo os dispositivos que regulam a questão, *verbis*:

“Art. 159. A Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, deve ser emitida pelo contribuinte, sempre que (Convênio SINIEF SN/70, arts. 18):

[...]

III - entrar no seu estabelecimento mercadoria, ou bem, real ou simbolicamente (Convênio SINIEF SN/70, art. 54):

a) nova ou usada, remetida a qualquer título por:

1. produtor agropecuário ou extrator de substância mineral ou fóssil, que não for autorizado a emitir a própria nota fiscal, não ficando dispensada a obrigatoriedade da emissão da Nota Fiscal de Produtor, modelo 4 (Convênio SINIEF SN/70, art. 56, parágrafo único);

[...]

Art. 160. A Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, quando emitida pela entrada, real ou simbólica, de mercadoria ou bem no estabelecimento, deve conter, adicionalmente:

IV - o número da Nota Fiscal de Produtor ou avulsa, correspondente à mercadoria entrada no estabelecimento, quando a remessa for feita mediante a emissão desse documento.

Art. 173. O estabelecimento de produtor agropecuário e o extrator de substância mineral ou fóssil, pessoa natural ou jurídica, emitem, por intermédio da AGENFA em cuja circunscrição se localizar o seu estabelecimento, a Nota Fiscal de Produtor, modelo 4 (Convênio SINIEF SN/70, art. 58):

I - sempre que promoverem saída de mercadoria;”

Ante o exposto, confirma-se indubitavelmente, a inidoneidade das notas fiscais colacionadas às fls. 09/10, pois não são essas as legalmente exigidas para a operação, nos artigo 67, inciso I e II, todos do CTE. Repito, melhor teria feito o sujeito passivo se tivesse procurado emitir a as notas fiscais por intermédio da AGENFA de sua circunscrição e posteriormente emitir a nota fiscal de entrada pelo frigorífico, pois este à época do fato gerador, estava com seu TARE, que o autorizava a fazê-lo, suspenso.

Não tendo o sujeito passivo ou solidário trazido provas aos autos que pudessem ilidir a pretensão fiscal na íntegra ou que tenham pagado o imposto, o presente lançamento deve ser mantido, motivo pelo qual, voto em unânime com meus pares, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a decisão singular e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 10 de maio de 2012.

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

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - NF emitida por estabelecimento com situação cadastral irregular (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00811/12

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Inidoneidade Documental. Descaracterização. Improcedência.

I - Não pode ser considerado inidôneo o documento fiscal emitido por contribuinte em situação cadastral regular e que atenda os demais requisitos previstos em lei;

II - É improcedente o auto de infração que exige tributo em desacordo com a previsão contida na legislação tributária estadual.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de abril de 2011, 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, José Paixão de Oliveira Gomes e José Luiz Rosa.

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:

Remeteu mercadorias no valor comercial de R\$ 30.082,50, já acrescido do respectivo índice de valor agregado de 50 por cento, por meio da nota fiscal

numero 04, considerada inidônea para acobertar a operação em razão de haver sido emitida por estabelecimento em situação cadastral irregular, conforme Termo de Apreensão nr 1100090127-4 e documentos anexos. Em consequência, devera pagar o ICMS, na importância de R\$ 5.114,03 mais as cominações legais.

São dados como infringidos os artigos 64; 66; 67, III e 156 Lei nº 11.651/91, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", § 9, I da Lei 11651/1991, c/ redação da Lei 15505/2005.

Instruem o processo, dentre outros documentos, o Espelho Cadastral, extraído do sistema de informática da SEFAZ-GO, de fl. 05, a primeira via da Nota Fiscal nº 00004, de fl. 07 e o Termo de Apreensão nº 1100090127-4, de fl. 10.

Inconformada com a decisão singular que julgou procedente o lançamento fiscal, a atuada interpõe o presente recurso voluntário no qual pugna pela reforma da decisão recorrida, ao argumento de que a NF 000004 foi emitida para acobertar o estoque que era transferido para outra unidade da federação em razão de mudança da empresa de Quirinópolis – GO para Primavera do Leste – MT.

Alega que, embora a autoridade julgadora requeresse a cópia do livro de saídas e de apuração de ICMS, tais livros já estariam de posse do Fisco, “conforme prova o protocolo do requerimento padrão para realização de eventos Proc. 339/07, datado de 18/12/2007 (Cópia Anexa) entregue na UNAF-SEFAZ-GO 3344 Quirinópolis”, sendo necessário que seja providenciado diligência a àquele órgão para que informe se a nota fiscal 000004, que acobertou o transporta foi devidamente registrada.

Argumenta que, naquela oportunidade, todos os livros e blocos da empresa atuada foram entregues na SEFAZ para o processo de baixa, e até o momento não foram devolvidos ao contribuinte.

Requer a realização de diligência junto à UNAF de Quirinópolis ou a declaração de improcedência do lançamento fiscal.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo, entendo que razão assiste ao sujeito passivo ora recorrente.

A condição de inidoneidade, prevista no art. 67, inciso III do CTE, alcança o documento fiscal que “embora atendendo aos requisitos formais, tenha sido emitido por contribuinte em situação cadastral irregular ou por quem não esteja autorizado a fazê-lo”.

Vê-se, todavia, que não é o caso dos autos.

A nota fiscal nº 00004, de fl. 07, foi emitida no dia 05/12/2007, enquanto a autuada se encontrava com seu cadastra ativo, e, portanto, regular, visto que o Espelho Cadastral, extraído do sistema de informática da SEFAZ-GO, que acusa a situação do contribuinte como 'SUSPENSO', aponta o motivo da suspensão como '434 – SUSPENSÃO PROVISÓRIA PARA BAIXA' e indica como data de solicitação deste evento o dia 18/12/2007.

Daí se depreende que na data de 18/12/2007, data da protocolização do "Requerimento Padrão para Realização de Eventos", cuja cópia se vê à fl. 61, ao se registrar o pedido no sistema de informática da SEFAZ, foi modificado o status cadastral da autuada para 'SUSPENSO' pelo motivo '434 – SUSPENSÃO PROVISÓRIA PARA BAIXA'.

Portanto, de acordo com a cronologia dos fatos, considerando que o Termo de Apreensão foi lavrado em 26/12/2007, à nota fiscal não foi emitida por contribuinte em situação cadastral irregular.

Além disso, como a baixa foi deferida (doc. de fl. 76), é de se saber que a referida nota fiscal nº 0004 foi apresentada à fiscalização juntamente com os livros fiscais da autuada, escriturados até o mês 12/2007 (doc. de fl. 61), consoante previa a Instrução Normativa n.º 606/03-GSF, de 27 de maio de 2003, em vigor à época dos fatos, que regulamentava a realização de eventos cadastrais.

Diante do exposto, conheço do recurso, dou-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 12 de abril de 2012.

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

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Saída de mercadorias por meio de DANFEs com nºs divergentes das NFs eletrônicas respectivas (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00279/12

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. documento auxiliar da nota fiscal eletrônica considerado inidôneo. Procedência. Decisão unânime.

I - o documento que já tenha surtido os respectivos efeitos ou tenha sido adulterado, viciado ou falsificado, constitui fato legalmente definido como gerador de inidoneidade documental, consoante definido pelo artigo 67, inciso IV, do CTE;

II - A inidoneidade documental motivada por documento com características de falsificado, fundamenta-se na presunção legal de que a respectiva operação não se efetivou ou ocorreu de forma diversa da descrita no documento, o que impõe ao sujeito passivo o

ônus de comprovar que, inequivocamente, a irregularidade documental, não importou em omissão de pagamento de imposto, e de afastar, assim, a inidoneidade legalmente declarada pelo fisco

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 13 de outubro de 2011, 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 Elias Alves dos Santos, José Paixão de Oliveira Gomes e Cláudio Henrique de Oliveira.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o contribuinte realizou saídas de mercadorias tributadas por meio de DANFE's - Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica com números de controles divergentes dos consignados no sistema para as notas fiscais eletrônicas respectivas.

Consta da inicial que os documentos são falsos e impróprios para acobertar a circulação de mercadorias, conforme Termo de Apreensão nº 1100108471-0.

A infração foi tipificada nos artigos 64 e 67, IV, da Lei 11.651/91 - CTE, combinados com os artigos 120e 141 do Decreto 4.852/97 - RCTE.

A penalidade proposta foi a consignada no artigo 71, XII, "a", 1 e o § 9º do CTE.

Foram colacionados pelo autuante o Detalhamento do crédito tributário, às fls. 03/04, e a Cópia da consulta feita no portal nacional da nota fiscal eletrônica e cópia dos documentos fiscais às fls. 06/43.

A defesa primária aduz que discorda do auto de infração, diz que não sabia do fato, que por força de contrato é obrigada a utilizar o software da [...] e que não cometeu a ilicitude.

Aduz, ainda, que no momento oportuno vai provar a sua inocência.

Apreciando as razões defensórias, o julgador singular externou sua decisão nos seguintes termos:

"FUNDAMENTOS DE FATOS E DE DIREITO

No caso em apreciação, com a consulta que o agente do fisco fez no portal da nota fiscal eletrônica, ficou comprovado que as chaves que autenticam os DANFEs, não existem no sistema, daí concluir que os documentos são falsificados e como tal não servem para acobertar o trânsito de mercadorias.

Com base na previsão legal contida no artigo 67, IV do CTE e artigo 120 do RCTE, os DANFes cujos números foram citados na inicial, são considerados inidôneos. Reproduzo os dispositivos legais referidos:

“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;

Art. 120. O documento fiscal, inclusive o aprovado em regime especial, quando de emissão pelo contribuinte, somente pode ser confeccionado ou impresso mediante prévia autorização da repartição competente da administração tributária, ainda que realizada em gráfica do próprio usuário (Convênio SINIEF SN/70, art. 16).”

Com base nos textos legais e considerando que a empresa falou apenas que no momento oportuno vai provar a sua inocência, entendo que a peça inicial deve ser mantida.

CONCLUSÃO

Conheço da impugnação, nego-lhe provimento para considerar PROCEDENTE o auto de infração.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em _____ de _____ de 2010.

LEVI SILVA FILHO

JULGADOR”

Recorrendo contra tal decisão, a atuada reiterou apenas que discorda do feito e que oportunamente apresentará provas cabíveis, objetivando o cancelamento do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

Ao compulsar as peças processuais, em destaque a exordial, percebe-se que 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 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.

Quanto ao mérito, entendo que a infração está perfeitamente demonstrada no processo, não vislumbrando, assim, razões para alterar o lançamento fiscal.

Não vislumbro, portanto, qualquer possibilidade de improcedência do lançamento, pois há no processo provas inequívocas, colocadas pelos autuantes, quanto aos documentos fiscais inidôneos, quer seja em face dos números de controle divergentes com as notas fiscais eletrônicas que representam, quer seja pelo fato de apresentarem, nitidamente, características de serem “falsificados”, ou seja, terem sido impressos à margem dos controles fazendários.

Ora, para documentos “falsificados”, impressos à margem dos controles da Secretaria da Fazenda, não há o que se falar, são documentos legalmente inexistentes, impressos com o único intuito de sonegar tributos.

Ressalto, ainda, que o sujeito passivo, em momento algum, apresenta qualquer documento capaz de comprovar as operações mercantis constantes dos documentos fiscais em questão e, por conseguinte, ilidir a acusação fiscal contida na exordial.

Quanto à inidoneidade dos mesmos, nos termos do artigo 67, inciso IV, do CTE, inidoneidade essa cujo afastamento cabe ao sujeito passivo, como dispõe o art. 68 do mesmo CTE, comprovam que as alegações do polo passivo não merecem acolhida.

Objetivando maior clareza, transcrevo os dispositivos retrocitados:

“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.”

Neste diapasão, meu entendimento é pela manutenção da inicial, 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, em razão das impropriedades das razões de recurso apresentadas pela recorrente, nada foi feito no sentido de produzir o afastamento supracitado, não sendo apresentado

qualquer documento ou elemento capaz de infirmar a acusação contida na basilar e, por consequência ilidir o feito.

Pelo exposto, conheço do recurso, nego-lhe provimento, para considerar procedente o auto de infração, mantendo a decisão recorrida.

Sala das sessões, em 07 de fevereiro de 2012.

IPVA

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

Matéria: IPVA - Omissão de pagamento do imposto - fraude (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01986/12

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: IPVA. Obrigação principal. Omissão do imposto. Improcedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que o veículo sobre o qual recai a obrigação tributária principal foi registrado em nome do sujeito passivo mediante fraude, apurada pelo órgão estatal competente, mister se faz improceder o auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de março de 2012, 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 Álvaro Falanque, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Elias Alves dos Santos, José Luiz Rosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Revisão Extraordinária em que a GERC solicita a desconstituição do crédito tributário relativo ao auto de infração supra, tendo em vista que o DETRAN encaminhou à SEFAZ o resultado de uma investigação sobre a inclusão indevida do nome de Fernando de Souza Araújo, por ter sido realizada de forma fraudulenta.

O sujeito passivo deixou de efetuar o pagamento de IPVA, relativo a veículo Honda/C100 BIZ ES, placa NFN 7450, nos exercícios de 2005 a 2009.

Conforme Despacho nº 2795/2011-CAT (fls. 53) a presidência admite o pedido de revisão e encaminha os autos para serem pautados a julgamento pelo

Conselho Pleno. Fundamenta a sua decisão na alínea "a", inciso I, art. 43 da Lei 16.469/09 e em processo junto ao DETRAN-GO (fls. 29), que concluiu pelo cancelamento do veículo em nome de Fernando de Souza Araújo, por ter sido realizado de forma fraudulenta, de acordo Portaria nº 741/2010/GPSG (fls. 36) e Processo nº 64509509 de Sindicância Investigatória nº 145/2009 (fls. TT35), concluindo que o sujeito passivo não adquiriu o veículo supracitado.

É o relatório

DECISÃO

Analisei detidamente a questão e considero que ao examinar a documentação trazida ao feito constato a existência de erro de fato substancial que implica alteração no lançamento procedido pelo Fisco deste Estado. De fato, verifico que está comprovada através da farta documentação anexada a estes autos que a presente exigência é indevida em relação ao sujeito passivo, conforme processo junto à Gerência de Auditoria do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Goiás – DETRAN – GO, de fls. 29, que concluiu pelo cancelamento do registro do veículo de marca Honda C 100 BIZ, placa NFN 7450 em nome de Fernando de Souza Araújo, por ter sido realizada de forma fraudulenta, de acordo com o estabelecido em Portaria nº 741/2010/GP/SG (fls.36) e Processo nº 64509509 de Sindicância Investigatória nº 145/2009 (fls. 35), concluindo que Fernando de Souza Araújo não adquiriu o veículo supracitado.

Dessarte, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração

Sala das sessões plenárias, em 04 de setembro de 2012.

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

Matéria: IPVA - Omissão de pagamento do imposto - veículo roubado (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01140/12

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão do IPVA relativo ao exercício fiscal do ano de 2003. Improcedência. Decisão unânime.

Provado no Pedido de Revisão Extraordinária que o sujeito passivo perdeu a posse de seu veículo em virtude de subtração injusta, fica, a partir daí, desobrigado do pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor - IPVA, nos termos do art. 101, inciso II, alínea "b" do Código Tributário Estadual e por isso mister se faz proceder o auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de março de 2012, 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 Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Elias Alves dos Santos, José Luiz Rosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Revisão Extraordinária requerido pelo sujeito passivo em epígrafe, com base no reconhecimento da desoneração do pagamento do IPVA do veículo, em virtude do mesmo ter sido furtado/roubado no dia 23/01/2003 e ainda não recuperado.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Extrato do processo da Superintendência da Administração Tributária (fls. 08/10; Extrato de Consulta do Detran (fls. 11); Procuração Pública (fls. 12); Ocorrência policial (fls. 13/14); Documentos pessoais e do veículo (fls. 15 a 16); Certidão de não localização de veículos roubados, emitida pela Delegacia Estadual de Furtos e Roubos de Veículos Automotores (fls. 17/18) e comprovantes de recolhimento de tributos estaduais Dares - fls. 21 e 22.

Conforme Despacho nº 2827/2011-CAT (fls. 31) a presidência admite o pedido de revisão e encaminha os autos para serem pautados a julgamento pelo Conselho Pleno, com fundamento na alínea "a", inciso I, art. 43 da Lei 16.469/09, em que a GERC aponta vício de legalidade no lançamento. Para subsidiar o pedido de cancelamento do auto de infração essa gerência menciona o fato do veículo ter sido roubado/furtado e não recuperado, conforme se prova na Certidão de Não Localização 36/2011, expedida pela Delegacia Estadual de Furtos e Roubos de Veículos Automotores (fls. 18).

DECISÃO

Tratam os autos de crédito tributário constituído em desfavor do sujeito passivo por omissão do imposto sobre a propriedade de veículo automotor – IPVA, relativo a fato gerador ocorrido no exercício fiscal do ano de 2003.

Compulsando-se os autos, verifico que o presente feito não deve prosperar, pois o conjunto probatório em anexo comprova o reconhecimento a desoneração do sujeito passivo em relação ao pagamento do IPVA do veículo, em virtude de sua subtração no dia 23/01//2003 e de sua não recuperação até o presente momento.

De fato, documentos tais como: a) o requerimento à autoridade fazendária, relativo a desoneração do pagamento do IPVA com respeito ao

exercício de 2003 (fl.07); b) o Ato Declaratório IPVA nº 090022144-5-SAT datado de 16/08/2001 (fls.08 e 24) assinado em data posterior à lavratura do feito; c) o Despacho nº 2391/2011-GEAF (fl.28), indicando a cobrança indevida do tributo e o respectivo cancelamento do auto de infração e, por fim, a Certidão de Não Localização nº 36/2011 de fls.18, expedida pela Delegacia Estadual de Furtos e Roubos de Veículos Automotores – DERFVA, que aponta a data e a hora da subtração do veículo e atesta sua não localização pela referida delegacia especializada até a data de sua expedição, constituem provas incontestáveis de que o presente crédito tributário deve ser desconstituído.

Outrossim, o art. 101, inciso II, alínea “b”, do Código Tributário Estadual que prevê este tipo situação, estatui que o sujeito passivo fica desobrigado do pagamento do imposto a partir da subtração de seu veículo ou enquanto esta perdurar. No caso em comento o contribuinte goza dessa prerrogativa estatal desde 23/01/2003, data de seu infortúnio, retornando ao “status quo ante” apenas quando for reintegrado na posse de seu veículo automotor.

Ante todo o exposto e contando com a unanimidade do voto de meus pares é que conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe provimento para considerar improcedente o presente auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 29 de maio de 2012.

**MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOC. FISCAL
IRREGULAR**

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

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOC. FISCAL IRREGULAR - Bem de uso do proprietário (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02025/12

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ICMS. Bens de uso do proprietário transportados sem documentação fiscal. Improcedência. Decisão unânime.

A falta de comprovação de que o autuado pratica com habitualidade ou com remessa de volume de bens que caracterize intuito comercial, desestabiliza o lançamento do crédito, reforma a decisão singular e causa a declaração da improcedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de julho de 2012, decidiu, não pronunciar, nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do CAT, a respeito da preliminar de nulidade da peça básica, levantada pela atuada 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 Edson Abrão da Silva, Luis Antônio da Silva Costa e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A acusação fiscal registra a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária com a seguinte redação:

“Transportava sem documentação fiscal a mercadoria relacionada na ficha de controle numero 001056, no valor comercial de R\$32.800,00, referente registro correios SQ 202.858.931. Em consequência deverá pagar o ICMS no valor de R\$ 5.576,00, mais as cominações legais.”

Para suporte da infração descrita na peça basilar, a fiscalização identificou os arts. 45, inciso I, alínea "a" e 66 da Lei nº 11.651/91 combinado com o art. 145, parágrafo único do Decreto nº 4.852/97, enquanto que a penalidade proposta atende à prescrição do art. 71, inciso XII, aliena "a", item 3, agravada com a aplicação da forma qualificada do § 9º, inciso I do CTE.

A Empresa de Correios e Telégrafos foi indicado no polo passivo solidário da lide, fl. 03, na condição de transportador, nos termos do artigo 45, inciso I da Lei nº 11.651/91.

O auto de infração está instruído com o Termo Aditivo, fl. 04, Notificação Fiscal, fls. 05 e 06, Controle de Mercadorias Apreendidas - Ficha Sefaz, fl. 07, Controle de Mercadorias Apreendidas, fl. 08, Declaração da autuada, fl. 09, Termo de Apreensão nº 1100101706-0, fls. 10 a 12, Extrato de Termo de Apreensão Ativo, fl. 13 e Termo de Liberação e Doação, fls. 14 e 15.

O sujeito passivo, embora tenha sido notificado do lançamento, não exerceu o seu direito de defesa nas fases processuais conforme assinalam os Termos de Revelia de fl. 41 e de Perempção de fl. 65.

Às fls. 21 a 33, a polaridade passiva solidária ingressa impugna o lançamento em Primeira Instância e afirma que dada a sua condição delegatária de Serviço Público Federal ela está sob o alcance da imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, aliena "a" da Constituição Federal, e, pelo exercício de suas funções típicas, não se sujeita, dentre outros, ao Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços de transporte e de comunicação - ICMS.

Acrescenta que contrariamente do que é exigido das empresas transportadoras privadas, como empresa ligada ao serviço público postal e por ter suas normas internas disciplinadoras da execução de seus serviços, está desobrigada de fazer acompanhar de documento fiscal as encomendas/objetos por ela transportados, portanto, todas as atividades que envolvam o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos, valores e encomendas podem, e devem, ser caracterizados como serviço postal, que é a atividade fim da autuada.

Sustenta que quanto à imunidade tributária, ela tem os privilégios da Fazenda Pública, por força do entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal. Cita sentenças do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a impugnante é beneficiária da imunidade tributária, fls. 26 a 32.

Ao final, requer a improcedência do auto de infração.

Instrui a peça defensiva a cópia do Diário Oficial da União, fl. 34, da Procuração, fl. 35, de Documento da ECT, fl. 36, dos Documentos Pessoais do Diretor Regional de Goiás, fl. 37, e das Identidades Profissionais dos Procuradores, fls. 38 a 40.

Às fls. 44 a 46, o sujeito passivo ingressa com impugnação à Primeira Instância e alega que enviou 02 (duas) jóias a uma parente, para o endereço de residência dela e a título de empréstimo, pois ela as usaria no aniversário da sua filha, conforme pode ser contactado pela nota fiscal de prestação de serviços de realização de eventos, emitida pela contratada para o evento festivo. Foi anexado à peça exordial carta manuscrita narrando a origem das referidas jóias, sendo que a retenção das mercadorias ocorreu por interpretação errônea do Correio, que interpretou a remessa como venda. Requer a desconsideração do termo de autuação.

Juntou cópia do seu Documento Pessoal, fl. 47, da Fatura da Brasil Telecom, fl. 48, da Notificação Fiscal, fl. 49, da Certidão de Óbito, fl. 50, Declaração da autuada, fl. 51, da Nota Fiscal, fl. 52, e das Declarações de fls. 53 a 55.

O Julgador Singular prolata a Sentença nº 2596/2009, fls. 57 a 61, e decide pela procedência do auto de infração.

A sua decisão está fundamentada na tese de que o transporte de encomendas, com ou sem valor contábil, por via postal, constitui serviço postal, art. 7º, § 3º da Lei nº 6.538/78, que regula o Serviço Postal. Além do mais, "ao contrário do que afirmou, entendo que o segmento de transporte de mercadorias pela Empresa de Correios e Telégrafos pode sim se equiparar ao transporte prestado pelas empresas privadas, e deve se sujeitar às mesmas obrigações tributárias", fl. 60. No mérito, constata-se que as partes passivas não opuseram fatos concretos para a desconsideração do presente lançamento.

Às fls. 67 a 78, a polaridade passiva solidária recorre da decisão singular e ratifica a tese esposada na fase impugnatória. Por fim, requer que seja reconhecida a imunidade recíproca extensiva à Recorrente, visto a sua não obrigatoriedade de transportar encomendas/objetos postais acompanhados de notas fiscais, nos termos do art. 150, inciso VI, alínea "a" da Constituição Federal de 1988 e do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 combinado com a Lei nº 6.538/78 e, por conseguinte que seja cassada a sentença recorrida no tocante a solidária e arquivado o presente processo.

A instrução do recurso se fez com a juntada da cópia da Procuração, fl. 79, dos Documentos Pessoais do Diretor Regional da empresa, fl. 80 e das Identidades Profissionais dos Procuradores, fls. 81 e 82.

É o Relatório.

DECISÃO

Do compulso dos autos, verifiquei que não restaram caracterizado os requisitos do art. 34 do Decreto nº 4.852/97 que são habitualidade e volume capaz de distinguir o intuito comercial na transferência dos bens de uso pessoal pela remetente.

O mencionado dispositivo legal define que:

“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).

§ 1º [...]

§ 2º Considera-se:

[...]

VI - comerciante, a pessoa natural ou jurídica que pratique, com habitualidade, a intermediação de mercadoria, incluindo como tal, o fornecimento de mercadoria com prestação de serviço sujeito à incidência do ICMS;

[...]

X - transportador, a pessoa natural ou jurídica que preste serviço de transporte, por qualquer via, de pessoa, bem, mercadoria ou valor em veículo próprio ou afretado;

XI - intuito comercial, especialmente, a aquisição de mercadoria em quantidade incompatível com a necessidade de uso e consumo do adquirente.”

Os documentos instrutórios do trabalho fiscal mostram que não ficou demonstrado que a remessa dos bens de seu uso do remetente se fizeram com intuito de comercialização, bem como ficou evidenciado que a quantidade é compatível para o próprio uso do seu dono e que as jóias são antigas e são bens de família.

Pelo exposto, voto conhecendo das razões do recurso voluntário, dando-lhes provimento para reformar a decisão proferida pela Primeira Instância e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 06 de setembro de 2012.

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

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOC. FISCAL IRREGULAR - Prestação de serviço de transporte interestadual (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00595/12

Relator: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão do imposto sobre prestação de serviço de transporte interestadual. Improcedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que o sujeito passivo cumpriu com a obrigação tributária à qual está vinculado, mister se faz improceder o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 02 de março de 2012, 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, Manoel Antônio Costa Filho e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

Descreve a inicial que o contribuinte transportava mercadorias constantes de nota fiscal de nº 49901, emitida em 26/11/2006, por Usina Goianésia S/A, desacompanhadas da documentação fiscal referente a prestação de serviço de transporte ou comprovante de pagamento do ICMS de frete da prestação, no valor de R\$ 12.169,51. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 1.460,34, mais cominações legais.

Foram infringidos os artigos 64 e 66 da Lei 11.651/91, combinado com o artigo 141 do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso XII, alínea "a", item 3, parágrafo 9º I, da Lei 11.651/91, com redação dada pela Lei 14.058/2001.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: ordem de serviço nº 0327/2007 (fl. 04), ordem de serviço nº 0001/2008 (fl. 05), Termo de Apreensão nº 1100057998 6 (fl. 06), Nota Fiscal nº 49.901 (fl. 07), Termo de Liberação e Doação (fl. 08), cópia de documentos de veículos (fl. 09), Inclusão para Termo de Apreensão (fl. 10), cópia de documentos pessoais (fl. 11), Termo de Liberação e Doação (fl. 12).

O contribuinte foi intimado a pagar ou apresentar impugnação a Primeira Instância, conforme atesta AR de folha 14.

Devidamente intimado, o sujeito passivo ingressa com impugnação a Primeira Instância, de folhas 17 e 18, alegando, em essência, que o carregamento ocorreu no Estado de GOIÁS; que tem sede no Estado do Espírito Santo e por isso

o imposto tinha que se recolhido antecipadamente para Goiás, o que foi feito por meio de GNRE; que o motorista possuía um fax do citado documento. Requer, ao final, a nulidade do auto de infração.

Instruem os autos: cópia do Vigésimo Segundo Termo Aditivo Contratual da Firma (fls. 19/22), cópia de documentos pessoais (fl. 26), cópia de GNRE (fl. 27 e 28).

A julgadora singular, em Sentença nº 4764/09 - JULP, de folhas 30 e 31, decide pela procedência parcial da pretensão fiscal, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário proporcional ao ICMS, no valor originário de R\$ 545,88 (quinhentos e quarenta e cinco reais e oitenta e oito centavos). A julgadora monocrática fundamentou sua decisão no fato de o sujeito passivo ter recolhido o imposto em valor inferior ao lançamento, cabendo ao Estado exigir a diferença. Ao final, a eminente julgadora encaminha os autos à Representação Fazendária.

A Representação Fazendária, em Despacho nº 2428/2009 - CRF-SAT, de folha 32, manifesta-se concordante com a sentença descrita acima.

O contribuinte foi intimado a pagar ou apresentar recurso voluntário em Segunda Instância, conforme intimação de folha 34.

Em sua peça recursal, após um breve relato, o sujeito passivo alega, em suma, que o agente público, no exercício de suas funções, está estritamente vinculado aos preceitos legais; que o atuante não pode arbitrar valor a ser cobrado; que a diferença cobrada não é cabível; que a obrigação tributária de sua responsabilidade foi observada. Pede, ao final, a nulidade do auto de infração em comento.

Instruem os autos os seguintes documentos: cópia CTCR (fl. 40), cópia de consulta de débito (fl. 41), cópia de documentos pessoais (fl. 42), cópia do Vigésimo Terceiro Termo Aditivo Contratual da Firma (fls. 43/48).

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e considero que o presente feito não deve prosperar. De fato, compulsando-se os autos verifico que a obrigação tributária reclamada na exordial, foi cumprida na íntegra. O pagamento do ICMS, sobre a prestação de serviço de transporte interestadual de cargas devido, foi efetuado através da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, no dia 26/11/2007, no valor de R\$ 917,46 (novecentos e dezessete reais e quarenta e seis centavos), conforme atestam os documentos colacionados às fls. 26/27 deste processo. Interessante notar que o recolhimento do tributo deu-se com antecipação de dois meses, haja vista que o auto de infração foi lavrado em 03/01/2008.

Ademais, devo dizer que a acusação estampada na basilar carece de fundamentação pois o lançamento fundamenta-se no Termo de Apreensão de fl.

06, o qual traz em seu bojo documentação fiscal imprestável para a constituição do respectivo crédito tributário, motivo pelo qual entendo que a decisão singular deve ser reformada.

Melhor teria o feito o agente atuante se tivesse instruído a peça processual com o respectivo Conhecimento Rodoviário de Transporte de Carga – CTRC, documento esse aliás trazido à colação pelo próprio sujeito passivo às fls.40, verdadeiro demonstrativo dos valores devidos e recolhidos conforme acima mencionado.

Ante o exposto, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão singular e considerar improcedente o presente auto de infração.

Sala das sessões, em 23 de março de 2012.

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

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOC. FISCAL IRREGULAR - Remessa de semoventes por meio de Guia de Trânsito Animal - GTA (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00168/12

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: ICMS. Acusação de remessa de gado bovino desacobertada de documentação fiscal. Descaracterização. Improcedência. Decisão Unânime.

Deve ser considerado improcedente o auto de infração descaracterizado no curso processual por provas válidas apresentadas pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 26 de agosto de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo remeteu semoventes para produtor rural localizado no Município de Catalão através de Guias de Trânsito de Animais (GTAs) n.ºs 277098; 277099; 277100 e 277101, todas datadas de 28/08/2007, sem contudo ter emitido notas fiscais correspondentes, conforme relatório da Sefaz em anexo. Em decorrência fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais.

O lançamento de ofício está alicerçado nos artigos 11; 13 inciso I; 64; 65; 66 e 67 inciso II, todos da Lei nº 11.651/97 em combinação com os artigos 88 e 141, ambos do RCTE. A penalidade aplicável ao feito é a prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "L", § 9 I, do Código Tributário Estadual.

Arnaldo Batista de Paiva é nomeado solidário nos termos do artigo 45, inciso I da Lei nº 11.651/91.

Para instrução processual, a autoridade fiscal atuante anexou documentação de fls. 05/10.

Após a revelia das partes às fls. 13 e 17, o sujeito passivo ARNALDO BATISTA DE PAIVA às fls. 26/33, ingressa com impugnação ao auto de infração em Segunda Instância. Argumenta que não praticou a infração estampada na basilar, pois emitiu as Notas Fiscais nºs 222.818; 222.821; 222826; 222834; 222.830 e 222.829 para acobertar a operação e cita julgado desta Casa para sustentar suas alegações; que sobre tal operação não há incidência do imposto e por isso requer a nulidade dos autos ou, alternativamente, sua improcedência.

Anexa documentação de fls. 35/42.

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, através da Resolução nº 51/2011, em sessão realizada no dia 14/03/2011, acatando proposição do conselheiro relator, resolve, por unanimidade de votos, encaminhar o processo à Delegacia Regional de Fiscalização de Catalão para que seu titular adote as providências contidas às fls. 44, após intimados os sujeitos passivos, retorne-se os autos para julgamento.

Em resposta, em atendimento ao Despacho nº 218/2011-DRFCAT, o funcionário Fernando Aires de Melo da Agenfa de Catalão apresenta às fls. 46/47, suas razões pela emissão das Notas Fiscais de fls. 36/41.

Intimados às fls. 50 e 52 a apresentarem cópia da Nota Fiscal relacionada com a GTA nº 277 o sujeito passivo às fls. 56/57, argumenta que na impugnação, o autuado juntou todas as GTA's emitidas, num total de 06(seis), bem como as Notas Fiscais também emitidas num total de seis; que as notas fiscais juntadas às fls. 36/41 foram relacionadas somente 05 (cinco) GTA's deixando o agente de relacionar a GTA 277101 e que a mesma já consta dos autos às fls. 36/41.

Por fim, requer pela improcedência do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

Na análise dos autos noto que a autoridade fiscal afirma na peça inicial que o contribuinte Getúlio José Felício remeteu 104 cabeças de gado para o contribuinte goiano Arnaldo Batista de Paiva e, que tal remessa foi feita sem a

emissão das respectivas notas fiscais, sendo tão somente emitidas as GTAs (Guia de Transporte Animal).

E para embasar o auto de infração, traz ao processo o relatório de notas emitidas por remetente (fls. 06). Utilizando para gerar o relatório a inscrição estadual grafada nas GTAs, 11.081.695-1.

O contribuinte solidário apresenta impugnação e traz aos autos cópias de Notas Fiscais Avulsas (NFA) (fls. 36 a 41) que comprovam a regularidade da operação.

Observo que há descompasso entre as informações contidas nas GTAs e nas NFAs. As Guias de Transporte Animal foram emitidas com a inscrição estadual número 11.081.695-1, já as Notas Fiscais Avulsas fora emitidas com a inscrição 11.208.750-7, ambas as inscrições pertencentes ao contribuinte remetente.

Em resposta a diligência solicitada (fls. 45 a 46), o servidor da Agenfa de Catalão, responsável pela emissão das NFAs, esclarece que o contribuinte possui duas inscrições e ao emitir as notas fiscais equivocou-se na utilização das inscrições. E afirma que ao solicitar a emissão das notas fiscais o contribuinte trouxe GTAs das duas inscrições destinadas ao mesmo comprador, o que acabou por gerar o equívoco. E esclarece que o correto seria a utilização da inscrição 11.081.695-1, assim discriminado:

GTAs	NFAs
277.098	222.818
277.099	222.821
222.826	
222.830	
222.834	
222.829	

Do que acima foi descrito aduzo que o equívoco verificado na emissão das notas fiscais avulsas provocou a elaboração do auto de infração ora em questão. E que o auto não deve prosperar visto que o contribuinte agiu corretamente ao procurar a Agenfa de Catalão e solicitar a emissão dos documentos fiscais e, por um lapso provocado por servidor da Secretaria da Fazenda as notas fiscais saíram com a inscrição indevida.

Ainda há de se considerar a não incidência de ICMS nas saídas internas de gado bovino, contemplada no inciso XV do artigo 37 da Lei 11.651/91.

Do exposto, e com a unanimidade de meus pares, conheço da impugnação, dou-lhe provimento, para julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 26 de janeiro de 2012.

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

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOC. FISCAL IRREGULAR - Saída de mercadoria com nota fiscal considerada inidônea (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00721/12

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Saída de mercadoria acobertada por nota fiscal inidônea. Procedência. Decisão unânime. Exclusão de solidário. Acolhimento. Decisão unânime.

I - Deve ser excluído da lide o sujeito passivo solidário se ficar comprovado que ele não praticou, não concorreu nem deu causa à infração denunciada na peça inicial.

II - As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos (CTE, art. 66).

III - A acusação fiscal deve ser mantida quando inexistir defesa em relação ao mérito e as provas existentes nos autos forem robustas no sentido de ter ocorrido a infração denunciada na peça inicial.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de outubro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário dar-lhe provimento para reformar a decisão singular e excluir da lide o sujeito passivo solidário. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Antônio Martins da Silva e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Consta dos autos que o senhor [...] utilizou de forma indevida documentos pessoais da Sra. [...], bem como falsificou sua assinatura e constitui de forma fraudulenta a empresa [...], mediante registro na Junta Comercial do Estado de Goiás, no CNPJ e no Cadastro de Contribuintes do Estado sob o nº 10.392065.0, com isso obteve autorização para confeccionar e utilizar documentos fiscais, modelo 1, para realizar operações comerciais de saída de mercadorias.

A referida empresa exerceu normalmente suas atividades até o mês de setembro de 2006, quando ocorreu a denuncia da fraude à Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia que comunicou o fato à Delegacia Estadual de Repressão

a Crimes Contra a Ordem Tributária, dando origem ao inquérito policial, cujas principais peças foram anexadas ao presente processo.

A peça inicial foi instruída com os documentos de fls. 05/68.

Com base na 5ª (quinta) via da Nota Fiscal nº 200, fls. 5, a fiscalização lavrou o auto de infração em desfavor de Paulo César de Oliveira, exigindo o ICMS relativo à operação praticada por meio da referida nota fiscal.

Como sujeito passivo solidário foi relacionado o senhor [...], informado como destinatário no documento fiscal.

O sujeito passivo solidário apresentou impugnação em primeira instância (fls. 75/79). Alegou que nunca fez transação comercial com a emitente do documento fiscal nem nunca soube da sua existência. Solicitou a exclusão da lide.

O sujeito passivo direto não apresenta impugnação, conforme termo de revelia de fls. 85.

O auto de infração foi julgado procedente em primeira instância, com manutenção na lide do sujeito passivo solidário, conforme sentença de fls. 87/89.

O autuado [...] deixa de se manifestar no processo, conforme termo de perempção de fls. 94.

O sujeito passivo solidário apresenta recurso voluntário (fls. 97/102). Reafirma que nunca fez transação comercial com a empresa emitente do documento fiscal, nem nunca soube da sua existência. Solicita a exclusão da lide.

É o relatório.

DECISÃO

No presente feito inexistente contestação em relação ao mérito da acusação fiscal, pois o sujeito passivo direto não se manifesta no processo. Ocorre a manifestação na lide apenas de sujeito passivo solidário.

O sujeito passivo solidário [...] foi incluído na lide com base no disposto no artigo 45, parágrafo único, inciso I do Código Tributário Estadual (CTE), na condição de adquirente da mercadoria.

Analisemos o dispositivo acima citado do CTE que fundamentou a inclusão do sujeito passivo solidário no lançamento tributário em comento:

“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:

I - o transportador:

a) com o remetente ou o destinatário, em relação às mercadorias ou bens que transportar sem documentação fiscal;”

O texto acima reproduzido não deixa dúvidas de que a solidariedade é para as situações nas quais a operação ou prestação é realizada sem documentação fiscal. Há uma diferença muito grande entre estar a mercadoria acompanhada de nota fiscal inidônea ou estar desacompanhada de documentação fiscal.

Mercadoria acompanhada de nota fiscal inidônea está em situação irregular perante o Fisco. Entretanto, não se pode afirmar que está a mercadoria desacompanhada de documentação fiscal. São situações completamente diferentes.

Também em relação à solidariedade, cabe destacar que as autoridades fiscais indicaram o artigo da solidariedade e informaram a conduta na fundamentação fática como sendo “destinatário”. Essa informação por si só não indica ação ou omissão que possa implicar em responsabilidade tributária. A Instrução de Serviço 17/07 - GSF, no artigo 2º, inciso II, determina que o agente do fisco deve *“descrever a ação ou omissão da pessoa natural ou jurídica para a prática da infração e as razões pelas quais foi considerada solidária ou responsável”*.

É de se registrar que a fraude na constituição da firma que ensejou a inidoneidade do documento fiscal ocorrera antes da emissão da nota fiscal, pois a firma fora constituída de forma irregular em setembro/2005 e a emissão da nota fiscal ocorreu em novembro/2005. Só após determinado tempo de funcionamento do estabelecimento comercial a fiscalização descobriu a irregularidade na constituição da firma. Ou seja, quando ocorreu a operação comercial o estabelecimento estava funcionando normalmente. Nem o fisco sabia dessa irregularidade.

O sujeito passivo solidário não tinha qualquer obrigação de investigar ou saber se a empresa que vendeu as mercadorias havia sido constituída, no pretérito, de forma irregular. Também inexistiu nos autos a mínima prova no sentido de que o solidário participou da fraude ou se beneficiaram dela. O próprio setor de cadastro da Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia não conseguiu detectar qualquer irregularidade por ocasião da análise da documentação apresentada para liberar a inscrição no cadastro de contribuintes do estado da [...]. A irregularidade só foi descoberta após a ocorrência de denúncia feita à fiscalização.

Registre-se ainda que, como a operação foi realizada com documentação fiscal, o adquirente informado na referida nota fiscal cumpriu a obrigação de exigir a documentação fiscal de quem vendeu a mercadoria, conforme estabelece o artigo 145, parágrafo único do RCTE:

“Art. 145. O destinatário da mercadoria ou do serviço é obrigado a exigir documento fiscal, com todo requisito legal, de quem o deva emitir, sempre que obrigatória a emissão (Convênio SINIEF SN/70, art. 14).

Parágrafo único. O transportador não pode aceitar despacho ou efetuar o transporte de mercadoria que não esteja acompanhada do documento fiscal próprio, ressalvado os casos previstos na legislação tributária.”

No caso em tela, é de se ressaltar que o destinatário informado na nota fiscal nega peremptoriamente ter adquirido a mercadoria. Afirma que nunca fez transação comercial com a empresa emitente do documento fiscal, nem sabia de sua existência.

As provas existentes nos autos são robustas no sentido que a pessoa jurídica foi criada de forma fraudulenta, com a inclusão no quadro societário da senhora [...] que não autorizou nem tinha conhecimento de tal fato. Laudo grafotécnico comprovou que assinatura de pessoa foi falsificada para se conseguir o cadastro da empresa.

Conforme procuração juntada aos autos, a pessoa jurídica criada de forma irregular era administrada pelo Sr. [...], o qual foi incluído na lide como sujeito passivo direto, mas não se manifestou no processo.

Portanto, o auto de infração é procedente, mantido na lide apenas o sujeito passivo direto Sr. [...]. Fica excluído da autuação o sujeito passivo solidário, pois inexistem provas no sentido de esse solidário tenham concorrido, praticado ou se beneficiado da irregularidade denunciada no auto de infração.

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento para reformar a decisão singular e excluir da lide o sujeito passivo solidário. No mérito, a acusação fiscal fica mantida nos termos da peça inicial em relação ao sujeito passivo [...].

Sala das sessões plenárias, em 03 de abril de 2012.

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

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOC. FISCAL IRREGULAR - Transferência interestadual de mercadoria sem destaque de ICMS (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00276/12

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Operação de transferência interestadual. Notas fiscais sem débito do imposto. Procedência. Decisão não unânime.

I - Nos termos do art. 13, II, do Código Tributário Estadual, ocorre o fato gerador do imposto, no momento da saída de mercadoria do

estabelecimento, ainda que para outro estabelecimento do mesmo contribuinte;

II - Uma vez comprovado que o sujeito passivo realizou operações de saída de mercadoria, em operação de transferência interestadual, sem o destaque do ICMS devido, é correto o lançamento de crédito tributário para reclamação do imposto correspondente.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de dezembro de 2011, 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. Foram vencedores os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, Victor Augusto de Faria Morato, Elias Alves dos Santos, José Paixão de Oliveira Gomes, Heli José da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Delcides de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia e Paulo Diniz, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo realizou saídas interestaduais de mercadorias, em operação de transferência, acobertadas por documentos fiscais sem o destaque do ICMS devido, em decorrência da utilização indevida da isenção do ICMS. Em consequência, deverá pagar o imposto na importância de R\$ 2.136.172,22 (dois milhões, cento e trinta e seis mil, cento e setenta e dois reais e vinte e dois centavos), juntamente com penalidade e acréscimos legais.

A autoridade lançadora considerou que o procedimento do contribuinte resultou em infração às disposições dos artigos 11, I; 40; 64, §3º; e 185 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei n. 11.651/91); 6º, I; e 163, V, "b", do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto n.º 4.852/07). Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, VIII, "c", e §9º, I, do CTE.

O auto de infração, lavrado em 23/04/09, tem como elementos embasadores do procedimento fiscal: cópia do estatuto social e de atas de reuniões referentes à empresa que figura no polo passivo (fls. 4/28); cópias das Portarias 068/09 - GSF e 208/09 –GSF (fls.29/30); Notificação Fiscal n. 59 e comprovante de entrega dos documentos solicitados (fls. 31/32); relação das notas fiscais de saídas em transferência, realizadas no período de maio a dezembro de 2005, com o cálculo do ICMS devido nas operações (fls. 33/42); nota explicativa (fls. 43/44); espelho cadastral e histórico de recolhimentos (fls. 45/54); cópia do Ofício n. 22/08-GESCO comunicando a existência de acórdão relativo ao mandado de segurança em que o TJ-GO decide que o deslocamento de mercadorias em transferência não constitui fato gerador do ICMS e cópia da referida decisão judicial

(fls. 55/72); cópia das notas fiscais de transferências, sem destaque do ICMS (fls. 73/425); e cópia dos livros Registro de Apuração do ICMS e Registro de Saídas (fls. 426/526).

Em sua impugnação (fls. 528 a 534), o sujeito passivo alega, em preliminar, a nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração. No mérito, argumenta que é pacífico o entendimento pela não incidência do ICMS nas operações de transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular, por não representar uma circulação econômica, não configurando o ato negocial, consoante se depreende dos ensinamentos da lavra dos mais expressivos tributaristas nacionais. Entende que o procedimento da fiscalização se deu em desobediência à decisão definitiva do Tribunal de Justiça de Goiás e pede a nulidade do auto de infração.

A julgadora singular, conforme sentença de fls. 545/ 548, rejeita a preliminar de nulidade do auto de infração, e decide pela procedência da pretensão fiscal.

Em seu recurso voluntário (fls. 551/573), o sujeito passivo reitera os argumentos da peça impugnatória, cita jurisprudência sobre a matéria, com o fim de comprovar suas alegações, e pede a improcedente o auto de infração.

Pautado para julgamento, o processo foi encaminhado à Procuradoria para que ela informasse se a decisão judicial obstando a cobrança de ICMS incidente sobre transferência de bens entre estabelecimentos da empresa atuada alcança os fatos geradores ocorridos em períodos anteriores à sua publicação, ou seja, a partir de 25 de maio de 2005 (data da revogação do dispositivo legal que concedia a isenção).

A Procuradoria Tributária da Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer n. 002918/2010-PT, conclui que o direito reconhecido ao impetrante deve ser observado desde a data da impetração, ou seja, 21 de junho de 2005.

Retornando o processo a julgamento, a Segunda Câmara, por maioria de votos, decidiu rejeitar a proposta de diligência, feita por um dos Conselheiros que participavam da sessão e, no mérito, também por maioria de votos, reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Depois de proferida a decisão cameral, foi juntada cópia do Ofício n. 121/2011 (datado de 02/03/2011 – fls. 627/630) da Procuradoria Tributária, que trata de encaminhamento de Orientação de Cumprimento de Decisão Judicial. Nesse ofício foi reconhecido que razão assiste à indagação formulada pelo consulente pois, no mandado de segurança, o desembargador fez clara referência de que a sua decisão se referia à hipótese de transferência, em operações internas, entre estabelecimentos de uma mesma empresa, e concluiu pela inaplicabilidade da norma contida no art. 12, I, da LC 87/86, por representar mera ficção legal, de cunho apenas formal, que não se ajusta a norma maior – art. 155, II, da CF.

No seu ofício, a Procuradoria manifesta o entendimento de que a segurança concedida abrange apenas as operações de transferências internas, realizadas entre filiais, em território goiano.

A Representação da Fazenda Pública recorre da decisão cameral, destacando que o lançamento é relativo a exigência de ICMS sobre operações de saídas em transferência interestadual, realizadas no período de maio a dezembro de 2005, com a utilização indevida da isenção do ICMS.

Com relação à isenção, destaca que, nas notas explicativas, elaboradas pelos autuantes, ficou claro que as transferências interestaduais de material de ativo imobilizado e de material de consumo estavam ao abrigo da isenção prevista no art. 6º, III, do Anexo IX do RCTE, porém com o Decreto 6.145/05, essa isenção foi revogada.

Destaca que a diligência não acolhida pela Câmara Julgadora foi realizada em outro processo, semelhante a este, do mesmo contribuinte, sendo que, naquela oportunidade, a Procuradoria Geral reconheceu que a decisão judicial abrangia apenas as operações internas realizadas entre filiais estabelecidas em território goiano. Assim, pede a reforma da decisão cameral para que seja julgada procedente a exigência inicial.

Intimado, o sujeito passivo apresenta contradita ao recurso da Representação Fazendária (fls. 663/669), no qual alega que a Procuradora, em seus argumentos, não levou em consideração o acórdão do TJ-GO, referente à Apelação Cível n. 105087-0/189, no Mandado de Segurança n. 2005.01.208636, que tem a empresa ora recorrida como autora, em que é dado provimento ao recurso da apelante.

Destaca o sujeito passivo que o mandado de segurança, com pedido de liminar, solicitou textualmente que fosse concedida medida liminar, determinando à ilustre autoridade coatora que se abstinhasse de cobrar o ICMS, supostamente devido, sobre as transferências de bens de sua propriedade entre suas filiais goianas, tanto nas operações internas como interestaduais, inclusive, deixando de exigir o diferencial de alíquota, por antecipação, nas barreiras estaduais.

Pede que a decisão cameral seja mantida e confirmada a improcedência do lançamento.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

DECISÃO

As operações de saídas de mercadorias normalmente tributadas pelo ICMS, independentemente de serem saídas para terceiros ou em transferência para outro estabelecimento do mesmo sujeito passivo, estão sujeitas ao destaque e recolhimento do imposto devido na operação.

Conforme esclarecimentos prestados pelos autores do procedimento fiscal, as operações de transferência de material de ativo imobilizado e de uso e consumo estavam isentas do ICMS até a data de 25 de maio de 2005, quando entrou em vigor o Decreto n. 6.145/05, que revogou o inciso III do art. 6º do Anexo IX do RCTE.

Com a revogação do benefício fiscal, a empresa atuada impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra o Decreto n. 6.145/05. Após recurso ao TJ-GO, a segurança pleiteada foi concedida, tendo o respectivo acórdão sido publicado no dia 13 de março de 2007.

Diante desse fato, e da informação da Procuradoria de que, após a data da publicação do acórdão, o fisco não poderia mais cobrar o ICMS incidente sobre a transferência de bens entre a mesma pessoa jurídica, foi realizada auditoria fiscal com vistas a apurar e cobrar o ICMS pelas saídas referentes a todas as operações de transferência interestadual de mercadorias, realizadas a partir de 25 de maio de 2005, data da entrada em vigor do referido Decreto n. 6.145/05.

O Código Tributário Estadual (CTE), em seu artigo 11, I, dispõe que o imposto incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias; e no art. 13, I, que ocorre o fato gerador do imposto, no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Essa sistemática de tributação do ICMS está contemplada na Lei Complementar n. 087/86, que, em seus artigos 12, I, e 13, I, estabelece:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;”

As operações em transferência, inclusive de bens do ativo imobilizado, não fogem à regra de tributação, porquanto, em face da autonomia dos estabelecimentos, cada um deve manter o controle do seu movimento de entrada e saída, bem como dos créditos e débitos correspondentes, com vistas ao cumprimento das obrigações, tanto principal quanto acessória. Esse é o tratamento tributário previsto no art. 11, § 3º, II, também da Lei Complementar n. 87/86, que assim dispõe:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas

exercçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

[...]

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;"

Sobre as operações interestaduais de transferência de bens integrados ao ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo o Convênio ICMS 19/1991 assim dispõe:

"Cláusula primeira Nas operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens integrados ao ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, observar-se-á:

I - nas saídas do estabelecimento remetente, este:

a) emitirá Nota Fiscal, indicando como valor da operação, o da última entrada do bem imobilizado ou do material de consumo, aplicando-se a alíquota interestadual;

b) lançará os créditos fiscais originários cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material de consumo;

II - nas entradas no estabelecimento destinatário, este pagará o diferencial de alíquota, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre a base de cálculo constante da alínea 'a' do inciso anterior, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação."

Assim, com a entrada em vigor do Decreto n. 6.145/05, que revogou a isenção nas operações de transferências de bens do ativo imobilizado e de material de uso e consumo, entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, essas operações passaram a ser normalmente tributadas pelo ICMS.

Conforme já relatado, ao julgar outro processo desse mesmo sujeito passivo, que trata de matéria semelhante, uma das Câmaras deste Conselho solicitou que a Procuradoria Geral do Estado de Goiás se manifestasse quanto ao correto entendimento sobre o alcance da decisão judicial invocada pela empresa autuada. Na oportunidade, a Procuradoria Tributária, por meio do Despacho n. 121/2011 PTr – (fls. 627/630), que trata do Encaminhamento de Orientação de Cumprimento de Decisão Judicial, assim se manifestou: "... *vislumbro que a melhor compreensão a ser adotada na apreciação do referido acórdão é a de que houve restrição expressa quanto ao alcance da concessão da segurança, ou seja, abrange apenas as operações entre filiais em território goiano (operações internas).*" E conclui: "*Pelas razões acima vertidas, concluo que a segurança foi concedida em ordem a alcançar apenas as operações realizadas entre filiais em território goiano (operações internas).*"

Assim, considerando a manifestação da Procuradoria Tributária, acerca do teor do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, referente à Apelação Civil n. 105087-0/189, no Mandado de Segurança n. 2005 01208636, que tem a empresa autuada como autora, a conclusão é de que as operações interestaduais

não foram alçadas pela referida decisão judicial. Dessa forma, a exigência inicial deve prevalecer, por estar perfeitamente amparada pela legislação tributária que trata da matéria.

Nessas condições, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 07 de fevereiro de 2012.

MULTA FORMAL

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

Matéria: MULTA FORMAL - Aquisição de mercadoria com uso indevido de alíquota interestadual (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01829/12

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Aquisição de mercadoria com uso indevido da alíquota interestadual sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário. Improcedência. Decisão não unânime.

I - Será aplicada a multa equivalente ao percentual de 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;(CTE, art. 71, XII, b);

II - Não se aplica a penalidade prevista no art. 71, inc. XII, letra "b", do CTE quando anulada a respectiva aquisição pela devolução integral das mercadorias indicativas do desfazimento do negócio mercantil.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de junho de 2012, decidiu, 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 Washington Luis Freire de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Paulo Diniz, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor e José Pereira D'abadia. Vencidos os Conselheiros 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.

RELATÓRIO

Trata-se de exigência de multa formal em razão do sujeito passivo realizar aquisição interestadual, por meio da Nota Fiscal nº 000666, na qual foi destacada alíquota interestadual sob a pretensa condição de contribuinte pelo destinatário.

Foram indicados como infringidos o artigo 44, §§ 3º e 4º, 46, V, e art. 64, da Lei nº 11.651/91, c/c o artigo 145 do Decreto nº 4.852/97, sendo proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso XII, alínea "b", §8º, da Lei nº 11.651/91.

O auto de infração, lavrado em 17/10/2006, foi instruído com cópia da Nota Fiscal nº 666 e extrato cadastral da empresa autuada, no qual se indica que ela tem como atividade econômica a construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica.

Revel em Primeira Instância, a empresa autuada apresenta impugnação na qual sustenta que a emissão da nota fiscal em apreço é da responsabilidade da empresa comercial situada em outro Estado e que, por ser empresa de construção civil, não sujeita ao pagamento do diferencial de alíquotas; afirma que todos os materiais relacionados na referida nota fiscal foram devolvidos à empresa remetente, através da Nota Fiscal nº 560.

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário considerou procedente o auto de infração, no qual já consta indicada a aplicação do § 8º do art. 71 do CTE, afirmando que "o argumento do sujeito passivo de que promoveu a devolução das mercadorias não altera a situação, pois a irregularidade detectada pelo Fisco vincula-se, em especial, à Nota Fiscal de aquisição das mercadorias, sendo a devolução fato jurídico que não anula a referida irregularidade" (fls. 65-69).

O sujeito passivo, inconformado com a decisão cameral, apresentou recurso para o Conselho Pleno, fls. 74-84, aduzindo que: 1) a emissão da nota fiscal, tida como emitida incorretamente, não é de responsabilidade da adquirente das mercadorias; 2) é uma empresa de construção civil e não se sujeita ao diferencial de alíquota; 3) não é consumidora final dos bens adquiridos; e, 4) com a devolução das mercadorias não há que se falar em obrigação tributária decorrente da operação em comento.

É o relatório.

DECISÃO

O processo em análise trata de exigência de multa formal pelo descumprimento de obrigação acessória imposta à destinatária, no caso a autuada, de informar à empresa fornecedora a sua condição de não contribuinte, não tendo qualquer relação com a cobrança de ICMS diferencial de alíquota.

As empresas de construção civil em vez de adquirirem mercadorias de fornecedores goianos, tributadas pela alíquota interna de 17% (dezessete por cento) optaram por adquiri-las de fornecedores situados em outra unidade da

Federação, tributadas pela alíquota interestadual de 7% (sete por cento) ou 12% (doze por cento), visto que não estavam sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquotas.

Visando reduzir essa situação indesejável, o legislador goiano alterou a Lei nº 11.651/91, CTE, inserindo o § 4º ao art. 44, no qual se estabelece que o destinatário não contribuinte do imposto deve informar ao remetente sua condição na aquisição interestadual de mercadoria, bem ou serviço.

A penalidade para o descumprimento dessa obrigação é a prevista no inciso XII, alínea "b", da Lei nº 11.651/91, com redação da Lei nº 14.058/01, que assevera o seguinte:

"Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

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;" (grifo oportuno)

No presente processo, a exigência de multa formal corresponde a 70% (setenta por cento) do valor das mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 0000666, fls. 03, em razão da omissão da empresa atuada que não informou a sua condição de empresa de construção civil, portanto, não contribuinte do ICMS, nos termos do art. 44, §§ 3º e 4º, da Lei nº 11.651/91.

A atuada, entretanto, promoveu a devolução integral das mercadorias constantes da nota fiscal objeto da autuação, circunstância que anula a aquisição relativa à Nota Fiscal nº 000666, visto que houve o desfazimento do negócio mercantil.

Ora, não ocorrendo a aquisição não há que se falar em aplicação de penalidade porque a penalidade somente pode ser imposta pela aquisição de mercadorias, conforme se depreende do texto do dispositivo acima transcrito.

Ante o exposto, conheço do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 21 de agosto de 2012.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Extravio de documentos fiscais (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01138/12

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: ICMS. Multa formal. Pena pecuniária. Extravio de documentos. Improcedência. Decisão unânime.

I - Provado no Pedido de Revisão Extraordinária que a constituição do crédito tributário, relativo à pena pecuniária, por descumprimento de obrigação tributária acessória, deu-se após a decretação da falência do sujeito passivo, mister se faz improceder o auto de infração.

II - Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de março de 2012, 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 Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Elias Alves dos Santos, José Luiz Rosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Revisão Extraordinária que solicita a desconstituição do crédito tributário relativo ao auto de infração supra, referente à multa formal em decorrência de extravio de notas fiscais modelo 1, série 1, numerados de 001 a 500 e série 2, de 001 a 450.

Conforme Despacho nº 2909/2011-CAT (fls. 26) a presidência admite o pedido de revisão e encaminha os autos para serem pautados a julgamento pelo Conselho Pleno. Pautou-se pelo despacho da GERC que constatou vício de legalidade com fundamento na alínea "a", inciso I, art. 43 da Lei 16.469/09, pelo fato de constatar que o referido auto de infração foi lavrado posteriormente a decretação da falência e segundo a Procuradoria Geral do Estado, tal cobrança afronta o Decreto Lei nº 7.661/45.

DECISÃO

Tratam os autos de cobrança de penalidade pecuniária em virtude de documentação fiscal tida como extraviada. Lavrado o auto de infração em 09/04/2003 descobriu-se em seguida que o contribuinte teve sua falência decretada em tempo anterior ou seja, em 29/04/2002, o que, acordo com a lei e

julgados de cortes superiores, impede a cobrança deste tipo de cominação e por isso o presente crédito tributário lavrado em desfavor da Fazenda Pública Estadual – FPE deve ser desconstituído.

De fato, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21/06/1945, vigente à época em que foi decretada a falência da empresa, dispunha no inciso III do parágrafo único do artigo 23, *verbis*:

“Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência :

[...]

III – as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas”

No mesmo diapasão, o Supremo Tribunal Federal - STF manifestou-se acerca da questão nos termos do entendimento sumulado nº 192 que assim estatui; “não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa”.

Sobre o tema em apreciação assim também manifestou-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ, em perfeita sintonia com o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal, conforme se vê da decisão abaixo transcrita:

“Processo AgRg no Resp 762420 / PR

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO Identidade

2005/0105052-0

Relator Ministro MAURO CAMPBEL MARQUES

Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 06/0/2009

Data da Publicação/Fonte DJe 19/08/2009

Ementa. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, MASSA FALIDA, JUROS E MULTAS FISCAIS. EXCLUSÃO. NATUREZA DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA. SÚMULAS 192 E 565 DO STF. ENCARGO DE 20% DO DECRETO-LEI 1.025/69. EXIGIBILIDADE. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. APÓS A QUEBRA, CONDICIONADA À SUFICIÊNCIA DO ATIVO PARA PAGAMENTO DO PRINCIPAL.

PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO. 1. É indevida a cobrança de multa fiscal da massa falida, por possuir natureza de penalidade administrativa. Incidência das Súmulas 192 e 565 do STF.

2. Antes da decretação da falência, são devidos os juros demora, sendo viável, portanto, a aplicação da taxa Selic, que se perfaz em índice de correção monetária e juros e, após a decretação da falência, a incidência da referida taxa fica condicionada à suficiência do ativo para pagamento do principal. Precedente: ERESp 631.658/RS, Primeira Seção, DJ de 09.09.2008.

3. Consoante entendimento firmando no julgamento do Resp 1.110.924/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C e na Resolução STJ nº 8/08, é exigível da massa falida, em execução fiscal, o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69.

Agravo regimental não provido.”

Ante o exposto e considerando-se que a questão em comento encontra-se pacificada em nossos Tribunais Superiores, inclusive estando a matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, considero que prosseguir com a citada persecução do crédito tributário em análise implica em afrontar os princípios constitucionais da legalidade e eficiência que regem os atos da administração pública (art. 37, caput, CF), bem como ferir o princípio da economia processual.

Sem mais delongas, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 29 de maio de 2012.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Falta de escrituração de documentos fiscais aquisição - microempresa (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00917/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: MULTA FORMAL. FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTOS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. PROCEDÊNCIA. REFORMA PARCIAL DA DECISÃO CAMERAL QUE APLICOU À HIPÓTESE A FORMA PRIVILEGIADA DO §8º DO ART. 71 DO CTE.

I- O sujeito passivo não registrou as notas correspondentes às mercadorias que lhe foram destinadas, incorrendo em descumprimento da regra descrita no art. 308 do RCTE, incorrendo na penalidade descrita na alínea "c" do inciso VII do art. 71 do CTE.

II- O §8º do art. 71 encerra regra benéfica ao sujeito passivo que, a par de haver cometido quaisquer dos ilícitos arrolados entre os seus incisos V e XII, não deixou de recolher o imposto, ainda que de forma indireta, como resultado dessa prática. É, sobretudo, atenuante que incidirá exclusivamente nas infrações formais isoladas e, mais do

que isso, somente nas hipóteses em que tal infração não serviu de ferramenta para um fim de maior gravidade, qual seja, a sonegação fiscal. A única maneira de se evidenciar que não houve prejuízo ao Erário seria por meio de levantamento fiscal na empresa autuada, verificando se houve omissão de saídas de mercadorias no período auditado e se tal omissão não influenciaria na sua faixa de enquadramento, na qualidade de microempresa. A dúvida quanto à ausência ou existência de prejuízo fatalmente redundará na aplicação da forma simples da penalidade.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de março de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar em parte a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, porém, sem a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho, Washington Luis Freire de Oliveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e o Sr. Presidente, Conselheiro Antônio Martins da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Álvaro Falanque, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Paulo Diniz, Nivaldo Carvelo Carvalho, Cláudio Henrique de Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE.

RELATÓRIO

RELATÓRIO - RITO ORDINÁRIO - Processo nº 4010800608312

1. DESCRIÇÃO DO FATO

A acusação fiscal é a de que o sujeito passivo deixou de escriturar no livro registro de entradas, correspondente ao período de 01/01/07 a 30/06/07, conforme relação e cópias das notas fiscais, cópia do livro registro de entrada e demonstrativos em anexo. Em consequência, fica sujeito à multa de 25% sobre o valor da operação de R\$ 197.676,09, juntamente com os acréscimos legais.

2. TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO E PENALIDADE PROPOSTA

São dados como infringidos os arts. 64 Lei 11.651/91, c/c art. 308, Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 71 inciso VII "c" da Lei 11.651/91 c/ redação da Lei 13.446/99

3. COMPLEMENTAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO POLO PASSIVO

4. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO AUTO DE INFRAÇÃO

O auto de infração foi constituído com os seguinte documentos: Procedimento Fiscal de fls.03; cópia da Ordem de Serviço de fls.04; Relatório contendo dados de Notas Fiscais de fls.05; Solicitação de Vias de Notas Fiscais de fls.06/08; cópia de Notas Fiscais de fls.09/11; Registro de Entradas Interestadual e do Exterior de fls.12; Conferência de Notas Fiscais de Entrada não Registradas de fls.13; Notificações à Empresa para Apresentar Notas Fiscais de Remessa assim como cópias da Notas Fiscais de fls.14/112; Termo de Abertura de Livro Registro de fls.113; Livro Registro de Entradas Estadual - RE - Modelo P1/a de fls.114/140.

5. INTIMAÇÕES / REFERÊNCIA À REVELIA

O sujeito passivo foi intimado na condição de autuada em 15/12/08 às fls.141/142.

6. ALEGAÇÕES DE IMPUGNAÇÃO

A empresa, por sua vez, ingressa com impugnação às fls.144/146, alegando que não teria adquirido as mercadorias referentes às Notas Fiscais em questão, que não teria sido enviado com a intimação qualquer comprovação com argumentos convincentes da acusação fiscal e, por isso deveria ser o procedimento declarado improcedente.

7. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DA IMPUGNAÇÃO

Junto com a peça de impugnação é trazido ao feito cópia de intimação de fls.147; cópia do auto de infração de fls.148; cópia do Procedimento Fiscal de fls.149; cópia da Segunda e Primeira Alteração Contratual de fls.150/157 e cópia de Constituição de Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada de fls.158/160. Consta às fls.161, Termo de Encaminhamento dos autos à SEAPRI, para Julgamento de Primeira Instância.

8. RELATO DE DESPACHOS DA PRIMEIRA INSTÂNCIA

9. RELATO DE DILIGÊNCIAS REALIZADAS

10. RELATO DA INTIMAÇÃO E MANIFESTAÇÃO DO(S) SUJEITO(S) PASSIVO(S) QUANTO À DILIGÊNCIA

11. RELATO DA DECISÃO SINGULAR

O Julgador singular, prolata a Sentença de nº 1827/09, de fls.162/164, e decide pela Procedência da pretensão inicial do fisco. Fundamenta sua decisão em primeiro lugar, que a defendente nada trouxe ao feito para se contrapor à acusação fiscal; que a farta documentação juntada pelo autuante se encontrava acostada ao processo antes da data do início do procedimento fiscal, sendo juntadas, inclusive, notificações fiscais expedidas para as emitentes dos documentos que deram origem ao litígio e planilha com os documentos objeto da acusação. Portanto, não se podendo alegar a caracterização de cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo pelo não envio da documento pelo correio.

12. INTIMAÇÕES / REFERÊNCIA À PEREMPÇÃO

O Autuado foi intimado em 18/05/09 às fls.165/166.

13. ALEGAÇÕES DE RECURSO (VOLUNTÁRIO OU EX-OFFICIO) / MANIFESTAÇÃO DE CONCORDÂNCIA DA FPE / IMPUGNAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA / CONTRADITA DO SUJEITO PASSIVO

Inconformada, a autuada comparece ao feito em grau de recurso voluntário, às fls.168/169, e reitera os argumentos da impugnação inicial; alega que não tem nenhum conhecimento de tais Notas Fiscais e que não teve acesso às mesmas; garante que foram emitidas indevidamente e afirma que houve cerceamento ao direito de defesa. Acrescenta que não efetuou tais compras e que está sendo muito difícil chegar aos responsáveis. Pede a improcedência do Auto de Infração.

14. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO RECURSO/IMPUGNAÇÃO/CONTRADITA

Instrui a peça recursal, cópia da intimação de fls.170.

15. RELATO DE RESOLUÇÕES DA CÂMARA JULGADORA

16. RELATO DE DILIGÊNCIAS REALIZADAS

17. RELATO DA INTIMAÇÃO E MANIFESTAÇÃO DO(S) SUJEITO(S) PASSIVO(S) QUANTO À DILIGÊNCIA

18. RELATO DA DECISÃO CAMERAL

A Quarta Câmara deste Conselho decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento ao direito de defesa. 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.

Entendeu o acórdão cameral de nº3675/09, de fls.174/177, que o lançamento de crédito, sob o aspecto formal, está 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.

De início, rejeita a preliminar de nulidade "ab initio" do processo por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, porque o histórico da ocorrência, descrito no auto da infração, está regido de forma a não suscitar nenhuma dúvida quanto à infração fiscal e os elementos probantes da acusação estão anexos aos autos; que o documento de formalização do crédito tributário contém todos os requisitos estabelecidos no art.8º da Lei 16.469 de 19/01/09.

Acrescenta, ainda, que prescreve o § 3º do art. 20 da Lei nº 16.469/09, a qual regula o processo administrativo tributário que: "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."

No mérito, dentro do ordenamento jurídico-tributário, os contribuintes estão, além de submetidos ao cumprimento de obrigação tributária principal, que está relacionado 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 expõe o sujeito passivo a penalidades pecuniárias, nos termos dos pressupostos legais; que a legislação tributária estadual, no art. 306 do Decreto nº 4.852/97, que regulamenta a Lei 11.651/91, especifica quais os livros fiscais que os contribuintes do ICMS necessitam para registrar as operações ou prestações por eles realizadas.

Quanto ao livro Registro de Entradas, modelos 1 ou 1-A, diz o referido Decreto, em seu art. 308, ser ele destinado à escrituração do movimento das entradas de mercadorias ou serviços, sendo que os registros, de acordo com o art. 309, inciso I, devem ser feitos, operação por operação, em ordem cronológica até o dia seguinte ao da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento ou até o dia seguinte ao da aquisição, quando a mercadoria não transitar pelo estabelecimento adquirente.

Com estas fundamentações, o julgador votou rejeitando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento ao direito de defesa. Quanto ao mérito, votou conhecendo do recurso voluntário, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Por maioria de votos, foi acolhida a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE.

19. INTIMAÇÕES

Intimada a Fazenda Pública às fls. 178, para interpor recurso ao Conselho Pleno.

20. ALEGAÇÕES DE RECURSO (DO CONTRIBUINTE OU DA FPE) / CONTRADITA DO(S) SUJEITO(S) PASSIVO(S)

A Fazenda Pública Estadual na pessoa do Representante Fazendário através do Recurso ao Conselho Pleno nº 200 de fls.179, expõe as razões de discordância da decisão cameral, que embora tenha sido apropriadamente de procedência, teve aplicação da forma privilegiada da multa, conforme previsto na Lei nº 11.651/91 art. 71 §8º. Vem ao final, solicitar a reforma da referida sentença, retirando-se a aplicação da forma penal citada.

Que o entendimento majoritário dos senhores conselheiros foi equivocadamente o de que por se tratar de omissão de entrada de mercadorias sujeitas à tributação normal, ficaria evidenciado o não comprometimento do pagamento de ICMS, entretanto observa-se o contrário, pois juntamente com o presente auto de infração foi também lavrado o auto de infração de nº 4 0108005 890 08 (anexo) de omissão de saídas presumida por déficit da conta Caixa detectado em Levantamento do Movimento Financeiro.

Note-se que a aplicação da forma privilegiada da multa prescinde a certeza de não comprometimento, nem mesmo indireto, do pagamento do imposto, o que comprovadamente não ocorre neste caso.

Diante do exposto a FPE clama pela reforma da decisão cameral, retirando-se a aplicação da forma penal privilegiada prevista no CTE, art. 71, §8º., restituindo-se, assim, a integralidade da multa.

A FPE faz a juntada de documentação por haver decisões divergentes tanto camerais não reformadas, quanto plenárias discorrendo sobre a mesma matéria (omissão de entradas sem aplicação do §8º em anexo) quais sejam:

cópia do Auto de Infração de nº 4 0108005 890 08 de fls.181;

cópia do Procedimento Fiscal de fls.182;

nº 3 236758 081 17, Acórdão nº 02540-IV CJUL de 07/07/08 (não reformada) fls.183/185;

nº 3 0078369 292 53, Acórdão nº 02172-CONP, de 24/11/05 de fls.186/189;

nº 3 0222579 449 98, Acórdão nº 02905-CONP, de 05/08/08 de fls.190/192; e

nº 3 0084104 882 18, Acórdão nº 01237-CONP, de 15/04/08 de fls.193/196.

O Autuado foi intimado em 11/10/10, às fls.198/199, a pagar a quantia exigida ou apresentar recurso ao Conselho Pleno e às fls.200 Contraditar ao Pedido de reforma formulado pelo Representante Fazendário.

É o relatório.

D E C I S Ã O.

O cerne da petição Fazendária é, unicamente, a exclusão da forma privilegiada inscrita no §8º do art. 71 do CTE, aplicada na decisão Cameral que deu pela procedência do lançamento fiscal.

Dispõe o referido dispositivo que:

“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”.

O §8º do art. 71 encerra regra benéfica ao sujeito passivo que, a par de haver cometido quaisquer dos ilícitos arrolados entre os seus incisos V e XII, não deixou de recolher o imposto, ainda que de forma indireta, como resultado dessa prática. É, sobretudo, atenuante que incidirá exclusivamente nas infrações formais isoladas e, mais do que isso, somente nas hipóteses em que tal infração não serviu de ferramenta para um fim de maior gravidade, qual seja, a sonegação fiscal.

Interpretando referida regra, podemos tecer as seguintes ilações:

1) A prática da irregularidade se subsume ao tipo do art. 71, VII “c” do CTE, e se consubstancia na “falta de registro ou pelo registro com valor incorreto de documento relativo à entrada, aquisição ou utilização de mercadorias”.

2) Como resultado advindo dessa prática, para aplicação do dispositivo, não pode haver, ainda que indiretamente, falta de pagamento do imposto. Esse segundo item aponta para uma evidência, uma constatação efetiva, uma verdade destacada no mundo dos fatos: a prática da infração não resultou prejuízo ao Erário.

Dessas assertivas, penso assistir razão à pretensão Fazendária. Isso porque o principal aspecto do “caixa dois” é a ocultação parcial ou total de movimentação financeira da empresa e que corre à margem de seus registros contábeis-fiscais. Em decorrência da própria filosofia que o rege, também não se registra mercadoria adquirida com fundos dele provenientes, sob pena de haver, ao final de determinado exercício, saldo credor na conta caixa, cujos vestígios atrairiam a atenção do fisco.

Concluindo, o controle de vendas paralelo e o não-registro da aquisição de mercadorias são dois lados de uma mesma moeda. Tanto entradas como saídas ocorrem subrepticamente e extracontabilmente. Ressalte-se que ao sujeito passivo era aplicável, à época do não-registro das notas fiscais que compõem este processo, o regime diferenciado da microempresa, sob a alíquota de 12%. É razoável crer que as saídas à margem da contabilização em 2007, se não computadas na receita bruta, poderiam redundar, no exercício de 2008, em enquadramento artificial em faixa de alíquota inferior à que realmente estaria enquadrada a empresa, ensejando prejuízo ao Erário.

Tais evidências apontam para a conclusão de que o descumprimento da obrigação de registro de notas fiscais de aquisição pode servir de manto para encobrir infração mais profunda, qual seja, a sonegação de tributos, possibilitando

à empresa “artificializar” seu enquadramento em faixa de alíquota inferior à que sua receita bruta corresponderia.

De fato, a única maneira de se evidenciar que não houve prejuízo ao Erário seria por meio de levantamento fiscal na empresa autuada, verificando se houve omissão de saídas de mercadorias no período auditado e se tal omissão não influenciaria na sua faixa de enquadramento, na qualidade de microempresa.

Com essas considerações, faz-se teratológico fundamentar a aplicação da forma privilegiada no benefício da dúvida, visto que tanto a forma qualificada quanto a privilegiada exigem juízo de certeza para serem tomadas. A dúvida quanto à ausência ou existência de prejuízo fatalmente redundará na aplicação da forma simples da penalidade.

Sob tais fundamentos, conheço do recurso Fazendário e dou-lhe provimento para excluir do cômputo da penalidade a aplicação da forma privilegiada descrita no §8º do art. 71 do CTE.

Sala das sessões plenárias, em 03 de maio de 2012.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Não adoção de ECF. Duplicidade (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01529/12

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: Multa Formal. Falta de adoção de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF. Duplicidade de lançamento. Improcedente. Decisão não unânime.

Declara-se improcedente o auto de infração quando este tratar do mesmo fato gerador do tributo objeto de outro procedimento fiscal, o que caracteriza duplicidade de lançamentos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de dezembro de 2011, decidiu, por maioria de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, José Pereira D'abadia, Paulo Diniz e Cláudio Henrique de Oliveira. Vencidos os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Elias Alves dos Santos, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva e Aldeci de Souza Flor, que votaram conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, negando-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração, com adequação do período de lançamento. Vencido também o Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes, que votou conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, negando-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração, porém, sem adequação do período de lançamento.

RELATÓRIO

Neste processo o sujeito passivo é autuado com penalidade de natureza pecuniária, no valor de R\$ 9.614,58 (nove mil, seiscentos e quatorze reais e cinquenta e oito centavos) por deixar de adotar em seu estabelecimento o Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, a partir de 01/03/2009, quando ficou obrigado a utilizar, em virtude da receita bruta da empresa ter superado o valor previsto na legislação tributária, conforme relatório de faturamento em anexo.

O auto de infração encontra respaldo legal no Código Tributário Estadual em seu art. 64 c/c arts. 1º e 4º, anexo XI, do Decreto nº 4.852/97. A penalidade está prevista no art. 71, inciso XV, alínea "h", do mesmo código.

Embora regularmente intimado, o sujeito passivo não se manifestou em Primeira Instância, conforme Termo de Revelia (fl. 07).

Posteriormente foi apresentado Pedido de Revisão Extraordinária onde a autuada afirma que não conhecia o rigor da legislação específica e que "foi um fato isolado" ultrapassar o limite no segundo semestre de 2008, acosta aos autos cópia da Declaração Anual do Simples Nacional – DASN (fls. 12 a 15). Ao final, requer a improcedência do auto de infração (fls. 11 a 17).

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário examina o Pedido de Revisão Extraordinária, mediante o Despacho nº 2425/2011-CAT, e a documentação relativa ao PAT nº 4 0109051 091 03 e constata a existência de erro de fato substancial que implica alteração no lançamento procedido pelo Fisco, uma vez que ficou provada a existência de duplicidade de lançamento do presente auto de infração em relação ao PAT referido, envolvendo a mesma ocorrência, o mesmo fato gerador e valor de imposto exigido.

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 que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno (fl. 26).

É o relatório.

DECISÃO

Analisando o Pedido de Revisão Extraordinária apresentado pelo sujeito passivo, o meu convencimento foi no sentido de acolhê-lo ante a constatação de que a irregularidade de que trata a basilar foi objeto de outro lançamento, formalizado por meio do Auto de Infração nº 4 0109051091 03 sendo que ambos os documentos de formalização de crédito reportam-se ao mesmo fato gerador do tributo, ocorrendo então a duplicidade de lançamentos.

O presente auto de infração foi lavrado em 21 de junho de 2011, enquanto o de nº 4 0109051091 03, apensado a estes autos (fl. 22), foi lavrado em 07 de

dezembro de 2009, devendo, então, o lançamento em apreciação ser declarado improcedente, por ter sido lavrado em duplicidade.

O oferecimento da oportunidade do contraditório facultou a apresentação de provas contrárias ao lançamento de ofício, visto que nele a autoridade fazendária reclama a multa formal pela falta de adoção de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, em virtude de o faturamento da empresa ter superado o valor previsto na legislação tributária sendo que para esta infração já existia outro procedimento fiscal, conforme foi esclarecido.

Pelo exposto, conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

VOTO EM SEPARADO

No presente processo, minha decisão será a mesma do seu relator, porém, com fundamento diverso do que foi por ele aceito como fundamento de sua decisão, sendo esse fato a motivação de minha solicitação para elaboração de voto em separado.

Meu entendimento é de que há impossibilidade jurídica em se imputar nova multa formal que puna a recalitrância do sujeito passivo em adotar em seu estabelecimento o ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal. Seu fundamento é a falta de previsão legal para esse procedimento por parte do fisco.

A redação do artigo 97, inciso V, do Código Tributário Nacional, que trata sobre a exigência de lei nesse tipo de situação (imputação de penalidade), tem a seguinte redação:

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;” (grifo nosso)

Compulsando o tal processo sobre o qual residiria a duplicidade que motivou o julgamento pela improcedência do presente auto, percebe-se claramente que não houve engano algum por parte do fiscal. Sua real intenção era de punir a recalitrância do sujeito passivo em não adotar o ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal em seu estabelecimento.

Para isso, lavrou o primeiro auto referido, em 07/12/2009. E agora, em 2.011, mais precisamente em 21/06/2.011, lavrou outro auto, o que ora é apreciado, requerendo a mesma penalidade pecuniária, sobre período posterior ao que foi considerado no primeiro trabalho, desejando de forma expressa, punir a recalitrância do sujeito passivo em observar a obrigação acessória de adoção de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF.

Entendo que diante de uma clara falta de previsão legal desse procedimento, não se pode julgar procedente o presente auto de infração. O princípio da estrita legalidade referido acima me leva a essa conclusão.

Diante do que foi exposto, conheço do pedido de revisão extraordinária, dou-lhe provimento para julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 05 de julho de 2012.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão de apresentação do arquivo magnético do SINTEGRA. Recalcitrância (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02899/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Multa formal. Persistência na omissão de entrega de arquivos magnéticos do SINTEGRA. Procedente. Mantida a decisão cameral. Decisão não unânime.

O lançamento de ofício, por descumprimento de obrigação acessória consistente na falta de entrega de arquivos magnéticos do SINTEGRA, deve ser declarado procedente quando a infração devidamente comprovada pelo Fisco não tenha sido afastada pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 16 de outubro de 2012, 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 Elias Alves dos Santos, Heli José da Silva, Washington Luis Freire de Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Aldeci de Souza Flor. Vencidos os Conselheiros Álvaro Falanque, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Carlos Andrade Silveira, Paulo Diniz e Edson Abrão da Silva que votaram pela procedência parcial do auto de infração no valor da multa formal de R\$ 869.425,77 (oitocentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e setenta e sete centavos), ante a retirada dos períodos de janeiro e fevereiro de 2005. E, o Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca que votou pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Consta do auto de infração a descrição de que o contribuinte deixou de atender a fiscalização, após a ciência dos autos de infração 4 0109035 175 81 e 4 0109035 204 50, não apresentando os arquivos magnéticos referentes aos períodos de janeiro/2005 a julho/2009, com a correção relativa à falta dos registros tipos 54 e 60R. Em consequência, fica sujeito a multa forma no valor de

R\$892.360,25 (oitocentos e noventa e dois mil, trezentos e sessenta reais e vinte e cinco centavos), correspondente a 1% (um por cento) dos valores que deveriam constar dos tipos omissos.

A previsão legal consta do Código Tributário Estadual em seus arts. 55, inciso II; e 64 c/c arts. 1, §5º; e 7º, anexo X, do Decreto nº 4.852/97 e arts. 1º e 5º, §3º, da IN 932/08 GSF. A penalidade está prevista no art. 71, inciso XXIII, alínea "c", item 1, do mesmo código.

Objetivando instruir o lançamento fiscal o autuante junta os seguintes documentos: Anexo Estruturado - descritivo Complementar da Ocorrência fls. 04; Ordem de Serviço nº 0216/2009 fls. 05; Planilha indicativa de omissão de entrada e saída do Tipo 54 e Omissão de Entrega do Tipo 60R fls. 06/07; Cópia de intimação referente a outros PAT's fls. 08/017; Comprovante de Alteração de uso de sistema informatizado para emissão de documentos fiscais fls. 18/24; Planilha SINTEGRA fls. 25/80; Cópia de Livro de Registro de Apuração de ICMS fls. 081/222; Consulta Detalhada do Contribuinte Pessoa Jurídica fls. 223/224.

Devidamente intimado o autuado fls. 225/226, apresenta impugnação de fls. 228/229.

Alega o autuado que o fisco teria exigido a apresentação de arquivos de cinco anos e propondo com isso uma penalidade descabida e uma exigência incompatível com a situação da empresa; que devido ao exíguo tempo concedido para análise dos vultosos documentos da autuada, ainda não teria sido confeccionado levantamento contraditório. Requer a improcedência do auto de infração (fls. 228/229).

Acompanham a impugnação procuração e identificação dos procuradores fls. 230/232; Cópia da Quarta Alteração contratual do autuado fls. 233/237. Foram juntados extratos de PAT de fls. 239/242; comprovante da regularidade de entrega de arquivo magnético por inscrição estadual fls. 243/248.

Sobreveio a Sentença singular de fls. 246/247, pela qual o Julgador conhece da impugnação, porém, nega-lhe provimento por total ausência de provas e de fundamentação legal, decidindo pela procedência do lançamento fiscal.

Da decisão supra o autuado foi intimado para pagar e/ou apresentar recurso em Segunda Instância, fazendo opção pela segunda, conforme se vê das fls. 251/255.

Inconformado, o sujeito passivo comparece em Segunda Instância onde alega, em preliminar, que os autos de infração que antecederam o lançamento já estão para serem julgados em segunda instância, e que desta forma deve-se esperar o julgamento dos mesmos. No mérito, aduz que o prazo de 10 dias estabelecido na legislação tributário para correção de irregularidades é regra geral, e para o caso em tela é desarrazoado e desproporcional; que a fiscalização não pode exigir arquivos magnéticos dos meses de janeiro e fevereiro/2004, pois não consta dos autos de infração anteriores; e que deve ser aplicada à penalidade na

forma privilegiada do art. 71, §8º, do CTE, pois não houve falta de pagamento. Requer a improcedência do auto de infração (fls. 251 a 255).

Acompanham o recurso cópia de extrato de AI e Detalhamento de credito tributário de fls. 256/260

A Segunda Câmara Julgadora resolveu, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Delegacia Fiscal da circunscrição do atuado, para informar a data de adoção dos ECF's com memória de fita-detalhe (MFD) para armazenamento dos dados necessários à reprodução integral de todos os documentos emitidos pelos equipamentos (fl. 263).

O resultado da diligência confirma que a empresa iniciou o uso dos ECF's em 07/03/2007, sendo um total de 06 equipamentos, mas apenas 02 com memória de fita-detalhe. Posteriormente, em 26/11/2007, passou a utilizar 06 equipamentos com memória de fita-detalhe (fls. 266 a 269). O sujeito passivo foi intimado fl.271/273, não se manifestando sobre o resultado da diligência. A pedido do atuado foi juntada aos autos parte do Anexo XI (do equipamento emissor de cupom fiscal) dando nova redação ao Anexo XI pela art. 1º do Decreto nº 6.234/05 de 31.08.05. vigência 05.09.05 fls. 277

Em julgamento pela Quarta Câmara, por maioria de votos, conheceu-se do recurso, porém, foi-lhe negado provimento, confirmando a sentença singular que considerou procedente o Auto de Infração, com o argumento de que o lançamento de ofício por descumprimento de obrigação acessória, consistente na falta de entrega de arquivos magnéticos do SINTEGRA, deve ser declarado procedente quando a infração, devidamente comprovada pelo Fisco, tenha sido praticada pelo sujeito passivo

Devidamente intimado o atuado a tomar conhecimento da decisão cameral de fls. 279/284, conforme se vê da intimação de fls. 285, apresenta Recurso ao Conselho Pleno fls. 288/293.

Nas razões recursais do atuado é alegado em síntese que o prazo estabelecido pelo atuante de 10 (dez) dias para regularização dos arquivos magnéticos é desarrazoado e desproporcional levando-se em conta as várias obrigações acessórias envolvidas; que em assim sendo foram violados os princípios que regem o Direito Tributário da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta que o período atuado é extenso; que a mesma atuante lavrou três autos de infração cobrando o mesmo fato gerador, por períodos diferentes, o que justifica a alegação do exíguo prazo estabelecido pelo Fisco; que os meses de janeiro e fevereiro de 2005 devem ser excluídos do referido lançamento; que seja aplicada a forma privilegiada do § 8º do CTE, já que a acusação consiste em uma obrigação acessória diferente de obrigação principal. Requer seja julgado improcedente o Auto de Infração.

É o relatório.

DECISÃO

A autuação refere-se à multa formal devido à resistência do contribuinte em apresentar arquivos magnéticos com a correção relativa à falta dos registros tipo 54 (total de notas fiscais de entrada) e tipo 60 (resumo das saídas efetuadas através de ECF). A autoridade lançadora cola aos autos extensa documentação que prova a omissão praticada pelo sujeito passivo.

A obrigação acessória imposta ao contribuinte está capitulada no artigo 7º do anexo X do RCTE, com as especificações contidas na Instrução Normativa 630/03-GSF, especialmente no seu artigo 1º:

“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).”

“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;”

O sujeito passivo não consegue provar nos autos a entrega dos referidos arquivos. Suscita, tão somente, a exclusão dos meses de janeiro e fevereiro do ano de 2005 sob a alegação que estes meses não foram objetos de autuação em outros autos de infração. Não prospera tal justificativa. O auto de infração 4 0109035 204 50 é decorrente do não cumprimento da determinação contida no auto de infração 4 01 09 030927 18, auto este que prova a inclusão dos meses de janeiro e fevereiro de 2005, o que é facilmente comprovado às fls. 12.

Quanto à aplicação da forma privilegiada do § 8º, artigo 71 do CTE, reivindicada pelo contribuinte, reproduzo parte do acórdão cameral, elaborado pelo brilhante Conselheiro Heli José da Silva:

“Deixo, outrossim, de aplicar a forma privilegiada estabelecida no § 8.º do artigo 71 do CTE, por entender que a renitência do sujeito passivo em cumprir com a obrigação acessória em questão, inobstante o longo período que teve para fazê-lo, haja vista tratar-se de obrigação relacionada com os arquivos magnéticos dos exercícios de 2005, 2006, 2007, 2008, e 2009, configura-se como procedimento que visa obstaculizar a correta fiscalização do seu estabelecimento, e, por conseqüência, dificultar a apuração de eventual omissão de recolhimento do imposto aos cofres estaduais.”

Com o qual concordo, razão de não aplicar a atenuante do § 8º do artigo da Lei 11.651/91-CTE.

Do exposto. Conheço do recurso para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 04 de dezembro de 2012.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão de registro de saída de mercadoria retida na fonte. Auditoria Específica (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 02296/12

Relator: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: Processual. Pedido de diligência. Requerimento de autoria do sujeito passivo e rejeitado por unanimidade.

Os pedidos de diligência fiscal devem ser rejeitados quando: a) forem desprovidos de fundadas razões ou fatos controversos; b) apresentarem caráter protelatório e c) não se tratar de produção antecipada de provas.

Processual. Nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração. 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. Preliminar arguida pelo Conselheiro Relator e acolhida por unanimidade.

Exclui-se o solidário da lide quando inexistente dispositivo legal que estabeleça a solidariedade nos casos de pena pecuniária.

ICMS. Multa formal. Omissão de saída de mercadorias no regime da substituição tributária pelas operações posteriores. Procedência. Decisão unânime.

Quando o sujeito passivo pratica a omissão de saída de mercadorias no regime da substituição tributária pelas operações posteriores, mister se faz considerar procedente o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 15 de agosto de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Também por unanimidade 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. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Elias Alves dos Santos e José Paixão de Oliveira Gomes. Por unanimidade de votos, acolher a preliminar de exclusão dos solidários da lide, [...] e [...], arguida pelo Conselheiro Relator Cláudio Henrique de Oliveira. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Elias Alves dos Santos e José Paixão de Oliveira Gomes. 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, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 da Lei 11.651/91. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Elias Alves dos Santos e José Paixão de Oliveira Gomes.

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que, conforme auditoria específica de combustíveis referente ao período de 27/07/2004 a 31/07/2004, o sujeito passivo omitiu saídas de mercadorias sujeitas a substituição tributária pelas operações posteriores (álcool, gasolina comum e aditivada) no valor comercial de R\$66.617,37, sujeitando-se, em consequência, ao pagamento de multa formal de 25% sobre este valor, no montante de R\$16.654,34 (dezesseis mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais e trinta e quatro centavos), mais acréscimos legais.

A autoridade lançadora indicou como infringida as disposições do artigo 64 do Código Tributário Estadual - CTE (Lei nº 11.651/91) combinado com o artigo 141 do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE (Decreto nº 4.852/97). Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, VII, "L", item 0, do CTE, com redação da Lei 13.446/99.

Foram incluídos na lide como solidários: [...] e [...], na condição de sócios administradores da empresa, conforme artigo 45, inciso XII da Lei 11.651/91 (fls. 03-04).

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: ordem de serviço, cópia do diário oficial, cópia contrato social, relação de documentos fiscais emitidos, relação de notas fiscais de entrada de mercadorias, cópia do livro Registro de Entradas, cópia do livro Registro de Saídas e cópia do livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), e cópia da Resolução nº 252/2006 da 2ª Câmara do Conselho Administrativo Tributário (fls. 05-61).

A autuada e os solidários foram intimados, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 65-67.

O sujeito passivo autuado e os solidários compareceram ao processo e impugnam a ação fiscal, fls. 69-70, alegando que a impressora fiscal estragou no período de 28/06/2004 a 06/07/2004, período em que o sujeito passivo ficou sem tirar nota fiscal de todo abastecimento por falta de operacionalidade dos frentistas, ficando acumulado uma quantidade de combustível sem emissão de nota fiscal. Para que não houvesse omissão de receita, o sujeito passivo fez um levantamento

dos produtos álcool, gasolina comum e aditivada e emitiu as notas fiscais nºs 1691, 1692, 1693, 1694 e 1695, para efeito de ajuste do estoque. Juntou cópia das notas fiscais referidas e pediu que se julgue o auto de infração improcedente.

O julgador singular, fls. 84-86, prolatou sentença 1120/10, conheceu da impugnação, negou-lhe provimento e julgou PROCEDENTE o auto de infração, argumentando que a exigência fiscal está fundamentada em um trabalho de auditoria tecnicamente correto, que apontou claramente a ocorrência de omissão de saída de mercadoria sujeita a retenção do ICMS na fonte, trabalho esse não contestado de maneira eficaz para ilidir com sucesso a ação fiscal.

Os sujeitos passivos foram intimados, conforme documentos de fls. 87-95, tendo sido lavrado termo de preempção (fls. 96).

O sujeito passivo principal apresentou pedido de revisão extraordinária alegando que as intimações encaminhadas para o sujeito passivo e para os solidários pagarem a quantia exigida ou apresentarem Recurso Voluntário foram encaminhadas apenas para o endereço dos sócios solidários e, devolvidas pelos Correios com a informação "não procurado", tendo sido então promovida a intimação editalícia.

Ocorre que a requerente possui estabelecimento de sua matriz localizada no Estado de Goiás com sua situação cadastral habilitado, pelo que para aquele estabelecimento deveria ter sido remetida a intimação da requerente. Requereu que as razões do recurso voluntário sejam apreciadas (fls. 99-106).

Nas razões do recurso voluntário, fls. 107-111, aduziu que o período do levantamento que fundamentou o presente auto de infração é de 27/07/2004 a 31/07/2004, está totalmente contido no período fiscalizado no auto de infração nº 30156751193596, este julgado improcedente por este Conselho. Alegou que "a autoridade administrativa não agiu com imparcialidade, na medida em que inconcebível o declinado erro existente no procedimento do lançamento, consubstanciado em não acatar o cancelamento das notas fiscais em comento". Asseverou ainda que a suposta irregularidade não resultou na falta de pagamento de imposto, razão pela qual requer, alternativamente, a aplicação do §8º do artigo 71 do CTE. Acostou aos autos os seguintes documentos: procuração, cópia documento da procuradora, cópia de consulta resumida do contribuinte e cópia da 8ª Alteração Contratual (fls. 112-120)

O Presidente do Conselho admitiu o pedido de revisão extraordinária e determinou o encaminhamento dos autos para julgamento em segunda instância (fls. 122-124).

DECISÃO

Passo a decidir e acompanhado da unanimidade do voto de meus doutos colegas julgadores, não dou guarida ao pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo por entender que este deveria se fazer acompanhar de novo levantamento específico de própria lavra, que apontasse todos os erros e omissões praticados

pelos agentes autuantes e assim afastar a acusação fiscal. Ao não fazê-lo, feriu o princípio do contraditório e da ampla defesa pois a Fazenda Pública não terá como contraditá-lo ou realizar nova auditoria sob novos parâmetros. Este Conselho Administrativo Tributário já se pronunciou por diversas vezes quanto a esta questão e nada obsta quando as partes comparecem aos autos munidas de provas materiais para contrarrazoar outrem. Ao simplesmente pedir sem contradizer, é de se entender que tais demandas apresentem ou venham travestidas de caráter protelatório, o que não se aceita mais. Em resumo, a realização de diligências só é plausível quando: a) o pedido vier precedido de fundadas razões ou fatos controversos, materialmente comprováveis; b) não apresentem caráter meramente protelatório; c) quando tratar-se de produção antecipada de provas. Visto que o pedido passivo não se fundamenta em nenhuma dessas premissas, devo rejeitá-lo de plano.

Quanto às aludidas preliminares de nulidade por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito passivo, devo rejeitá-las. Em prefação, quanto à primeira, devo dizer que o vício processual foi sanado através da admissão de seu Pedido de Revisão Extraordinária, consubstanciado pelo Despacho nº 0942/2012 – CAT, de 20/06/2012 (fl.124) e que acolheu suas razões quanto à arguição de ineficácia da intimação. Nos demais quesitos, faz apenas defesa de mérito, confundindo-se com outros autos de infração julgados improcedentes. Portanto, sanada a deficiência não há que falar em cerceamento do direito de defesa.

Na sequência, a aludida arguição relativa a vício por insegurança na determinação da infração não tem como se sustentar. 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 a alíquota aplicável, 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, a descrição do fato no lançamento mantém coerência com os demonstrativos anexados pelo autuante bem como com sua fundamentação legal; b) não há divergências de valores entre os levantamentos integrantes do lançamento, ou destes com o auto de infração; c) o lançamento foi instruído com levantamento completo, que confirma a infração objeto da autuação e por fim, não há qualquer insegurança quanto à denominação dos produtos ou quanto ao agrupamento de produtos diversos, no levantamento específico, requisitos estes que deitam por terra a suscitada preliminar.

Em seguida, arguo a preliminar de exclusão dos solidários [...] e [...], do polo passivo da lide, pois não existe previsão legal para a aplicação do instituto da solidariedade quando a infração imputada ao sujeito passivo apontar apenas descumprimento de obrigação tributária acessória.

Quanto à questão meritória, tal qual o julgador singular, considero que o feito deve prosperar. De fato, não obstante os argumentos esgrimidos pela íncrita defesa, ratifico de plano a lapidar decisão singular de fls. 84/86, de autoria do douto julgador singular David Fernandes de Carvalho que tão bem soube lidar com a questão. Transcrevo-a abaixo, *verbis*:

“Compulsando os autos, constata-se que a ação fiscal está amparada em auditoria específica de combustíveis realizada segundo a técnica regular, em que se considerou as quantidades do estoque inicial e estoque final dos produtos objeto de autuação, consoante informações constantes do livro de Movimentação de Combustíveis, e ainda notas fiscais de entrada e saída do produto, com fundamento nos documentos fiscais de entrada e saída de mercadorias.

O procedimento fiscal está 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;”

A defesa dos impugnantes não prospera.

Com efeito, no Processo Administrativo Tributário nº 3015675193596 a decisão constante do Acórdão da III CJUL nº 02845/07 considerou a alegação do sujeito passivo no sentido de excluir do levantamento fiscal as citadas notas fiscais nºs 1691 a 1695, nos seguintes termos:

“E neste processo, através da impugnação, o contribuinte indicou as falhas existentes que foram sanadas pelo trabalho de revisão fiscal, devendo prevalecer o rigor matemático em sua totalidade, pois todas as alegações são pertinentes, inclusive quanto às notas fiscais acima referendadas que devem ser excluídas do rol das saídas dos combustíveis durante o período auditado” (conforme fls. 83 dos autos).

Destarte, constata-se que no presente processo, os impugnantes pedem o contrário do que foi adotado no PAT nº 3015675193596, decidido pela Acórdão

nº 02845/07, no sentido de ver-se livre da exigência fiscal, assim como naquele processo, julgado improcedente.

Dessa forma, não acolho a alegação da defesa, porquanto contradiz o sentido da decisão conferida no mencionado processo administrativo tributário.

Em consequência, o sujeito passivo sujeita-se ao pagamento de penalidade pelo não cumprimento de obrigação tributária acessória de emissão de documentos fiscais para as operações de saída relativamente aos produtos objeto de autuação, porquanto tratando-se de mercadoria sujeita a substituição tributária, o imposto já fora devidamente recolhido ao erário goiano.

Assim, a exigência fiscal está fundamentada em um trabalho de auditoria tecnicamente correto, que aponta claramente a ocorrência de omissão de saída de mercadoria sujeita a retenção do ICMS na fonte, trabalho esse não contestado de maneira eficaz para ilidir com sucesso a ação fiscal.

CONCLUSÃO

Isso posto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento e julgo PROCEDENTE o auto de infração, condenando os sujeitos passivos ao pagamento do crédito tributário exigido no presente processo.

INTIMEM-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos dias do mês de fevereiro de 2010.

DAVID FERNANDES DE CARVALHO

JULGADOR”

E por fim, mas não menos importante, verifico que acusação fiscal imputada ao sujeito passivo diz respeito à omissão de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores e para a qual aplica-se apenas a penalidade pecuniária prevista em lei. Ora, considerando-se que nestas circunstâncias o ICMS-ST já foi pago na origem ou seja, pelo remetente das mercadorias, é de se entender que o sujeito passivo faz jus ao benefício do § 8º do art. 71 do Código Tributário Estadual, o qual reduz o valor da multa aplicada para a metade de seu valor. Transcrevo-o abaixo, *ipsis litteris*:

“§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.”

Ante o exposto, e por unanimidade de votos, rejeito as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo sujeito passivo, sendo a primeira por cerceamento do direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação

da infração. No mesmo diapasão, também por unanimidade de votos, acolho a preliminar de exclusão dos solidários da lide, [...] e [...], arguida por este Conselheiro Relator e, no mérito, voto em uníssono com meus pares, para conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a decisão singular que 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 08 de outubro de 2012.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão de registro de saída de mercadoria. Mercadoria desacobertada (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02001/12

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - NULIDADES: Preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo autuado: (i) por incompetência funcional da autoridade lançadora; (ii) por insegurança na determinação da infração. (iii) nulidade da decisão singular, por cerceamento do direito de defesa. Rejeitadas por unanimidade.

1. Inexiste incompetência funcional, quando o autor do lançamento realiza o seu mister nos precisos contornos do artigo 4º, da Lei nº 13.266, de 16 de abril de 1998, que dispõe sobre a carreira do Fisco da Secretaria da Fazenda;

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, § 3º, da Lei nº 16.469/09);

3. A sentença monocrática, exarada consoante determina o artigo 38, da Lei nº 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

II - ICMS. Obrigação tributária acessória. Omissão do registro de saídas. Realização de saídas de mercadorias com o ICMS retido anteriormente, sem documentação fiscal. Procedência. Decisão unânime.

1. A legislação tributária preceitua que o contribuinte do ICMS é obrigado a manter e escriturar os livros fiscais exigidos, bem como a emitir documentos fiscais relativos às operações que promover (artigo 64, § 2.º da Lei n.º 11.651/91);

2. A comercialização de mercadorias, sem a correta emissão das Notas Fiscais, bem como a falta dos registros das saídas efetuadas nos livros próprios, constitui-se em infração às normas legais, sujeitando-se o infrator ao lançamento de ofício do imposto correspondente apurado, acrescido da multa e demais cominações legais previstas para a falta praticada.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19 de setembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo sujeito passivo, sendo, a primeira, por incompetência funcional da autoridade lançadora, e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia. E, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença singular, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia. 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 Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia.

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 novembro de 2010, o Fisco impõe multa pecuniária no valor original de R\$ 79.748,98 (setenta e nove mil, setecentos e quarenta e oito reais e noventa e oito centavos), em desfavor do autuado, em razão do mesmo ter realizado saídas de mercadorias com o ICMS retido pelas operações posteriores, e de mercadorias isentas, no período de 1º de janeiro a 08 de setembro de 2009, com registro a menor nos livros fiscais, conforme levantamento feito através do banco de dados copiado no estabelecimento do contribuinte e documentos anexos.

O valor comercial das saídas na importância de R\$ 637.991,85 (seiscentos e trinta e sete mil, novecentos e noventa e um reais e oitenta e cinco centavos), foi obtido em razão da apreensão do Hard Disk (HD) do servidor de dados do estabelecimento do sujeito passivo.

Os autuantes destacaram que após a análise do banco de dados: "Ficou comprovado que o contribuinte em questão realizou fraude em dois Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal (ECF's n°s de série BEO407sc96580001840 e BEO407sc96580001843), conforme laudo em anexo. Por isso, resolvemos analisar o Banco de Dados acima, com o objetivo de verificar se todas as vendas realizadas pelo estabelecimento foram lançadas na sua Escrita Fiscal."

Concluíram: "*As somatórias obtidas através desse banco de dados foram comparadas com os valores registrados na escrita fiscal do contribuinte. As diferenças encontradas foram lançadas na auditoria básica do ICMS como débito*

de ofício. Esse levantamento deu origem a dois autos de infração: um referente à parte tributada e outro em relação a mercadorias isentas/substituição”.

Anexou-se aos autos os documentos de fls. 06/195, representados por: Ordem de Serviço; Extrato do Cadastro; Nota Explicativa; Demonstrativo da Diferença; cópia do Termo de Apreensão número 1100111810-6; Ata da Deslactração de Equipamentos; Procuração; Termo de Copiagem e Autenticação de Arquivo Eletrônico; Termo de Lactração de Equipamentos; Notificação; cópias do livro Registro de Saídas; Recibo de Entrega de Relatórios Digitais; e, mídia – CD, contendo o trabalho realizado.

Foi indicado infração ao artigo 64, da Lei nº 11.651/91 – CTE, c/c o artigo 141, do RCTE, sendo proposta a penalidade do artigo 71, inciso VII, alínea “I” e parágrafo 8.º, da Lei nº 11.651/91, com redação da Lei 16.241/08.

Com as anuências previstas em lei, estabeleceu-se o contraditório e a ampla defesa, tendo sido notificado o atuado, que, representando por advogado legalmente constituído, apresentou Impugnação em Primeira Instância, defensorio de fls. 206/215, alegando, preliminarmente, nulidade do lançamento por incompetência funcional das autoridades atuantes, por estarem desprovidas do comando legal da Ordem de Serviço, que delimita o período em que a empresa atuada deveria ser fiscalizada, pois é esse documento que dá guarida à constituição deste crédito e é o instrumento de controle do qual dispõe a administração pública para evitar abusos e ações invasivas/arbitrárias do fisco.

Argui, também, a nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, alegando que houve duas copiagens de dados. Assim, questiona: “Por fim, diante de tão graves divergências, será que de fato o arquivo aberto e analisado pelas autoridades lançadoras tem por origem o banco de dados do contribuinte atuado?”

Complementa: “Neste contexto, temos que a abordagem realizada nos presentes autos é dúbia e, porque não dizer: suspeita; prá não dizer que é dirigida à obtenção de dados falsos com a finalidade de incriminar o contribuinte e, impor-lhe o encargo de imposição tributária que não é devida.”

Alega, ainda, inexistir no processo cópia do Termo de Apreensão nº 1100111822-7, pois consta nos autos apenas um extrato dando conta de tratar-se da apreensão de um Computador CPU, uma impressora e, uma gaveta eletrônica (fls.38).

Continua: “Se não bastassem as gravíssimas irregularidades anteriormente expostas, temos ainda que os dados supostamente coletados pelos agentes atuantes no estabelecimento do contribuinte impugnante não foram regularmente auditados, de forma que não há nos autos trabalho de auditoria voltada a comprovação e/ou apuração da sanção pretendida pelo Fisco.”

Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração, alegando que não mantém, nem jamais manteve controle paralelo de dados em seu

estabelecimento, até porque mantém escrituração regular e idônea, restando, pois afastada qualquer hipótese de prática de sonegação fiscal.

O julgador singular proleta a Sentença nº 2.235/11 – JULP, fls. 229/231, não acolhendo nenhuma das nulidades suscitadas pelo sujeito passivo. No mérito, diante da inexistência de contestação do trabalho realizado pelo Fisco, da apresentação de um levantamento contraditório ou da demonstração de que o trabalho foi executado de forma incorreta, mantém a procedência do lançamento.

Intimado para apresentar Recurso Voluntário à Segunda Instância, o autuado, tempestivamente, comparece ao feito alegando, preliminarmente, nulidade da Sentença, argumentando que o julgador singular foi omissos quanto às matérias da impugnação. Diz: *“A sentença fustigada não guarda exata relação com a impugnação formulada pelos recorrentes, na medida em que aborda e refuta questões que não foram arguidas e, simplesmente se omite quanto a questões arguidas.”*

Assim, conclui: *“tratando-se de sentença omissa – citra petita, deve ser declarada nula por este r. Colegiado, sendo os autos devolvidos à primeira instância para prolação de nova sentença.”*

Reitera, outrossim, a preliminar de nulidade por incompetência funcional, com os mesmos argumentos já expendidos na fase anterior. Em suma, destaca:

“Desta forma, a ação fiscal deve ser efetuada dentro do mais estrito respeito às garantias individuais e ao amplo direito de defesa ao contribuinte, dando-se início através de termo escrito e lavrado por agente fiscal chamado nesta esfera de Ordem de Serviço, contendo o objetivo e o propósito da ação desenvolvida para verificar a exatidão do recolhimento dos impostos.

[...]

Nesse sentido, veja que as autoridades lançadoras não têm competência para executar a tarefa funcional sem o suporte de ato expresso emanado da Delegacia Regional de Fiscalização de Jataí, da Ordem de Serviço, que os autorizassem a executar suas funções no estabelecimento da empresa autuada.”

Argui, novamente, a nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, com os mesmos motivos elencados na Primeira Instância, em especial o fato de ter ocorrido duas copiagens dos dados. Argumenta: *“Pois bem, sob análise pergunta-se: Se fora realizada a copiagem de banco de dados por duas oportunidades, qual relatório fora apresentado aos recorrentes? Ora, conforme se depreende dos recibos de fls. 204/206, de se dizer o mesmo que fora reproduzido para apresentação aos recorrentes, onde está o relatório digital proveniente de uma das copiagens? Diante da divergência apresentada, é possível dizer que há comprovação inequívoca nos autos de que as cópias foram entregues aos recorrentes?”*

Volta a questionar a falta da cópia do Termo de Apreensão nº 1100111822-7. Destaca: *“Diante de outras irregularidades arguidas na presente impugnação, tal fato nos chama a atenção, até mesmo por se tratar de uma CPU e, ante as dúvidas levantadas quanto aos dados supostamente colhidos pelo Fisco em ação fiscal, temos que a ausência do termo nos autos gera dúvidas acerca de sua real apreensão, corroborando, assim, com os argumentos tecidos no tópico anterior.”*

Alega ausência de auditoria dos dados.

No mérito, apenas reitera o pedido de improcedência do auto de infração.

Este é o relatório.

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

NULIDADES

Relativamente às preliminares de nulidade do lançamento, arguidas pela recorrente, pela ordem: (i) incompetência funcional das autoridades autuantes; (ii) insegurança na determinação da infração, bem como (iii) nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, hei por bem em rejeitar todas.

A primeira nulidade vincula-se ao argumento de que as autoridades lançadoras não têm competência para executar a tarefa funcional sem o suporte de ato expresso emanado da Delegacia Regional de Fiscalização de Jataí, da Ordem de Serviço que os autorizassem a executar suas funções no estabelecimento da empresa autuada.

Neste quesito há que se destacar que as autoridades em questão executaram seu mister respaldados pela Ordem de Serviço nº 0431/2010, fls. 06, que estipula na descrição das atividades a execução de Auditoria de Empresa. Desnecessário que conste o nome do estabelecimento a ser auditado.

Portanto, entendo irrelevante se o nome do estabelecimento conste ou não da Ordem de Serviço, esclarecendo, ainda, que referido documento é, precipuamente, para fins de controle administrativo dos trabalhos realizados pelo auditor.

A questão em apreciação, enquadrada na hipótese de incompetência funcional, a fim de atender a lei processual tributária goiana, parece indicar que o princípio da hierarquia foi lesionado, haja vista a inexistência de Ordem de Serviço específica, o que, efetivamente, não ocorreu, pois a competência para fiscalização se dá pelo disposto no artigo 4º, da Lei nº 13.266/98, que institui a carreira do Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, e não pela Ordem de Serviço, que é mero documento de controle interno.

Complemento, ainda, que o procedimento de fiscalização dos contribuintes, neste Estado, não se sujeita à prévia intimação do mesmo quanto aos trabalhos que serão desenvolvidos. O Fisco pode, legalmente, apreender documentos, livros e equipamentos necessários aos trabalhos de fiscalização, e para fins de comprovação da infração e instrução processual.

Assim, a nulidade não se apresenta admissível.

A segunda nulidade – insegurança na determinação da infração, em razão da existência de duas cópiagens dos dados contidos no computador apreendido, bem como a não juntada de cópia do Termo de Apreensão número 1100111822-7, também não se sustenta.

Quanto ao Termo de Apreensão número 1100111822-7, a falta de cópia do mesmo não qualifica a nulidade, haja vista que pela Ata de Deslacrção de Equipamentos Utilizados para Automação Fiscal, documento de fls. 40/43, indica que os procuradores do sujeito passivo acompanharam os procedimentos executados pelo Fisco. Destaco o mencionado no Procedimento “2” da referida ATA:

“Foi realizada, por parte dos representantes citados acima, a verificação e deslacrção do bag com lacre SEFAZ nº 0043382, contendo 01 (um) computador CPU frente de caixa, conforme item 1 do campo c do Termo de Apreensão nº 1100111822-7”

Em relação à copiagem dos dados contidos no computador apreendido, o documento Termo de Abertura e Análise do Banco de Dados, fls. 08/32, indica: *“Na presença do contribuinte foi realizada a clonagem e autenticação dos arquivos do servidor de produção para um disco externo.”*

Destacou-se, ainda: *“A clonagem é um procedimento adotado para realizar a cópia completa dos dados armazenados num determinado HD e a autenticação garante a integridade dos arquivos copiados. Essa integridade é garantida por uma função hash (função responsável por gerar uma sequência de código única para cada arquivo) que para esse caso foi usado o algoritmo SHA 1.”*

Outrossim, promoveu-se a entrega ao sujeito passivo dos levantamentos realizados, conforme Recibo de Entrega de Relatórios Digitais, fls. 194.

Ainda, no Termo de Copiagem e Autenticação de Arquivo Eletrônico, consta que o contribuinte recebeu relação de todos os arquivos copiados com suas respectivas chaves (AutList). No entanto, o sujeito passivo, apesar de questionar qual arquivo seria a base do levantamento fiscal, colocando sob suspeita o trabalho realizado, não apresenta qualquer elemento suficientemente capaz de demonstrar sua desconfiança. Apenas tergiversa.

O histórico do auto de infração é suficientemente claro para indicar a infração cometida pelo recorrente. Indica, nitidamente, que o mesmo realizou saídas de mercadorias com o ICMS retido pelas operações posteriores, e de

mercadorias isentas, no período declinado no lançamento, com registro a menor nos livros fiscais.

Assim, entendo que o lançamento contém, a priori, todos os elementos indispensáveis para determinar com segurança a infração denunciada e identificar corretamente o infrator, não ocorrendo, a meu ver, nenhuma das hipóteses de nulidades contidas no artigo 20, da Lei n.º 16.469/09.

Os demonstrativos contendo todos os dados relacionados com a auditoria realizada encontram-se nos autos, fls. 33/35, bem como na mídia – CD de fls. 195.

Portanto, o sujeito passivo não logrou indicar qualquer falha no lançamento capaz de declará-lo írrito

A nulidade terceira vincula-se à sentença exarada na Primeira Instância, a qual o sujeito passivo refuta como omissa, por não guardar a exata relação com a impugnação formulada.

Rejeito-a, em consenso unânime com meus pares.

O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o decisum monocárpicos, não há como prosperar, porquanto inócenas as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, haja vista que o julgador se manifestou, conclusivamente, sobre todos os pontos elencados na impugnação.

A sentença fustigada, a meu ver, apreciou todos os argumentos colocados pelo recorrente. Os fundamentos nos quais se amparou o julgador na sentença questionada foram suficientes para o deslinde.

Assim, hei por bem em reconhecer que a sentença sob análise foi exarada consoante determina o artigo 38, da Lei nº 16.469/09, cuja decisão contempla os fundamentos de fato e de direito, razão pela qual não comporta a arguição de nulidade, devendo, portanto, ser mantida.

QUESTÃO MERITÓRIA

Quanto ao mérito, entendo que a infração está perfeitamente demonstrada no processo, não vislumbrando, assim, razões para alterar o mérito do lançamento objurgado. Não vejo, portanto, como acolher as razões trazidas pelo sujeito passivo, pois há no processo provas inequívocas, colocadas pelos autuantes, obtidas junto a equipamento – computador, pertencente ao estabelecimento do recorrente, quanto à utilização de controles paralelos na comercialização de mercadorias, sendo que o sujeito passivo nada trouxe ao processo capaz de descaracterizar a irregularidade detectada.

É do conhecimento de todo e qualquer contribuinte que a forma legal de realizar vendas, se concretiza, tributariamente, através da emissão de Nota Fiscal ou Cupom Fiscal, com controle fazendário, registro no livro fiscal próprio e a devida

apuração do imposto. Os valores contidos no lançamento de ofício realizado pelo Fisco, neste processo, surgiram em consequência de procedimentos realizados pelo autuado, que não laborou de forma correta na emissão das Notas Fiscais ou Cupons Fiscais em vendas efetuadas, detectadas em razão da apreensão de equipamento – computador, no qual encontravam-se os dados relacionados com as operações.

Por ser pertinente, transcrevo o disposto no artigo 64, § 2.º da Lei nº 11.651/91:

“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 obrigadas a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais.”

O sujeito passivo, na questão meritória, nada trouxe ao processo.

Diante do exposto, voto, em consenso unânime com meus pares, para rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo sujeito passivo, por incompetência funcional das autoridades lançadoras, e por insegurança na determinação da infração.

Rejeito, da mesma forma, a nulidade da sentença singular, por cerceamento do direito de defesa, suscitada pelo polo passivo.

Quanto ao mérito, em sintonia com a unanimidade dos meus pares, voto, conhecendo do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento, para manter a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Destaque-se, por necessário, que os autuantes aplicaram a forma privilegiada do § 8º, do artigo 71, do Código Tributário Estadual – CTE.

Sala das sessões plenárias, em 04 de setembro de 2012.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão do registro de entrada de mercadoria. Auditoria Específica de Mercadoria (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02109/12

Redatora do Voto: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Omissão do registro de entrada de mercadoria tributada. Auditoria Específica de Mercadorias. Procedência parcial.

1 - O contribuinte do ICMS deve cumprir o ordenamento legal de exigir e de emitir documento fiscal no ato da aquisição e da saída de mercadoria, bem como de registrar as respectivas operações no livro fiscal próprio. A omissão do registro de entradas de mercadorias tributadas, por se constituir em descumprimento de obrigação acessória, torna o infrator sujeito ao pagamento de multa formal, no percentual estabelecido no art. 71 do Código Tributário Estadual, calculada sobre o valor da respectiva entrada.

2 - Auto de infração parcialmente procedente.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 15 de junho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo pólo passivo. 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\$ 2.109.863,40 (dois milhões, cento e nove mil, oitocentos e sessenta e três reais e quarenta centavos), cuja multa formal a recolher é de R\$ 527.465,85 (quinhentos e vinte e sete mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Allen Anderson Viana e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo omitiu o registro de entrada de mercadoria no valor comercial de R\$ 3.805.449,12, no período de janeiro a dezembro de 2006, conforme apurado por meio de Auditoria Específica de Mercadorias. Em consequência, a fiscalização reclama o recolhimento da multa formal, no valor de R\$ 1.902.724,56, correspondente a 50% do valor da omissão de entrada apurada. Foi incluído como solidário [...], na condição de administrador.

O auto de infração, lavrado em 31/07/2009, está acompanhado, dentre outros, dos seguintes documentos: Nota Explicativa (fls. 4); Recibo de entrega de relatórios digitais e CD contendo os demonstrativos e demais dados da auditoria fiscal (fls. 6/7); espelho cadastral (fls. 8); e o demonstrativo “Conclusão” da Auditoria Específica de Mercadorias (fls. 46/85).

Como dispositivos legais infringidos, a autoridade lançadora indicou o art. 64 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91) e art. 145 do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97). Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, VII, “L”, do CTE.

Ao analisar as razões de impugnação apresentadas pelo sujeito passivo, o julgador singular rejeitou a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, justificando que o sujeito passivo recebeu cópia, em arquivo magnético, dos levantamentos fiscais, em conformidade com o estabelecido pela IN 916/08 – GSF. Destaca, também, que o sujeito passivo,

devidamente intimado, teve oportunidade de exercitar sua faculdade de defesa no processo. Conclui que não ocorreu nenhuma das hipóteses de nulidade do lançamento previstas no art. 20 da Lei nº 16.469/09.

No mérito, considera que os argumentos da impugnante foram insuficientes para afastar a acusação fiscal, que a penalidade foi corretamente capitulada e que não cabe a aplicação do § 8º do art. 71 do CTE.

Em seu recurso voluntário (fls. 137/141) o contribuinte argumenta que:

- cerca de 98% dos produtos que comercializa são adquiridos no estrangeiro, mediante importação direta, sendo o restante adquirido no mercado interno. Por isso, é constantemente fiscalizada pela Polícia Federal, ANVISA, Exército Brasileiro, Receitas Federal e Estadual.

- a empresa não tem como operar em regime extra-caixa – caixa 2 – e que não há divergência na sua movimentação de entrada e de saída, seja pelo caixa seja pelo banco. Questiona se seria possível realizar no exercício de 2006 um movimento tão grande sem contabilizá-lo?

- embora a classificação fiscal seja a mesma, as unidades de medidas de entradas e saídas não são iguais. Justifica que, por ser atacadista, suas compras são efetuadas somente em grandes quantidades, especialmente as importações do estrangeiro, cujas unidades não são as mesmas das saídas. Assim, a fiscalização valeu-se de pesos e medidas diferentes para aferir as mesmas mercadorias, o que se constitui em fato impossível de ser sanado.

Por fim, pede a realização de diligência, nos termos do art. 19, § 3º, II, da Lei 16.469/09, a nulidade ou o cancelamento do auto de infração. As suas razões de recurso estão acompanhadas de cópia do Balanço Geral e do Demonstrativo de Resultados; relatório emitido pela INFRAERO, contendo os números das Declarações de Importações (DIs); e cópias de notas fiscais de saídas (fls. 144 a 231).

O solidário, em seu recurso de fls. 232/241, pede a sua exclusão da lide, citando como fundamento o art. 134, VII, e 135, I, do CTN. Argumenta que não há, nos autos, nenhuma prova robusta e inequívoca de que teria praticado algum ato com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Conforme Resolução nº 47/10 (fls. 244), a Câmara Julgadora determinou que o sujeito passivo fosse intimado para efetuar o pagamento do crédito tributário reclamado calculado com a penalidade correta, ao concluir que o cálculo original da multa foi feito com o percentual correspondente a 50% do valor da omissão de entrada enquanto que a prevista no art. 71, VII, “L”, do CTE é de 25% do valor da omissão.

O sujeito passivo foi intimado, conforme AR de fls. 247, mas não se manifestou.

Retornando o processo a julgamento, foi aprovada a Resolução nº 200/2010 (fls. 248), com a determinação de que o processo fosse retirado de pauta para ser repautado em conjunto com os de números 4 0109029 558 01, 4 0109029 533 53 e 4 0109029 568 83, e de que, em caso de haver recurso ao Conselho Pleno para os processos de números: 4 0109029 480 07, 4 0109019 467 30, 4 0109029 462 25, 4 0109019 478 92, 4 0109029 492 40, 4 0109029 471 16, 4 0109029 484 30, 4 0109029 495 93, 4 0109029 441 09, 4 0109029 489 45, 4 0109029 459 20 e 4 0109029 420 76, que se aguardasse a decisão final para inclusão daqueles processos na pauta de julgamentos.

Antes do retorno do processo a julgamento, o sujeito passivo solicitou a juntada de um levantamento que elaborou com vistas a demonstrar que ocorreu a saída de cada uma das mercadorias que adentraram o seu estabelecimento. Volta a alegar que 98% das suas aquisições são decorrentes de importação direta do exterior e que somente o restante é adquirido no mercado interno, e que só realiza a aquisição se a venda do respectivo produto já estiver garantida. Foi então juntado o relatório das entradas às fls. 252/285, e o relatório das saídas às fls. 286/354.

A Câmara Julgadora, considerando o relatório apresentado pelo sujeito passivo e, considerando, também, que ele apontou, às fls. 88, uma série de notas fiscais de entradas que não foram incluídas no trabalho de auditoria fiscal e, ainda, a sua alegação de que a fiscalização valeu-se de pesos e medidas diferentes para aferir as mesmas mercadorias, converteu o julgamento em diligência, conforme Resolução nº 043/2011, para que o sujeito passivo fosse intimado a apresentar:

1 - cópias das notas fiscais relacionadas às fls. 126, apontadas como não incluídas na relação de entradas do trabalho de auditoria fiscal;

2 - provas das divergências verificadas nas unidades de medidas consignadas nos documentos fiscais de aquisição e que, segundo a recorrente, foram consideradas de forma distinta pela fiscalização;

3 - relatório conclusivo do movimento de entradas e saídas, considerados os estoques inicial e final existentes, de cada um dos produtos relacionados no trabalho de auditoria inicial, com a listagem dos produtos em ordem alfabética;

Foi, ainda, determinado na referida Resolução que, se fossem apresentadas provas da existência das falhas apontadas pela recorrente, que fosse feita revisão do trabalho fiscal, com a elaboração do demonstrativo "conclusão" em ordem alfabética. E que, no caso de revisão, que o trabalho fosse realizado em conjunto com os Processos nºs 4 0109029 522 09 (2005), 4 0109029 542 44 (2006), 4 0109029 554 88 (2007) e 4 0109029 562 98 (2008), referentes ao mesmo sujeito passivo, já remetidos, anteriormente, a essa Delegacia Fiscal, também para revisão do trabalho que embasa o lançamento, e que se referem à omissão do registro de saídas de mercadorias nos períodos que especificam.

Conforme fls. 357, o contribuinte foi notificado para apresentar as cópias das notas fiscais que apontou como não incluídas na auditoria inicial e para demonstrar as divergências verificadas nas unidades de medidas.

Às fls. 358 a 362, foram juntadas cópias das notas fiscais listadas às fls. 126. E os demonstrativos do trabalho de revisão fiscal, acompanhados de cópia da mídia eletrônica com os respectivos arquivos, foram juntados às fls. 363/379.

Intimados, os sujeitos passivos se manifestam concordando parcialmente com o resultado da revisão fiscal. Discordaram, apenas, com o fato de não terem sido incluídas, na auditoria revisional, as mercadorias relacionadas em algumas notas fiscais de entradas, consideradas inidôneas pela fiscalização, por não corresponderem a uma efetiva operação, e que motivaram a lavratura de auto de infração para recolhimento do ICMS correspondente, estando os respectivos processos inscritos em dívida ativa. Justificam que, com o recolhimento do imposto a elas correspondente, não pode o fisco deixar de considerar as mercadorias que foram por elas acobertadas e que, com a consideração dessas notas fiscais, tidas como inidôneas, a diferença nas entradas desaparece.

É o relatório.

DECISÃO

É oportuno destacar que o contribuinte foi submetido a procedimento de fiscalização do qual resultou a lavratura de diversos autos de infração, motivados por irregularidades distintas. Esse fato foi determinante para a tomada de algumas providências, entre elas a que consta na Resolução nº 200/2010.

A aprovação da referida resolução teve como objetivo adiar o julgamento então previsto para este processo para que fosse pautado em conjunto com os outros nela mencionados, sendo, também, solicitado que sua inclusão em nova pauta aguardasse o julgamento de outros processos, também identificados, caso o contribuinte tivesse apresentado recurso ao Conselho Pleno.

Essas providências foram tomadas porque os referidos processos, que tratam de aproveitamento indevido de crédito em razão da inidoneidade de notas fiscais de aquisição, poderiam ter reflexos neste em apreciação, caso alguma nota fiscal apontada como inidônea pela fiscalização, tivesse a inidoneidade descaracterizada nos termos previstos no art. 68 do CTE.

Relativamente a esses processos, tem-se que alguns deles já estão com o débito inscrito em dívida ativa, conforme informado pelo auditor fiscal que realizou a revisão solicitada pela Câmara Julgadora, outros tiveram o recurso ao Conselho Pleno inadmitido, por advirem de decisões camerais unânimes, para as quais não foi apresentado nenhum dos pressupostos previstos para a admissibilidade do recurso. Por fim, outro processo teve o recurso ao Conselho Pleno admitido e foi julgado parcialmente procedente, porque o sujeito passivo demonstrou a existência de erro no lançamento, decorrente da inclusão de algumas notas fiscais em dois autos de infração distintos.

Com relação a este processo, o sujeito passivo teve diversas oportunidades para demonstrar a inocorrência da irregularidade motivadora do

lançamento, mas apresentou apenas argumentos relacionados com divergências nas unidades de medidas consignadas nos documentos fiscais de aquisição e nos documentos fiscais de saídas, argumentação essa que motivou a realização de diligência para revisão do trabalho fiscal, nos termos consignados na Resolução nº 043/2011.

No relatório diligencial, de fls. 381/382, o revisor destacou que:

o sujeito passivo não se manifestou sobre as divergências nas unidades de medidas;

o sujeito passivo registrava as entradas de forma sintética e as saídas de forma analítica, de forma que grande parte das saídas não tinha as correspondentes entradas, gerando, assim, uma omissão de entradas. E, por essa razão, solicitou que o contribuinte retificasse seus arquivos magnéticos relativamente às entradas, de forma a informá-las de forma analítica, o que foi prontamente atendido;

Refeito o trabalho de auditoria, foi apurada uma omissão de entradas no valor de R\$ 2.109.863,40.

Ainda no referido relatório diligencial, foi informado que:

- o inventário apresentado não condiz com o constante no livro Registro de Inventário autenticado pelo fisco;

- com relação às entradas e saídas foram considerados os dados respectivos informados no arquivo magnético apresentado pelo próprio contribuinte;

- a revisão foi elaborada nos mesmos critérios da auditoria inicial, no que diz respeito à desconsideração de algumas notas fiscais de entradas, que inclusive foram objeto de autuação por não corresponderem a uma efetiva operação.

Com relação à desconsideração de notas fiscais de entradas, cabe destacar que, embora o revisor tenha mencionado que esse fato se deu porque o contribuinte não apresentou provas do efetivo pagamento das respectivas aquisições, é oportuno destacar que, além de terem sido lavrados autos de infração com essa motivação, também outras autuações ocorreram em decorrência da constatação, pelo fisco, de que as emitentes das notas fiscais eram empresas inexistentes ou que estavam com o cadastro suspenso à época das emissões das notas fiscais desconsideradas. E, conforme já mencionado, o contribuinte não conseguiu demonstrar a efetiva aquisição de nenhuma das notas fiscais consideradas inidôneas pela fiscalização.

Como nenhum dado constante do trabalho revisional foi objetivamente contestado pelo recorrente, e considerando que a revisão foi realizada a partir dos arquivos magnéticos retificados pelo contribuinte, a omissão de entradas

inicialmente apurada tem o seu valor alterado para R\$ 2.109.863,40, conforme apontado no trabalho revisional.

O procedimento fiscal está fundamentado em trabalho de auditoria, tecnicamente correto, amparado no art. 25, § 1º, V, do Código Tributário Estadual, que autoriza a fiscalização a realizar trabalhos de auditoria, com vistas a conferir a correção do procedimento do contribuinte no cumprimento da obrigação tributária principal, nos períodos tomados como referência. 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;”

Na situação analisada, a fiscalização constatou que a empresa fiscalizada adquiriu mercadorias sem a cobertura de documentação fiscal, procedimento esse que em nenhuma hipótese lhe é facultado pela legislação tributária, segundo o que prescreve o art. 145 do Código Tributário Estadual, que a seguir transcrevo:

“Art. 145. O destinatário da mercadoria ou do serviço é obrigado a exigir documento fiscal, com todo requisito legal, de quem o deva emitir, sempre que obrigatória a emissão (Convênio SINIEF SN/70, art. 14).”

A penalidade para a infração, corretamente proposta pela autoridade lançadora, encontra-se disposta no art. 71, VII, “L”, do CTE:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

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;”

Com relação ao solidário, considerando que a exigência, neste processo, é de multa formal, por descumprimento de obrigação acessória, e considerando o tratamento dado pela legislação tributária à matéria em questão, ele deve ser excluído da lide. Verifica-se pela leitura do “caput” do art. 45, do Código Tributário

Estadual, que a solidariedade ali estabelecida estende-se tão somente ao recolhimento do imposto devido na operação ou prestação, conforme leitura do texto transcrito a seguir:

“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:”

Com esse entendimento, voto acolhendo a preliminar de exclusão do solidário da lide e, no mérito, 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\$ 2.109.863,40 (dois milhões, cento e nove mil, oitocentos e sessenta e três reais e quarenta centavos), cuja multa formal a recolher é de R\$ 527.465,85 (quinhentos e vinte e sete mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos), equivalente a 25% da base de cálculo.

Sala das sessões, em 14 de setembro de 2012.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Utilização de nota fiscal sem liberação de uso (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01827/12

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Multa formal. Falta de liberação de documentos fiscais. Improcedência. Decisão unânime.

Não deve prosperar a exigência de multa formal por falta de liberação de uso de notas fiscais emitidas quando ficar comprovado que o sujeito passivo, antes de qualquer procedimento fiscal, procurou a repartição fazendária competente para sanar a irregularidade.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 10 de novembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de admissibilidade do recurso para julgamento do processo, arguida pelo Relator. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, José Pereira D'abadia, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Elias Alves dos Santos, Allen Anderson Viana, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e José Luiz Rosa. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, José Pereira D'abadia, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio

Martins da Silva, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Elias Alves dos Santos, Allen Anderson Viana, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

Trata-se de exigência de multa formal no valor de R\$ 23.688,36 (vinte e três mil, seiscentos e oitenta e oito reais e trinta e três centavos), já com a redução prevista no § 8º do art. 71 do CTE, em razão do sujeito passivo ter emitido as notas fiscais modelo 1, série 1, de nºs 1151 a 1498, multa no valor de R\$ 68,07 por documento, sem a prévia liberação de uso, notas fiscais devidamente registradas em livro próprio.

Foram indicados como infringidos os artigos 64 da Lei nº 11.651/91, CTE, combinado com o artigo 138, parágrafo único do Decreto nº 4.852/97, sendo proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso XX, alínea “a”, item 4 do CTE.

O Auto de Infração, lavrado em 03/08/07, encontra-se instruído com: Espelho Cadastral, cópia do Termo de Ocorrência lavrado no livro RUDFTO, cópia de algumas notas fiscais, cópia de parte dos livros Registro de Saídas nºs 6-E e 1-E, contendo os registros de setembro de 2006 a junho de 2007, e, também, relatório do Controle de Concessão/Autenticação de documentos fiscais – CIAF, fls. 04/55.

Inconformado com decisão singular que manteve o lançamento, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário, fls. 88/90, pedindo a improcedência do lançamento e, alternativamente, caso não seja esse o entendimento da Câmara Julgadora, com fundamento no § 3º do art. 71 do CTE, pede a aplicação da multa por grupo de até 25 documentos, num total de 14 grupos, perfazendo o montante de R\$ 952,98 (novecentos e cinquenta e dois reais e noventa e oito centavos).

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, e, por maioria de votos, rejeitar a aplicação do § 3º do art. 71 do CTE.

Em recurso ao Conselho Pleno o sujeito passivo reitera o pedido de improcedência do lançamento e, alternativamente, caso não seja esse o entendimento, com fundamento no § 3º do art. 71 do CTE, pede a multa formal no montante de R\$ 952,98 (novecentos e cinquenta e dois reais e noventa e oito centavos).

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente é importante mencionar que, apesar da decisão cameral ter sido por unanimidade de votos, o recurso do contribuinte ao Conselho Pleno deve

ser admitido em razão da existência de prova incontestada, constante dos autos à época do julgamento cameral, que implique reforma parcial ou total da decisão, nos exatos termos do art. 41, II, "b", 2, da Lei nº 16.469/09.

Às fls. 10 dos autos consta cópia do Livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, juntado para instrução do lançamento, no qual o contribuinte informa à repartição fiscal no dia 02/08/2007 (conforme visto do Fiscal autuante) que emitiu os documentos fiscais nºs 1.151 a 1.498 sem prévia liberação de uso e que as operações realizadas com base nesses documentos transcorreram sem nenhum entrave de ordem fiscal.

Ao final pede a liberação dos documentos utilizados sem sujeição da penalidade aplicável, nos termos do art. 169 do CTE.

Houve também, nessa fase processual, a juntada do extrato de liberação de uso nº 776439-1, relativo as notas fiscais, modelo 1, série 1 de nºs 1151 a 1500, fls. 107/108, no qual se indica que a liberação de uso dos documentos fiscais mencionados foi emitida no dia 03/08/2007.

O auto de infração foi lavrado no dia 03/08/2007 e cientificado ao sujeito passivo no dia 13/08/2007, posterior, portanto, a própria liberação de uso do documentos por parte da repartição fiscal.

Destaque-se que não há nos autos Termo de Início de Fiscalização, ciência do sujeito passivo de qualquer exigência ou a apreensão de mercadorias, bens, documentos ou livros, que pudesse excluir a espontaneidade do sujeito passivo em sanar irregularidades verificadas em seus livros ou documentos fiscais, sem sujeição à penalidade aplicável, conforme disposto no artigo 7º da Lei 16.469/09 e 169 do Código Tributário Estadual, Lei nº 11.651/91, abaixo transcritos:

"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."

“Art. 169. Antes de qualquer procedimento fiscal, os contribuintes e demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias poderão 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;”

No caso em tela, o sujeito passivo buscou a repartição competente para espontaneamente, antes de qualquer ação fiscal, sanar irregularidades verificadas em seus documentos fiscais, por meio da liberação de uso de documentos fiscais utilizados, sem sujeição à penalidade aplicável.

Pelo exposto, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 21 de agosto de 2012.

NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Mercadoria comercializada e destinada a ativo fixo do estabelecimento adquirente (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01443/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária principal. Utilização indevida de isenção. Mercadorias comercializadas e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento adquirente. Procedência. Decisão não unânime.

1. A utilização indevida do benefício fiscal, fruto de análise equivocada dos preceitos normativos aplicáveis à matéria, deve ser rechaçada, motivo pelo qual o auto de infração relacionado com isenção indevida deve ser mantido.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de junho de 2011, 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, devendo ser considerado o pagamento efetuado no parcelamento nº 69.390-1, de fls. 61 a 67, para fins de possível extinção do crédito tributário. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Célia Reis Di Rezende, Washington Luis Freire de Oliveira, Aldeci de Souza Flor, Elias Alves dos Santos, José Artur Mascarenhas da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Paulo Diniz, José Pereira D'abadia, Cláudio Henrique de

Oliveira, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Carlos Andrade Silveira, Álvaro Falanque e Delcídes de Souza Fonseca que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 09 de julho de 2001, o Fisco exige ICMS, multa e demais acréscimos da autuada, em virtude da utilização indevida do benefício da isenção, ao promover a venda de mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa adquirente, através das Notas Fiscais nºs 1808, 1851, 1852, 1853, e 1876, cópias anexas.

Destacou-se: *“Considerando que a isenção somente alcança as remessas de produtos destinados a comercialização ou industrialização, deverá recolher o ICMS devido na importância de R\$ 14.385,89 (quatorze mil, trezentos e oitenta e cinco reais e oitenta e nove centavos), incidente sobre o valor comercial de R\$ 119.882,40 (cento e dezenove mil, oitocentos e oitenta e dois reais e quarenta centavos), relativo ao período de março de 2001”*.

Foi indicado como infringido o artigo 42, da Lei nº 11.651/91, c/c o artigo 6º, inciso XVII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97. Foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "b", e parágrafo 9º, da Lei nº 11.651/91.

A autoridade fiscal colaciona ao processo os documentos que instruíram o auto de infração, fls. 03/09.

O sujeito passivo, devidamente intimado, fls. 10, comparece ao processo para interpor Impugnação, fls. 11/14, alegando que a venda, objeto da autuação, se deu sobre o ativo fixo e não de mercadoria. Acrescenta que possui inscrição na SUFRAMA nº 20.003601-7, que a isenta do recolhimento do ICMS relativo ao ativo fixo.

Ao final, requer seja declarado a nulidade do auto de infração. Faz juntada de cópias de Notas Fiscais, fls. 23/28.

O julgador singular prola a Sentença nº 6.559/02 – COJP, fls. 30/31, e, com fundamento nos documentos e razões apresentados decide, amparado pelo artigo 37, inciso "I", alínea "m", da Lei nº 11.651/91, conhecer da Impugnação, dar-lhe provimento para julgar improcedente ao auto de infração.

A Representação Fazendária, por não concordar com a decisão singular, recorre da mesma, fls. 32, arguindo que a venda não se trata de ativo fixo, mas de produtos industrializados, inclusive, com destaque nas Notas Fiscais da isenção prevista no artigo 6º, inciso XVII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97.

Assim, pede a reforma da sentença, e a confirmação do auto de infração.

O sujeito passivo apresenta Contradita, fls. 36/40, e reitera os argumentos da Impugnação. Junta julgados dos tribunais, sustentando a falta de habitualidade na operação de alienação de bens do ativo imobilizado. Requer seja acolhida a Contradita para declarar a nulidade do auto de infração, mantendo-se a decisão singular.

Resolução nº 224/02, da Segunda Câmara, fls. 42, resolve por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, para que agente estranho à lide possa verificar se à época da aquisição, as Notas Fiscais autuadas foram registradas em livro próprio, como bens do ativo imobilizado.

O revisor se manifesta no Relatório de fls. 53, no qual informa que o sujeito passivo foi notificado para apresentar os livros e as Notas Fiscais, não o fazendo. Informa, outrossim, que o débito tributário foi parcelado. Junta os documentos relacionados com o referido parcelamento.

Certidão da Segunda Câmara, fls. 54, consubstanciada pelo Acórdão 4.201/03, fls. 56/59, decide, por maioria de votos, conhecer do Recurso de ofício, negar provimento para confirmar a sentença singular que considerou improcedente o auto de infração.

A Representação Fazendária interpõe o Recurso nº 293/10 ao Conselho Pleno, fls. 71/72, opondo-se à decisão cameral que prolatou o Acórdão. Alega que a decisão contrariou a legislação tributária e os elementos de prova, razão pela qual merece ser reformada, e conseqüentemente seja confirmado o lançamento original.

Despacho 3.185/10 – GCOP, fls. 74, informa sobre o cancelamento de inscrição em Dívida Ativa.

O sujeito passivo foi Intimado para contraditar o Recurso Fazendário, não o fazendo.

Este é o relatório.

DECISÃO

Não havendo preliminares a serem examinadas, estando presentes os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

QUESTÃO MERITÓRIA

Adentrando ao mérito do lançamento, hei por bem em recepcionar favoravelmente as razões trazidas pela Representação Fazendária, por considerar que os argumentos por ela apresentados são suficientes para reformar a decisão cameral, e, por consequência, a singular, haja vista que o lançamento objurgado encontra-se bem fundamentado pelas provas juntadas aos autos pela autoridade atuante. Outrossim, coadunam com o estatuído na legislação tributária estadual que rege a matéria.

A exigência fiscal em comento, surgiu assentada no pressuposto de que a atuada realizou saídas de mercadorias em operações interestaduais, para destinatário localizado no Estado do Amazonas, utilizando indevidamente a isenção do ICMS contida no artigo 6º, inciso XVII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, pois os produtos comercializados não se destinam à comercialização ou industrialização pelo destinatário, mas visam integrarem ao seu ativo imobilizado.

O referido artigo dispõe:

“Art. 6º. São isentos do ICMS:

[...]

VIII – a saída de produto industrializado de origem nacional, exceto 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 Bonfim e Pacaraima, no Estado de Roraima; de Brasília e Cruzeiro do Sul, com extensão para o Município de Epitaciolândia, no Estado do Acre; de Guajaramirim, no Estado de Rondônia; de Macapá e Santana, no Estado do Amapá; e de Tabatinga, no Estado do Amazonas, desde que observado o disposto no Capítulo IX do Anexo XII deste Regulamento e o seguinte (Convênio ICM 65/88, Convênios ICMS 2/90, cláusula primeira; 52/92, 36/97, 37/97):

Redação com vigência de 01.01.98 a 19.03.07”

Os argumentos apresentados pela atuada ensejaram a realização de diligência revisional, que, inobstante o esforço do diligenciador não logrou ser realizada, em face do não cumprimento, pelo sujeito passivo, da notificação de fls. 51.

A contenda deste processo é, precipuamente, uma questão de direito. Assim, ao analisar todo o seu conteúdo, resta incontroverso que o lançamento respaldou-se na legislação acima destacada, para concluir que a comercialização das mercadorias constantes das Notas Fiscais não se enquadram no permissivo legal em questão, haja vista não se destinarem à comercialização ou industrialização pelo estabelecimento destinatário.

Pela descrição dos produtos, bem como pela característica empresarial do adquirente, conclui-se que a aquisição destina-se ao seu ativo imobilizado, não se enquadrando portando no benefício em questão.

Assim, o aresto cameral prolatado é fruto de análise equivocada dos preceitos normativos aplicáveis à matéria, culminando em decisão proferida ao arpejo da lei, razão pela qual deve ser reformado.

Ressalte-se, por oportuno, que o sujeito passivo procedeu ao parcelamento integral do débito, ato este que caracteriza confissão irreatável do “quantum debeatur”, conforme consta do parcelamento nº 69390-1.

Pelo exposto, no mérito, voto, majoritariamente, para conhecer do Recurso Fazendário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão cameral, e considerar procedente o auto de infração, devendo ser considerado o pagamento efetuado no parcelamento nº 69.390-1, relatórios de fls. 61/67, para fins de possível extinção do crédito tributário.

Sala das sessões plenárias, em 03 de julho de 2012.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida da redução da base de cálculo. Débito fiscal inscrito em dívida ativa (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00237/12

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ICMS. Utilização de benefício fiscal de forma irregular. Contribuinte possuía débito fiscal inscrito em Dívida Ativa do Estado. Sujeito Passivo reincluído no Simples Nacional e o processo de diligência confirma o recolhimento do imposto devido no exercício fiscalizado. Improcedente. Decisão unânime.

O recurso do polo passivo, instruído com provas inequívocas de erro de fato substancial e capaz de implicar alteração do lançamento, nos termos do art. 43 da Lei nº 16.469/2009, é, em instância única, acolhido pelo Conselho Pleno, oportunidade em que o processo recebe decisão definitiva com a declaração administrativa da improcedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 11 de agosto de 2011, 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 Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Célia Reis Di Rezende, José Luiz Rosa, Washington Luis Freire de Oliveira, José Pereira D'abadia, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Cláudio Henrique de Oliveira e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

No auto de infração a fiscalização descreve a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária com a seguinte redação:

“Realizou saídas das mercadorias relacionadas nos livros fiscais Registro de saída nº 6-E e livro de apuração do ICMS nº 6-E ano 2008 com utilização indevida da redução de base de cálculo prevista no artigo 8º, inciso XXVIII, anexo

IX do Decreto 4.852/97, pois possuía débito tributário, exigível inscrito em dívida ativa apartir de 21/08/2008, dessa forma estava impedido de usufruir do benefício fiscal. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$30.768,20, juntamente com penalidade e acréscimos legais, incidente sobre a diferença apurada, conforme demonstrativo e documentos anexos.”

Os arts. 15 e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c arts. 1º, § 1º do Anexo IX e 86 do Decreto nº 4.852/97 amparam a infração descrita no campo próprio do auto de infração, enquanto que a proposição da penalidade atende à prescrição do art. 71, inciso VIII, alínea "a", agravada com a aplicação do § 9º, inciso I, do CTE.

Os Termos de Revelia e de Perempção de fls. 39 e 45 assinalam a ausência do sujeito passivo nas fases de defesa em Primeira e Segunda Instância.

O atuado aproveita a oportunidade do art. 43 da Lei nº 16.469/2009 e ingressa com Pedido de Revisão Extraordinária para afirmar que em fevereiro de 2008 foi sumariamente excluído do Simples Nacional e em razão de decisão judicial as restrições que o excluíram do Simples Nacional foram retiradas, o que lhe garantiu à nova inclusão, cujos débitos tributários do período foram quitados. A instrução do requerimento do sujeito passivo se fez com a juntada de uma cópia da alteração contratual, dos documentos pessoais de uma das sócias da pessoa jurídica, do Despacho nº 1762/2010 - GEAF, cópia de extratos do Simples Nacional e cópia dos Documentos de Arrecadação do Simples Nacional – DAS, fls. 52 a 69.

O Pedido de Revisão Extraordinária foi submetido à avaliação da Assessoria Jurídica deste egrégio Conselho Administrativo Tributário que expediu o Despacho nº 0141/2011-CAT, onde a Presidência assim concluiu:

“Tendo em vista que a revisão extraordinária exige prova inconteste de erro de fato substancial e considerando a documentação apresentada pelo sujeito passivo, verifica-se, pois, a necessidade de que sejam os autos encaminhados ao atuante para que se manifeste quanto aos argumentos da defesa e documentos juntados, uma vez que a empresa era optante do Simples Nacional no período de janeiro a dezembro de 2008, conforme documentos às fls. 75/76.”

O atuante, ao se manifestar, concluiu que:

“Em 26/03/2010, com base na decisão acima, o contribuinte requereu junto à administração tributária a sua reinclusão no Simples Nacional, a qual foi autorizada em 31/05/2010, fl. 149, e homologada no sistema em 02/06/2010 com efeitos de 01/01/2008 a 31/12/2008. Portanto, observa-se que a reinclusão ocorreu em data bastante posterior à lavratura do auto de infração.

Desta forma, considerando os fatos acima narrados e principalmente a reinclusão do contribuinte no Simples Nacional, válida para todo o exercício de 2008, s.m.j., concluímos que torna-se sem efeito a exigência contida no auto de infração em comento, visto que ao contribuinte enquadrado no Simples Nacional aplica-se uma legislação específica fundamentada na LC 123/2006 e demais

normas regulamentares inferiores, não se utilizando a sistemática comum de débito e crédito do ICMS", fls. 81/82.

O autuado comparece aos autos para apresentar comprovantes de pagamento efetuados, concernentes aos meses de março a novembro de 2008, em razão de haver identificado erro na informação contábil gerada ao Simples Nacional, fls. 103 a 108.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário examina o Pedido de Revisão Extraordinária e, ao admiti-lo, expede o Despacho nº 0411/2011-CAT, fl. 111, para registrar que: "examinando a documentação trazida ao processo, constata-se a existência de erro de fato substancial que implica alteração parcial no lançamento procedido pelo Fisco, uma vez que ficou constatado pelo autuante, conforme Diligência (fls. 81/82), porquanto o contribuinte foi reincluído no Simples Nacional para esse exercício, entendendo o autuante tornar-se sem efeito a presente exigência, porquanto a legislação do Simples Nacional se aplica de forma específica, não se aplicando a sistemática comum de débito e crédito de ICMS. Outríssim (sic), ressalte-se que na mesma oportunidade o autuante verificou que todo o ICMS devido sobre as vendas realizadas no ano de 2008 foi devidamente recolhido, ainda que extemporaneamente (fls. 81/81.)"

E, com amparo no inciso II, § 4º, art. 43 da Lei n.º 16.469/09, determina o encaminhamento dos autos a 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 mencionado dispositivo legal. Em seguida, seja encaminhado ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para ser pautado a julgamento pelo Conselho Pleno.

A referida Gerência verificou que a execução do crédito não se encontra ajuizada e informa que cancelou a inscrição em dívida ativa, fl. 113.

É o relatório.

DECISÃO

O Pedido de Revisão Extraordinária justifica a desconsideração do Termo de Perempção de fl. 45 e reabertura das discussões sobre a matéria autuada, visto que o requerente demonstrou que este lançamento tributário refere-se à utilização indevida de benefício fiscal quando não poderia usufruí-lo por ter débito tributário inscrito em Dívida Ativa do Estado.

Todavia, o Pedido de Revisão Extraordinária passou pelo procedimento revisional, onde a autoridade fazendária concluiu que o contribuinte foi reincluído no Simples Nacional com efeito retroativo ao período de 01/01/2008 a 31/12/2008, que ele efetuou o recolhimento do débito do ICMS relativo às vendas realizadas no período e que "*torna-se sem efeito a exigência contida no auto de infração em comento*", conforme registra o documento de fl. 81, in fine.

Com isto, este processo deve ser julgado improcedente, conforme entendimento externado pelo referido revisor.

O processo sobre o julgamento com esta formalização, que, depois de ser examinado e formado o consenso unânime dos Conselheiros presentes na sessão plenária do dia, conclui que, na demanda, assiste razão ao requerente, visto que ele acosta aos autos contraprovas que põem fim à exigência o crédito tributário, lançado de ofício.

Portanto, o requerimento do sujeito passivo guarda sintonia com a prescrição do art. 43 da Lei nº 16.469/2009 e as fundamentações apresentadas, neste último recurso administrativo para o Conselho Administrativo Tributário, corroborada pela contraprova da inexistência do ilícito fiscal descrito no auto de infração, convergem para o conhecimento do processo pelo Conselho Pleno, instância única competente para proferir decisão definitiva neste processo.

Com a exposição supra, voto conhecendo das razões do pedido de revisão extraordinária, dando-lhes provimento para considerar improcedente o auto de infração deste processo

Sala das sessões plenárias, em 02 de fevereiro de 2012.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida da redução da base de cálculo. Débito fiscal inscrito em dívida ativa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00483/12

Redator do Voto: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Utilização de base de cálculo reduzida. Perda do benefício fiscal em decorrência de possuir débito tributário, exigível, inscrito em dívida ativa. Improcedência. Decisão unânime.

Deve-se declarar a improcedência do auto de infração lavrado sob a acusação fiscal de utilização irregular de benefício fiscal se comprovado no decorrer do processo que o sujeito passivo cumpriu a condicionante que ensejou a autuação.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 01 de agosto de 2011, 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 atuada 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 Gustavo Alberto Izac Pinto, Aldeci de Souza Flor e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Consta do auto de infração que o contribuinte realizou saídas de mercadorias tributadas com utilização indevida de redução de base de cálculo, pois possuía débito tributário exigível, inscrito na dívida ativa, e dessa forma estava impedido de usufruir do benefício fiscal.

Foi indicado como infringido os arts. 15 e 64 do Código Tributário Estadual, c/c art. 1º, § 1º, anexo IX; e art. 86 do Decreto nº 4.852/97. Foi aplicada a penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, alínea "a", combinado com § 9º, inciso I, do CTE.

A atuada apresenta impugnação, na qual alega que foram violados os Princípios da Irretroatividade Tributária e o Princípio da Legalidade Tributária, uma vez que a exigência de que o contribuinte não possuísse débito inscrito em dívida ativa para poder usufruir do incentivo passou a ter eficácia a partir do dia 1º/01/2009, com a publicação da Lei nº 16.440/2008.

Aduz, ainda, que é nula a CDA vez que o crédito tributário exigido encontrava-se com exigibilidade suspensa desde o dia 16/10/2008, em virtude do parcelamento do débito. Informa que já requereu junto a Gerência de Dívida Ativa o reconhecimento da nulidade da CDA em exame.

Ao final, requer a improcedência do feito fiscal (fls. 60 a 86).

O julgador singular decidiu pela procedência da pretensão fiscal. Fundamenta a decisão no fato de na fala da defesa não existir, propriamente, contestação em relação ao mérito e restar provado que a exigência fiscal está amparada nos textos legais reproduzidos (fls. 123 a 125).

Inconformada, a atuada apresenta Recurso Voluntário, no qual reitera os argumentos impugnatórios. Aduz, ainda, que é nula a decisão singular por se omitir quanto ao mérito da impugnação protocolada, ao ignorar a assertiva da Recorrente no sentido de que no período de 17/10/2008 a 31/12/2008 todos os débitos se encontravam com sua exigibilidade suspensa, em razão de parcelamento fiscal (fls. 129 a 158).

A acusação fiscal foi submetida a apreciação em 04/04/2011 e o julgamento foi convertido, conforme resolução nº 008/2011, de fls. 160/161, da Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário.

Em cumprimento à diligência, a autoridade fiscal competente manifesta-se, em seu relatório de folhas 163 e 164, pela improcedência da peça básica, tendo em vista que o contribuinte não se encontrava impedido de usufruir os benefícios fiscais, pois, a exigibilidade do crédito, à época da ocorrência dos fatos geradores, estava suspensa.

Intimado do resultado da diligência, o sujeito passivo manteve-se inerte, conforme atesta documento de fls. 180.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e deixo de me pronunciar acerca das preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo sujeito passivo, nos termos do disposto no art. 18, § 3º do Regimento Interno deste Conselho Administrativo Tributário, por entender que o mérito da acusação fiscal pode ser decidido a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade.

No tocante ao mérito, acolho na íntegra o relatório da revisão, fls. 163/164, no qual se consubstanciou o entendimento de que o auto de infração deve ser julgado improcedente.

Transcrevo a seguir trecho da respectiva conclusão:

“Quando da realização da presente Auditoria Básica do ICMS, solicitamos informações a Gerência de Recuperação de Créditos sobre possibilidades de existirem Débitos Tributários Inscritos na Dívida Ativa. Recebemos informações de que a empresa realmente possuía débito Inscrito no período de 16/10/2008 a 22/10/2009, conforme docs. Fls. 165.

(...)

2- O parcelamento nº 129055-0 de 16/10/2008, referente ao PAT nº 3.0240999.284-62, em 36 parcelas, encontrava-se PENDENTE, conf. Art. 5ºI, da IN.909/08-GSF., no período de 16/10/2008 a 20/10/2008 e no dia 21/10/2008 foi efetivado o pagamento da primeira parcela. A segunda parcela com vencimento em 25/11/2008-foi paga em 22/01/2009. A terceira parcela com vencimento em 25/12/2008-não foi paga, mas poderia ter sido paga até a data de 25/03/2009, sem extinção do Acordo do Parcelamento. Restante das parcelas não foram pagas.

(...)

Diante do exposto, concordamos que o parcelamento nº 129055-0 de 16/10/2008, referente ao PAT nº 3.0240999.284-62, suspendeu a exigibilidade do Crédito Tributário referente ao PAT acima, (...).

Assim sendo, somos pela improcedência da peça básica uma vez que o Contribuinte não se encontrava impedido de usufruir dos benefícios fiscais, porque a exigibilidade do crédito a época estava suspensa.”

A revisão foi conclusiva no sentido de que no período objeto da autuação, isto é, o período referente aos fatos geradores ocorridos no período de 17/10/2008 a 31/12/2008, o sujeito passivo estava com o crédito tributário relativo ao auto de infração nº 3 0240999 284 62 (fls. 20) inscrito em dívida ativa, porém o referido crédito tributário estava com a exigibilidade suspensa, em decorrência do parcelamento nº 129055-0 (fls.174/175).

Assim, o sujeito passivo estava habilitado a utilizar o benefício fiscal da redução de base de cálculo do ICMS, pois não havia empecilho à utilização do referido benefício fiscal, nos termos do § 1º-C do artigo 1º do Anexo IX do RCTE.

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

Sala das sessões plenárias, em 06 de março de 2012.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida de benefício fiscal. Ativo imobilizado (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00138/12

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Cancelamento de benefício fiscal na saída interestadual de bem integrado ao ativo imobilizado, para fornecimento de serviço fora do estabelecimento, em que não houve a comprovação do retorno à origem no prazo legal. Improcedência. Decisão unânime.

I - É isenta do ICMS a saída interestadual de bem integrado ao ativo imobilizado, para fornecimento de serviço fora do estabelecimento, desde que deva retornar ao estabelecimento de origem no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da saída efetiva; (RCTE, Anexo, IX, art. 6º, inc. XXXII);

II - Declara-se improcedente o auto de infração quando a exigência nele formalizada referir-se a operação efetivamente amparada por benefício fiscal (isenção do ICMS).

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12 de setembro de 2011, 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 Paulo Diniz e Delcídes de Souza Fonseca. Nos termos do caput do art. 25 do Regimento Interno do CAT, o julgamento foi realizado com ausência de um representante do Fisco, face sua ausência justificada em razão de licença médica. Nos termos do art. 51, § 6º, inciso II do Regimento Interno o Coordenador da Câmara, Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira, proferiu seu voto, acompanhando o Relator.

RELATÓRIO

A presente autuação decorreu do cancelamento de benefício fiscal (isenção do ICMS) na saída interestadual de máquina (trator) de estabelecimento

de produtor rural, para prestação de serviço, amparada pela isenção condicionada ao retorno da máquina ao estabelecimento de origem, no prazo de 180 dias, sem que se tenha comprovado o retorno no prazo legal.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, via da Nota Fiscal Avulsa (NFA) n° 431017 (fl. 4) e espelho cadastral (fl. 5).

Intimado (fls. 12 a 16), o sujeito passivo apresenta impugnação (fl. 18 a 30), pedindo a improcedência do lançamento, alegando essencialmente que a máquina descrita na NFA n° 431017 retornou à origem em 26 de setembro de 2003, conforme a Nota Fiscal n° NF 061 (fl. 38).

Protesta pela juntada posterior de novos documentos.

A julgadora singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões da defesa, decide pela improcedência do lançamento, consoante a Sentença n° 6032/09 (fls. 40 a 41).

A sentenciadora, na absolvição do sujeito passivo, fundamentou-se no Acórdão n° 1792/07, transcrito no corpo da sentença, que trata do mesmo assunto e que houve a invocação do art. 79, I, "m", do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE).

Os autos foram encaminhados à Representação Fazendária, apresentando esta recurso (fls. 42 a 43), em que pede a reforma da decisão singular e a procedência do auto de infração, alegando que a julgadora na sua sentença fundamentou-se em dispositivo alheio aos fatos processuais, pois o art. 79, I, "m", do RCTE trata de alienação, não aplicável ao presente caso.

Intimado, o sujeito passivo apresenta contradita (fls. 47 a 52), pedindo a confirmação da sentença absolutória de Primeira Instância, expondo suas razões.

É o relatório.

DECISÃO

Dirigindo-me ao mérito, por pertinência, transcrevo as disposições do art. 6°, inc. XXXII, do Anexo IX, do RCTE:

"Art. 6° São isentos do ICMS:

[...]

XXXII - a saída interestadual de bem integrado ao ativo imobilizado, bem como de molde, matriz, gabarito, padrão, chapelona, modelo e estampa, para fornecimento de serviço fora do estabelecimento ou com destino a outro estabelecimento inscrito como contribuinte, para serem utilizados na elaboração de produto encomendado pelo remetente e desde que devam retornar ao estabelecimento de origem no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da saída efetiva (Convênio ICMS 19/91, cláusula terceira);"

No caso em análise, a saída interestadual do trator, em operação beneficiada pela isenção do ICMS, ocorreu em 05/04/2003, conforme a NFA nº 431017 (fl. 4), tendo o retorno ao estabelecimento de origem sido em 26/09/2003, consoante a Nota Fiscal nº 061 (fl. 38), portanto dentro do prazo de 180 dias previsto no dispositivo legal reproduzido em linhas anteriores, o que assegura a manutenção do benefício fiscal na operação da NFA nº 431017, sedo indevido o cancelamento do favor fiscal realizado pela fiscalização.

Consequentemente, deve ser confirmada a sentença absolutória de Primeira Instância.

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

Sala das sessões plenárias, em 17 de janeiro de 2012.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida de benefício fiscal. Decisão judicial (Extinção - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01020/12

Autora do Voto Vencedor: Conselheira Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos

EMENTA: Preliminar de mérito. Autuação alvejada por decisão judicial transitada em julgado. Declaração de extinção do crédito tributário. Arguição formulada pela Relatora. Acolhimento. Decisão não unânime.

I - Extingue o crédito tributário a decisão judicial passada em julgado;(CTN, art. 156, X);

II - Acolhe-se a proposição de obediência a posicionamento do Poder Judicial quando a autuação for alvejada por decisão judicial, declarando-se extinto o crédito tributário, pelo trânsito em julgado da decisão judicial.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 19 de outubro de 2010, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de mérito, proposta pela Conselheira Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, para se curvar diante do posicionamento manifestado pelo Poder Judiciário quanto à matéria aqui versada e acolher o entendimento exarado pela douta Procuradoria Geral do Estado de Goiás, externado no Ofício nº 103/10 - PTr, quando confirmou a desconstituição do crédito tributário em face de decisão judicial transitada em julgado. Desse modo, à luz do que prevê o artigo 156, X do Código Tributário Nacional, conheceu do recurso do contribuinte para o Conselho pleno, mas deixou de se pronunciar a respeito do mérito da questão, para declarar extinto

o crédito tributário. Foram vencedores os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Cláudio Henrique 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, Heli José da Silva, José Manoel Caixeta Haun, Antônio Martins da Silva, Paulo Diniz e Aldeci de Souza Flor. Vencido o Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo, que votou 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\$ 277.870,37 (duzentos e setenta e sete mil, oitocentos e setenta reais e trinta e sete centavos), referente ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2005, 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 432, 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 sujeito passivo direto e o responsável solidário apresentam, em peças separadas, impugnação em Primeira Instância (fls. 437 a 447 e 459 a 463).

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 n° 1667/08-COJP (fls. 470 a 474).

O sujeito passivo principal e o solidário, inconformados com a decisão singular, apresentam conjuntamente recurso voluntário (fls. 478 a 499), 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 n° 3999/2008 (fls. 502 a 512), 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, apresentam conjuntamente recurso ao Conselho Pleno (fls. 516 a 541), 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 sequência, 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 da 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, junta decisão judicial proferida nos Autos do Mandado de Segurança n.º 16943-5/101 (200802635940), consoante fls. 549 a 563.

Fundamentado nesta decisão judicial, pede a improcedência do auto de infração.

O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 25/8/2009, acatando proposição da Conselheira Relatora, resolve, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento e retornar o processo à SEGE - Secretaria Geral para que seja posteriormente pautado, em conjunto com o processo n.º 3 0292968 673 86, haja vista manterem interdependência em relação à matéria tratada nos autos, fls. 565.

Por meio do Termo de Juntada n.º 1320/2010-SEGE, juntou-se ao processo o Ofício Informativo n.º 103/10-PTTr/Ccon (fls. 567 a 568) e de decisão

judicial proferida nos Autos de Mandado de Segurança n° 16943-5/101 (200802635940), fls. 569 a 583.

É o relatório.

DECISÃO

Tratando a presente autuação de questão atingida por decisão judicial, proponho, em preliminar de mérito, arguição para que se curve diante do posicionamento manifestado pelo Poder Judiciário nos Autos de Mandado de Segurança n° 16943-5/101 (200802635940), fls. 569 a 583, e acolher o entendimento da douda Procuradoria Geral do Estado de Goiás, externado no Ofício n° 103/10 – PTr (fls. 567 a 568), pelo que exponho:

A douda Procuradoria Geral do Estado de Goiás, por meio do Ofício Informativo n° 103/10 – PTr (fls. 567 a 568), informou à Presidência deste Conselho Administrativo Tributário que a empresa [...] impetrou, em junho de 2008, mandado de segurança contra ato do Secretário da Fazenda do Estado de Goiás, questionado a Instrução Normativa n° 326/98-GSF, a qual estabelecia condições para a fruição dos benefícios da redução da base de cálculo e do crédito outorgado ao contribuinte industrial e comerciante atacadista.

A PGE prossegue informando que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado concedeu a segurança “para que se abstenha de cobrar o ICMS com base na Instrução Normativa n° 326-GSF, durante o período compreendido entre janeiro/2005 e dezembro de 2006”.

Anota a Procuradoria que o acórdão foi publicado em 17/02/2009, ausentes os pressupostos para a interposição de recurso especial, haja vista a decisão do TJ-GO estar fundamentada em dispositivos de lei estadual, o acórdão transitou em julgado.

Depreende-se dessa decisão que tornam-se insubsistentes as autuações em que se exige o ICMS com base na Instrução Normativa n° 326-GSF, durante o período compreendido entre janeiro/2005 e dezembro de 2006, conclui a PGE.

Destaque-se que o entendimento da douda Procuradoria Geral do Estado de Goiás, externado no referido Ofício n° 103/10 – PTr, de que a decisão judicial transitou em julgado, implica na extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, X, do Código Tributário Nacional (CTN):

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

[...]

X – a decisão judicial passada em julgado;”

Ante o exposto, acolho a preliminar de mérito, por mim proposta, para me curvar diante do posicionamento manifestado pelo Poder Judiciário quanto à

matéria aqui versada e acolher o entendimento exarado pela douta Procuradoria Geral do Estado de Goiás, externado no Ofício nº 103/10 - PTR, quando confirmou a desconstituição do crédito tributário em face de decisão judicial transitada em julgado. Desse modo, à luz do que prevê o artigo 156, X do Código Tributário Nacional, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, mas deixo de me pronunciar a respeito do mérito da questão, para declarar extinto o crédito tributário.

Sala das sessões plenárias, em 10 de maio de 2012.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida de isenção (convênio). Crédito tributário inscrito em dívida ativa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00210/12

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Benefício fiscal. Isenção. Improcedência. Decisão unânime.

Verificada que a operação com mercadoria realizada pelo sujeito passivo sob o império da isenção está amparada por convênio, não se submete à condição da inexistência de crédito tributário inscrito em dívida ativa para a fruição do benefício. (Art. 1º do Anexo IX do Decreto 4.852/97).

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19 de outubro de 2011, 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 Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo realizou saída de ovos com benefício fiscal condicionado a que o sujeito passivo não tivesse débito inscrito em dívida ativa, exigível, por isso exigido o ICMS, multa e demais acréscimos legais, referente às notas fiscais, vias apreendidas, fls. 6 a 8, emitidas em 15.06.05.

O auto de infração inscrito em dívida ativa em 27.04.05 é o de número 2004284200046, o qual não se encontrava parcelado.

O crédito tributário foi considerado improcedente em instância singular, com a fundamentação de que a condição para fruição do benefício não se aplica à referida operação, pois concedido por convênio.

A Representação Fazendária não concordando com o entendimento do ilustre julgador singular, considerando que houve a confissão irretroatável da dívida relacionada ao mencionado auto de infração acima, ao proceder o parcelamento do crédito tributário, portanto desistindo da impugnação, pede a reforma da decisão a quo.

O sujeito passivo foi intimado a contraditar o pedido de reforma da decisão singular, contudo não se manifestou, por isso encaminhamento para apreciação cameral.

DECISÃO

Nas notas fiscais emitidas, objeto da controvérsia, é indicado o dispositivo legal da isenção prevista no art. 6º, inciso XI, alínea “b”, do Anexo IX do Decreto 4.852/97, da seguinte forma:

“Art. 6º São isentos do ICMS:

XI - a saída dos produtos a seguir enumerados, em estado natural e desde que não destinados à industrialização, ressalvada a isenção da sida interna de hortifrutícola destinada à industrialização, prevista no inciso XLIX do caput deste artigo:

b) ovos, ficando mantido o crédito;”

A referida isenção é concedida por meio dos Convênios ICM 44/75 e ICMS 68/90, de acordo com informação contida no próprio artigo da legislação estadual.

Vejamos que o disposto no § 1º do art. 1º do Anexo IX do Decreto 4.852/97, é expresso em relação à condição da inexistência de crédito tributário inscrito em dívida com aplicação apenas para os benefícios decorrentes de leis estaduais, assim:

“Art. 1º Os benefícios fiscais, a que se referem os arts. 83 e 84 deste regulamento, são disciplinados pelas normas contidas neste anexo.

§ 1º A utilização dos benefícios fiscais contidos neste anexo, decorrentes de leis estaduais que, sob condições, autorizem suas concessões, é condicionada a que o contribuinte e o substituto tributário estejam 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”. (grifo oportuno)

Nesse contexto, verifica-se uma questão anterior ao pedido de parcelamento do auto de infração que levou à acusação, relevante o bastante para arrear a acusação fiscal, uma vez que o sujeito passivo utilizou de benefício fiscal concedido por convênio, não incidindo, portanto, a condição estar em dia com suas obrigações tributárias.

Nessa razão, não subsiste a pretensão fiscal.

Posto isso, conheço do recurso “ex-officio”, nego-lhe provimento, para considerar improcedente o crédito tributário, confirmando a decisão singular.

Sala das sessões plenárias, em 31 de janeiro de 2012.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida de isenção (operações com equip/insumos para prestação saúde) (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02003/12

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento de imposto. Utilização indevida do benefício fiscal da isenção. Procedência. Decisão não unânime. Manutenção da decisão cameral.

1. Para efeitos do benefício fiscal da isenção do ICMS previsto no art. 7º, inciso XXXII, do Decreto nº 4.852/97, é necessária a individualização dos produtos, com a sua descrição, não sendo suficiente apenas o código NBM/SH.

2 . Deve ser mantida a decisão cameral de procedência, quando a parte passiva nada de novo trazer aos autos para justificar seu pedido de reforma daquela decisão.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de dezembro de 2011, 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 Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, Célia Reis Di Rezende, Elias Alves dos Santos e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, José Pereira D'abadia, Paulo Diniz, Edson Abrão da Silva, Nivaldo Carvelo Carvalho, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana e Delcídes de Souza Fonseca, que votaram conhecendo do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Acusação fiscal é de que o sujeito passivo realizou saídas de mercadorias em operações internas e interestaduais, por meio dos documentos fiscais relacionados em anexo, utilizando indevidamente a isenção de ICMS, pois os produtos comercializados não estão arrolados no anexo único do Convênio 01/99, nem as operações realizadas se enquadram nas situações descritas no Anexo IX do RCTE. Em consequência deverá pagar o imposto na importância de R\$

992.606,76 (novecentos e noventa e dois mil, seiscentos e seis reais e setenta e seis centavos), juntamente com a penalidade e acréscimos legais incidentes sobre a operação.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da atuada, tendo sido anexados à peça básica a Auditoria Básica do ICMS e os demonstrativos (fls. 11 a 60), bem como cópias do Livro de Registro de Apuração do ICMS (fls. 61 a 86).

Regularmente intimado do auto de infração, o sujeito passivo apresenta impugnação em Primeira Instância (fls. 90 a 94), na qual pede em preliminar a nulidade da peça básica, relacionando as hipóteses de cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito, pede a improcedência do lançamento, afirmando que as mercadorias comercializadas estão amparadas pela isenção do ICMS ou pela base de cálculo reduzida, em conformidade com convênios do CONFAZ e da legislação estadual.

Após a expedição de 2 (duas) resoluções fiscais, a saber: Resolução nº 073/2009 (fls. 167/169) e Resolução nº 189/09 (fls. 202/204), é acolhida, pela Primeira Câmara Julgadora, a preliminar de nulidade da sentença singular de fls. 157, por cerceamento ao direito de defesa, em razão da não apreciação da preliminar de insegurança na determinação da infração suscitada às fls. 91 dos autos.

Procedido novo julgamento, agora por meio da Sentença nº 481/11-JULP (fls. 351/355), o lançamento fiscal é julgado procedente, sendo rejeitadas as preliminares de cerceamento ao direito de defesa e/ou insegurança na determinação da infração.

Inconformado com a decisão exarada a atuada argúi em preliminar da insegurança na determinação da infração, pela falta de indicação do dispositivo do CTE que teria sido afrontado e falta de precisão na acusação impingida.

Informa que seus principais clientes são órgãos da administração pública, entre os quais figura a FUNASA (Fundação Nacional de Saúde), e essas vendas se dariam através de licitação. Seriam produtos destinados ao tratamento de saúde, e por isso, isentos do ICMS. Oferece argumentos sobre os fios cirúrgicos que são utilizados no tratamento de saúde humana. Fez-se transcrição do artigo 7º, inciso XXXII do Anexo IX do RCTE.

Segundo alega, o Superintendente da Administração Tributária, em seu Despacho 2.148/2009-SAT, acatando o abalizado Parecer 687/2009 - GPT, em resposta à consulta formulada pela atuada, deu entendimento de que as saídas dos produtos classificados na NBM/SH sob os códigos 3006 10.90, 9021.90 91 e 3006.10 19, gozam do benefício fiscal da isenção.

Após, teria havido retificação desse posicionamento pelo Despacho 140/2010-SAT, dando o entendimento de que: *“vale frisar que somente os*

produtos descritos no referido apêndice estão abarcados pelo benefício fiscal em comento, portanto, produtos com a mesma classificação fiscal, mas com descrição diversa, não estão alcançados pela isenção."

Entende que não caberia esse posicionamento por parte da administração pública. Seria, conforme interpreta, um caso de anulação de ato administrativo, que só seria admissível por vício de ilegalidade, conforme consta do artigo 53 da Lei 13.800/2001, cujo texto foi transcrito.

Destaca que os tais produtos quando comercializados para os países do Mercosul ou importados, são isentos dos impostos de competência da União, e que isso seria automaticamente uma razão para a isenção do ICMS.

Lembra que a legislação goiana também contemplaria com isenção as operações ou prestações de serviço internas, relativas à aquisição de bem, mercadoria ou serviço por órgãos da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias, ficando mantido o crédito, benefício esse praticado em todas as unidades da Federação, por força do Convênio 26/03. Requer a improcedência do auto de infração e por ocasião do julgamento argúi a preliminar de cerceamento ao direito de defesa.

No julgamento o recurso voluntário apresentado pela atuada foi votado em desfavor do contribuinte. Por maioria de votos o auto de infração foi considerado procedente, conforme Acórdão nº 984/2011 (fls. 366/374).

Mais uma vez o contribuinte apresenta suas razões defensórias para o Conselho Pleno. Expende as mesmas considerações já delineadas. Argúi que suas vendas são isentas de ICMS, de acordo com o Convênio ICMS 01/99, (art. 7º, inc. XXXII do RCTE). A atuada alega que a descrição divergente se deve ao fato de participar de licitações, tendo a necessidade de se adequar ao que consta do edital, abandonando a descrição contida no Convênio ICMS 01/99. Dessa forma, se vê obrigada a usar a nomenclatura constante do edital, pois, em caso contrário, o órgão público não pode receber as mercadorias por exigência do Tribunal de Contas. Requer a improcedência do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

Não assiste razão à atuada em seu recurso apresentado ao Conselho Pleno.

Cumprе ressaltar, inicialmente, que o argumento da empresa atuada de que as operações de vendas que realiza estão amparadas pelo benefício da isenção condicionada do art. 7º, inc. XXXII do RCTE não merece guarda.

Para fundamentar o embasamento do lançamento de ofício destaco trecho da decisão contida no Parecer 687/2009 - GPT, em resposta à consulta formulada pela atuada, que deu entendimento de que as saídas dos produtos classificados

na NBM/SH sob os códigos 3006.10.90, 9021.90.91 e 3006.10.19, gozam do benefício fiscal da isenção. E que o benefício fiscal não se aplica aos produtos classificados na NBM/SH sob os códigos 3006.10.20 e 3006.10.10, tendo em vista que tais produtos não estão listados no Apêndice IX do Anexo IX do RCTE (Convênio ICMS 01/99).

O referido parecer foi adotado pelo Superintendente de Administração, conforme demonstra o documento de fls. 176.

Dessa forma, o ensinamento que balizou o parecer mencionado e que serviu de base para esclarecimento da autuada sobre a possibilidade de utilização do benefício fiscal da isenção, previsto no inciso XXXII do artigo 7º do Anexo IX do RCTE RCTE, exigiu a individualização dos produtos, com a descrição dos mesmos no texto do convênio, não sendo suficiente apenas o código NBM/SH, como quis a autuada.

Assim, não há como contemplar com o benefício da isenção do ICMS as operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, relacionados com os respectivos códigos da NBM/SH no Apêndice IX, que não os expressamente indicados pelo Convênio 01/99, sendo vedada a interpretação extensiva para os casos da isenção, devendo-nos ater à literalidade expressa no art. 111, inciso II do CTN.

À conta do exposto, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 04 de setembro de 2012.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida do benefício fiscal do CENTROPRODUZIR (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02062/12

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento de imposto. Utilização indevida do benefício relacionado ao subprograma CENTROPRODUZIR. Convalidação. Improcedência. Decisão unânime.

1. Estando comprovada nos autos a existência de Lei autorizando a convalidação do benefício objeto do lançamento, bem como o cumprimento das condições nela estabelecida, afirmado por meio de despacho exarado por autoridade competente, deve ser declarado improcedente o lançamento;

2. Recurso conhecido e provido para considerar improcedente o lançamento.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de agosto de 2012, decidiu, por unanimidade 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. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Victor Augusto de Faria Morato, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco no presente processo é no sentido de que a empresa autuada omitiu pagamento de ICMS nos valores e períodos discriminados nos campos próprios do auto de infração, em razão da utilização dos benefícios do CENTROPRODUZIR sem atender aos requisitos do referido programa.

Foram indicados como infringidos os artigos 56, inciso I e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c art. 67, inciso II, do Decreto nº 4.852/97 e proposta penalidade prevista no artigo 71, inciso III, "c", da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com os seguintes documentos:

- 1 - Demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS;
- 2 - Atos constitutivos da empresa autuada;
- 3 - Cópia do livro Registro de Apuração do ICMS;
- 4 - Cópia dos memorandos de fls. 39 a 41, expedidos pela Gerência Especial de Auditoria;
- 5 - Cópia do Termo de Acordo de Regimes Especial - TARE nº. 930/03-GSF.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação a autuada compareceu ao processo por meio da peça de fls. 49 a 71.

Por meio da Sentença nº 6.676/08, de fls. 183 a 186, o julgador singular considerou procedente o lançamento, afirmando que o Termo de Acordo de Regime Especial nº 930/03-GSF foi celebrado pelo estabelecimento da empresa autuada situada na cidade de Catalão e, no entanto, a central de distribuição

funcionava em galpão alugado na Av. Perimetral Norte, na cidade de Goiânia, sem o cumprimento dos investimentos acordados.

Inconformada a autuada interpôs o recurso voluntário de fls. 190 a 218, afirmando que o funcionamento da central de distribuição na cidade de Goiânia havia sido autorizado e era do conhecimento da Secretaria da Fazenda.

Em sessão realizada no dia 13 de abril de 2009 a Terceira Câmara Julgadora converteu o julgamento em diligência e encaminhou o processo à Superintendência de Administração Tributária solicitando a manifestação em relação a Deliberação do CD/PRODUZIR no sentido de que a autuada estava autorizada a utilizar os benefícios do PRODUZIR em Goiânia, bem como quanto a deliberação tomada quanto à solicitação contida no Memorando nº 127/08GEAT.

Por meio do Despacho nº 1793/09-SAT, de fls. 249, a Superintendência de Administração Tributária informou o seguinte:

1 - Que conforme o disposto no § 4º da Cláusula Primeira do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE n. 930/03-GSF, a acordante somente poderia utilizar o benefício do CENTROPRODUZIR após o cumprimento das condições estabelecidas no art. 22, do Decreto nº 5.265/00 e o constantes do projeto de implantação da central única de distribuição e industrialização, bem como a assinatura do contrato de financiamento com o agente financeiro (Agência de Fomento de Goiás), condição que até o momento não havia sido implementada;

2 - Que foi sugerido ao Conselho Deliberativo do PRODUZIR o cancelamento do benefício para posterior revogação do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE n. 930/03;

No memorial de fls. 254 a 256 a empresa autuada informa que mudou a filial de Catalão para Goiânia e que o Conselho Deliberativo do PRODUZIR, por unanimidade de votos, autorizou a utilização do benefício conforme Ofício nº 351/07, portanto, pede que o lançamento seja julgado improcedente.

Foi juntada cópia da Resolução nº 1.386/08, de fls. 269, bem como o Contrato de Financiamento nº 003/2010, de fls. 271 a 278 e o Termo de Acordo de Regime Especial - TARE n. 017/10, de fls. 279 a 282.

Em sessão realizada no dia 22 de novembro de 2010 a Quarta Câmara Julgadora, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa e, por maioria de votos, confirmou a sentença singular que considerou procedente o lançamento.

A empresa autuada interpôs recurso ao Conselho Pleno afirmando que os documentos juntados ao processo comprovam que estava autorizada a utilizar o benefício do PRODUZIR.

Posteriormente, solicitou a juntada de cópia da Lei nº 17.244, de 28 de dezembro de 2010 (fls. 314 e 315), convalidando a utilização do benefício do PRODUZIR, desde que o contribuinte tenha celebrado o contrato de financiamento até a data publicação da Lei e conclua os investimentos previstos no respectivo projeto dentro de 12 (doze) meses, contados do primeiro dia do seguinte ao de publicação da Lei.

Por meio da Resolução nº 015/2011, de fls. 320 o processo foi retirado de pauta e encaminhado à Secretaria Geral para aguardar o decurso dos prazos previstos na lei acima mencionada.

Por intermédio da peça de fls. 323 a 324, a empresa atuada solicitou a juntada ao processo do Relatório de Auditoria de Investimentos n. 012/12, de fls. 325 a 332, por meio do qual a Gerência de Controle de Incentivos Fiscais concluiu que a empresa atuada atendeu aos requisitos previstos na Lei nº 17.244/10, para efeito da convalidação da utilização do benefício do PRODUZIR.

Atendendo a Resolução nº 113/2012, de fls. 333 a 334, o Superintendente de Administração Tributária exarou o Despacho nº 2461/12, adotando as conclusões do Relatório de Auditoria de Investimentos nº 012/12, declarando, em consequência, a convalidação do benefício.

É o relatório.

DECISÃO

Segundo se extrai do Despacho nº 1793/09-SAT, de fls. 249, dois vícios impediam a utilização, pela atuada, do benefício relacionado ao subprograma Apoio à Instalação de Central Única de Distribuição e de Industrialização de Produtos no Estado de Goiás (CENTROPRODZIR), instituído pela Lei nº 13.844, de 1º de junho de 2001, quais sejam:

1 - Falta de celebração do contrato de financiamento com o agente financeiro (Agência de Fomento de Goiás S/A);

2 - Falta de conclusão dos investimentos previstos no projeto.

Em relação a esse fato a Lei nº 17.244, de 28 de dezembro de 2010, estabeleceu o seguinte:

"Art. 6º Fica convalidada a utilização do benefício relacionado ao subprograma Apoio à Instalação de Central Única de Distribuição e de Industrialização de Produtos no Estado de Goiás (CENTROPRODZIR), na ausência de celebração do respectivo contrato de financiamento com o agente financeiro do subprograma, conforme previsto no inciso X do art. 20 da Lei nº 13.591, de 18 de janeiro de 2000, desde que:

I - o contribuinte tenha celebrado o contrato de financiamento referido no caput até a data de publicação desta Lei;

II - o contribuinte conclua os investimentos previstos no respectivo projeto, dentro de 12 (doze) meses, contados do primeiro dia do mês seguinte ao de publicação desta Lei.

§ 1º O contribuinte pode, mediante aprovação do Conselho Deliberativo do PRODUZIR, realizar adequações no projeto original de investimento com vistas a adaptá-lo às suas necessidades, desde que não sejam alterados o prazo de utilização e o valor do financiamento originalmente previstos.

§ 2º Os valores já investidos na execução do projeto original devem ser considerados para fins de apuração do valor efetivamente investido pelo beneficiário, ainda que a adequação envolva a realocização da Central Única de Distribuição."

A análise do cumprimento das condições estabelecidas no dispositivo legal acima transcrita para efeito da convalidação da utilização do benefício objeto do presente lançamento, foi feita por meio do Despacho nº 2.461/12-SAT, de fls. 336, por meio do qual o Superintendente de Administração Tributária adotou o Relatório de Auditoria de Investimentos nº 012/12, de fls. 325 a 332, afirmando o seguinte:

"Tendo em vista o que consta do presente processo e em atenção a Resolução nº 113/2012, do Conselho Administrativo Tributário, esclarecemos que não se estabeleceu procedimento específico para a matéria em questão, contudo, no caso concreto, levando-se em conta o Relatório de Auditoria de Investimentos nº 012/12, exarado pela Gerência de Controle de Incentivos Fiscais, concluindo que a empresa [...], inscrita no CNPJ/MF sob o nº 25.760.877/0129-75, cumpriu as condições previstas no art. 6º, da Lei nº 17.244, de 28 de dezembro de 2010, que fora acatado tacitamente pelo nosso Despacho nº 881/12-SATA, cópia de fls. retro, razão pela qual fica convalidada a utilização do benefício relacionado ao subprograma CENTROPRODUZIR nos termos da referida Lei."

Segundo os melhores dicionários da língua portuguesa, convalidação é a transformação de ato anulável em ato plenamente válido, pela correção do vício ou pela ratificação, ou seja, é o ato de tornar válido aquilo que perdeu a validade, restituindo a sua validade.

Assim, a conclusão óbvia é que por meio do instituto da convalidação, positivado, no caso vertente, por meio do art. 6º, da Lei nº 17.244/10 e do Despacho nº 2461/12-SAT, ambos acima transcritos, a Fazenda Pública Estadual deu por encerrada a discussão em torno da utilização do benefício relacionado ao subprograma CENTROPRODUZIR, situação que impõe a declaração de improcedência do presente lançamento.

À conta do exposto, conheço do recurso ao Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 13 de setembro de 2012.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida de isenção (serviço de transporte) (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02962/12

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: PRELIMINAR. Cerceamento ao direito de defesa. Nulidade do lançamento. Rejeitada. Decisão unânime.

Não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa quando dos autores constarem os elementos suficientes para exercício do contraditório e da ampla defesa.

ICMS. Obrigação principal. Manutenção de saldo credor de ICMS indevido na escrita fiscal. Multa Formal. Procedência com aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91. Decisão unânime.

1. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, quando o serviço tomado, a mercadoria ou bem entrados no estabelecimento, for objeto de saída ou prestação de serviço correspondente isenta ou não-tributada (CF, art. 155, § 2º, II, "a"; Lei nº 11.651/91, art. 61, I, "a");

2. É procedente o lançamento que exige o pagamento de multa formal correspondente a 40% (quarenta por cento) do saldo credor indevido mantido na escrituração fiscal, devendo, no entanto, ser aplicada a forma privilegiada prevista no 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91, em razão de ter resultado, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 09 de novembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, por votação unânime, 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 Antônio Martins da Silva, Carlos Andrade Silveira e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é formulada pelo fisco é no sentido de que a empresa atuada matinha saldo credor indevido no livro Registro de Apuração do ICMS, em 31 de dezembro de 2007, decorrente de omissão de estorno de crédito de ICMS relativo a aquisição de serviço de transporte rodoviário de carga vinculado a

operações beneficiadas com isenção ou não incidência do ICMS, ficando, em consequência, sujeita ao pagamento de multa formal correspondente a aplicação do percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o saldo credor indevido, sem prejuízo da obrigação de promover o estorno do crédito, nos termos do art. 147-A, da Lei nº 11.651/91.

Foram mencionados como infringidos os artigos 61, inciso I, alínea "a" e 64, da Lei nº 11.651/91 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso IV, alínea "b", também da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com os demonstrativos da auditoria básica do ICMS e relação e cópias dos conhecimentos de transporte rodoviário de cargas que deram origem aos créditos, bem como a cópia dos livros fiscais relativos ao período fiscalizado.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação a autuada compareceu ao processo por meio da peça de fls. 264 a 281, dirigida ao Corpo de Julgadores de Primeira Instância, alegando:

1 - Nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa em razão de obscuridade nos demonstrativos que lhe dão sustentação;

2 - Improcedência do lançamento porque o crédito aproveitado é relativo ao serviço de transporte de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, não se enquadrando, portanto, na regra prevista no art. 60, inciso I, alínea "a" da Lei nº 11.651/91, cuja vedação do crédito alcança somente entrada de serviços resultantes de operações isentas ou não tributadas.

Por meio da Sentença nº 1137/12, de fls. 315 a 316 o julgador singular rejeitou a preliminar de nulidade e declarou procedente o lançamento.

Inconformada a autuada interpôs o recurso voluntário de fls. 321 a 340, objeto do presente julgamento, pleiteando a reforma da decisão singular para declarar improcedente o lançamento pelos motivos expendidos na instância singular ou, quando nada, a declaração de sua nulidade por cerceamento ao direito de defesa em razão de obscuridade nos demonstrativos que lhe dão sustentação.

É o relatório.

DECISÃO

1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO POR CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA:

Não vislumbro nenhuma obscuridade no procedimento adotado pelo autor do procedimento, tendo em vista que o mesmo identificou, com precisão, os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga relativos ao transporte ao transporte de mercadoria (G.L.P) em operações interestaduais, bem como o

demonstrativo da Auditoria da Conta Corrente do ICMS indicando a repercussão do aproveitamento indevido de crédito na apuração do imposto, permitindo, dessa forma, que a autuada pudesse exercer o contraditório.

Assim, rejeito a preliminar.

2. DO MÉRITO:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao regular o Sistema Tributário Nacional, estabeleceu o seguinte:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre

[...]

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;

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;"

A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, denominada LEI KANDIR, assevera que não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento (art. 20, § 1º).

Essa regra encontra-se positivada na Lei nº 11.651/91. Vejamos:

"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;"

No mesmo sentido o Decreto nº 4.852/97:

"Art. 57. Não implica crédito (Lei nº 11.651/91, art. 60):

I - a entrada de mercadoria, bem ou utilização de serviço:

a) resultante de operação ou prestação isentas ou não tributadas;

[...]

§ 1º A vedação do crédito prevista neste artigo estende-se ao imposto incidente sobre serviço de transporte ou de comunicação vinculado com a mercadoria objeto da operação.

§ 2º Para os efeitos da vedação do crédito previsto neste artigo e os estornos tratados na seção seguinte, entende-se como operação ou prestação não tributada, inclusive, aquela que se encontra fora do campo de incidência do ICMS.

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;"

É cediço que por determinação constitucional o ICMS não incide sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados (CF, art. 155, § 2º, inciso X, alínea "b").

No caso vertente, observa-se que a autuada aproveitou crédito de ICMS destacado em Conhecimentos de Transportes Rodoviários de Carga, vinculados as seguintes a saídas e entradas interestaduais de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, assim, os conhecimentos de transporte deveriam ter sido escriturados no livro Registro de Entrada de Mercadorias sem o aproveitamento do crédito, em razão da redação prevista no art. 57, inciso I, alínea "a" e § 1º, do Decreto nº 4.852/97.

Não tendo sido observada a vedação e promovido a escrituração dos conhecimentos de transporte com aproveitamento do crédito, é claro e evidente que incide a regra de estorno prevista no art. 61, inciso I, alínea "a" da Lei nº 11.651/91 e art. 57, inciso I, alínea "a", do Decreto nº 4.852/97.

A alegação da empresa autuada no sentido de que o Gás Liquefeito de Petróleo, está sujeito ao regime de substituição tributária pelas operações internas subsequentes, não tem nenhuma relevância, tendo em vista que os serviços de transporte que originaram o aproveitamento dos créditos em questão, estão

vinculados a operações interestaduais que, como foi dito acima, estão fora do campo de incidência do ICMS por determinação constitucional.

Nesse ponto, é oportuno ressaltar que a alegação no sentido de que as operações interestaduais com gás liquefeito fora do campo de incidência do ICMS não se enquadra nas hipóteses de vedação ou estorno do crédito, tendo em vista que a lei faz referência expressa a operação isenta ou não tributada, não se sustenta, tendo em vista que o § 2º, do art. 57, do Decreto nº 4.852/97, assevera que para os efeitos da vedação do crédito previsto neste artigo e os estornos tratados na seção seguinte, entende-se como operação ou prestação não tributada, inclusive, aquela que se encontra fora do campo de incidência do ICMS.

Com essas considerações, entendo que está sobejamente provado que a autuada realmente mantinha saldo credor indevido de ICMS na sua escrituração fiscal, decorrente de crédito de ICMS destacado em conhecimentos de transporte rodoviário de carga relativo a prestação de serviço de transporte vinculada a operação fora do campo de incidência do ICMS (não tributada), estando correta, portanto, a exigência da multa formal correspondente a 40% (quarenta por cento) do saldo credor indevido.

Entendo pertinente, no entanto, a aplicação do redutor de 50% (cinquenta por cento) no valor multa aplicada nos termos do § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91, tendo em vista que, embora escriturado indevidamente, o crédito ainda não havia sido aproveitado para compensação com o débito do imposto em razão da existência de saldo credor, assim, não há falar em falta de pagamento de imposto.

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para confirmar a decisão singular que considerou procedente o lançamento, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91.

Sala das sessões, em 07 de dezembro de 2012.

NULIDADES

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

Matéria: NULIDADES - Cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo - Nulidade da decisão cameral por erro na condução do julgamento (Nulidade Parcial - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01811/12

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: Preliminar de nulidade parcial do auto de infração, por cerceamento ao direito de defesa. Acolhida. Retorno dos autos à Câmara Julgadora para novo julgamento.

I - É obrigatório o voto do Coordenador da Câmara quando o número de Conselheiros presentes for igual à metade dos membros da Câmara mais um, incluído nesse número o próprio Coordenador (Decreto 6.930/09, art. 51, § 6º, inciso II);

II - É nula a decisão oriunda de sessão cameral em que ocorreu a falta da manifestação de voto de Conselheiro, ficando caracterizado o cerceamento ao direito de defesa ante a regra processual que limita a recorribilidade das decisões unânimes, devendo o processo ser restituído à câmara julgadora para apreciação de toda a matéria.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 10 de julho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo Relator, a partir de fls. 680, devendo os autos retornarem a Câmara Julgadora para novo julgamento, com respeito ao disposto no § 6º, II, do art. 51, do Regimento Interno deste Conselho Administrativo Tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Cláudio Henrique de Oliveira.

RELATÓRIO

Cuida-se de recursos, dirigidos ao Conselho Pleno, manejados pela Fazenda Pública Estadual e pelos sujeitos passivos autuados quanto ao decisum contido no Acórdão nº 2275/2011, que (i) rejeitou a arguição preliminar de cerceamento ao direito de defesa e (ii) procedeu a exclusão da lide dos solidários [...] e [...].

Na decisão, prolatada pela Quarta Câmara Julgadora deste Conselho Administrativo Tributário, foi decidida, pelo voto dos Edson Abrão da Silva e Manoel Antônio Costa Filho, a rejeição da preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelos solidários, por cerceamento do direito de defesa. Em seguida, foi acolhido o pedido de exclusão da lide dos solidários [...] e [...], com os votos do Conselheiro Edson Abrão da Silva e do Coordenador da Câmara Conselheiro José Pereira D'abadia, de acordo com o Art. 33, Parágrafo Único do Regimento Interno do CAT, tendo sido vencido o Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho.

Intimada, a Representação Fazendária interpõe Recurso para o Conselho Pleno (fls. 686/688), buscando a reforma da decisão colegiada descrita acima, para que sejam reincluídos, na lide, os sujeitos passivos solidários [...] e [...].

Na apresentação da Contradita (fls. 694/699), os sujeitos passivos, em conjunto, reiteram as argumentações já apresentadas e requerem a manutenção da decisão colegiada recorrida.

DECISÃO

De proêmio, entendo que não há condições para apreciação do processo, em sede de recurso ao Conselho Pleno, em razão de falha verificada quando do julgamento proferido pela Câmara Julgadora, com prejuízo processual ao direito de defesa dos autuados.

Cumpra observar que o Decreto nº 6.930, de 09 de junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário - CAT e dá outras providências, estabelece a necessidade de voto por parte do Coordenador da Câmara quando a composição estiver incompleta. Vejamos:

"Art. 51. As Câmaras Julgadoras em número de 4 (quatro), são compostas por 4 (quatro) Conselheiros cada uma, respeitando-se a paridade numérica entre a representação do fisco e a representação dos contribuintes, facultada a especialização de câmara por matérias.

[...]

§ 6º O Coordenador da Câmara somente vota, após os demais Conselheiros:

[...]

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

Observo que na sessão de julgamento cameral, realizada no dia 27/04/2011, a referida regra não foi atendida, tendo em vista que ante a falta de um dos Conselheiros, far-se-ia necessário o pronunciamento do Coordenador, porquanto o número de Conselheiros votantes ficou reduzido para três, ficando caracterizada a hipótese do inciso II do § 6º do art. 51 do Regimento Interno deste Conselho.

De se ver que a decisão, tomada com a unanimidade de apenas dois Conselheiros, isto é, sem a requerida manifestação do Coordenador da Câmara, fechou as portas da admissibilidade recursal ao plenário, o que, em razão da falha verificada, caracteriza cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo.

Diante do exposto, declaro a nulidade da decisão cameral, por cerceamento do direito de defesa, pela afronta ao disposto mencionado, devendo o processo ser devolvido à câmara para apreciação de toda a matéria.

Sala das sessões plenárias, em 21 de agosto de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo - Nulidade de decisão cameral por falta de apreciação das questões meritórias (Nulidade Parcial - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02128/12

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Preliminar de nulidade parcial do processo por cerceamento ao direito de defesa. Acolhimento. Preliminar de decadência parcial do lançamento tributário. Rejeição.

I - Havendo falha processual que acarreta prejuízo à parte, impõe ao órgão julgador adotar as providências no sentido de afastar o cerceamento direito de defesa.

II - 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).

III - Com a rejeição da preliminar de decadência parcial do lançamento tributário pelo Conselho Pleno, os autos devem ser encaminhados para uma das Câmaras Julgadoras, para apreciação das questões meritórias relativas à parcela do crédito tributário objeto da reforma, bem como de outras questões tratadas no recurso voluntário e eventualmente ainda não apreciadas no acórdão cameral nº 411/12 (fls. 441/450).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 30 de agosto de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial do processo, a partir das fls. 482, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, preservados os atos posteriores e independentes. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, José Paixão de Oliveira Gomes e Edson Abrão da Silva. Em relação ao recurso da Fazenda Pública (fls. 453/457), por maioria de votos, conhecer em parte e, nessa parte, dar-lhe provimento para afastar a decadência parcial do lançamento tributário, devendo os autos retornar a uma das Câmaras Julgadoras para apreciação das questões meritórias relativas à parcela do crédito tributário objeto da reforma, bem como de outras questões tratadas no recurso voluntário eventualmente ainda não apreciadas no acórdão cameral nº 411/12 (fls. 441/450). Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Washington Luis Freire de Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Paulo Diniz, Delcídes de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana e Edson Abrão da Silva, que votaram conhecendo em parte do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que acolheu a decadência parcial do lançamento tributário.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno em face de decisão cameral que lhe foi desfavorável.

Versa a atuação que o sujeito passivo "Realizou saídas de mercadorias, por meio dos documentos fiscais relacionados em anexo, utilizando indevidamente não incidência prevista no art. 37, inciso I, alínea A do CTE, pois não comprovou a efetiva exportação das mercadorias arroladas nos mesmos. Em consequência, deverá pagar o imposto na importância de R\$ 6.636.294,05, juntamente com penalidade e acréscimos legais, incidentes sobre a operação, conforme apurado nos demonstrativos anexos. Como o contribuinte se negou a apresentar a comprovação das operações realizadas, se o mesmo apresentar os documentos necessários, deve remetê-los aos autuantes."

Foram relacionados como solidários 07 (sete) pessoas físicas: [...], diretora; [...], diretor presidente; [...], sócio administrador; [...]; representante com plenos poderes; [...], representante com plenos poderes; [...], sócio administrador e [...], sócio gerente.

À peça inicial foi anexada Notificação Fiscal, por meio da qual o fisco exige apresentação de livros e documentos relacionados com a escrituração e a comprovação de exportações promovidas pela atuada antes da lavratura do auto de infração (fls. 19), a qual não foi atendida de imediato, tendo o contribuinte solicitado prorrogação do prazo por 30 (trinta) dias, para cumprimento da exigência (fls. 20).

Também foi acostada à peça inicial relação, em ordem crescente de data, com dados das notas fiscais referentes às operações atuadas, intitulada "Exportações Diretas Não Comprovadas" (fls. 21 a 29).

Foram dados como infringidos o art. 37, inciso I, alínea "a", da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 79, inciso I, alínea "a" do Decreto nº 4.852/97 e aplicada a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea "c", agravada com a aplicação do § 9º, inciso I do CTE.

Com peças defensórias apartadas todos os sujeitos passivos comparecem ao feito, com alegações contestatórias idênticas. A atuada, com suporte no art. 19, incisos III e IV, argúi a preliminar de nulidade da peça basilar, por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, enquanto que os solidários argüem a preliminar de nulidade da peça básica, por ilegitimidade passiva dos solidários identificados para comporem a lide.

Quanto ao mérito, alegam a ocorrência de ofensa ao princípio do non bis in idem, segundo o qual ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes pelo mesmo fato, pois foram lavrados três lançamentos para um só período; protestam pela juntada de documentos de prova da efetivação da exportação, fls. 48/229.

O julgador singular conclui pela procedência do auto de infração, fls. 234, nos seguintes termos:

"Finalmente, como consta afirmado na peça basilar pelos autuantes, continua pendente de apresentação a comprovação das operações supostamente realizadas pela empresa autuada, e, em consequência disso, faz desmoronar também no mérito toda a argumentação defensiva, já que não existiu qualquer contestação dos demonstrativos realizados pelo fisco."

Determina que o contribuinte e os solidários sejam intimados de acordo com a observação efetivada pelo Representante Legal dos sujeitos passivos identificados nos autos.

Os envolvidos na exigência do crédito tributário recorrem da decisão singular e ratificam os fundamentos impugnatórios, fls. 238 a 254.

Às fls. 276, o contribuinte formula memorial para integrar o recurso voluntário pendente de julgamento pela Câmara Julgadora, junta demonstrativos, reitera pedido de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e reconhecimento da decadência dos créditos anteriores a 23 de novembro de 2002. Ao final, reitera, também, o pedido de improcedência do auto de infração.

A Câmara Julgadora, na sessão realizada no dia 03 de dezembro de 2008, converte o julgamento em diligência, conforme resolução de fls. 288/289, com o seguinte teor:

"por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, encaminhando o processo à COORDENAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO EXTERIOR, da Gerência de Fiscalização e Arrecadação da SAT, para, em face às considerações abaixo, promover à análise, verificação e conferência dos documentos apresentados, e, via de consequência, a revisão dos trabalhos originais".

Assim:

I) *Consta no histórico do auto de infração que "O contribuinte se negou a apresentar os documentos comprobatórios da efetiva remessa para o exterior, por este motivo se o mesmo apresentá-los no decorrer do processo, remetê-los aos autuantes para análise";*

II) *O sujeito passivo, na manifestação de fls. 269/274, além de indicar interdependência deste processo com outros por ele enumerados, alega que está juntando um grande número de documentos comprobatórios de exportações;*

III) *Portanto, proceder às devidas verificações em relação aos documentos apresentados pelo sujeito passivo, detalhando, de forma pormenorizada, em demonstrativos:*

a) os documentos cuja comprovação de exportação foi, efetivamente, demonstrada, anexando-se, ainda, os documentos comprobatórios para tal;

b) os documentos cuja comprovação de exportação não se logrou provar, com o valor do ICMS remanescente, por mês, nos mesmos moldes da planilha original.

IV) Após, cientificar o sujeito passivo e solidários, nas pessoas do(a)s advogado(a)s constituído(a)s, no endereço constante das procurações de fls. 244, e 255 - A - 261, para, caso queiram, se manifestarem a respeito da revisão realizada, no prazo improrrogável de 20 (vinte) dias.

Outrossim, considerando a manifestação ofertada pelo sujeito passivo quanto à interdependência entre vários processos, PAUTAR o presente para JULGAMENTO, em conjunto, com os processos n.ºs: 3.0281469.220.57, 3.0290726.745.84, 3.0290728.314.93, 3.0281381.501.72, 3.0290727,571.53, 3.0290721.611.96, 3.0290699.691.88

Participaram da decisão os Conselheiros Josevan Pereira Júnior, Heli José da Silva e José Paixão de Oliveira Gomes.

OBS: As partes não se manifestaram",

O resultado diligencial, final da fls. 291, trouxe a seguinte conclusão:

"Os demais documentos apresentados pelo contribuinte foram acolhidos como suficientes para comprovar a efetiva remessa para o exterior. Estes comprovantes estão relacionados na planilha anexa.

O imposto remanescente passa a ser, salvo melhor juízo, o especificado na tabela anexa."

A tabela anexa ao relatório diligencial, informa o novo valor do ICMS a ser exigido na importância de R\$ 3.480.094,75 (fls. 293 a 307).

Os sujeitos passivos, conjuntamente, apresentam manifestação sobre a diligência (fls. 342/346). Afirmam que a diligência não foi cumprida conforme determinado pela resolução cameral e realiza a juntada de CD-ROM (fls.347), contendo digitação de dados contidos em documentos fiscais ali relacionados.

Foi procedida a juntada de documentos de fls. 350/353, remetidos pelo Auditor Fiscal Manoel Luis Neves Campanelli, pelo qual explica a necessidade de prioridade no julgamento de autos do contribuinte autuado.

A decisão cameral foi com base no valor da revisão, conforme acórdão, fls. 362 a 378. Foram mantidos os valores correspondentes a algumas das notas fiscais de exportações pelos seguintes motivos: (i) não apresentação do "Despacho de Exportação, e (ii) falta de comprovação da devolução efetiva de mercadoria, conforme notas fiscais emitidas.

A Câmara Julgadora, conforme decisão de fls. 360/361: (I) rejeita o pedido de diligência, (II) afasta a preliminar de decadência referente ao ano de 2002, (III) rejeita as preliminares de nulidade da peça básica, sendo a primeira por insegurança na determinação da infração e a segunda por cerceamento ao direito de defesa e (IV) julga parcialmente procedente o auto de infração, nos termos da revisão fiscal.

O Termo de Perempção de fls. 386 evidencia a ausência dos sujeitos passivos solidários na fase recursal.

O contribuinte interpõe recurso para o Conselho Pleno (fls. 389/399) e argúi preliminar de vício da intimação causado pela aposição de valor irreal, tendo em vista que a decisão cameral julgou procedente em parte o auto de infração, de acordo com o valor apurado na revisão fiscal, e o valor constante da intimação é bastante superior.

Pede a anulabilidade do julgamento conjunto dos processos 3028146922057, processos 302907257153 e 3029072674584, pois os registros descritos na autuação deste processo originou os últimos dois identificados nestas linhas, "*os quais tratam da acusação de reintrodução no mercado interno de mercadoria destinada à exportação direta e indireta*", fls. 391.

Acresce, às fls. 392, que:

"Sendo assim, é imperioso estabelecer o acertamento fiscal no presente processo, para daí exigir o estorno dos créditos exportação. Sem a conclusão deste lançamento, a exigência naqueles é anulável de pleno direito."

Sustenta a insegurança na determinação da infração, pois "não houve defesa da acusação de fraude ou simulação porque esta alegação surgiu de fala do Conselheiro Relator na sessão da 4ª Câmara em 21/06/2010: momento e forma inadequados para novas denúncias. O julgador não pode incluir denúncia nova como se parte ele fosse", ainda da mencionada folha.

No mérito, argumenta sobre a extinção parcial do crédito atingido pela decadência relativa ao período de 2002, considerado no trabalho fiscal até 2006 com auto de infração lavrado em 20 de dezembro de 2007. Transcreve jurisprudência do STJ sobre o acolhimento da decadência, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação. Para tanto comenta sobre os arts. 150, § 4º e 173 do CTN, para, ao final, requerer a nulidade da intimação da decisão cameral; do processo desde o seu início, por insegurança na determinação da infração; apreciação das provas registradas por meio magnético; declarar a decadência do crédito tributário no período entre janeiro e novembro de 2002; adequar a parte remanescente do crédito à carga tributária de 3% determinada pela Lei nº 15453/99 que trata das operações internas e interestaduais em Goiás e, por último, manter a improcedência do lançamento sobre o valor originário de R\$ 3.156.199,33, decidido pela 4ª Câmara.

O Conselho Pleno, conforme resolução às fls. 403/404, por unanimidade de votos, acolheu a proposição do Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca e converte o julgamento em diligência junto à Coordenação de Comércio Exterior da Gerência de Arrecadação e Fiscalização da Superintendência da Administração Tributária, a fim de que seja procedida revisão do trabalho fiscal em face da documentação anexada aos autos (mídia em CD-R) e dos argumentos expendidos pela atuada na peça recursal de fls. 389/399.

Após o cumprimento da diligência e dela cientificado o sujeito passivo, com abertura de prazo de 20 (vinte) dias para manifestação, encaminhe-se à Secretaria Geral - SEGE para dar seguimento ao processo em cumprimento ao disposto na parte final do § 4º do art. 41 da Lei nº 16.469/2009.

O revisor, fls. 408, concluiu:

"Abri os arquivos e constatei que os mesmos relacionam 991 (Novecentos e Noventa e Uma) notas fiscais de exportação às suas respectivas notas fiscais de remessa para exportação. Entretanto, este processo não diz respeito a notas fiscais de remessa para exportação (exportação indireta) e sim a notas fiscais de exportação (exportação direta). As notas fiscais atuadas relacionadas às fls. 21 a 29 dos autos são de exportação direta. Portanto, as notas fiscais relacionadas no CD não têm relação alguma com este processo. Isto, aliás, já foi dito no acórdão 3874/2010, às fls. 366 e 367.

Relaciono, em anexo, as 991 notas fiscais de exportação constantes do CD, onde se pode ver que seus números e séries são divergentes das notas fiscais atuadas. Números e séries são os únicos dados destas notas fiscais informados no referido CD.

Mantenho, portanto, salvo melhor juízo da Administração Tributária, o valor do ICMS já apontado na revisão anterior: R\$ 3.480.094,75."

O sujeito passivo manifesta-se no processo e pleiteia a confirmação do julgamento a quo de redução do valor atuado, pelo ajuste nos demais processos da atuada, "nos valores sobre os quais o presente processo impactou especialmente o exercício de 2002", fls. 416/418.

Os autos são encaminhados à Câmara Julgadora para atendimento da parte da resolução que aprovou o cumprimento ao disposto na parte final do § 4º do art. 41 da Lei nº 16.469/2009.

A atuada apresenta ainda o memorial de fls. 425 a 438 e ratifica o requerido nas teses defensórias anteriores.

Em nova decisão, a câmara acolhe a preliminar de decadência parcial até novembro de 2002 e julga improcedente o auto de infração, em relação aos demais períodos fiscalizados, conforme acórdão de nº 411/2012 (fls. 441/450).

Inconformada, a Fazenda Pública apresenta recurso para o Conselho Pleno (fls. 453/457). Solicita a reinclusão dos solidários na lide e a reforma da decisão cameral para que seja afastada a decadência parcial e julgado procedente em parte o lançamento no valor do voto vencido (R\$ 3.394.839,83).

Fundamenta o pedido de reinclusão na lide dos solidários com fulcro no inciso II do art. 124 do CTN e no inciso XII do art. 45 do CTE.

Quanto à decadência afirma que há equívoco na aplicação do art. 150 do CTN, pois em se tratando de lançamento de ofício, não houve qualquer pagamento do ICMS, sendo que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter feito o lançamento de ofício, conforme art. 173, inc. I do CTN e art. 182, inc. I do CTE.

Ainda quanto ao mérito, entende que a decisão cameral é contrária às provas dos autos, uma vez que a empresa autuada remeteu mercadorias com não incidência por se destinar à exportação, porém, mesmo intimada, não comprovou a efetiva remessa para o exterior.

O contribuinte apresentou contradita (fls. 469/479). Argúi, preliminarmente, que os solidários não devem ser reincluídos na lide, pois para responsabilizar aqueles que exercem a administração da sociedade é necessário comprovar que estes efetivamente tenham praticado atos com excesso de poder ou infração a lei ou contrato social ou estatutos. No mérito, afirmou que os fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2002 foram atingidos pela decadência, pois o art. 173 do CTN só deve ser aplicado nos tributos sujeitos a lançamento de ofício por declaração. Ao final requereu a manutenção da exclusão dos solidários e a improcedência do lançamento.

Requer, alternativamente, *“em uma improvável manutenção do auto de infração, que seja adequada à condenação da parte remanescente, caso haja, à carga tributária de 3%, que é a carga determinada pela Lei nº 13.453/99 nas vendas internas e interestaduais em Goiás, e o era na época da prática de tais operações”*. Solicitou ainda, que, *“que sendo o caso, que se permita à Recorrida apropriar-se dos créditos escriturais da origem da carne”*.

O Conselho Pleno, conforme acórdão de fls. 483/497, afastou a preliminar de decadência parcial do lançamento tributário e consignou o seguinte comando: *“devendo os autos retornarem a julgamento cameral para apreciação de toda matéria”*.

Os sujeitos passivos foram intimados (fls. 498/505) para tomar conhecimento do inteiro teor do Acórdão nº 1411/2012, de fls. 483/492, e, também, de que os autos, em seguida, seriam encaminhados à Câmara Julgadora para apreciação de toda a matéria.

Em sessão realizada em 20 de julho de 2012, a Terceira Câmara Julgadora, conforme acórdão de fls. 507/527, por unanimidade de votos, rejeitou 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. Por maioria de votos, rejeitou a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arquivada pelo sujeito passivo.

Quanto ao mérito, por maioria de votos, conheceu do recurso, deu-lhe parcial provimento para reformar a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS a recolher de R\$ 3.480.094,75 (três milhões quatrocentos e oitenta mil noventa e quatro reais setenta e cinco centavos). O voto vencido foi pela parcial procedência do auto de infração no valor do ICMS a recolher de R\$ 870.023,69 (oitocentos e setenta mil e vinte e três reais e sessenta e nove centavos), alterando a carga tributária para o equivalente a 3%.

A Fazenda Pública foi intimada e manifesta concordância com a decisão cameral (fls. 529).

Os sujeitos passivos, devidamente intimados (fls. 530-538), apresentam recurso para o Conselho Pleno, fls. 540/553, com os seguintes fundamentos:

(a) alegam, preliminarmente, nulidade do auto, por erro na identificação do sujeito passivo solidário. Argumentou que as pessoas físicas não podem ser incluídas como solidariamente responsáveis pela obrigação tributária que o fisco pretende constituir, pois a legislação tributária (artigos 134 e 135 CTN), bem como a doutrina e jurisprudência dispõem que a regra é a não responsabilização dos presidentes, diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado pelos tributos devidos por estas, sendo a responsabilidade solidária admitida apenas quanto aos tributos incidentes sobre atos praticados com excesso de poderes ou com infração a lei, contrato social ou estatutos, o que não ocorreu no caso em análise;

(b) aduzem que: (1) o período de janeiro a novembro de 2002 encontra-se atingido pela decadência, nos termos do artigo 156, VII e 150, § 4º do CTN e entendimento unificado dos Tribunais Superiores; (2) o prazo decadencial disposto no artigo 173, inciso I, do CTN aplica-se aos lançamentos de ofício; (3) não se podem incluir no curso do processo novas acusações (fraude ou simulação), sem comprovação, com intuito de refutar o prazo do artigo 150, § 4º, CTN e adotar a contagem do artigo 173, I, CTN; (4) a acusação de fraude e simulação realizada na Câmara em 21/06/2010, durante sessão de julgamento é infundada, inadequada e extemporânea, uma vez que não há esta descrição no lançamento, e também pela ausência absoluta de provas;

(c) alegam que os valores do processo devem ser adequados, pois a alíquota correta nas operações internas com carne e vendas goianas dentro país, desde 1999, por força da Lei 13.453/99, é de 3% (redução da base de cálculo ou por crédito outorgado) e não de 12%, como foi utilizado pelo fiscal atuante;

(d) afirmam que os Conselheiros devem se atentar para a afirmação do atuante nos autos, o qual informa que há superposição de estornos do crédito de exportação tanto na apuração normal, como na apuração da substituição.

Ao final:

(a) requerem a restauração do acórdão 411/12 da 4ª Câmara (fls. 441/450), já que o mesmo acha-se incólume por não ter sido julgado no Conselho Pleno, no entanto a Câmara reformou um Acórdão de si própria sem disposição na lei para assim proceder. Afirmam que a Resolução 177/2011-CAT foi editada 02 dias, após o julgamento do acórdão 411/2012.

(b) solicitam a exclusão dos solidários da lide;

(c) pedem que seja mantida a decadência do crédito tributário compreendido entre janeiro e novembro de 2002;

(d) defendem que seja mantida a improcedência nos moldes do acórdão 411/2012; alternativamente, se discutirem mérito, seja adequada a condenação à carga tributária de 3% ou apropriar, sendo o caso, os créditos escriturais do ICMS referentes ao processo industrial e das respectivas aquisições.

É o relatório.

DECISÃO

Analiso inicialmente a preliminar de nulidade parcial do processo por cerceamento ao direito de defesa, arguida pelos sujeitos passivos.

Os sujeitos passivos requerem a restauração do acórdão nº 411/2012, fls. 441/450, por entender que essa decisão encontra-se preservada, tendo em vista não ter sido julgado no Conselho Pleno, apesar de a Câmara Julgadora no julgamento subsequente haver reformado o referido Acórdão, sem disposição na lei para assim proceder.

De fato, a Quarta Câmara Julgadora por meio do acórdão nº 411/2012, de fls. 441/450, em decisão realizada em 19/12/11, acatou a preliminar de decadência parcial do lançamento de janeiro/2002 até novembro de 2002, rejeitou as preliminares de nulidade por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, exclui os solidários e julgou improcedente o auto de infração em relação aos demais períodos fiscalizados.

Quanto à restauração parcial do acórdão nº 411/2012, entendo que assiste razão aos sujeitos passivos, pois a decisão plenária, realizada em 14/12/12, acórdão de fls. 482/497, ao DETERMINAR OS RETORNOS DOS AUTOS A JULGAMENTO CAMERAL PARA APRECIÇÃO DE TODA A MATÉRIA reformou a totalidade da decisão cameral constante do acórdão nº 411/2012 (fls. 441/450), havendo analisado apenas a decadência parcial do lançamento tributário.

A decisão plenária efetivamente cerceou o direito de defesa dos sujeitos passivos, pois a decisão cameral consubstanciada no acórdão nº 411/2012, de fls. 441/450 era inteiramente favorável ao sujeito passivo e foi reformada na

integralidade sem ocorrer o devido contraditório, sem que os sujeitos passivos pudessem se manifestar.

Assim, em decorrência do cerceamento ao direito de defesa, fica anulado o processo, a partir das fls. 482, preservado os atos posteriores e independentes.

Por último, cabe apreciar o Recurso da Fazenda Pública (fls. 453/457), apenas no tocante à decadência parcial do lançamento tributário.

Afirma Fazenda Publica que há equívoco na aplicação do art. 150 do CTN, pois em se tratando de lançamento de ofício, não houve qualquer pagamento do ICMS, sendo que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter feito o lançamento de ofício, conforme art. 173, inc. I, do CTN e art. 182, inc. I, do CTE.

Em relação à preliminar de decadência do lançamento tributário, arguida pelo sujeito passivo, cabe analisar o disposto no artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN), o qual dispõe que 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 não exercício.

No caso vertente, o Fisco reclama o imposto não declarado no livro e não pago relativo à operação de exportação não comprovada. A não incidência do ICMS deixou de prevalecer em decorrência da falta de comprovação da exportação das mercadorias. O sujeito passivo não comprovou a exportação e deixou de cumprir o dever de antecipar o pagamento do imposto sem prévio exame da autoridade administrativa. Ocorreu a falta de recolhimento do ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação e, diante disso, o Fisco realizou o lançamento de ofício.

Nessa situação, o direito da Fazenda Pública obedece à regra estabelecida no artigo 173, I, do CTN, pois não há que se falar em homologação em relação ao tributo não pago nos termos da legislação. Nesse mesmo sentido dispõe o § 1º do art. 150 do CTN: "§ 1º pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento." Frise-se, no caso em comento ocorreu falta de pagamento do imposto.

No caso em tela, a omissão de pagamento de imposto ocorreu no período de janeiro/2002 a dezembro/2006, conforme demonstrativos de fls. 21/29. Assim, é forçoso concluir, nos termos do disposto no artigo 173, I do CTN, que o Fisco poderia fazer o lançamento tributário relativo ao imposto omitido no exercício de 2002 até 31/12/07. Como a intimação do lançamento tributário ocorreu em novembro/07, conforme documentos de fls. 38/45, a decadência não ocorreu.

Diante do exposto, conheço do Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno e acolho a preliminar de nulidade do processo, a partir das fls. 482, por cerceamento ao direito de defesa, preservado os atos posteriores e independentes.

Em relação ao Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, fls. 453/457, conheço em parte e, nessa parte, dou-lhe provimento, para afastar a decadência parcial do lançamento tributário, devendo os autos retornar a uma das Câmaras Julgadoras para apreciação das questões meritórias relativas à parcela do crédito tributário objeto da reforma, bem como de outras questões tratadas no recurso voluntário e eventualmente ainda não apreciadas no acórdão cameral nº 411/12 (fls. 441/450).

Sala das sessões plenárias, em 18 de setembro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo - Nulidade de decisão cameral por falta de apreciação de exclusão dos solidários (Nulidade Parcial - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02127/12

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: Processual. Nulidade parcial dos autos. Cerceamento do direito de defesa. Preliminar arguida pelo Douto Conselheiro Relator e acolhida por unanimidade.

São nulas todas as decisões administrativas que não analisam as questões fáticas apresentadas na defesa, culminando com sua respectiva invalidação e a dos demais atos decorrentes,

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 02 de agosto de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo Relator, a partir de fls. 175, devendo os autos retornarem a Câmara Julgadora para apreciação de toda a matéria. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Álvaro Falanque, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva e Elias Alves dos Santos.

RELATÓRIO

O auto de infração exige o recolhimento do imposto do sujeito passivo, com os respectivos acréscimos legais, na importância de R\$ 74.273,62 (setenta e quatro mil, duzentos e setenta e três reais e sessenta e dois centavos), frente a omissão do registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores, no período de 01/01/2005 a 26/08/2005, conforme auditoria Específica de Combustíveis.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seus arts. 45, inciso XIII; 51; e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c art. 35, Anexo VIII; e art. 145, ambos do Decreto nº 4.852/97. A penalidade aplicada consta do art. 71, inciso VII, alínea "i", combinado com §9º, inciso II, da Lei nº 11.651/1991 com redação da Lei nº 13.446/1999.

Foram indicados como sujeitos solidários [...] e [...], ambos na condição de sócio administrador (fls. 02/03).

Os autos foram instruídos com Auditoria Específica de Mercadorias (fls. 04 a 07 e 25 a 63), Registro de Inventário - Final (fls. 08 a 11), cópia do Trancamento de Estoque (fls. 12/13), cópia do Estoque Geral (fls. 14/15), cópia do Livro Registro de Inventário (fls. 17 a 22) e Registro de Inventário - Final (fls. 23/24).

Foi realizada intimação da autuada e dos sujeitos solidários, conforme fls. 64 a 68. Os sujeitos solidários não se manifestaram em Primeira Instância, conforme Termo de Revelia (fls. 89/9035).

A autuada apresenta Impugnação em Primeira Instância (fls. 69 a 76), onde alega não ter adquirido as referidas mercadorias; que não há provas de aquisição das mesmas; que a penalidade está em desacordo com a legislação; que há duplicidade de cobrança, uma vez que o imposto já foi pago por substituição tributária; e que o levantamento fiscal é falho. Ao final, requer a nulidade do auto de infração.

A defesa foi instruída com cópia de Contrato e Alteração Social (fls. 77 a 84), Extrato Cadastral (fl. 85), Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (fl. 86) e cópia de GNRE (fl. 87).

O julgador singular, em Sentença nº 3464/06 - COJP, fls. 92/93, analisa os autos e decide pela procedência da pretensão do fisco, mantendo na lide os solidários. Aponta que não havendo prova do recolhimento do ICMS em operações anteriores, fica o sujeito passivo responsável pelo pagamento do imposto devido, conforme art. 35, anexo VIII, do RCTE.

Foi realizada intimação da autuada e dos sujeitos solidários para se manifestar em Segunda Instância, conforme fls. 94 a 99.

Inconformados, a autuada e os sujeitos solidários apresentam Recurso Voluntário, peças apartadas (fls. 101 a 109, 114 a 122 e 128 a 136), onde alegam, em preliminares, nulidade do auto de infração por ilegitimidade passiva dos sócios; por cerceamento ao direito de defesa, vez que o levantamento fiscal é falho; que não adquiriu as referidas mercadorias; e que a penalidade está em desacordo com a legislação. No mérito, afirmam que há duplicidade de cobrança, uma vez que o imposto já foi pago por substituição tributária; que há duplicidade de autuação, conforme o auto de infração nº 3 0163086 569 30; e que o levantamento fiscal deixou de considerar diversas notas fiscais que foram devidamente lançadas, inclusive com o recolhimento do imposto devido. Requer seja realizada diligência a

fim de comprar suas alegações e que seja declarada a nulidade do auto de infração.

A defesa foi instruída com cópia de Planilha Entradas (fl. 110) e cópia do auto de infração nº 3 0163086 569 30 (fls. 112/113).

A Primeira Câmara Julgadora resolveu, por unanimidade de votos, através da Resolução 159/2006 (fl. 143), converter o julgamento em diligência à Gerência de Combustível para promover a revisão da Auditoria Específica de Mercadorias, considerando que não foram relacionadas algumas notas fiscais no trabalho inicial.

O resultado da diligência aponta que alguns documentos foram considerados, resultando numa omissão de entrada de R\$ 36.972,09 (trinta e seis mil, novecentos e setenta e dois reais e nove centavos), fls. 145 a 163.

A atuada e os sujeitos solidários foram intimados, conforme fls. 165 a 170. A atuada apresenta manifestação (fls. 171 a 173), onde aduz que o novo levantamento confirma que não houve ilícito fiscal; que o auto de infração deixa dúvidas e, portanto é nulo; e reitera que não adquiriu as referidas mercadorias; que a penalidade aplicada está em desacordo com a legislação; que há duplicidade de cobrança; e que o novo levantamento demonstra a fragilidade do auto de infração.

A Terceira Câmara Julgadora decidiu, por maioria de votos, através do Acórdão nº 807/2008 (fls. 175 a 184), rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração; rejeitar a preliminar de nulidade do processo, a partir da fl. 67, arguida pelo Conselheiro Arnaldo Machado, de cerceamento ao direito de defesa por falta de intimação dos solidários. 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\$ 217.482,87 (duzentos e dezesseis mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e oitenta e sete centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 36.972,09 (trinta e seis mil, novecentos e setenta e dois reais e nove centavos). A Decisão traz que foram atendidos os requisitos essenciais do auto de infração e acatou o novo levantamento fiscal.

A atuada e os sujeitos solidários foram intimados, conforme fls. 186/187.

A atuada apresenta Recurso ao Conselho Pleno (fls. 189 a 198), onde alega, em preliminares, nulidade do auto de infração por ilegitimidade passiva dos sócios; por cerceamento ao direito de defesa, vez que o levantamento fiscal é falho; que não adquiriu as referidas mercadorias; e que a penalidade está em desacordo com a legislação. No mérito, afirma que há duplicidade de cobrança, uma vez que o imposto já foi pago por substituição tributária; que há duplicidade de autuação, conforme o auto de infração nº 3 0163086 569 30; e que o levantamento fiscal deixou de considerar diversas notas fiscais que foram devidamente lançadas, inclusive com o recolhimento do imposto devido. Ao final, requer seja declarada a nulidade do auto de infração.

É o relatório. Passo a decidir.

DECISÃO

Compulsando-se os autos verifico que os nobres conselheiros da Colenda Terceira Câmara Julgadora deixaram de apreciar no Acórdão nº 807/2008 (fls.175/184) os pedidos de exclusão dos solidários do polo passivo da lide. Não obstante esteja-se diante de caso clássico de omissão de imposto, no qual a aplicação do instituto da solidariedade se dá na presença dos requisitos do art. 45, inciso XII do Código Tributário Estadual, a ausência de manifestação do órgão julgador acerca do pedido de exclusão, configura brutal cerceamento do direito de defesa dos solidários, motivo pelo qual arguo de plano a nulidade parcial dos autos a partir das fls. 175 inclusive.

De fato, constato na peça recursal de fls 114/122 e 128/136, respectivamente de autoria de William de Alcântara Batista e Eloíza Aparecida de Alcântara (solidários), a arguição relativa à preliminar de sua exclusão (deles) do polo passivo da lide, que primando pela mesma argumentação aduzem que a pessoa jurídica atuada é pessoa distinta dos sócios e por isso não se confundem. Transcrevo-o abaixo, *verbis*:

“Há de ser relatado preliminarmente, a ilegitimidade dos sócios para figurarem no polo passivo do auto de infração, considerando que, quem foi atuada foi a pessoa jurídica [...]; pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ 02.652.415/0001-75 e Inscrição Estadual sob o nº 10.306.310-2, com sede na Rua Magnólias, nº 916, Quadra 113, Lote 09 – Parque Oeste Industrial – Goiânia-Goiás, a qual se encontra com situação cadastral perfeita e totalmente regularizada e em plena atividade, devendo ainda ser considerado que trata-se de pessoa distinta, não se confundindo com a pessoa dos sócios.”

Visto que o argumento é plausível e não se destina a procrastinação do feito como se no cotidiano, não consigo entender por que motivos, meus doutos colegas conselheiros ignoraram a questão na peça vergastada. Neste contexto, é dever do agente público, na prolação de decisão, em sede de processo administrativo, a análise dos aspectos fáticos trazidos na defesa, sob pena de violação ao devido processo legal aos princípios do contraditório e da ampla defesa [aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes - art. 5º LV da Constituição da República].

Ante o exposto é forçoso concluir que a citada decisão colegiada e demais atos decorrentes não devem surtir seus efeitos e por isso mister se faz anulá-la, devendo os autos retornarem à câmara julgadora de origem para que se manifeste sobre toda a matéria.

Sem mais delongas e sob o amparo da votação unânime de meus pares, acolho de plano a preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, por este Conselheiro Relator arguida, a partir das fls. 175, inclusive, devendo os autos retornarem à Câmara Julgadora para apreciação de toda a matéria.

Sala das sessões plenárias, em 18 de setembro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Erro na identificação do sujeito passivo - Transportador identificado como possuidor das mercadorias (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01888/12

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade do auto de infração, declarada pelo julgador monocrático, por erro na identificação do sujeito passivo. Confirmada. Decisão unânime.

Deve ser considerado nulo o auto de infração quando houver evidência nos procedimentos processuais que formalizam a lide que houve erro na identificação da sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de maio de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou nulo o auto de infração, por erro na identificação do sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Álvaro Falanque e Washington Luis Freire de Oliveira.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo transportava 120 (cento e vinte) pares de tênis RBK DMX bolha amortecedor no calcanhar, no valor comercial de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil), valor de varejo, referente ao período de 04/08 a 04/08, acompanhados pela Nota Fiscal n.º 266, considerada inidônea por acobertar 80 (oitenta) pares de tênis material reciclado, não correspondendo à operação e devendo em consequência pagar o ICMS devido no valor de R\$ 6.120,00 (seis mil, cento e vinte reais), mais cominações legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 11, 13, inciso I, 45, inciso II, 66 e 67, inciso VI da Lei n.º 11.651/91, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, aliena "i", §9º, inciso I, da Lei n.º 11.651/91 com redação da Lei n.º 12.806/95.

O Auto de Infração veio instruído com o Extrato de Termo de Apreensão (fl. 03), Termo de Apreensão n.º 1100104004-0 (fls. 04/05), cópia do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (fl. 06), Nota Fiscal n.º 226 (fl. 07) e Termo de Liberação e Doação (fl. 08).

O sujeito passivo foi intimado em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 09/10 e às fls. 12/14, ingressa com Impugnação à Primeira

Instância, onde aduz que não deve figurar como responsável tributário, pelo fato de ser uma empresa transportadora não tendo em seus objetos sociais o comércio de mercadorias. Acrescenta que nunca foi possuidora das mercadorias, apenas fazia o serviço de transporte, sendo o vendedor e o comprador plenamente identificáveis na Nota Fiscal nº 226, portanto, são eles os responsáveis pelo tributo e acréscimos. Pugna pelo cancelamento do Auto de Infração.

Instrui a peça defensiva a cópia da Intimação (fl. 15), cópia do Auto de Infração nº 3030609508669 (fl. 16), cópia da Tabela Unificada 2007 (fl. 17), cópia dos Documentos Pessoais do Diretor da empresa atuada (fl. 18), cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária (fls. 19/20) e cópia do Estatuto Social (fls. 21/25).

O Julgador Singular prola a Sentença nº 6238/09-JULP de fls. 27/28, pela qual conheceu da impugnação, dando-lhe provimento e julgando nulo “ab initio” o presente processo.

A Fazenda Pública Estadual, na pessoa do Representante Fazendário interpõe Recurso Ex-Officio de fls. 29/30, aduzindo que discorda da sentença recorrida por entender que o fato da mercadoria estar acompanhada de nota fiscal inidônea descaracteriza a condição de possuidor ao remetente, bem como ao destinatário, devendo, portanto, ser atribuída tal condição ao transportador. Acrescenta que o artigo 45, inciso XIII, do Código Tributário Estadual confere a responsabilidade tributária, por solidariedade, à pessoa que por seus atos ou omissão tenham concorrido para a prática de infração à legislação tributária. Pede, ao final, pela reforma da sentença recorrida, em que seja afastada a nulidade declarada pela instância singular.

O sujeito passivo foi intimado para apresentar Contradita para o Conselho Pleno, conforme se vê às fls. 31/32.

Às fls. 34/36, o sujeito passivo apresenta Contradita ao Pedido de Reforma, aduzindo que não deve figurar como responsável tributário, pelo fato de ser uma empresa transportadora não tendo em seus objetos sociais o comércio de mercadorias, posto que o presente Auto de Infração faz menção ao artigo 45, inciso II, da Lei 11.651/91. Cita que a decisão da Câmara Julgadora nº 429/2009 acatou a prejudicial de mérito, para anular o Auto de Infração por irregularidade da eleição do sujeito passivo. Afirma que nunca foi possuidora das mercadorias, apenas fazia o serviço de transporte, sendo o vendedor e o comprador plenamente identificáveis na Nota Fiscal nº 226, portanto, são eles os responsáveis pelo tributo e acréscimos. Por fim, requer que seja cancelado o Auto de Infração.

Juntou cópia do Estatuto Social (fls. 37/41), cópia da Ata da Assembléia Geral Ordinária (fl. 42) e cópia do Documento Pessoal do Diretor Administrativo da empresa atuada (fl. 43).

É o Relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças constitutivas desta ação, verifiquei e me convenci de que o bem, objeto desta demanda, estava sendo transportado, acobertado por nota fiscal idônea, onde o vendedor e o comprador, destinatário certo, estavam plenamente identificados. Assim, a responsabilidade tributária deveria ter sido atribuída a esses, fato não ocorrido, pois, o autor do lançamento imputa ao transportador a exigência de recolhimento do imposto, conforme informado no relatório que é parte integrante deste “decisum”.

Entretanto, esse, transportador, não se enquadra na orientação contida no inciso II do artigo 45 do CTE, que segue transcrito, cujo grifo que coloquei, tem por escopo ressaltar que o autuado, não era possuidor da mercadoria em questão, o que equivale dizer, não é parte legítima para compor a polaridade passiva desta ação.

“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:

[...]

II - o possuidor das mercadorias ou bens, com aquele que as tenha fornecido, quando encontrados em situação fiscal irregular.”

Situação que configura erro na identificação do sujeito passivo, nos termos aduzidos pelo artigo 20 da Lei nº 16.469/09, “verbis”:

“Art. 20. São nulos os atos praticados:

[...]

II – com erro na identificação do sujeito passivo.”

O que me leva a ratificar o entendimento exarado em sede de decisão monocrática que julgou nulo o lançamento, em comento.

Assim, voto conhecendo do recurso de ofício, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou nulo o auto de infração, por erro na identificação do sujeito passivo.

Sala das sessões, em 24 de agosto de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Incompetência Funcional - Empresa de médio porte fiscalizada por AFREs I (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02071/12

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade, do auto de infração, questionada pelo Conselheiro Relator, por incompetência funcional da autoridade lançadora. Acolhida. Decisão unânime.

A incompetência funcional respalda a nulidade do procedimento fiscal, expedido sem a observância da norma legal específica da função.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de julho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração, por incompetência funcional da autoridade lançadora, arguida pelo conselheiro relator, declarando, de consequência nulo 'ab initio' o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Luis Antônio da Silva Costa e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Narra à peça de sustentação d este feito que o sujeito passivo deixou de escriturar no livro Registro de Entrada de Mercadoria, as notas fiscais eletrônicas n.ºs 129883 a 129892; 80160 a 80174; 29689 e 29690; 30062 a 30069; 55041 a 55050; 59449 a 59458; 61952 a 61961 referentes às aquisições em operações interestaduais de: 30 caminhões "L1318/51 COM CABINE"; 25 caminhões "915C/37 COM CABINE", e 10 caminhões "L-1620/51 6x2 COM CABINE" destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento, bem como deixou de pagar o ICMS, correspondente ao diferencial de alíquotas, conforme documentos anexos. De consequência, o Fisco exige o pagamento da multa de 25% (vinte cinco por cento) do valor da operação, sem prejuízo da obrigação de pagar o imposto, no valor de R\$ 377.500,00 (trezentos e setenta e sete mil e quinhentos reais), juntamente com as cominações legais.

São dados como infringidos os artigos 63, § 2º e 64 da Lei nº 11651/91 (CTE), c/c o artigo 308, § 1º, "I" do RCTE, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, VII, "c", § 9º I, da Lei nº 11651/1991 (CTE), com redação da Lei nº 13.446/1999.

Foram identificados os seguintes sujeitos passivos solidários: [...], na condição de sócio administrador, nos termos do art. 45, XII, do CTE, e [...], na condição de sócio administrador, nos termos do art. 45, XII do CTE.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: anexo estruturado (fl. 03), identificação do sujeito passivo solidário (fls. 04 e 05), espelho cadastral (fls. 06 e 07), relatório Consulta NFEJSF (fls. 08 a 209), cópia de livros fiscais (fls. 210 a 265).

O autuado e solidários foram intimados de fls.266 a 272 e lavrado o Termo de Revelia em nome dos sujeitos passivos solidários, de fls. 273.

O sujeito passivo, por meio de seu representante legalmente constituído, ingressa com impugnação em primeira instância de fls. 276 a 278, alegando que efetuou a compra de caminhões conforme notas fiscais mencionadas no auto de infração e que fez os lançamentos no livro de Registro de Apuração de ICMS e no Registro de Inventário. Porém, com problemas no sistema, constatou-se que não houve o lançamento no livro Registro de Entrada de Mercadoria. Aduz que não houve nenhuma irregularidade praticada pelo sujeito passivo. Propugna pela improcedência do feito.

Foram trazidos, juntamente com a impugnação do sujeito passivo, os seguintes documentos a título de prova: cópia do Livro de Registro de Apuração do ICMS (fls.285 a 300).

O julgador singular prola a Sentença de nº 081/12-JULP de fls. 302 a 305, dando como procedente a exigência inicial.

O sujeito passivo e solidários foram intimados de fls. 306 a 310 e Lavrado o Termo de Perempção em nome dos sujeitos passivos solidários de fls. 311.

Inconformado, o sujeito passivo, por meio de seu representante legalmente constituído, apresenta recurso voluntário de fls. 314 a 316, reiterando os seus argumentos já exarados em defesa inicial. Pugna pela improcedência do feito.

Por meio do Termo de Juntada de fl. 319 foi acostados ao processo, por solicitação do Conselheiro Relator os documentos de fls. 320 “usque” 323.

É o relatório.

DECISÃO

A presente lide tem seu encaminhamento obedecendo aos rigores da legislação do processo tributário, onde foram observados os prazos processuais e ofertado ao pólo passivo e aos solidários a oportunidade do contraditório e ampla defesa de acordo com o estabelecido pela Carta Política de 1988.

Entretanto, fato inequívoco ocorreu na presente demanda, que comprometeu todo o trabalho em todas as fases processuais, vez que a peça de sustentação do feito está alicerçada em levantamento realizado ao arrepio do disposto no inciso I do artigo 4º, da lei nº 13.266/98, que trata das atribuições conferidas, privativamente, aos funcionários fiscais, integrantes do Quadro de Pessoal do Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, tornando-se ineficaz para os efeitos que visa colimar.

A polaridade passiva direta é empresa de Médio Porte, conforme pode ser conferido pela leitura dos documentos acostados a este volume, por minha solicitação, às fls. 320 “usque” 323 e em sendo assim os autores do lançamento, por serem Auditores Fiscais da Receita Estadual I, de acordo com o anotado na folha de rosto deste tomo, não poderiam atuar como autuantes nesta lide, nos

termos estabelecidos no diploma legal aduzido no parágrafo imediatamente volvido.

Trata-se o referido dispositivo dos pressupostos legais para o exercício da atividade funcional dos agentes fiscais, assim prescrito:

“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 Fiscal dos Tributos Estaduais I - FTE I:

NOTAS:

1. Redação com vigência de 17.04.98 a 31.12.03.

2. Em virtude do art. 3º da lei nº 13.547, de 25.10.99, a partir de 28.10.99, passou a denominar-se Fiscal dos Tributos Estaduais I - FTE I o cargo de Técnico dos Tributos Estaduais - TTE.

a) executar tarefas de arrecadação de tributos estaduais em unidades fazendárias de arrecadação, incluída a chefia das unidades consideradas de categorias primeira ou especial, nos termos da legislação aplicável;

b) sob a chefia direta, supervisão ou coordenação de funcionário integrante das classes II ou III, constituir o crédito tributário pelo lançamento decorrente do exercício de tarefas da fiscalização referentes:

1. ao controle de mercadorias em trânsito e os serviços de transporte com elas relacionados, desenvolvidas em unidades de fiscalização fixa ou móvel;

2. excepcionalmente e por designação do diretor da administração tributária, à fiscalização de contribuintes estaduais considerados microempresas, nos termos da legislação tributária aplicável;

NOTA: Redação com vigência de 17.04.98 a 27.10.99.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO ITEM 2 DA ALÍNEA “B” DO INCISO I DO ART. 4º PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.547, DE 25.10.99 - VIGÊNCIA: 28.10.99.

2. excepcionalmente e em cumprimento à ordem de serviço expedida pela autoridade competente:

2.1. ao controle de mercadorias em estabelecimento de contribuinte, assim considerado a conferência de carga e descarga de mercadorias em geral e o acompanhamento de abatimentos de animais em estabelecimentos frigoríficos e similares;

2.2. à contagem física e respectiva avaliação de mercadorias em estabelecimentos de contribuintes, para efeito de subsidiar a adoção de procedimentos de auditoria fiscal por parte de funcionário detentor de atribuição legal para desempenhar essa tarefa.

2.3. ressalvada a hipótese prevista no subitem seguinte, a procedimentos de vistoria em geral, desde que a sua realização não exija a verificação de livros fiscais e contábeis.

2.4. à fiscalização de contribuintes estaduais com faturamento anual de até 120.000 (cento e vinte mil) UFIR.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO inciso i do ART. 4º PELO ART. 1º DA LEI Nº 14.663, DE 01.08.04 - VIGÊNCIA: 01.01.04.

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;

NOTA: Redação com vigência de 01.01.04 a 31.05.10.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO item 7 da alínea "b" do inciso i do art. 4º PELO ART. 2º DA LEI Nº 17.032, de 02.06.10 - VIGÊNCIA: 01.06.10.

7. auditoria nos contribuintes estaduais a seguir enumerados, com verificação de seus livros e documentos fiscais:

7.1. microempresa;

7.2. empresa de pequeno porte;

7.3. estabelecimentos que mantenham somente escrita fiscal ao tempo do fato objeto do lançamento, independentemente de seu porte;

7.4. empresa de médio porte, inclusive com escrituração contábil, mediante ato do Secretário da Fazenda;

acrescido o item 8 à alínea "b" do inciso i do art. 4º PELO ART. 2º DA LEI Nº 17.032, de 02.06.10 - VIGÊNCIA: 01.06.10.

8. Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos -ITCD-;

acrescido o item 9 à alínea "b" do inciso i do art. 4º PELO ART. 2º DA LEI Nº 17.032, de 02.06.10 - VIGÊNCIA: 01.06.10.

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

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;

NOTA: Redação com vigência de 01.01.04 a 31.05.10.

revogada a alínea "e" do inciso i do art. 4º pelo art. 14 da lei nº 17.032, de 02.06.10 - VIGÊNCIA: 01.06.10.

e) revogada;

II - ao Fiscal Arrecadador - FA - constituir o crédito tributário pelo lançamento relativo aos tributos estaduais, decorrente:

NOTA: Redação com vigência de 17.04.98 a 27.10.99.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO CAPUT DO INCISO II DO ART. 4º PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.547, DE 25.10.99 - VIGÊNCIA: 28.10.99.

II - ao Fiscal de Tributos Estaduais II - FTE II:

NOTA: Redação com vigência de 17.04.98 a 31.12.03.

a) do desempenho de tarefas de fiscalização desenvolvidas em unidades fixas ou móveis sob sua chefia direta, supervisão ou coordenação;

NOTA: Redação com vigência de 17.04.98 a 27.10.99.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO à alínea "a" do INCISO II DO ART. 4º PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.547, DE 25.10.99 - VIGÊNCIA: 28.10.99.

a) chefiar, supervisionar ou coordenar o trabalho desenvolvido pelo funcionário fiscal integrante da classe I;

b) sob a chefia direta, supervisão ou coordenação de funcionário fiscal integrante da classe III:

NOTA: Redação com vigência de 17.04.98 a 27.10.99.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO ao CAPUT da alínea “B” do INCISO II DO ART. 4º PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.547, DE 25.10.99 - VIGÊNCIA: 28.10.99.

b) sob chefia direta, supervisão ou coordenação de funcionário integrante da classe III, constituir o crédito tributário pelo lançamento relativo aos tributos estaduais, decorrente:

1. do exercício da fiscalização de contribuintes estaduais considerados micro, pequeno ou médio porte, nos termos da legislação tributária aplicável;

2. de outras tarefas de fiscalização quando para isso designado;

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.”

Assim, demonstrado está que a peça de sustentação do feito encontra-se eivada de vícios formais, tornando-se carecedora de legitimidade, fato que implica em nulidade “ab initio” da lide.

Pelo exposto, voto, suscitando e acolhendo a preliminar de nulidade “ab initio” do feito, por incompetência funcional da autoridade lançadora, tendo sendo este entendimento unânime.

Sala das sessões, em 14 de setembro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Incompetência Funcional - Microempresa fiscalizada por AFRE I. Retorno dos autos à camara julgadora (Nulidade - não acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02969/12

Relator: Conselheiro José Pereira D'abadia

EMENTA: Recurso da Fazenda Estadual para o Conselho Pleno. Requer que a nulidade da lide, declarada pela câmara julgadora, por incompetência funcional da autoridade lançadora, seja afastada. Retorno do feito à instância onde ocorreu o ato falho. Provido. Decisão unânime.

Sendo a autoridade fiscal, autora do lançamento, competente para realizar o ato preambular, conforme determina a norma legal, deve a nulidade, declarada em decisão cameral ser afastada, motivando

assim, retorno do processo à câmara julgadora para apreciação de toda a matéria.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 20 de novembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública, dar-lhe provimento para, afastando a nulidade por incompetência funcional da autoridade lançadora, retornar os autos à Câmara Julgadora para apreciação de toda matéria. Participaram do julgamento os Conselheiros José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa, Victor Augusto de Faria Morato, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A acusação fiscal afirmou que o sujeito passivo, em epígrafe, deixou de escriturar as notas fiscais relacionadas na Auditoria das Entradas não Registradas em anexo, no valor comercial de R\$ 11.605.546,23 (onze milhões, seiscentos e cinco mil, quinhentos e quarenta e seis reais e vinte e três centavos), conforme demonstrativo e documentos anexos. Em consequência, fica sujeito à multa de 25% (vinte cinco por cento) do valor da operação (ou prestação) juntamente com os acréscimos legais.

Foram indicados como infringidos o artigo 64 do Código Tributário Estadual (CTE) e 308 do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE). Proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "c" do CTE, com redação da Lei nº 13.446/99.

Foi incluído como sujeito passivo solidário o identificado à fl. 04.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: detalhamento do crédito tributário (fl. 03); anexo estruturado - identificação do sujeito passivo coobrigado (fl. 04); ASRDE - Auditoria das Entradas não Registradas (fls. 05/09); Termo De Apreensão nº 1100088050-6 (fl. 10); notas fiscais (fls. 11/90); ficha de controle de autenticação de livros fiscais (fl. 91); cópias do formulário de atualização cadastral - FAC (fl. 92); do contrato social da empresa [...] (fls. 93/96); do cadastro geral de contribuintes na receita federal (fl. 97); de documentos pessoais do sócio administrador (fl. 98); e, do livro Registro de Entradas (fls. 99/110).

A atuada e o solidário foram intimados em 12 e 13/01/2009, conforme Aviso de Recebimento - AR (fls. 113/114).

Em peça única, a empresa atuada e o seu coobrigado ingressam com impugnação à Primeira Instância (fls. 116/120), aduzem, em preliminar, a nulidade da peça básica, por erro na identificação do sujeito passivo solidário, cujo art. 135 do CTN reforça os seus entendimentos, bem como afirmam que no CTE não há

previsão legal para a solidariedade relativa à multa acessória exigida na inicial deste volume. No mérito, alegam que houve atraso na escrituração do livro fiscal e que a sua apreensão impediu o cumprimento da formalidade de escrituração dos documentos fiscais envolvidos nas transferências dos bens para armazenagem; ainda que feitas estas correções à penalidade, no seu entendimento, torna-se específica ao artigo 71, inciso XIX, alínea "b" do CTE, motivo que os levam a requerer a parcial procedência do auto de infração com a aplicação da forma privilegiada do § 8º do mencionado artigo 71 do CTE, visto que as notas fiscais não escrituradas são de simples remessa e não ocasionam prejuízo no pagamento do imposto - obrigação tributária principal.

A impugnação foi instruída com os seguintes documentos: cópias dos documentos da advogada (fl. 121); dos documentos pessoais do sócio administrador (fl. 122); dos documentos pessoais de [...] (fl. 123), procurações (fls. 124/125); do contrato social da empresa [...], Primeira e Segunda Alterações Contratuais (fls. (fls. 126/131); cópia do Livro de Registro de Entradas Fora do Estado (fls. 132/137); e, do Livro de Registro de Apuração do ICMS (fls. 138/140).

O julgador singular (fls. 142/144), ao decidir sobre a matéria autuada, rejeita a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela impugnante, pois entende que mesmo que houvesse erro na identificação do solidário, a lei não autoriza a declaração de nulidade do auto de infração. Porém, exclui o sócio administrador da solidariedade, pois o artigo que prevê a solidariedade mesmo no lançamento de multa formal possui vigência em período posterior à ocorrência do fato gerador. No mérito, julga procedente a pretensão inicial da autoridade lançadora, porém com a forma privilegiada prevista no §8º do art. 71 do CTE.

A representação fazendária e o sujeito passivo foram intimados conforme documentos de fls. 145/146.

A Fazenda Pública manifesta-se concordando com a sentença 2227/2009-JULP, acima descrita.

O Sujeito Passivo (fls. 148/151), recorre da decisão singular, arguindo a preliminar de nulidade do lançamento tributário, por incompetência funcional da autoridade lançadora, visto a determinação do art. 4º, inciso I da Lei nº 13.266/1988 que transcreve em seu recurso, às folhas 149. No mérito, afirmou que houve "certamente erro de interpretação da autoridade fiscal, pois apenas os livros não foram escriturados no prazo estabelecido".

Foi feita a juntada aos autos dos documentos a seguir: histórico dos portes (fl. 154), análise vertical do verso da DPI (fls. 155/156).

A Segunda Câmara Julgadora resolve (fls. 157/162), por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por incompetência funcional das autoridades lançadoras, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo.

A Representação Fazendária foi intimada da decisão cameral (fl. 163) e apresenta razões de sua inconformidade com a decisão cameral (fls. 164/166), momento que afirmou estar correta a atuação do AFRE I em constituir o crédito tributário, vez que à época correspondente ao lançamento a autuada foi classificada como Microempresa, conforme relatórios que juntou aos autos. Requer que seja afastada a nulidade do lançamento e o retorno dos autos à fase cameral, para apreciação de toda a matéria, anexa documentação. (fls. 167/181).

A autuada apresenta contradição ao recurso fazendário (fls. 184/187), onde reitera que não é microempresa e contesta a afirmação da Representação Fazendária de que na maioria de suas operações não há qualquer modalidade de receita, momento que afirmou que nestas operações apenas não incidem o ICMS. Requer manutenção da decisão cameral.

Anexa cópia do instrumento particular de locação mercantil celebrado entre a autuada e a Granol Indústria, Comércio e Exportação S/A. (fls. 188/191).

O Conselho Administrativo Tributário (fls. 194/195), na sessão plenária realizada no dia 13/12/2011, acatou, por unanimidade de votos, a proposição do Conselheiro Relator e determinou o encaminhamento do presente processo à Secretaria Geral - SEGE, a fim de que o sujeito passivo fosse intimado a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, a Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, apresentada à Receita Federal, juntamente com o correspondente Recibo de Recepção, referente ao exercício de 2005.

Intimado (fls.196), o sujeito passivo requer a juntada da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica referente ao exercício de 2005 (fls. 199/209).

O Conselho Administrativo Tributário, na sessão plenária realizada no dia 15/03/2012, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolve (fls. 211/212), por unanimidade de votos, determina o encaminhamento do presente processo à Gerência de Recuperação de Crédito, a fim de que, mediante acesso disponibilizado à base de dados da Receita Federal ou mediante obtenção destes dados via Convênio de Mútua Colaboração entre a SEFAZ e a Receita Federal confirme se os valores informados na Declaração, de fls. 200/209, especialmente a 'Discriminação de Receita Bruta' do primeiro, segundo e terceiro trimestres, nos valores de R\$ 7.607.882,32, R\$ 15.999.932,68 e R\$ 720.553,56, respectivamente, coincidem com aqueles informados à Receita Federal.

Em atendimento a Resolução nº 047/2012, a Gerência de Recuperação de Crédito (fl. 213), anexou-se às folhas 217 a 226 deste processo as cópias dos documentos fornecidos pela Delegacia da Receita Federal.

Deu-se vista à polaridade passiva dos documentos citados no parágrafo anterior, fls. 229, que comparece ao feito às fls. 232/235 para ratificar as razões de defesa exaradas em momentos processuais e pede que seja rejeitado o recurso fazendário e que mantenha o acórdão proferido em segunda instância.

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças instrutórias desta lide, verifiquei que razão assiste ao nobre representante fazendário, quando pugna pela reforma da decisão cameral, que considerou nulo “ab initio” o processo por incompetência funcional da autoridade lançadora.

A minha convicção em face ao requerido, por meio do Recurso ao Conselho Pleno nº 441/2009 – SAT/CRF, firmou-se, tendo em vista que a autoridade lançadora é competente o bastante para constituir o crédito tributário decorrente de qualquer ação fiscal, referente a microempresa, que é o caso ora em apreciação, conforme orienta o item 7, alínea “b” do inciso I do artigo 4º da Lei nº 13.266/88, que transcrevo:

“Art. 4º As atribuições conferidas, privativamente, aos funcionários fiscais, integrantes do Quadro de Pessoal do Fisco da Secretaria da Fazenda, são as seguintes:

I – Auditor Fiscal da Receita Estadual I – AFRE I:

[...]

b) constituir o crédito tributário decorrente do exercício das correspondentes tarefas de fiscalização referentes a

[...]

7 contribuintes estaduais considerados como microempresa.”

Assim, afastada está a nulidade da peça básica, por incompetência funcional da autoridade lançadora, tornando imperioso o retornar os autos à Câmara Julgadora para apreciação de toda matéria.

Pelo exposto, voto, em sintonia com a unanimidade de meus pares, conhecendo do recurso da Fazenda Pública, dando-lhe provimento para, afastando a nulidade por incompetência funcional da autoridade lançadora, determinar o retorno dos autos à Câmara Julgadora para apreciação de toda matéria.

Sala das sessões plenárias, em 11 de dezembro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Cancelamento de notas fiscais que já surtiram efeitos fiscais. Espontaneidade (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00476/12

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Cancelamento de notas fiscais que já surtiram os efeitos fiscais. Solicitação do sujeito passivo para regularizar a operação. Espontaneidade. Preliminar de insegurança na determinação da infração. Acolhimento. Decisão unânime.

I - 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 (Lei 13.800/01, art. 28).

II - Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior (Lei 13.800/01, art. 56, § 1º).

III - São nulos os atos praticados com insegurança na determinação da infração.

IV - Deve ser declarada nula por insegurança na determinação da infração a peça inicial que acusa o sujeito passivo de cancelar notas fiscais após haver surtido os efeitos fiscais, quando lavrado antes da conclusão do processo administrativo, de iniciativa do contribuinte, visando sanar a respectiva irregularidade.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20 de julho de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acatar 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 Aldeci de Souza Flor, Gustavo Alberto Izac Pinto e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Consta do auto de infração que "O sujeito passivo acima realizou saída de 49456 litros de álcool etílico hidratado carburante, no valor comercial de R\$ 75.202,79 (setenta e cinco mil, duzentos e dois reais e setenta e nove centavos), preço este médio ponderado a consumidor final (PMPF) ato COTEPE/ICMS de n.36/05. Saída realizada por meio das notas fiscais de ns. 7956 e 7959 de 12/08/2005, canceladas após haver surtido os efeitos fiscais, conforme processo administrativo de n. 28444191 de 24/02/2006, cópia anexa. Em consequência, deverá pagar o ICMS devido na importância de R\$ 21.808,81 (vinte e um mil oitocentos e oito reais e oitenta e um centavos), mais cominações legais."

No polo passivo, na condição de sujeito passivo solidário, foram relacionados os senhores [...] e [...], com fundamento no artigo 45, inciso XIII, da Lei nº 11.651/91.

Consta como infringido os artigos 64, 67, IV, Lei 11.651/1991, c/c arts. 134, III e 166, I, "a", Decreto 4.852/97 e foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "d", c/c § 9º, inciso II, da Lei nº 11.651/91.

Com a inicial foram acostados os documentos de fls. 5/38.

Intimados da autuação, apenas o contribuinte apresenta a peça impugnatória (fls. 174 a 150), na qual apresenta seus argumentos de defesa.

O julgador singular, por meio da Sentença nº 5482/09-JULP (fls. 176/178), julgou procedente o lançamento tributário, com a manutenção dos solidários na lide.

Os sujeitos passivos solidários não se manifestaram no processo, conforme termo de preempção de fls. 185.

Em face da decisão de primeira instância, o contribuinte interpõe o recurso voluntário de fls. 187 a 190, com os seguintes fundamentos:

(a) alega que o tributo devido na venda de 49.456 litros de álcool combustível que, de fato, foi transportado com as notas fiscais nºs 7956 e 7959 foi integralmente recolhido por meio da nota fiscal 8008, expedida em substituição às aludidas notas fiscais;

(b) sustenta que em razão da coincidência do destinatário da mercadoria e da quantidade do produto, é evidente que é plenamente lógico concluir que a nota fiscal 8008 substitui de fato e de direito as notas fiscais 7956 e 7959;

(c) solicita o convertimento do julgamento em diligência, caso os julgadores entendam necessário, no sentido de que a Petrobrás Distribuidora seja intimada para esclarecer se houve a recusa do recebimento das notas fiscais 7956 e 7959 e se o produto descrito nessas notas fiscais foi efetivamente recebido através da nota fiscal 8008;

Requer, ao final, o provimento do recurso, determinando a improcedência do auto de infração.

A acusação fiscal foi submetida à apreciação em 26 de abril de 2010 e o julgamento foi convertido em diligência, conforme Resolução nº 42/2010, de fls. 201, cujo teor foi o seguinte:

"A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 26/4/2010, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, converter o processo em diligência, encaminhando-o à Delegacia Especial de Fiscalização de Combustíveis, para que o seu ilustre titular, por obséquio, faça juntada aos autos de cópias da decisão final proferida no Processo Administrativo nºs 28444191 (fls. 13), relativo ao pedido de cancelamento do passe fiscal interno nº 4050161802-2.

Informar, ainda, a data em que a empresa autuada foi cientificada da decisão proferida no processo acima referido, nos termos do art. 3º, inciso II e art. 26, ambos da Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás.

O Representante Fazendário optou por manifestar no retorno do processo.

Participaram da decisão os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e José Pereira D'abadia."

A diligência foi realizada, consoante documentos de fls. 204/213.

Em 12/11/2010, o julgamento foi novamente convertido em diligência, a fim de o sujeito passivo retificar a peça recursal, nos termos da resolução de fls. 216.

O sujeito passivo atendeu à solicitação, conforme documentos de fls. 124/127.

É o relatório.

DECISÃO

Conforme informa a peça inicial, o sujeito passivo realizou saída de 49.456 litros de álcool etílico hidratado carburante, no valor comercial de R\$ 75.202,79, preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), ato COTEPE/ICMS de n.36/05, por meio das notas fiscais de números 7956 e 7959, de 12/08/2005, canceladas após terem surtido os efeitos fiscais, conforme processo administrativo de n. 28444191 de 24/02/2006, cópia anexa.

A autuação em tela originou-se em decorrência do requerimento formulado pelo sujeito passivo no Processo Administrativo nº 28444191 (fls. 13). O contribuinte requereu à Secretaria da Fazenda o cancelamento do Passe Fiscal Interno nº 4050161802-2, referente à nota fiscal nº 7959. A autuada informa que ocorreu erro no preenchimento no Destinatário da nota fiscal e do passe fiscal (fls. 14).

O agente do Fisco encarregado de analisar o processo, mediante notificação fiscal (fls. 20), solicitou do sujeito passivo esclarecimentos e documentos para efeito de instrução e análise da solicitação.

O sujeito passivo, em decorrência da notificação, apresenta documentos e presta informações. Transcrevo a seguir informação prestada pelo sujeito passivo, às fls. 22:

"(...) A carreta seguiu com as notas fiscais nº 7956/7959 ao chegar na Distribuidora foram recusadas devido a erro do valor.

- Com a recusa das notas e para regularizar o valor, emitimos uma única Nota Fiscal de nº 8008, com valor unitário de R\$ 0,96351 e mandamos levar a Goiânia para fazer a substituição e o cancelamento das notas fiscais nºs 7956 e 7959.

OBS. Em anexo cópias dos passes e notas fiscais."

O agente do Fisco encarregado de analisar o processo, às fls. 36, manifestasse no seguinte sentido:

"Assim sendo, diante destas circunstâncias, deliberamos pela cobrança por autuação do ICMS das operações de saída de álcool Hidratado Carburante das notas Fiscais nºs 7956 e 7959, tendo em vista dos referidos documentos fiscais já terem surtidos os seus efeitos fiscais quando da saída das mercadorias da Indústria, o que ocorreu efetivamente conforme explicitado acima (...)".

Ocorre que a solicitação efetuada pelo sujeito passivo no Processo Administrativo nº 28444191 (fls. 13) se enquadra nas disposições do art. 169 da Lei nº 11.651/91, o qual é fruto da preocupação do legislador com a falibilidade do ser humano no exercício de qualquer atividade.

Vejamos esse dispositivo:

"Art. 169. Antes de qualquer procedimento fiscal, os contribuintes e demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias poderão 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;

II - pagar, fora do prazo legal, o tributo devido, acrescido de multa apenas de caráter moratório equivalente a 2% (dois por cento) ao mês, pro rata die, até o limite de 6% (seis por cento)."

O dispositivo supracitado permite que, antes de qualquer procedimento fiscal, o contribuinte e demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias procurem a repartição fazendária para, espontaneamente, sanar irregularidades verificadas em seus livros ou documentos fiscais, sem sujeição à penalidade aplicável, e pagar o imposto porventura omitido acrescido de multa apenas de caráter moratório.

Nesse sentido, caberia à Gerência de Combustíveis - GECOM, analisar os pedidos formulados pelo contribuinte, segundo as regras do processo administrativo, no âmbito da administração pública do Estado de Goiás, estabelecidas pela Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001, especialmente quanto à ciência ao contribuinte das decisões proferidas.

Vejamos alguns dispositivos da referida lei:

"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."

"Art. 48 - A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência."

"Art. 56 - Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º - O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§ 2º - Salvo exigência legal, a oposição de recurso administrativo independe de caução."

É de se registrar que o auto de infração que constitui a peça básica do presente processo foi lavrado em 06/07/07 e a decisão com o indeferimento da solicitação do contribuinte, referente ao processo anteriormente citado, foi proferida em 05/07/07 (fls. 35/38), um dia antes da lavratura do auto de infração.

O processo relativo ao requerimento do contribuinte foi encaminhado para o arquivamento, em 17/10/07, sem que o sujeito passivo soubesse do resultado da solicitação, pois a decisão proferida pela autoridade fiscal não foi comunicada ao contribuinte, conforme informações constantes do documento de fls. 210, em desacordo, portanto, com o artigo 28 da lei acima citada.

Entendo que a lavratura de auto de infração antes de dar ciência ao contribuinte da conclusão do processo administrativo instaurado por iniciativa do sujeito passivo, visando sanar irregularidade nos seus livros e documentos fiscais, vulnera por completo o instituto da espontaneidade.

Cabe ressaltar que não se discute neste processo o teor da decisão que indeferiu o pedido de cancelamento das referidas notas fiscais e do passe fiscal, vez que a autoridade fiscal entendeu terem as notas fiscais surtido os seus efeitos fiscais, ao terem acobertado a saída das mercadorias do estabelecimento Indústria.

O que se questiona é a lavratura do auto de infração estando o contribuinte amparado pelo instituto da espontaneidade, tendo em vista que o sujeito passivo não havia sido cientificado da decisão e dela ainda poderia recorrer, conforme dispõe o artigo 56 da Lei 13.800/01, acima transcrito.

Entendo que a infração denunciada na peça básica não estava configurada quando da lavratura do auto de infração. O sujeito passivo estava amparado pelo instituto da espontaneidade, pois havia pedido de regularização da suposta irregularidade, a decisão referente ao requerimento não havia sido comunicada ao sujeito passivo e existia a possibilidade de o contribuinte recorrer da decisão proferida pela autoridade fiscal, razão pela qual, o auto de infração em tela ficou maculado pelo vício da nulidade absoluta, por força do comando estabelecido no artigo 20, inciso IV, Lei 16.469/09: "*Art. 20. São nulos os atos praticados: (...) IV - com insegurança na determinação da infração.*"

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário para declarar nulo ab initio o auto de infração por insegurança na determinação da infração.

Sala das sessões plenárias, em 06 de março de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Divergências entre arquivos magnéticos, escrituração e documentação (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02656/12

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária principal. Deixou de consignar, no Livro Registro de Saídas, notas fiscais referentes à saídas de mercadorias tributadas. Preliminar de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração. Nulidade "ab initio" do processo. Acolhida. Decisão unânime.

Quando restar evidenciada a insegurança na determinação da infração, o lançamento deverá ser julgado nulo "ab initio" nos termos do artigo 20, inciso IV da Lei 16.469/09.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de setembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

Consta do processo auto de infração sob a descrição de que o contribuinte deixou de consignar no Livro Registro de Saídas notas fiscais

referentes à saídas de mercadorias tributadas. Em consequência, deverá pagar o imposto destacado, na importância de R\$ 4.898.092,65 (quatro milhões, oitocentos e noventa e oito mil, noventa e dois reais e sessenta e cinco centavos), juntamente com os acréscimos legais. Valor obtido através do resultado da Auditoria da Saída Registrada e do Documento emitido pelo sujeito passivo, conforme demonstrativos e demais documentos. Na oportunidade foi nomeado um sujeito solidário.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seu art. 64 c/c arts. 88, §1º, inciso III; 313 e 314 do Decreto nº 4.852/97, e a penalidade no art. 71, inciso X, alínea "a", agravado do §9º, inciso I, do mesmo código.

A autuada comparece a lide representada por profissional habilitado, alegando capitulação equivocada da infração, entendendo que a imputação correta residiria no art. 71, inciso XII, alínea d, item 1 da Lei nº 11.651/91; alega, ainda, que a empresa enfrentou problemas com os sistemas de geração da escritura digital e que não houve omissão deliberada, caracterizando-se tão somente, atraso momentâneo quanto ao fornecimento dos dados exatos e ao cumprimento dos deveres instrumentais e que não faria sentido, propositadamente, deixar de formalizar os dados das operações mercantis já comunicadas ao Fisco, através da Nfe; e alega nulidade do procedimento por insegurança na determinação da infração. Requer seja cancelado o lançamento tributário, por sua improcedência e nulidade (fls. 74 a 82).

O sujeito solidário apresenta sua impugnação, momento que aduz nulidade do procedimento, por insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa. Requer, ainda, sua exclusão da responsabilidade solidária (fls. 113 a 125).

O julgador singular, na Sentença nº 5015/2010 - JULP, decide conhecer da impugnação, negar-lhe provimento, para julgar procedente a exigência fiscal (fls. 138 a 141).

Inconformados, a autuada e o sujeito solidário apresentam recurso voluntário, peça única, onde reiteram as razões da peça anterior. O sujeito solidário aduz, ainda, que em processo símile a este - PAT 4.01.10.016807.11, foi deferido o pedido de exclusão da sua responsabilidade solidária (fls. 148 a 170).

É o relatório.

DECISÃO

Em uma atenta análise de todo o processo em questão, entendo que assiste razão à argumentação do pólo passivo no tocante à existência de nulidade do presente lançamento em razão de insegurança na determinação da infração, pois documentos anexados pelas autoridades fiscais responsáveis revelam imprecisões, como no caso do documento "Anexo Estruturado – Detalhamento do Crédito Tributário", de folha 03, o qual apresenta alíquota 0 (zero) para o cômputo do imposto. Além da imprecisão narrada, as próprias autoridades lançadoras, em

documento de folhas 04/07, declaram que foram encontradas divergências entre os arquivos magnéticos, a escrita fiscal e os documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, fato este merecedor de acuradas investigações e fundamentações, medidas estas que não ocorreram. Dessa forma, restou evidenciada a insegurança na determinação da infração, devendo o auto de infração ser declarado nulo “ab initio”, nos termos do artigo 20, inciso IV da Lei 16.469/09.

Ante o exposto, voto acolhendo a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo “ab initio” o processo.

Sala das sessões plenárias, em 06 de novembro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Empresa com escrita contábil regular. Auditoria do Movimento Financeiro (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00590/12

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Auditoria do Movimento Financeiro. Empresa com escrita contábil regular. Nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração. Acolhimento. Decisão unânime.

I - É insegura a acusação fiscal de saída de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal com base na Auditoria do Movimento Financeiro se o sujeito passivo possuir escrita contábil regular não desclassificada mediante procedimento próprio, nos termos da IS nº 07/04-SGAF, de 13 de dezembro de 2004.

II - Deve-se declarar a nulidade ab initio do auto de infração quando comprovada insegurança na determinação da infração (Lei nº 16.469/09, art. 20, inciso IV).

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 22 de julho de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo, declarando, de consequência nulo “ab initio” o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Antônio Martins da Silva e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

Informa a peça inicial que o sujeito passivo "Durante o exercício de 2006, omitiu o registro de mercadorias tributadas no valor de R\$ 472.113,11, apurados através do demonstrativo financeiro, anexo ao presente, sujeitando- se assim ao

pagamento do ICMS devido sobre o valor apurado, acrescido de multa e demais cominações legais."

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.

Consta como infringido os artigos art. 63 e 64, Lei 11651/91, c/c art. 88, § 1º e 141, Dec. 4852/97 e foi proposta a penalidade prevista no artigo art. 71, inciso VII, alínea "I", § 9, inciso I, da Lei 11651/1991, c/ redação da Lei 13446/1999.

Com a inicial foram acostados os documentos de fls. 4/13.

Os sujeitos passivos não se manifestaram no processo em primeira instância, conforme termo de revelia de fls. 20.

Novamente intimados (fls. 22/25), o contribuinte e sujeito passivo solidário interpõem as peças impugnatórias de fls. 27/29 e 40/44, respectivamente, com os seguintes fundamentos:

(a) alegam cerceamento ao direito de defesa, pelo fato de a fiscalização não haver juntado aos autos cópias das notas fiscais e dos livros onde as supostas notas fiscais não haviam sido registradas, com isso, prejudicando a defesa do sujeito passivo;

(b) sustentam a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, em decorrência de a empresa ser mista, atuar predominantemente no ramo de prestação de serviço de segurança e possuir escrita contábil;

(c) destacam que pode facilmente ser observado no balanço patrimonial da empresa que o valor para vendas de mercadorias é irrisório se comparado ao valor dos serviços prestados;

(e) argumentam que a empresa compra equipamentos e depois utiliza na prestação de serviço de segurança e monitoramento, razão pela qual se torna irrefutável que todos esses produtos tidos como vendidos à margem do controle fiscal, na verdade, continuam parte integrante do ativo imobilizado da empresa;

(f) o solidário pede a sua exclusão da lide;

Ao final, os sujeitos passivos pedem ser julgado nulo o auto de infração por cerceamento ao direito de defesa ou por insegurança na determinação da infração e, no mérito, que julguem improcedente o lançamento tributário.

O processo foi submetido à apreciação, em 30/06/10, e o julgamento foi convertido em diligência, conforme resolução nº 88/2010, da Quarta Câmara Julgadora, para o autor de o procedimento fiscal analisar se o sujeito passivo possuía escrita contábil, em face dos documentos de fls. 36/39, fato impeditivo de utilizar a Auditoria do Movimento Financeiro.

É o relatório.

DECISÃO

A autuação foi baseada na Auditoria do Movimento Financeiro realizada no exercício de 2006, na qual foi constada omissão de saída de mercadorias tributadas, no valor de R\$ 472.113,11.

O Fisco juntou aos autos apenas os demonstrativos CONCLUSÃO (fls. 5) e Desembolso Analítico (fls. 6) da Auditoria do Movimento financeiro, faltando, assim, os demais demonstrativos que compõem essa auditoria.

Também não constam dos autos cópias das supostas notas fiscais de aquisição não registradas e do livro registro de entradas. O desembolso relativo às notas fiscais não registradas está fundamentado somente na Ordem de Conferência Sintegra (fls. 7/9).

Os sujeitos passivos alegaram na peça impugnatória a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, em decorrência de a empresa ser mista, atuar predominantemente no ramo de prestação de serviço de segurança, e possuir escrita contábil.

Para esclarecer esse questionamento, o julgamento foi convertido em diligência (fls. 55/56) para o autor de o procedimento fiscal manifestar se o sujeito passivo possuía escrita contábil, em face dos documentos de fls. 36/39, fato impeditivo de utilizar a Auditoria do Movimento Financeiro.

O autor da revisão, às fls. 66, manifestasse no seguinte sentido:

"Atendendo a Resolução 088/2010, constatamos a utilização de escrita contábil no ano de 2006, impossibilitando assim nova Auditoria do Movimento Financeiro."

A Auditoria do Movimento Financeiro não se presta para ser utilizada em contribuinte possuidor de escrita contábil regular. Assim, o auto de infração fundado nessa auditoria, na hipótese de a empresa possuir escrita contábil regular, se não ocorrer a desconsideração dessa escrita, nos termos da IS nº 07/04-SGAF, de 13 de dezembro de 2004, se torna inseguro e imprestável para fundamentar a exigência tributária.

Configurada a insegurança na determinação da infração, impõe-se declarar a nulidade do lançamento tributário, em face do disposto no artigo 20, inciso IV da Lei nº 16.469/09: "*Art. 20. São nulos os atos praticados: (...) IV - com insegurança na determinação da infração.*"

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento para reformar a decisão singular e declarar nulo ab initio o auto de infração por insegurança na determinação da infração.

Sala das sessões plenárias, em 20 de março de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Erro na aplicação do IVAp. Crédito aproveitado a maior no cálculo do ressarcimento (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01494/12

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade da peça básica. Insegurança na determinação da infração. Arguição pela defesa. Acolhimento. Decisão unânime.

I - O art. 46, inc. II, alínea f, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97 impõe a apuração de índice de valor agregado em relação a cada operação realizada pelo contribuinte, o que implica e impõe ao sujeito passivo a apuração de controle de estoque permanente, o que, não sendo feito, autoriza ao Fisco a apurar tal índice a partir dos estoques anualmente informados pelo contribuinte;

II - Embora haja consistência na determinação pelo Fisco, de valor agregado de que trata o art. 46, inc. II, alínea f, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, em caso de omissão pelo contribuinte, tal índice, assim determinado, deve ser aplicado em cada período de apuração do ICMS, produzindo o montante de crédito indevido a ser glosado em cada um desses períodos;

III - A irregular apuração de imposto omitido em procedimento fiscal caracteriza insegurança na determinação da infração, motivando a declaração de nulidade do instrumento de constituição do crédito tributário.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de julho de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Em 22 de agosto de 2007, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 97.966,51 (noventa e sete mil, novecentos e sessenta e seis reais e cinquenta e um centavos), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter, nos meses de janeiro a junho e outubro de 2004, abril a julho de 2005 e dezembro de 2006, escriturado indevidamente valores, a título de: I –

créditos referentes a compra de energia elétrica por estabelecimento industrial, CFOP 1252, cujo produto resultante da industrialização (peças de vestuário) não é tributado pela saída (substituição tributária); II – crédito outorgado, referente a saídas interestaduais destinadas a comercialização, por não ter escriturado o livro Registro de Inventário eletronicamente e III – créditos aproveitados a maior em virtude de cálculo incorreto do direito ao ressarcimento do ICMS debitado nas saídas interestaduais de mercadorias já alcançadas pela substituição tributária.

Identificadas como sujeito passivo solidário as pessoas físicas [...], [...] e [...], aquelas na condição de administradores da firma atuada, esta na condição de responsável técnico contabilista (fls. 4 a 6).

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da atuada, tendo sido anexados à peça básica Nota Explicativa (fls. 14 a 25), demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS (fls. 26 a 35, 38 a 44, 47 a 50 e 53 a 58), Demonstrativo de Cálculo de Ressarcimento de ICMS-ST (fls. 36 a 37, 45 a 46 e 51a 52), cópias dos livros fiscais Registro de Inventário (fls. 61 a 69) e Registro de Apuração do ICMS (fls. 70 a 187), pedido de tramitação conjunta deste processo com o de nº 3 0270446 313 81 (fl. 188), dentre outros documentos.

Intimidados os sujeitos passivos nos dias 29 e 30 de agosto de 2007 (fls. 195 a 198), apresentam o contribuinte e os solidários conjuntamente impugnação (fls. 200 a 202), pedindo a improcedência do lançamento, entendendo que o crédito de energia elétrica consumida na produção de vestuário deve ser lançado na apuração do saldo devedor do ICMS; mesmo no caso de produtos sujeitos à substituição tributária; discordam do cálculo do ressarcimento efetuado pela fiscalização.

Em relação à não escrituração eletrônica do livro Registro de Inventário, justificam que as empresas tiveram inúmeras dificuldades na sua implantação, havendo até tolerância de Delegacias Fiscais quanto ao sistema de escrituração eletrônica, impondo a fiscalização a perda do benefício de crédito outorgado (2%) na saída interestadual de mercadorias destinadas à comercialização e penalizando ainda o contribuinte com multa de 40%.

O julgador singular, por meio do Despacho nº 3220/08 (fls. 212 a 213), após considerandos, baixa os autos em diligência, para que Auditor Fiscal estranho à lide revise o trabalho fiscal, caso entenda ser de direito o crédito de energia elétrica, manifestando-se sobre os apontamentos da defesa.

O diligenciador revisa a auditoria, juntando-a ao processo (fls. 215 a 241 e 224 a 230), acompanhada de relatório (fls. 242 a 253), contendo este a conclusão de que, após a exclusão dos créditos sobre energia elétrica (Infração I), houve repercussão na Conta Corrente do ICMS, ocasionando omissão de pagamento do imposto no valor de R\$ 92.971,29 (noventa e dois mil, novecentos e setenta e um reais e vinte e nove centavos), para o qual deve ser alterado o auto de infração.

Intimados a tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 258 a 261), os sujeitos passivos apresentam manifestação conjunta sobre a revisão (fls. 263 a 293).

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões das defesas apresentadas, acatando o resultado da revisão fiscal, concluiu pela procedência parcial do lançamento sobre o ICMS no valor de R\$ 92.971,29 (noventa e dois mil, novecentos e setenta e um reais e vinte e nove centavos), acrescido das demais cominações legais, mantendo na lide todos os solidários, consoante a sentença de fls. 304 a 309.

Os autos foram encaminhados à Representação Fazendária, que se manifestou pela confirmação da decisão singular (fl. 310).

O chefe do Centro de Controle Processual (CECOP), atendendo o Despacho nº 2664/09-SAT (fl. 316), por meio de termo, junta aos autos cópias das fls. 73 a 76 extraídas do Processo nº 200900004006978, no qual foi deferida a extinção parcial do débito (fls. 312 a 315).

Intimados o contribuinte e os solidários (fls. 317 a 321), apenas aquele e os solidários [...] e [...] comparecem ao processo apresentando conjuntamente recurso voluntário (fls. 324 a 359), o solidário [...] teve contra si lavrado o Termo de Perempção de fls. 322.

Após relatar os fatos, os recorrentes formulam arguição de exclusão dos solidários administradores da firma autuada, reproduzindo jurisprudência e citando doutrina (fls. 327 a 334).

Formulam os recorrentes em preliminar arguição de nulidade da peça básica, relacionando as hipóteses de cerceamento do direito de defesa e de insegurança na determinação da infração (fls. 334 a 345).

No mérito, pedem a improcedência do lançamento, alegando que o direito de aproveitamento do crédito do ICMS, no caso de energia elétrica consumida em processo de industrialização, está previsto no art. 2º da Lei nº 13.772, de 28/12/2000, que alterou o Código Tributário Estadual (CTE).

Fundamentados no art. 2º da Lei nº 13.772/00 e no art. 45, II, § 1º, do anexo VIII, do Regulamento do CTE (RCTE), afirmam os recorrentes que a maior parte das operações da empresa são destinadas a contribuintes do ICMS estabelecidos em outras unidades da Federação, sendo inquestionável o direito do contribuinte autuado de se apropriar do ICMS normal relativo a compra de energia elétrica utilizada no seu processo de industrialização de artigos de vestuário.

Em relação ao estorno de crédito do ICMS referente à utilização do crédito outorgado de 2% (dois por cento) por falta de escrituração eletrônica do livro Registro de Inventário, alegam a extinção do crédito tributário, nos termos do art. 2º da Lei nº 16.150, de 17/10/2007, tendo inclusive protocolado na

Superintendência de Administração Tributária o requerimento de extinção de crédito tributário (fls. 361 a 363).

Quanto aos créditos aproveitados a maior em virtude de cálculo incorreto do direito ao ressarcimento do ICMS debitado nas saídas interestaduais de mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, alegam que o estorno efetivado pela fiscalização é totalmente indevido, porquanto realizado mediante a utilização de um "IVAp médio" apurado segundo um critério não previsto em lei.

Posteriormente, o contribuinte autuado e os solidários [...] e [...] apresentam conjuntamente memorial (fls. 367 a 384), reiterando pedidos e alegações formuladas em defesas anteriores.

É o relatório.

DECISÃO

Às fls. 334, 335 e 337, o sujeito passivo, pedindo a nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, alega que os créditos indevidos apurados pela autoridade lançadora deveriam ser estornados no respectivo mês de apuração e no limite máximo do crédito aproveitado nesse mesmo mês, argumento esse que passo a examinar.

Analisando as características do procedimento fiscal em apreciação, vejo que o índice de valor agregado praticado pelo contribuinte (IVAp) apurado anualmente, para o exercício de 2004, resultou num crédito aproveitado a maior no valor de R\$ 16.722,14 (fl. 37) que foi inserido no Demonstrativo Auxiliar como crédito indevido lançado no mês de outubro do mesmo ano (fl. 35) e que foi transferido juntamente com créditos indevidos de outras naturezas para o demonstrativo sintético da auditoria, campo 34, Parte 2/3.

Procedimento idêntico ao acima descrito foi realizado pelo autuante em relação ao exercício de 2005, para o qual se inseriu o crédito aproveitado a maior, apurado anualmente (fl. 46) transferido para o Demonstrativo Auxiliar (fl. 43), valor que igualmente foi transferido para a Parte 2/3 da demonstração sintética da auditoria (fl. 39).

Embora não haja incorreção no ato de se calcular o IVAp anualmente, visto que esse cálculo pressupõe a informação de estoques inicial e final do período considerado, o que o contribuinte só efetuou anualmente, incorrendo assim em omissão quanto ao cálculo do IVAp em relação a cada operação geradora do direito ao creditamento, nos termos do art. 46, inc. II, alínea f, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, não havendo portanto outro modo tecnicamente sustentável de o fisco suprir essa lacuna produzida pelo contribuinte.

Senão vejamos as disposições constantes do art. 46, inc. II, alínea f, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97:

“Art. 46. O creditamento deve ser efetuado na proporção da mercadoria envolvida na situação que gerou o direito ao crédito, tomando por base uma das seguintes alternativas:

[...]

II - o montante que resultar da aplicação da alíquota prevista para a operação interna, sobre o valor:

[...]

f) obtido mediante a aplicação da seguinte fórmula, para o contribuinte industrial de vestuário, de roupas de cama, de mesa e de banho, na operação interestadual com produtos de fabricação própria realizada neste Estado:

$$\frac{1 + IVA}{1 + IVAp} \times \text{valor da nota fiscal}$$

Sendo:

Valor da nota fiscal = valor total da nota fiscal de remessa das mercadorias;

IVA = índice de valor agregado utilizado no cálculo do ICMS retido, em valor percentual dividido por 100 (cem);

IVAp = índice de valor agregado praticado pelo contribuinte remetente na operação, em valor percentual dividido por 100 (cem), aferido da relação entre o valor da nota fiscal de remessa das mercadorias e o valor de aquisição da matéria-prima e das demais parcelas que anteriormente serviram de base para o cálculo da retenção, não podendo ser inferior ao índice de valor agregado utilizado no cálculo do ICMS retido;”

Contudo, vejo no fato da não aplicação do IVAp anualmente apurado pelo Fisco sobre o crédito efetivamente aproveitado em cada mês uma incorreção estrutural no procedimento fiscal em exame, pois o crédito indevido apurado anualmente constitui um montante superior e essencialmente incompatível com os valores relativos ao movimento de débitos e créditos do mês em que houve a glosa, isto sem contar que tal prática desconsiderou a periodicidade mensal da apuração do imposto típica do ICMS.

A glosa de um valor anualmente apurado em um único mês do exercício provoca um quadro de inconsistência, onde o crédito glosado é superior ao próprio objeto possível da glosa, que é os créditos lançados em cada mês (campos 16 e 35 da auditoria, fls. 38 e 39).

Por outro lado, a glosa, em um único mês, do crédito indevido apurado em todo exercício leva a outra inconsistência, que é considerar-se omitido em um período mensal de apuração um valor muito superior ao imposto possível de ser omitido no mês, que é o total dos débitos do ICMS produzidos pela atividade do contribuinte no mesmo período (campos 15 e 40 dos demonstrativos sintéticos da auditoria, fls. 38 e 40).

Por essas razões, vejo que o procedimento fiscal contém incorreção que o compromete estruturalmente em relação ao modo concentrado e anual como se glosou o crédito ressarcido a maior pelo contribuinte (fls. 36 e 37, 45 e 36).

Reitero que o cálculo do IVA_p realizado pelo autuante tem consistência técnico jurídica, pois a alínea f do inciso II do art. 46, do Anexo VIII, do Decreto n° 4.852/97, define expressamente que tal índice é calculado em relação a cada operação realizada pelo contribuinte, comando normativo que implica e impõe controle de estoque permanente pelo contribuinte, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, também, repetindo, não restou ao Fisco outra forma de calcular o dito índice, senão baseado nos estoques anualmente informados pelo sujeito passivo e chegar a um valor anual para o índice, já que, pela técnica de controle de estoque e de apuração de resultado, representa a exata acumulação daqueles valores que o contribuinte deveria ter calculado em cada operação que praticou.

Por conseguinte, manifesto-me pelo acolhimento da preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, para que, calculado anualmente o IVA_p, este seja aplicado em relação ao crédito apropriado pelo contribuinte em cada mês abrangido pelo presente procedimento fiscal, apurando-se valores mensais para o crédito indevido, os quais devem ser inseridos nos demonstrativos auxiliares e sintéticos da auditoria, para fim de repercussão sobre os débitos lançados pelo contribuinte e apuração do imposto omitido em cada mês.

Ante o exposto, acolho a 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 05 de julho de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Falta de aplicação da legislação do Simples Nacional (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02505/12

Relator: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: Processual. Nulidade do auto de infração. Insegurança na determinação da infração. Preliminar arguida pelo Douto Conselheiro Relator e acolhida por unanimidade.

I-São nulos os atos praticados com insegurança na determinação da infração (Lei nº 16.469/09, art. 20, inciso IV);

II-O lançamento do crédito tributário devido por empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional), deve reger-se pela legislação específica que regula o referido regime, especialmente a Lei Complementar nº 123/2006 e Resoluções CGSN nº 030/2008 e 051/2008;

III-Deve ser declarado nulo o lançamento do crédito tributário que não observar a legislação que tutela a regência do tributo vigente à época da ocorrência dos fatos.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de julho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo Relator, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Antônio Martins da Silva. Nos termos do § 6º, II, do art. 51, do Regimento Interno do CAT, aprovado pelo Decreto nº 6.930, de 9 de Junho de 2009, a sessão foi realizada com ausência de um Conselheiro Representante do Fisco para compor esta Câmara Julgadora.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo realizou saída de mercadoria tributada, sem emissão de documento fiscal, no período de 02/01/2008 a 26/05/2008, conforme levantamento de caixa dois, documentos em anexo. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 14.620,15 (quatorze mil, seiscentos e vinte reais e quinze centavos) juntamente com as penalidades e acréscimos legais.

Foram dados como infringidos os arts. 65 e 64, lei nº 11651/1991 c/c art. 141 Decreto 4852/1997. E a penalidade esta prescrita no art. 71, inciso VII, alínea "I" § 9I da Lei Estadual nº 11.651/91 com redação da Lei 13446/1999.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Ordem de serviço nº 2707/2008 (fl. 3), Cópia do Termo de Apreensão nº1100104207-4 (fls. 4/5), Extrato de Termo de Apreensão (fl. 6), Planilha de Levantamento de Caixa Dois – Vendas Paralelas – ano 2008 (fls. 7 a 11), Cópia de Caderno de Caixa (fls. 12 a 38), Relatório de Vendas no período de 29/01/2008 a 26/05/2008 (fls. 39 a 118), Cópia de Livro de Registro (fls. 119/120 e 142/143) e Cópias de Notas Fiscais (fls. 121 a 141)

Intima-se o autuado (fls. 144 a 145).

O atuado ingressa com Impugnação (fl. 147), em Primeira Instância, na qual alega que a autoridade atuante tomou como base algumas anotações particulares que não tem a ver com vendas. Em algumas páginas tem anotado nomes de pessoas que as vezes compraram a prazo, mas quando pagavam, tiravam-se as notas. Afirma ainda que outro que descaracteriza as supostas provas é fato de que nas citadas folhas de anotações conta retirada de bancos, outras receitas e anotações particulares. Por fim requer a improcedência do auto de infração.

Instrui a peça defensiva com o seguinte documento: Espelho Cadastral (fl. 148).

O julgador singular prola a Sentença de nº 9222/09 – JULP (fls. 151/152), e conhece da impugnação, negando-lhe provimento, e declarando PROCEDENTE a pretensão inicial do fisco.

Intima-se o atuado acerca da decisão singular (fl. 153/154)

O atuado interpõe Recurso Voluntário (fls. 157 a 165), na qual reitera a argumentação apresentada na Impugnação, no qual afirma que o caderno apreendido referia-se a simples controle financeiro, no qual se registra eventos da empresa e vida pessoal do sócio majoritário. Observa ainda que no trabalho do auditores - fiscais refere-se ao seguinte: mesmo tendo em mãos o Livro de Saídas da empresa, em nenhum momento ficou demonstrada a coincidência de eventos/lançamentos entre os livros fiscais e o caderno de anotações apreendido, sendo assim, não caracterizam um controle paralelo de vendas e/ou saídas de mercadorias. Por fim requer que seja considerado improcedente o lançamento tributário.

Instrui a peça defensiva com os seguintes documentos: Cópia do Livro de Registro de Entradas (fls. 168 a 185) e Cópia de Notas Fiscais (fls. 186 a 272).

É o relatório.

DECISÃO

Antes de adentrar ao mérito do presente lançamento, cumpre observar que a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias (art. 1º, I).

A referida Lei Complementar atribui ao Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2(dois) dos Estados e do Distrito Federal e dois dos Municípios, a

competência para tratar dos aspectos tributários decorrentes do tratamento diferenciado por ela estabelecido (art. 2º, I).

O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), por seu turno, aprovou a Resolução CGSN nº 030, de 7 de fevereiro de 2008, dispondo sobre os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo relativos ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) e, posteriormente, a Resolução CGSN nº 51 de 22 de dezembro de 2008, dispondo sobre o cálculo e o recolhimento dos impostos e contribuições, devidos pelas empresas enquadradas no referido regime.

No caso vertente, observa-se que o lançamento é relativo à omissão de saída de mercadoria constatada por meio do comparativo entre as vendas registradas nos arquivos residentes no computador da empresa e as vendas registradas nos livros fiscais, situação não alcançada pela exceção prevista no § 2º do art. 9º, da Resolução CGSN nº 030, de 7 de fevereiro de 2008 que assevera que não serão observadas as disposições da Resolução CGSN nº 051, de 22 de dezembro de 2008 apenas nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

O documento de fls. 148, não deixa nenhuma dúvida no sentido de que no período fiscalizado a empresa autuada estava enquadrada no Simples Nacional, portanto, a omissão de receita noticiada no auto de infração deve, obrigatoriamente, ser apurada nos termos das Resoluções CGSN nº 030/2008 e 051/2008, situação que não foi observada pelos autores do procedimento, ficando, portanto, caracterizada a insegurança na determinação da infração prevista no art. 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09 que regula o Processo Administrativo Tributário.

À conta do exposto, devo arguir e acolher de plano, sob a égide da unanimidade do voto de meus pares, a preliminar de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e, conseqüentemente, declaro nulo “ab initio” o processo.

Sala das sessões, em 22 de outubro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Falta de Ato GSF do Secretário da Fazenda (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02924/12

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

Autor do Voto em Separado: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno. Limitação do valor do crédito apropriável por estabelecimento prestador de serviço de transporte. Ausência de ato do Secretário da Fazenda. Fixação de consumo médio de combustível. Impossibilidade. Negado provimento ao recurso que pede a reforma de decisão cameral que declarou nulo "ab initio" o processo.

1. O comando contido no § 6º, inciso IV, alínea "b" do art. 46 do RCTE atribui poder normativo ao Secretário da Fazenda para estabelecer parâmetros relacionados ao consumo médio de combustível, de acordo com as características dos veículos utilizados na prestação, com vistas a limitar o valor do crédito a ser apropriado por estabelecimento prestador de serviço de transporte;

2. A ausência de ato do Secretário da Fazenda, que atenda ao disposto no § 6º, inciso IV, alínea "b" do art. 46, impede o agente do Fisco de estimar, de "moto próprio", o consumo médio de combustível, tendo em vista que a fixação dos referidos "parâmetros" constitui-se em atividade normativa que precede a definição particularizada do consumo médio;

3. Deve ser mantida decisão cameral anulatória, fustigada por recurso fazendário, quando ficar caracterizada a insegurança na determinação da infração (Lei nº 16.469/09, art. 20, IV).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de fevereiro de 2012, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, arguida pelo sujeito passivo, 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 Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes, Luis Antônio da Silva Costa, Célia Reis Di Rezende, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Washington Luis Freire de Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Álvaro Falanque, José Luiz Rosa, Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz, Aguinaldo Fernandes de Melo, Allen Anderson Viana e Edson Abrão da Silva. Também, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que julgou nulo "ab initio" o processo por insegurança na determinação da infração. Foram vencedores os Conselheiros Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Aguinaldo Fernandes de Melo, Allen Anderson Viana e Edson Abrão da Silva. Vencidos os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Heli José da Silva, José Paixão de Oliveira Gomes, Célia Reis Di Rezende, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Washington Luis Freire de Oliveira.

RELATÓRIO

Em 16 de dezembro de 2008, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, formalizando a exigência de ICMS no valor de R\$ 42.841,21 (quarenta e dois mil, oitocentos e quarenta e um reais e vinte e um centavos), multa e demais acréscimos legais, pelo fato do sujeito passivo ter apropriado indevidamente de crédito do imposto, no exercício de 2003, correspondente a entrada de combustível em quantidade superior à efetivamente consumida na prestação de serviço de transporte tributada iniciada no território deste Estado, omitindo o pagamento do ICMS reclamado na inicial destes autos.

Trata-se de reatuação do Auto de Infração n° 3 0063420 440 90.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 3), CÓPIA DO Ofício n° 258/2006-GERF (fls. 4 a 5), cópia do Acórdão n° 1820/2006 (fls. 6 a 8), demonstrativos da Auditoria da Conta Corrente do ICMS (fls. 09 a 13), Levantamento Consumo de Óleo Diesel (fls. 14 a 20) e Pesquisas no Sistema ABCR de Coordenadas Geodésicas e Percursos Entre Municípios Brasileiros (fls. 21 a 49).

O sujeito passivo comparece ao processo apresentando impugnação em Primeira Instância (fls. 53 a 63), na qual pede em preliminar a nulidade da peça básica, relacionando a hipótese de insegurança na determinação da infração.

Não acolhida a preliminar argüida, no mérito, pede a improcedência da autuação, tendo em vista a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, bem como sua legitimidade no aproveitamento dos créditos destacados nas notas fiscais de aquisição de óleo diesel.

A julgadora singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as argüições da defesa, decide pela procedência do lançamento, consoante a Sentença n° 2158/09-JULP (fls. 77 a 79).

Inconformado com a decisão singular, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário (fls. 82 a 92), no qual suscita novamente em preliminar pedido de nulidade do auto de infração, relacionando a hipótese de insegurança na determinação da infração.

Não acolhida a preliminar argüida, no mérito, pede a improcedência da autuação, tendo em vista a legitimidade no aproveitamento dos créditos destacados nas notas de aquisição de óleo diesel.

Afirma que adquiriu o óleo diesel, com imposto retido, para consumo na prestação de serviços de transportes, integralmente tributados à época pelo ICMS, não havendo nenhum fundamento legal ou material para a anulação do crédito do imposto relativo ao combustível consumido.

Ressalta que o valor do serviço foi tributado desde a origem até o destino e, eventualmente, passa por mais de um Estado, neles abastecendo o veículo, ficando todo o imposto no Estado onde o serviço se inicia, porque é assim que o CTE descreve o momento da ocorrência do respectivo fato gerador. Pede, ao final, a nulidade e a improcedência do presente feito fiscal.

A Primeira Câmara Julgadora deste Conselho, em Acórdão nº 2782/2009, de folhas 95/100, decide, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo.

Cientificada da decisão colegiada descrita acima, a Representação Fazendária interpõe recurso para o Conselho Pleno deste CAT, de folhas 102/105, buscando a anulação da mesma, com o retorno dos autos àquela instância para análise de toda a matéria. Junta documentos em folhas 106/190.

Intimada, a empresa defendente apresenta Contradita em folhas 193/198, buscando a manutenção do acórdão recorrido.

DECISÃO

De início, apesar de vencido em minha posição, entendo ser justo e necessário o acolhimento da preliminar de inadmissibilidade do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno deste Egrégio Conselho Administrativo Tributário, arguida pelo polo passivo, tendo em vista não estar a peça recursal, a meu ver, em consonância com o disposto no artigo 41, II da Lei 16.469/09.

Por fim, diante da irretocável e brilhante decisão colegiada recorrida, entendo ser justa, coerente e necessária a sua manutenção, isto é, o reconhecimento da nulidade "ab initio" do processo, por insegurança na determinação da infração.

Desta forma, adoto a fundamentação e dispositivo do excelente Acórdão nº 2529/2009, de folha 94/100, para entender que o Fisco não pode Fisco não pode, de mão própria, estimar o consumo médio de combustível, sem que os "parâmetros" para esta estimativa tenham sido fixados por ato do Secretário da Fazenda, em conformidade com o disposto no § 6º, inciso IV, alínea "b" do art. 46 do RCTE.

Desta forma, como a exigência fiscal encontra-se fundamentada única e exclusivamente na imprópria estimativa fiscal de consumo de combustível fica caracterizada a insegurança na determinação da infração, o que impõe a declaração de nulidade integral do processo.

Sendo assim, voto, inicialmente, apesar de contrário à maioria de meus pares, sendo voto vencido, pelo acolhimento da preliminar de inadmissibilidade do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, arguida pelo sujeito passivo, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no artigo 41, II da Lei 16.469/09. Por fim, agora em harmonia com a

maioria de meus pares, voto conhecendo do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento, mantendo, assim, a decisão cameral, a qual julgou nulo “ab initio” o processo por insegurança na determinação da infração.

VOTO EM SEPARADO

Como já relatado, cuida-se de recurso interposto pela Fazenda Pública Estadual em face de decisão cameral que julgou nulo “ab initio” o processo por insegurança na determinação da infração.

Considerando que a decisão recorrida foi tomada por unanimidade de votos, o sujeito passivo suscita a preliminar de inadmissibilidade do recurso com fundamento na restrição contida no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09.

Analisando a questão preliminar, entendo que a peça recursal pode ser admitida, porquanto, embora exista decisão plenária concorde com o acórdão recorrido, ainda persiste divergência cameral não reformada, sendo o bastante para a admissibilidade.

Todavia, no tocante ao pleito fazendário, entendo que o recurso apresentado não merece acolhida, devendo ser mantida a decisão cameral anulatória.

No acórdão recorrido, de minha lavra, fiz registrar as seguintes razões de decidir:

“Descreve a peça de início que a atuada ‘Omitiu o pagamento do ICMS (...) em razão da apropriação indevida de crédito do imposto, correspondente a entrada de combustível em quantidade superior ao efetivamente consumido em prestação de serviço tributada e iniciada no território deste Estado’.

Em ‘Observações’ adicionadas ao final da planilha de fl. 14, o autor do procedimento fiscal indica os critérios utilizados para a apuração da omissão anunciada, in verbis: ‘Todas as entradas de combustíveis foram adquiridas no estado, pois a empresa não possui nenhum documento fiscal de compras de óleo diesel registrado, de outros estados. O consumo de óleo diesel foi calculado conforme o site ‘ABCR – Associação Brasileira de Concessionários de Rodovia’, sendo que a ABCR calcula o consumo conforme caminhão ‘trucado’ e nas carretas consideramos que o consumo é o dobro dos caminhões trucados.’

Assim, no intuito de aplicar a regra prevista no § 6º do art. 46 do RCTE (que restringe o crédito do ICMS decorrente de aquisição de combustível por estabelecimento prestador de serviço de transporte interestadual e intermunicipal àquele correspondente ao combustível efetivamente consumido em prestação de serviço iniciada dentro do território goiano), o autor do procedimento estimou o consumo médio de combustíveis dos veículos da atuada e ‘concluiu’ que a parcela de créditos do ICMS relativa ao ‘excesso de consumo’ corresponderia a prestações de serviços de transporte iniciadas noutros Estados. Ou seja, para

determinar o montante dos 'créditos legais' a que teria direito o sujeito passivo, a autoridade fiscal estimou o consumo médio dos caminhões ('trucados' e carretas) e estipulou que o crédito correspondente ao consumo excedente a esta média deveria ser glosado, porquanto vinculado a prestações iniciadas em outras unidades da federação.

Em suma, a conclusão fiscal está fundada na inferência de que ocorrendo consumo excedente a média estimada pela autoridade lançadora, então, o excesso corresponderá a prestações de serviços de transporte realizadas a partir de outros Estados.

Analizando, contudo, o trabalho fiscal, entendo que há insegurança na determinação da infração, o que impõe a declaração de nulidade ab initio do processo.

A disposição do Regulamento do Código Tributário Estadual tomada como fundamento para a exigência tributária traz a seguinte redação, verbis:

'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;

(...)

§ 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;

II - no caso de aquisição de combustível para abastecimento do veículo durante a prestação de serviço, a cada abastecimento deve corresponder uma única nota fiscal que deve conter a identificação do veículo abastecido, vedada sua emissão de forma a englobar mais de uma aquisição no período;

III - o valor do crédito deve ser apropriado na proporção que o montante das prestações tributadas iniciadas no território goiano representar do valor total dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal realizadas no mesmo período de apuração;

IV - ato do Secretário da Fazenda pode estabelecer:

a) controles necessários à demonstração de que o combustível do qual originou-se o crédito tenha sido utilizado em prestação de serviço iniciada no Estado de Goiás;

b) parâmetros relacionados ao consumo médio de combustível de acordo com as características dos veículos utilizados na prestação, com vistas a limitar o valor do crédito a ser apropriado.'

Com efeito, se o crédito restringe-se ao combustível efetivamente consumido em prestação de serviço iniciada no território do Estado de Goiás, então se quer dizer que não se admitirá o crédito relativo ao combustível consumido em prestação de serviço iniciadas em outros Estados.

Sem embargo, duas situações preocupantes têm levado o Fisco a invocar este dispositivo (inciso I do § 6º do art. 46) com a finalidade de apoiar ações fiscais: (1) a apropriação de créditos decorrentes de prestações iniciadas em outros Estados, durante determinado percurso ou mesmo iniciadas no retorno de prestação iniciada em Goiás; (2) a apropriação de créditos mediante a simulação de abastecimentos, com a utilização de notas fiscais de combustíveis que não correspondam a uma efetiva operação.

Na primeira hipótese, é necessário que se faça prova documental ou técnica de que o consumo se refere a prestações estrangeiras, não podendo simplesmente ‘presumir’ sem lastro na legislação tributária que o sujeito passivo está mentindo quanto à origem do crédito que apropria. Não existe presunção de má-fé na conduta do sujeito passivo. E as presunções legais, quando existem, estabelecem norma supridora da ausência de elementos fáticos ou decorrem da impossibilidade fática de se caracterizar determinada situação. Daí que, como regra, as presunções em direito tributário, quanto prevista esta possibilidade na legislação tributária, são juris tantum, perdendo efeito quando se faz prova em contrário àquilo que se presumiu.

Na segunda hipótese, a simulação de abastecimentos (que constitui crime, cf. art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90) deve estar devidamente comprovada. Alguns entendem que a expressão ‘efetivamente consumido’ daria guarida ao Fisco para, de moto próprio (independentemente de previsão específica na legislação tributária) glosar o excesso daquilo que extrapolasse o ‘efetivamente consumido’, a ser apurado mediante a definição de média de consumo de combustíveis, em níveis fixados pelo próprio agente fiscal. Ora, não tem sentido. A fixação de limite ao crédito relativo às aquisições de combustíveis foi tratada no inciso IV e não no inciso I do § 6º do art. 46 do RCTE e a boa hermenêutica nos leva a extremar as disposições contidas nos dois incisos. Por outra, na hipótese de ‘simulação de abastecimentos’, o documento fiscal seria inidôneo, pois não corresponderia a uma efetiva operação (art. 67 do CTE) e, neste sentido, não geraria direito ao crédito nos termos do art. 57, V e VIII, do RCTE. Logo, se esta é a situação, então, não há que se buscar apoio no § 6º, I, do art. 46 do RCTE.

Alguns, contestando a afirmação de que o limite ao crédito foi tratado no inciso IV do § 6º do art. 46 do RCTE, dizem que a regra contida no inciso I autoriza o Fisco a impor limites ao crédito, para o fim de evitar que a aquisição de combustível extrapole o efetivamente consumido nas prestações de serviço iniciadas em Goiás. Afirmam, assim, que o inciso IV é opcional, estabelecendo-se uma faculdade para o Secretário da Fazenda que, querendo, pode estabelecer o regramento nele enunciado.

Entretanto, esta interpretação esbarra no seguinte problema lógico: o Agente do Fisco tem o poder para estabelecer limite ao crédito (fixar limite máximo

de consumo é estabelecer limite ao crédito), mas o Secretário da Fazenda tem a faculdade de estabelecer os 'parâmetros' para esta limitação (§ 6º, IV, 'b', do art. 46 do RCTE). Quando o Secretário estabelecer os 'parâmetros' (=regras de medida) relacionados ao consumo médio de combustível o Agente do Fisco, pelo princípio da legalidade administrativa (art. 37 da CF), deve obedecer ao critério normativo imposto pelo Secretário. Se, no entanto, o Secretário não estabelece, então, o Agente do Fisco estaria 'livre' para criar a norma (estabelecer o parâmetro que julgar mais conveniente) e aplicá-la ao caso concreto. Quer dizer, quanto aos parâmetros para se definir os limites, o Secretário Fazenda 'pode' porque o regulamento lhe autoriza, mas o fiscal – que não tem poder normativo – já podia, antes mesmo que o Secretário pudesse... (?)

Este raciocínio, além de decorrer da falsa premissa de que o inciso I do § 6º do art. 46 do RCTE autoriza o Fisco a estabelecer a discutida limitação, decorre de errônea interpretação do comando contido no inciso IV do referido parágrafo, segundo a qual o verbo 'pode' estaria estabelecendo uma faculdade ao Secretário da Fazenda. Dizem então, os defensores da tese, que o Secretário, se quiser, pode estabelecer os parâmetros. Caso não o faça, eles seriam então definidos pelo agente do Fisco.

Todavia, a expressão 'ato do Secretário da Fazenda pode estabelecer', que introduz o comando do inciso IV tem outro sentido.

Por princípio, todo comando normativo tem sua regra-matriz na lei (stricto sensu) em obediência ao primado da legalidade, segundo o qual 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Todavia, pelo princípio da derivação, a regra essencial contida na lei pode ser transposta para um ato infralegal (a derivação primária conduz, assim, a um decreto). Este ato infralegal, por sua vez, em razão da especificidade da matéria normatizada, pode requerer a edição de um ato de hierarquia ainda menor, de sorte que uma norma de hierarquia inferior sempre deriva de uma norma que lhe é hierarquicamente superior. Por isto que uma norma de execução tributária (uma Instrução Normativa, por exemplo), em geral tem sua fonte primária num decreto (RCTE) ou, excepcionalmente, na própria lei.

Cumpra-se, assim, o primado da legalidade (estaca na qual se firma o Estado Democrático de Direito), colhendo-se da expressão 'em virtude de lei' o sentido de 'em decorrência da lei' ou, simplesmente, 'por derivação da lei'.

Daí dizer-se que em Direito Tributário não existe regulamento autônomo (consoante art. 99 do CTN) nem ato normativo autônomo, pois, estes últimos são normas complementares das leis e dos decretos (art. 100, caput, do CTN).

Portanto, a expressão 'ato do Secretário da Fazenda pode estabelecer', que introduz o comando do inciso IV se insere dentro do processo de derivação normativa, significando dizer que ao Secretário se está atribuindo poder normativo para estabelecer os 'parâmetros relacionados ao consumo médio de combustível'. Ora, como se sabe, o poder normativo constitui uma das vertentes do poder administrativo, sendo este um meio para a consecução das finalidades públicas.

Logo, o que está escrito é que 'ao Secretário foi atribuído poder-administrativo para a prática do ato'. Ou, noutros termos: 'o Secretário tem o poder para estabelecer os parâmetros'. É só isso.

Não se trata, pois, de faculdade. Mas de atribuição de poder.

Aliás, este procedimento adotado pelo Fisco tem gerado uma situação no mínimo esdrúxula quando se considera a atividade vinculada de lançamento do crédito tributário. Em alguns processos, os auditores têm considerado o consumo médio de combustíveis à base de 2 km/litro (Processos n.ºs 3019144562445 e 3019141972014), noutros foi considerado o consumo de 1,80 km/litro (Processos n.ºs 3019121942071, 3019121009014, 3019119102932) e no presente caso foi considerado o consumo de 5 km/litro para caminhão 'trucado' e 2,5 km/litro para 'carreta'. Ora, como se sabe, a atividade administrativa de lançamento do crédito tributário é plenamente vinculada e, por isto mesmo, absolutamente impessoal, não havendo a mínima margem para discricionariedade. No entanto, ante a falta de 'parâmetros relacionados ao consumo médio de combustível', que só podem ser fixados por ato do Secretário da Fazenda, cada autoridade fiscal acaba criando sua própria norma, dando margem para a discricionariedade no lançamento do crédito tributário e, de conseqüência, fazendo ruir a segurança jurídica e a impessoalidade de que deveria se revestir este ato administrativo. Ora, dizer que a atividade de lançamento é plenamente vinculada significa afirmar que há um padrão normativo a ser seguido, de sorte que se for designado o auditor fiscal 'A', 'B' ou 'C' para procederem a este ato administrativo, o resultado há de ser exatamente o mesmo. Aliás, é isso que se espera da administração tributária.

E no presente caso, não cabe sequer a interpretação de que a glosa refere-se a créditos relativos a operações que não iniciaram no Estado de Goiás. A planilha 'Levantamento: Consumo de Óleo Diesel / Levantamento das Saídas' (de fls. 15/20) indica que todas as prestações objeto da autuação foram iniciadas em municípios situados no Estado de Goiás. Ora, se todas as operações tiveram início no Estado de Goiás, então está sendo glosado o excesso, não havendo que se falar em aplicação do inciso I do § 6º do art. 46 do RCTE, mesmo porque para separar as prestações iniciadas no território do Estado de Goiás das outras basta que se faça o cálculo da proporção destas em relação ao total das prestações realizadas, não se utilizando de média de combustíveis, como, aliás, está previsto no inciso III do § 6º do artigo mencionado.

Ademais, nem sequer foi demonstrado o cálculo da média (isto é, o consumo médio de todos os caminhões envolvidos nas operações), tendo sido a média estabelecida independentemente da marca, modelo, ano de fabricação e potência do motor, sendo que estes fatores constituem requisitos para a fixação dos 'parâmetros relacionados ao consumo médio de combustível' pelo próprio Secretário da Fazenda ('de acordo com as características dos veículos utilizados na prestação' – inciso IV), o demonstra o tamanho do desvio normativo em que incidiu o autor do feito.

Na mesma linha, é de se destacar também que, conforme planilha de fls. 15/20, percebe-se que o cálculo do consumo total foi apurado, invariavelmente,

tomando-se a distância identificada de determinado trecho e dividindo-se em esta medida pelo consumo médio. Entretanto, esta fórmula linear deixa de considerar as situações em que o veículo transportador retorna vazio e o consumo de combustível verificado no retorno também autoriza o lançamento do crédito do ICMS.

Por fim, a distância é considerada no site é trevo-a-trevo, o que compromete a estimativa, uma vez que, verbi gratia, a prestação iniciada em Goiânia com destino à Brasília não tem início no trevo de saída nem é concluída no trevo de chegada da capital federal.

Diante do exposto, levanto a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo 'ab initio' o processo."

A irresignação fazendária está consubstanciada, em essência, no entendimento de que a ausência de ato do Secretário da Fazenda que estabeleça os parâmetros relacionados ao consumo médio de combustível autoriza o Fisco a utilizar métodos normalmente aceitos em auditoria fiscal para estimar o efetivo consumo de óleo diesel.

Assim, conclui o autor da peça recursal que a “vedação a qualquer método usual de auditoria somente será aplicável mediante a edição de ato próprio do Secretário da Fazenda para esse fim, constituindo-se em um substitutivo a esses métodos usuais”, de modo que seria inaceitável a interpretação contida no acórdão recorrido de que “na lacuna de ato do Secretário da Fazenda, torna-se a empresa transportadora INAUDITÁVEL, no tocante ao seu consumo de óleo diesel”.

Noutro ponto da peça de recurso, assevera o ilustre representante fazendário que “Percebe-se no presente feito que a estimativa fiscal para o consumo médio por km rodado, 2,5 km/l e 5,0 km/l, foi muito mais favorável à recorrida que nos 5 autos de infração citados na sentença cameral como paradigma [que fixavam o consumo médio em 1,8 km/l e 2 km/l] [...] ou seja, no presente trabalho a fiscalização foi bem mais conservadora do que nos outros feitos ao proceder o arbitramento, o que demonstra a lisura do trabalho efetuado”.

Apesar do esforço argumentativo que entretetece a peça recursal, ao nosso entendimento, as razões aduzidas pela Fazenda Pública Estadual não se sustentam.

Não há fundamento jurídico-legal para se concluir que, ante a ausência de ato do Secretário da Fazenda que estabeleça os parâmetros relacionados ao consumo médio de combustível, o Fisco pode estimar o referido consumo com base em métodos de auditoria para o fim de glosar o crédito fiscal do contribuinte.

Aliás, ao contrário do afirmado, há atribuição expressa de poder normativo ao Secretário da Fazenda, no inciso IV, alínea “b” do § 6º do art. 46 do RCTE, para estabelecer os “parâmetros relacionados ao consumo médio de combustível de

acordo com as características dos veículos utilizados na prestação, com vistas a limitar o valor do crédito a ser apropriado”, de modo que o agente do Fisco não pode definir de moto próprio o consumo médio de combustível, mesmo porque a fixação dos “parâmetros para este fim” é uma atividade normativa (de caráter geral e abstrato) que precede a definição particularizada do consumo médio.

Além do mais, a fixação do consumo médio a partir de parâmetros eleitos pelo próprio agente do fisco cria uma desuniformização que contraria o princípio da vinculação do ato administrativo de lançamento e abala a impessoalidade que deve dirigir os procedimentos fiscais, uma vez que existirão tantas fórmulas de cálculo de consumo médio quantos forem os auditores designados para esse tipo de fiscalização.

De se ver que o acórdão recorrido não veda nenhum método de auditoria tampouco torna a empresa transportadora inaudível, no tocante ao seu consumo de óleo diesel, como quer a recorrente, mas reconhece que é dever da administração tributária fixar, por ato do Secretário da Fazenda, os parâmetros para o cálculo consumo médio de combustível, parâmetros estes que não serão arbitrários, visto que devem levar em consideração as características dos veículos, isto é, a potência, a capacidade, a quantidade de eixos, o tipo de veículo, se utilizado para transporte de carga ou de passageiro, etc. Se tais parâmetros não foram estabelecidos, a única conclusão a que se pode chegar é a de que a administração tributária não quer que o Fisco proceda ao tal cálculo do consumo médio visto que não lhe forneceu as regras de medida para este mister.

Por outro lado não é verdade que as auditorias, sejam elas quais forem, se prestem para estabelecer estimativas e, ainda por cima, para utilizá-las como instrumento para limitar o valor do crédito fiscal a ser apropriado pelo sujeito passivo. Ao Fisco somente é conferido o poder de desprezar os dados fiscais e as informações fornecidas pelo contribuinte quando estes sejam omissos ou não mereçam fé, donde terá lugar a figura do arbitramento (CTN, art. 148). Aí, sim, abre-se a possibilidade de uso de meios supridores da imprestabilidade das informações fiscais, inclusive a aplicação de índices médios.

Dáí, pode-se concluir que não é dado ao agente do Fisco chegar ao contribuinte prestador de serviços de transporte de carga e dizer: “Se seus caminhões consumirem mais do que a média de consumo que eu estou estabelecendo, segundo o critérios e parâmetros que eu entendo corretos, será glosado o crédito fiscal relativo ao excesso de consumo!”. Ora, não é preciso muito esforço para reconhecer que este tipo de proposição é antijurídica. O ato administrativo de lançamento é regrado, pautado pela norma jurídica positivada, vinculado às leis, aos regulamentos e às normas complementares expedidas pelas autoridades administrativas. Destarte, o agente administrativo não pode, a seu talante, criar uma norma jurídica dirigida a um caso concreto e submeter o contribuinte ao seu cumprimento.

Muito ilustrativa é limitação ao crédito imposta aos produtores rurais pela Instrução Normativa nº 673/04-GSF, de 2 de julho de 2004, a qual, no parágrafo único do art. 17 estabeleceu que “O crédito do imposto relativo à aquisição do óleo

diesel pelo contribuinte referido no caput, efetivamente consumido em máquina agrícola, fica limitado a 85 (oitenta e cinco) litros por hectare da área utilizada para agricultura, por safra, e a 48 (quarenta e oito) litros, a cada 4 (quatro) anos, por hectare para pecuária”. Sem entrar no mérito da validade da limitação ante a ordem jurídica constituída, é de se perguntar: Antes da edição da IN, o agente do Fisco poderia, em substituição à autoridade que detém o poder normativo, estabelecer limitação semelhante e aplicá-la aos contribuintes sob sua fiscalização? Parece óbvio que não.

No exemplo citado, em tudo, há similitude com o presente caso. Cuida-se de se estabelecer uma limitação ao crédito do imposto relativo à aquisição de combustíveis. No caso normatizado, a limitação se justificaria como restrição a que o crédito correspondesse apenas ao combustível efetivamente consumido em máquina agrícola na atividade agropecuária. No outro, a finalidade da limitação é restringir o crédito ao combustível efetivamente consumido em prestação de serviço iniciada no território do estado de Goiás. Não faz sentido o entendimento de que num caso é necessário o ato normativo e que no outro o agente do Fisco possa estabelecer, ao seu próprio juízo, a limitação.

Registre-se que as possibilidades de auditoria não se esgotam na prática de aplicação índices médios, que, como já dito, são característicos do procedimento de arbitramento. É possível, v. g., identificar a autenticidade de documento fiscal relativo à aquisição de combustível mediante análise da efetiva liquidação do título representativo da operação e, em caso de simulação, o referido documento fiscal é considerando inidôneo (CTE, arts. 65 e 67, VI) cabendo a glosa integral do crédito na forma do art. 57, V e VIII, do RCTE. Por outro lado, a segregação das operações iniciadas no estado de Goiás daquelas iniciadas em outros estados, para efeito de atribuição dos créditos a que tem direito o sujeito passivo, deve ser feita mediante cálculo proporcional na forma do inciso III do § 6º do art. 46 do RCTE. Nesses dois casos, ao lado de inúmeras outras técnicas de auditorias (as financeiras, por exemplo), não cabe invocar a aplicação de índices médios, donde não há razão para a FPE entender que sem a autonomia fiscal para fixar o consumo médio os contribuintes ficariam inauditaíveis.

O que fica efetivamente vedado, inclusive em caso de nova fiscalização do sujeito passivo autuado, é a utilização do consumo médio estimado, nos moldes constantes da inicial.

Por fim, contem equívoco a afirmação fazendária no sentido de que a adoção das médias de 2,5 km/l (caminhão ‘trucado’) e 5,0 km/l (carreta) “foi muito mais favorável à recorrida” do que a média fixada em autos de infração mencionados no acórdão recorrido, que utilizavam as médias de 1,8 km/l e 2 km/l. Com efeito, se no presente auto de infração foram adotadas médias 2,5 km/l e 5,0 km/l (maiores que as outras) significa que os veículos seriam mais econômicos, o que reduz o consumo de combustíveis e, em consequência, aumenta a glosa do crédito fiscal.

De qualquer forma, esta variação serve tão-somente para demonstrar a falta de uniformidade causada pela ausência de ato do Secretário da Fazenda que

venha estabelecer os parâmetros relacionados ao consumo médio de combustível, conforme antes já registrado.

Com a anotação destas razões adicionais, rejeito a preliminar de inadmissibilidade do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno e conheço do referido recurso para negar-lhe provimento e confirmar a decisão cameral que julgou nulo "ab initio" o processo por insegurança na determinação da infração.

Sala das sessões plenárias, em 06 de dezembro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Falta de cálculo de proporcionalidade de mercadorias retidas. Auditoria Mov. Financeiro (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00419/12

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão do registro de saídas de mercadorias tributadas correspondente ao déficit financeiro apurado, sem considerar a proporcionalidade de mercadorias sujeitas a retenção no fonte comercializadas no período. Insegurança na determinação da infração. Nulidade. Decisão unânime.

I - Nos termos do art. 20, IV, da Lei nº 16.469/09, são nulos os atos praticados com insegurança na determinação da infração.

II - O lançamento de crédito tributário, por omissão de saídas de mercadorias apurada mediante auditoria no movimento financeiro, deve levar em consideração a proporcionalidade de mercadorias normalmente tributadas, comercializadas no período. Havendo demonstração de que ocorreram saídas de mercadorias tributadas e de mercadorias adquiridas com o imposto retido, sem o cálculo da proporcionalidade pelas respectivas entradas, deve o auto de infração ser anulado por insegurança na determinação da infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 03 de fevereiro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, de insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Antônio Martins da Silva e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo, no período de janeiro a dezembro de 2005, omitiu o registro de operações de saídas de mercadorias

tributadas, caracterizado pela ocorrência de Déficit Financeiro na importância de R\$ 21.074.843,16, apurado mediante confronto do fluxo de numerário, observados os saldos inicial e final das disponibilidades, conforme demonstrativos da Auditoria do Movimento Financeiro, deixando de recolher o ICMS no valor de R\$ 3.582.723,34.

Consta, ainda, na descrição da ocorrência, que os valores foram extraídos do banco de dados da DPI, tendo em vista o não atendimento à notificação publicada no Diário Oficial do Estado, que resultou na lavratura do Auto de Infração n. 4011002205960, para reclamação de multa formal.

O auto de infração, lavrado no dia 19.07.2010, encontra-se instruído com: Demonstrativo do Movimento Financeiro (fls. 04) e com cópia do Auto de Infração n. 4011002205960 (fls. 05).

Em sua impugnação (fls. 13/21), o sujeito passivo se limita a arguir a decadência referente a parte do período de referência do lançamento e a nulidade do auto de infração por incompetência funcional da autoridade lançadora, insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa. Com relação à incompetência funcional, argumenta que a empresa é de grande porte e o autuante, pertencente à classe II, não tem Portaria do Secretário da Fazenda para a realização do procedimento fiscal.

Com relação à insegurança e ao cerceamento, alega que na exigência inicial estão incluídos valores relativos a períodos já alcançados pela decadência e que é preciso que haja exposição clara dos cálculos que ditam o valor da exigência.

Na instância singular, o julgador confirmou a exigência inicial, destacando que o excesso de desembolso em relação aos ingressos comprovados configura omissão de registro de saídas de mercadorias tributadas, conforme art. 25, § 1º, IV, do CTE. Considera que nada foi apresentado para contraditar o trabalho fiscal e que a empresa não é de grande porte e não acolhe a arguição de decadência (fls. 35/36).

Nas suas razões de recurso voluntário (fls. 40/52), o sujeito passivo pede a reforma da sentença singular, sustentando os mesmos argumentos da peça impugnatória, quais sejam:

- a empresa é, sim, de grande porte e a própria SEFAZ tem as informações necessárias para essa conclusão. Cita a IN 504/01 que, em seu art. 1º, IV, considera de grande porte a pessoa jurídica que obtiver receita bruta igual ou superior a R\$ 3.500.000,00 (na redação vigente até 13.09.05);

- nulidade do auto de infração por incompetência funcional da autoridade lançadora, justificando que a empresa fiscalizada é de grande porte e o AFRE II não tem Portaria do Secretário da Fazenda para a realização do procedimento fiscal;

- pelo art. 150, § 4º, do CTN, a contagem do quinquênio decadencial se dá a partir da data da ocorrência do fato gerador. Conclui que os fatos geradores dos créditos tributários compreendidos entre 01.01.05 a 01.07.07 estão fulminados pela decadência, em razão do decurso de mais de cinco anos entre a ocorrência dos fatos geradores e o lançamento de ofício realizado em 19.07.10;

- o auto de infração é nulo, por insegurança na determinação da infração, pois o quantum apurado e ora reclamado não corresponde ao efetivamente devido pela recorrente, uma vez que se exige débito alcançado pela prescrição e que não deveria ser incluído no auto de infração;

O sujeito passivo teve cerceado o seu direito de defesa, pois possui endereço certo e não poderia ser intimado por edital para, no prazo de 3 dias, apresentar livros e/ou documentos fiscais e/ou contábeis comprobatórios das receitas/despesas do ano de 2005;

não existem no processo elementos suficientes para dimensionar com clareza a infração descrita no auto de infração, sendo imprescindível que a prática da infração fique comprovada e que haja exposição clara dos cálculos que ditam o valor da exigência.

As suas razões de impugnação estão acompanhadas de: cópia da Instrução Normativa n. 504/01-GSF (fls. 54/56); cópia da Declaração do Imposto de Renda de 2005, ano calendário de 2006 – tributação do lucro pelo “LUCRO REAL” (fls. 58 a 82); comprovantes do pagamento antecipado do ICMS mensal durante todo o período de 2005 – DAREs 2.1 referentes a recolhimentos do ICMS substituição tributária (código 124) relativos às notas fiscais que mencionam (fls. 84 a 387).

Por meio da Resolução n. 015/11, a Primeira Câmara determinou que o sujeito passivo fosse intimado para apresentar provas de que a empresa mantém escrita contábil. Conforme fls. 391, o advogado foi intimado, mas não se manifestou.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

DECISÃO

O crédito tributário reclamado no auto de infração é relativo às saídas promovidas à margem do controle fiscal, apuradas mediante auditoria no movimento financeiro da empresa referente ao exercício de 2005. O trabalho de auditoria fiscal foi realizado a partir das informações constantes da DPI, tendo em vista que o sujeito passivo não atendeu a notificação fiscal para apresentar os livros e documentos fiscais então exigidos.

Ressalta da análise do processo que há diversos equívocos e falhas que impedem a discussão do mérito da matéria objeto do lançamento.

Inicialmente, para verificação da existência de incompetência funcional da autoridade lançadora, foi solicitado que o contribuinte comprovasse que a empresa possui escrita contábil. O sujeito passivo não fez tal demonstração; contudo, o que se verifica pelos relatórios extraídos do Sistema SEFAZ, mediante consulta a DPI mensal, é de que a sua escrita, de fato, é contábil. Com relação ao porte da empresa, no próprio demonstrativo do movimento financeiro, foi informado que as vendas de mercadorias, no exercício de 2005, alcançaram o valor de R\$ 41.893.535,48, segundo dados extraídos da DPI, e conforme informado no próprio auto de infração.

Na apreciação da preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, o entendimento foi unânime no sentido de acolher essa arguição do sujeito passivo. A motivação principal está no fato de que o déficit financeiro apurado pela fiscalização foi totalmente atribuído a comercialização, sem a cobertura de documento fiscal, de mercadorias normalmente tributadas pelo ICMS, situação que não se confirma diante da constatação de que a empresa fez inúmeras aquisições de mercadorias com o recolhimento antecipado do imposto, no período de referência já mencionado, conforme DAREs 2.1 anexados aos autos, às fls. 84 a 387, juntamente com a peça recursal.

Também foi considerado, para o acolhimento dessa preliminar, o fato de que o Auto de Infração n. 4011002205960 - lavrado para reclamação de multa formal, pelo não atendimento de notificação publicada no Diário Oficial do Estado, para apresentação de livros e documentos fiscais - foi julgado improcedente na instância singular, em fevereiro de 2011, e, até o momento, a Representação da Fazenda Pública não interpôs recurso àquela decisão.

Por essas razões, o auto de infração deve ser anulado, por insegurança na determinação da infração, mas, por oportuno, cabe considerar que, em caso de reautuação, deve ser verificada a competência legal da autoridade lançadora diante das evidências, até o momento não desfeitas, de que a empresa é classificada como de grande porte e possui escrita contábil.

Assim, diante da previsão contida no art. 20, IV, da Lei n. 16.469/09, voto, acolhendo a preliminar de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração, arguida pela recorrente, e declaro nulo o processo desde o seu início.

Sala das sessões, em 29 de fevereiro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Fragilidade da documentação embasadora da autuação. Extravio de NF apreendidas (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01176/12

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: Processual. Recurso de ofício para afastar nulidade de auto de infração por insegurança na determinação da infração declarada por julgador singular. Recurso improvido por unanimidade.

Não conseguindo a Fazenda Pública Estadual demonstrar que a declaração de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, prolatada por julgador singular, contradiz dispositivo de lei ou as provas constantes nos autos, mister se faz ratificar a decisão anterior de nulidade do feito.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de abril de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou nulo "ab initio" o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo extraviou os documentos fiscais modelo 1, série 1, n. 001 a 025, conforme auto de infração nº 3029855866378 e cópia do termo de apreensão anexa. De consequência, foi reclamada a multa formal no valor de R\$ 226,89 por documento, perfazendo um total de R\$ 5.672,25 (cinco mil e seiscentos e setenta e dois reais e vinte e cinco centavos).

Foram indicados como infringidos os artigos 64 e 146, parágrafo único da Lei 11.651/2009, tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 71, XVIII, "A", da Lei 11.651/91 com redação da Lei 12.806/95.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: ordem de serviço nº 0086/2008 (fls. 03); termo de apreensão 1100096732-9 (fls. 04); cópia do auto de infração nº 3029855866378 (fls. 05).

A autuada foi intimada, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 06-07.

Em sua impugnação (fls. 09-10) o sujeito passivo alega que as notas n. 001 a 025 não podem ser consideradas extraviadas, porque foram apreendidas. Ao final, requereu a improcedência do lançamento.

Juntamente com as razões de impugnação foram trazidas aos autos as seguintes cópias: do termo de liberação e doação (fls. 11); da autorização para impressão de documentos fiscais (fls. 12); da concessão de autorização de impressão de documentos fiscais (fls. 13); do auto de infração (fls. 15); do requerimento do empresário (fls. 16); e dos documentos pessoais do sujeito passivo (fls. 17).

O julgador singular, fls. 22-23, julgou o processo nulo, por insegurança na determinação da infração, afirmando que "no caso, não ficou definido nas provas acostadas aos autos se realmente houve o extravio dos documentos fiscais, caracterizando assim, total indefinição quanto à acusação feita pelo autuante, ocorrendo a hipótese prevista no art. 19, inciso IV, da Lei nº 13.882/01.

Intimada, a Representação Fazendária insurgiu-se contra a decisão singular, aduzindo que as provas anexadas aos autos são suficientes para comprovar a existência da infração (fls. 24-25). O sujeito passivo foi intimado para contraditar o recurso, porém não se manifestou (fls. 26-29).

DECISÃO

Passo a julgar e tal qual o julgador singular considero que o feito encontra-se inquinado de vício processual insanável por insegurança na determinação da infração e por isso não deve prosperar. De fato, a exordial está embasada apenas com uma cópia reprográfica do Termo de Apreensão de nº 1100096732-9 (fl.04) no qual consta a retenção, pela Fazenda Pública Estadual-FPE, de cinco blocos de notas fiscais numeradas de 001 a 125.

Pois bem, alega a FPE no recurso de ofício de fls. 24/25 que “decorrente da mesma ação fiscal foi lavrado, além deste auto de infração, o de número 3 0298558 663 78, também julgado nulo em Primeira Instância, tendo como uma das motivações o fato de o bloco regularmente confeccionado não ter sido apreendido juntamente com o de notas paralelas, o que seria prova inequívoca da existência de dois blocos de notas com os mesmos números, sendo um deles paralelo, naturalmente. O lançamento ora sob análise traz a resposta: como poderia referido bloco de notas ter sido apreendido se estava extraviado?”

Ora, doutos julgadores, se a fiscalização tinha conhecimento de que existia outro bloco com a mesma numeração do primeiro, que aliás já fora apreendido, por que não notificou o sujeito passivo a apresentá-lo ao fisco? Ao não fazê-lo, prejudicou o próprio trabalho pois acusou o contribuinte de extravio documentação fiscal ao mesmo tempo em que apreendia os blocos de notas fiscais cuja numeração era tida como extraviada, o que é um paradoxo. Visto que tal hipótese é rejeitada de plano não somente pela legislação tributária como também pela lógica jurídica, considero que o feito apresenta notória contradição.

Ante o exposto, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso de ofício, negando-lhe provimento para manter a decisão singular que considerou nulo “ab initio” o lançamento ora em apreciação, por insegurança na determinação da infração.

Sala das sessões, em 30 de maio de 2012.

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Fragilidade da documentação embasadora da autuação. Saída interest. de matéria prima (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01491/12

Relator: Conselheiro Domingos Caruso Neto

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento de ICMS em razão da utilização indevida de crédito outorgado, na saída interestadual de medicamentos de uso humano. Comprovação de que boa parte das saídas interestaduais é de matéria prima, e não de medicamentos. Nulidade por insegurança na determinação da infração. Decisão unânime.

É nulo o auto de infração que formalizar a exigência de imposto não recolhido, em razão da utilização indevida de benefício fiscal, pela remessa interestadual de medicamentos de uso humano, se no processo administrativo tributário ficar comprovado que boa parte das saídas interestaduais autuadas é de matéria prima, mercadoria não sujeita ao regime de substituição tributária e, em consequência, disciplinada de forma distinta, no que se refere ao aproveitamento de benefícios fiscais.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 18 de maio de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, acatar 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 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, Carlos Andrade Silveira, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Aldeci de Souza Flor, Álvaro Falanque, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

Narra a acusação fiscal que o sujeito passivo omitiu pagamento de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), em razão da escrituração indevida de valores a título de crédito outorgado pois em remessas interestaduais de medicamentos de uso humano destinados à comercialização ou industrialização, não alcançou a meta mínima de arrecadação fixada pela administração tributária da Secretaria da Fazenda, por meio do Inciso II do § 2º da cláusula nona do TARE nº 342/2001-GSF.

Em consequência, é exigido o imposto no valor de R\$ 806.967,94 (oitocentos e seis mil, novecentos e sessenta e sete reais e noventa e quatro centavos), mais as cominações legais.

A ação fiscal é dirigida contra pessoa jurídica industrial e contra o sócio administrador pessoa natural.

Como parte da instrução processual, são anexados ao processo: ficha de identificação do sujeito passivo solidário (fls. 4); demonstrativo do estorno do crédito outorgado de 3% pelas saídas interestaduais (fls. 7 a 9); planilhas da Auditoria Básica do ICMS (fls. 10 a 33); cópia do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) nº 342/2001 (fls. 34 a 41); cópia do TARE nº 160/03 (fls. 42 a 43); cópia do TARE nº 202/06 (fls. 44 a 46); e cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 47 a 144).

Regularmente intimada, a sociedade empresária apresenta Impugnação (fls. 150 a 204), argumentando que o Inciso II do § 2º da cláusula nona do TARE nº 342/2001-GSF não pode produzir nenhum efeito no mundo jurídico, pois para o benefício previsto no inciso III do art. 11 do Anexo IX do RCTE, a legislação não prevê ou mesmo faculta a imposição de meta mensal de arrecadação, razão pela qual pugna pela improcedência do lançamento.

O sujeito passivo pessoa natural não comparece ao feito, tendo contra si lavrado termo de revelia.

Julgadora Singular, através da Sentença nº 2419/07 (fls. 208 a 210), decide pela procedência do lançamento.

Através de Recurso Voluntário (fls. 217 a 226), a sociedade empresária repete os argumentos apresentados em sua Impugnação, pugnando ao final pela improcedência do Auto de Infração.

A Segunda Câmara decidiu (fls. 228 a 231), por maioria, pela confirmação da decisão singular, que considerou procedente o lançamento.

Já em Recurso ao Conselho Pleno (fls. 235 a 261), o sujeito passivo argumenta que houve, no trabalho fiscal, incorreta determinação dos valores devidos, pois não se consideraram valores correspondentes a devoluções. Afirma que houve estorno do crédito outorgado, na própria escrita fiscal do contribuinte, em razão de devoluções, nos meses de novembro e dezembro de 2003, o que não foi considerado no levantamento fiscal. Acrescenta que o acórdão recorrido se fundamentou na inadimplência com o ICMS relativo a obrigação tributária vencida, cuja infração não foi objeto do lançamento. Aduz ainda que o benefício fiscal discutido foi criado pelo art. 1º da Lei nº 12.462/94, que estipulava, para as operações interestaduais, a concessão de crédito outorgado, conforme dispusesse termo de acordo específico e que dentro desse permissivo legal foi exarada a Instrução Normativa nº 326/98-GSF, que estabeleceu situações nas quais, mediante TARE, determinados produtos poderiam ser incluídos ou excluídos na lista de produtos sujeitos à concessão de crédito outorgado. Todavia, a Lei nº

14.065, de 26 de Dezembro de 2001, dispôs expressamente sobre a inexistência de condições, a serem estipuladas mediante TARE, para a fruição do crédito outorgado, revogando-se assim todas as normas infralegais que exigissem TARE para a fruição do benefício de 3% (três por cento) nas saídas interestaduais destinadas à industrialização, produção ou comercialização, inclusive aqueles expressos na IN nº 326/98-GSF. Clama, por fim, alternativamente pela improcedência, nulidade parcial a partir do acórdão ou pela adequação do valor da exigência.

O Conselho Pleno decidiu (fls. 282 a 285) pela nulidade parcial do processo, a partir de fls. 228, por cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo solidário, que não foi corretamente intimado.

Intimado a tomar conhecimento da decisão plenária, o sujeito passivo industrial apresentou a peça de fls. 289 a 306, reiterando o afirmado nas manifestações anteriores.

Após sanada a falha formal, ocorre nova apreciação em Segunda Instância (fls. 315 a 319), culminando com novo julgamento, por maioria, pela confirmação da decisão de Primeira Instância, de procedência do Auto de Infração.

Fundamenta-se a decisão no fato de que, de acordo com o art. 1º da IN nº 326/98-GSF, os produtos farmacêuticos e assemelhados, relacionados no inciso VIII, do Apêndice I, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, estão excluídos do benefício fiscal previsto no inciso III, do art. 11, do Anexo IX, do RCTE, salvo se estiverem discriminados em Termo de Acordo de Regime Especial, celebrado com a Secretaria da Fazenda.

No caso em análise, *“o Secretário da Fazenda anuiu com a celebração do regime especial autorizando a empresa atuada a escriturar como crédito outorgado a importância equivalente a 3% (três por cento) do valor das operações, na remessa de produtos farmacêuticos e assemelhados destinados a comercialização, produção ou industrialização, para as demais unidades da Federação, porém, para preservar a arrecadação estadual, impôs como condição o pagamento mensal de ICMS no valor mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme ficou estabelecido no inciso II, do § 2º, da Cláusula Nona, do Termo de Acordo de Regime Especial nº 342/2001-GSF. Com essas considerações, conclui-se, sem nenhum esforço, que em virtude de estar relacionadas no Apêndice I, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, as mercadorias vendidas pela empresa atuada estavam excluídas do benefício fiscal do crédito outorgado. O regime especial que tinha o condão de colocá-las sob o manto do favor fiscal estabeleceu como condição um pagamento mensal de ICMS no valor mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), que não foi cumprida pela empresa atuada”*.

O autor do voto vencedor destaca, ainda, que não procede a alegação de não terem sido considerados os estornos relativos às devoluções, pois estes foram registrados e computados pelo Fisco, conforme se observa no demonstrativo de fls. 20.

Inconformado, o sujeito passivo apresenta Recurso ao Conselho Pleno (fls. 323 a 777), argumentando que a decisão cameral partiu da premissa equivocada de que as saídas da empresa foram de produtos sujeitos à substituição tributária, os quais estariam excluídos da fruição do benefício do crédito outorgado de 3% (três por cento), exceto se discriminados em TARE. Afirma que, conforme demonstrado em Notas Fiscais anexas, as operações de saídas da empresa são principalmente com os produtos classificados nas posições 2902, 2903, 2904 e 2905, qual seja, produtos químicos a serem utilizados como matéria prima da indústria farmacêutica, não sujeitos ao regime de substituição tributária. Acrescenta o afirmado em peças anteriores e, ao final, pede que sejam excluídos do presente lançamento todas as saídas que tratam de produtos não sujeitos à substituição tributária, e quanto aos sujeitos ao regime pede também a exclusão, com fundamento no fato de que a lei que expressamente exigia TARE para a fruição do benefício fiscal somente vigorou até 26.12.2001; que com a expressa dispensa legal de termo de acordo em virtude da alteração legislativa, foram tacitamente revogadas as normas inferiores em sentido contrário, o que inclui a Instrução Normativa nº 326/98; que nas situações nas quais o regulamento exige a celebração de termo de acordo como condicionante para a fruição de benefícios fiscais, o faz em expresse amparo legal, o que inexistente no presente caso; e que não havendo permissivo legal, não pode uma Instrução Normativa estabelecer requisitos para utilização de benefícios fiscais, conforme o art. 176 do CTN. Anexa ao processo cópias do capítulo 29 da tabela do IPI, cópias do Livro Registro de Saídas e de 341 (trezentos e quarenta e uma) notas fiscais emitidas com as classificações fiscais 2841, 2921, 2932, 2933, 2934, 2935, 2941 e 3004.

Por fim, junta memoriais de fls. 780 a 783.

DECISÃO

No estado em que o processo se encontra, a questão relevante é que o autuante fundamentou seu trabalho na premissa de que as remessas interestaduais que geraram o estorno de ICMS foram de medicamentos de uso humano destinados à comercialização ou industrialização, pois não alcançou a meta mínima de arrecadação fixada pela administração tributária da Secretaria da Fazenda, por meio do Inciso II do § 2º da cláusula nona do TARE nº 342/2001-GSF.

No desenvolvimento de sua tese defensiva, o sujeito passivo argumenta que as suas operações interestaduais ensejam a fruição do benefício fiscal do crédito outorgado de 3% (três por cento), sem a necessidade de celebração de TARE, em razão de a Lei nº 14.065, de 26 de Dezembro de 2001, dispôs expressamente sobre a inexistência de condições, a serem estipuladas mediante TARE, para a fruição do crédito outorgado, revogando-se assim todas as normas infralegais que exigissem TARE para a fruição do benefício de 3% (três por cento) nas saídas interestaduais destinadas à industrialização, produção ou comercialização, inclusive aqueles expressos na IN nº 326/98-GSF.

Conforme relatado, a decisão recorrida fundamenta-se no fato de que, de acordo com o art. 1º da IN nº 326/98-GSF, os produtos farmacêuticos e

assemelhados, relacionados no inciso VIII, do Apêndice I, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, estão excluídos do benefício fiscal previsto no inciso III, do art. 11, do Anexo IX, do RCTE, salvo se estiverem discriminados em Termo de Acordo de Regime Especial, celebrado com a Secretaria da Fazenda.

Em comum, entre autuante e autor do voto vencedor, existe a premissa de que as remessas interestaduais foram de medicamentos destinados ao uso humano, produtos sujeitos à substituição tributária, incluídos no Apêndice I do Anexo VIII do RCTE.

Todavia, já em Recurso ao Conselho Pleno, o sujeito passivo apresenta prova inconteste da existência de um grande número de operações interestaduais com mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, através da juntada de notas fiscais referentes a remessas de sais dos ácidos oxometálicos ou peroxometálicos, compostos de função amina, compostos organo-inorgânicos, compostos heterocíclicos, ácidos nucléicos e seus sais, e sulfonamidas, produtos não farmacêuticos ou não sujeitos à substituição tributária, conforme se observa pelas classificações fiscais registradas nas notas fiscais emitidas.

É verdade que a possibilidade de apresentação de prova nova ao Pleno causa um certo transtorno processual. Todavia, recentemente, buscando a eficiência e maximizando as possibilidades de aperfeiçoamento do lançamento, houve uma alteração na legislação processual quanto à matéria.

Na vigência da Lei nº 13.882, de 23 de julho de 2001, era vedada a juntada de prova no Recurso ao Conselho Pleno, conforme se segue:

"Art. 35. O julgamento em segunda instância realizar-se-á em sessões camerais e/ou plenárias, de acordo com as prescrições desta lei e do Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário.

§ 1º Cabe recurso para o Conselho Pleno, quanto à decisão cameral:

I - não unânime;

II - unânime:

(...)

§ 4º O recurso remete o processo ao conhecimento do Conselho Pleno para apreciação do acórdão proferido, não comportando diligência ou juntada de provas".

De outra forma dispõe a Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009, que atualmente regula o processo administrativo tributário no Estado de Goiás, nestas palavras:

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

I - não unânime;

II - unânime:

(...)

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.

(...)

§ 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”.

Assim, consagrando o princípio da verdade material, a vedação à apreciação, no Conselho Pleno, de prova nova, foi relativizada na lei processual. A partir da vigência da Lei nova, admite-se a juntada de prova baseada em outra cuja falsidade seja comprovada; ou quando apresentada prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento e que por si só possa modificá-lo.

Aqui, destaco que a existência de um grande número de remessas interestaduais de mercadorias não sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores é fato que se ignorava na ocasião do julgamento e por si só pode modificar o Lançamento, através da exclusão, da lide, das operações não sujeitas ao regime de substituição tributária. E neste momento, já não é mais possível converter o julgamento em diligência, para planilhamento e exclusão das numerosas operações não sujeitas ao regime de substituição tributária, verificando inclusive a repercussão das exclusões nos efetivos aproveitamentos de créditos.

A natureza destas operações provavelmente também não foi percebida pelo autuante, que de forma lógica presumiu, pela atividade do contribuinte, que todas as suas saídas interestaduais se dariam com medicamentos de uso humano, conforme descrito no Auto de Infração. Ademais, observa-se que o contribuinte apropriou crédito outorgado a partir da totalidade de suas saídas, valores correspondentes aos estornos promovidos pelo Fisco. Tal presunção, todavia, não se confirma no curso do processo administrativo tributário.

Observo que, não confirmada a presunção de que todas as saídas do contribuinte são de medicamento para uso humano, as operações deveriam ter sido analisadas uma a uma, se possível a partir da utilização dos arquivos magnéticos do contribuinte, devendo ser incluídas na lide somente as remessas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, e as demais excepcionadas pela IN nº 326/98-GSF, no que se refere à exigência de TARE para a celebração do benefício. E se for o caso, o estorno do crédito deveria ser compensado, na Auditoria Básica do ICMS, com outros créditos a que o contribuinte fizesse jus, pela realização das operações objeto do lançamento.

Ante o exposto, em consonância com a unanimidade de meus pares, e com a concordância da representação fazendária, voto em preliminar pela nulidade desde o início do processo, por insegurança na determinação da infração.

Sala das sessões plenárias, em 03 de julho de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Interpretação equivocada dos lançamentos contábeis analisados. Suprimento indevido (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02686/12

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: PROCESSUAL. Auditoria das Disponibilidades. Suprimento indevido de caixa. Omissão de saída. Decisão cameral. Nulidade. Insegurança na determinação da infração. Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno conhecido e improvido. Decisão não unânime.

1. São nulos os atos praticados com insegurança na determinação da infração (Lei nº 16.469/09, art. 20, IV);

2. A constatação de lançamento na contabilidade a débito da conta CAIXA e a crédito da conta BANCO C/MOVIMENTO, ou vice-versa, ainda que relativo a um simulacro de transferência de recursos, eis que a prova constante dos autos é que os mesmos foram destinados a terceiros, não caracteriza suprimento indevido de caixa presumidamente decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, tendo em vista que constitui apenas um fato permutativo entre contas componentes do subgrupo disponível, não resultando, destarte, injeção de recursos no caixa da empresa;

3. Deve ser confirmada a decisão cameral que declarou 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 04 de setembro de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que acolheu a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Jorge

Antônio Bezerra Oliveira e Delcídes de Souza Fonseca. Vencido o Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato, que votou conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e afastar a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, devendo os autos retornarem a Câmara Julgadora para a apreciação de toda a matéria.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco é no sentido de que a empresa omitiu registro de saída de mercadoria tributada nos valores e períodos indicados nos campos próprios do auto de infração, caracterizada pelo suprimimento indevido nas contas representativas do disponível.

Foram mencionados como infringidos o art. 25 § 1º, inciso III, e art. 64, ambos da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 141, do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade previstas no art. 71, inciso VII, alínea "I", c/c o § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

Foram arrolados como solidárias as seguintes pessoas naturais:

1 – [...], na qualidade de sócio-administrador da empresa atuada, nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91;

2 - [...], na qualidade de sócia-administradora da empresa atuada, nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91;

3 - [...], na qualidade de responsável pela contabilidade da empresa atuada, nos termos do art. 45, inciso XIII, da Lei nº 11.651/91;

4 - [...], na qualidade de administrador da empresa atuada, nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com os seguintes documentos:

1 - Nota Explicativa, de fls. 10 a 17, detalhando os procedimentos de auditoria, bem como as irregularidades constatadas.

2 - Demonstrativos da Auditoria das Disponibilidades (fls. 26 a 242);

3 - Cópias de extratos das contas correntes bancárias da empresa atuada, de fls. 243 a 385;

4 - Cópia do livro Diário, de fls. 386 a 1382.

Devidamente intimados para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação os sujeitos passivos compareceram ao processo por meio de peça de fls. 1393 a 1400, pedindo, inicialmente a exclusão dos solidários, sob os seguintes fundamentos:

1 - Que na qualidade de sócios [...] e [...], outorgaram poderes de administração para [...], portanto, não praticaram nenhum ato de gestão da empresa atuada;

2 - Que o Sr. [...], na qualidade de gestor da empresa atuada não cometeu fraude e tampouco agiu com excesso de poderes ou infração à lei;

3 - Que o Sr. [...], na qualidade de responsável pela contabilidade da empresa atuada agiu de boa-fé, não podendo, portanto, ser responsabilizado por possíveis falhas na contabilidade.

Em seguida, arguíram a nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração porque o lançamento foi efetuado com base apenas em presunções.

Ao final, pugnaram pela improcedência do lançamento afirmando que iriam apresentar demonstrativos contraditórios com a finalidade de provar a inocorrência das irregularidades apontadas pelo fisco.

Por meio da Sentença nº 2.304/2011, de fls. 1412 a 1416 a julgadora singular excluiu da lide o solidário [...] e considerou procedente o lançamento.

Por intermédio do Despacho nº 1239/2011, de fls. 1417, a Representação Fazendária manifestou a sua concordância com a decisão monocrática.

Inconformada a empresa atuada e os solidários remanescentes interpuseram o recurso voluntário de fls. 1424 a 1431, pleiteando a reforma da decisão singular para excluir da lide os solidários e considerar improcedente o lançamento ou, alternativamente, declará-lo nulo por insegurança na determinação da infração.

Posteriormente promoveram a juntada do aditivo ao recurso voluntário de fls. 1439 a 1450, afirmando que o lançamento contábil a débito da conta CAIXA e a crédito da conta BANCO C/MOVIMENTO não caracteriza suprimento indevido de caixa porque as contas debitadas e creditadas pertencem ao subgrupo disponível.

Em sessão realizada no dia 17 de outubro de 2011 a Quarta Câmara Julgadora, por maioria de votos, acolheu a preliminar de insegurança na determinação da infração arguida pela empresa atuada e declarou nulo ab initio o lançamento, alegando que eventuais equívocos na contabilidade não constituem elementos suficientes para comprovar a omissão de registro de saída de mercadorias.

Inconformada com a decisão cameral a Representação Fazendária interpôs o recurso ao Conselho Pleno, de fls. 1457 a 1458, objeto do presente julgamento, afirmando que os suprimentos indevidos das disponibilidades estão perfeitamente identificados na nota explicativa juntada pelos autores do procedimento e que os registros contábeis analisados não se amoldam à hipótese de suprimento indevido de caixa, tendo em vista que os lançamentos contábeis a

débito da conta caixa eram provenientes de recursos existentes na conta bancária da empresa.

Na contradita de fls. 1467 a 1473 os sujeitos passivos pedem a manutenção da decisão cameral.

Posteriormente os sujeitos passivos aditaram as contra-razões por meio da peça de fls. 1477 a 1485, afirmando que a utilização da escrita contábil para fins de arbitramento da base de cálculo está condicionada a desclassificação da escrita fiscal.

Afirmaram, ainda, que no exercício fiscalizado (2008) as vendas registradas da empresa foram de R\$ 3.243.095,00 (três milhões, duzentos e quarenta e três mil e noventa e cinco reais) e as compras registradas foram de apenas R\$ 1.719.762,00 (um milhão, setecentos e dezenove mil e setecentos e sessenta e dois reais), situação que comprova a desnecessidade de suprimento indevido de caixa.

Promoveram a juntada de cópia dos livros fiscais relativos ao exercício fiscalizado.

É o relatório.

DECISÃO

As irregularidades narradas nas notas explicativas como caracterizadoras do suprimento indevido de caixa foram perpetradas, segundo os autores do procedimento, com a utilização dos seguintes subterfúgios:

"SUPRIMENTOS INDEVIDOS A DÉBITO DA CONTA CONTÁBIL 1.1.1.01.0001.01 - CAIXA E A CRÉDITO D ACONTA CONTÁBIL 1.1.1.01 - BANCOS CONTA MOVIMENTO, REFERENTES A DOCUMENTOS LIQUIDADOS VIA COMPENSAÇÃO BANCÁRIA ATRAVÉS DE TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA - ON LINE, PAGAMENTO DE TÍTULOS, EMISSÃO DE DOC E TED - TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA DISPONÍVEL E CHEQUES ENTRE CONTAS-CORRENTES, CONTABILMENTE INEZEQUÍVEIS (RECURSOS DESTINADOS À OUTRA CONTA CORRENTE E NÃO AO CAIXA DA EMPRESA)."

[...]

"SUPRIMENTOS INDEVIDOS A DÉBITO DA CONTA CONTÁBIL 1.1.1.01 - BANCOS CONTA MOVIMENTO E A CRÉDITO DA CONTA CONTÁBIL 1.1.1.01.0001 - CAIXA, REFERENTES A TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA - ON LINE, EMISSÃO DE DOC E TED - TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA DISPONÍVEL E CHEQUES ENTRE CONTAS-CORRENTES, CONTABILMENTE INEZEQUÍVEIS (RECURSOS ORIUNDOS DE OUTRA CONTA CORRENTE E NÃO DO CAIXA DA EMPRESA)"

Constam, ainda, das notas explicativas os seguintes registros:

"Constatamos no exercício de 2008 que a conta CAIXA da entidade fora indevidamente suprida através de cheques compensados pelos serviços de compensação bancária e lançados a débito da conta CAIXA como recurso, sem o devido registro a crédito dessa conta, referente ao gasto realizado.

[...]

Restou seguidamente constatado o suprimento indevido de Caixa, já que os referidos cheques compensados tiveram como destino de seus numerários outra conta corrente bancária e não seu Caixa, e pela inexistência de lançamento a crédito de Caixa, no mesmo valor do cheque compensado, para re-equilíbrio dos saldos de suas contas de disponibilidades. De fato, o que se configura é a liquidação de obrigações da entidade para com terceiros sem registro (DESEMBOLSOS NÃO CONTABILIZADOS), e com contrapartida contábil a débito de Caixa, proporciona o suprimento indevido de disponibilidades.

Constatamos ainda no exercício de 2008, por diversas vezes, conforme AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES, que as contas contábeis Bancos c/Movimento (CEF CONTA 90-4, BRADESCO - CONTA 0022022-1 e BANCO DO BRASIL - CONTA 31150-2) da entidade foram indevidamente supridas pela conta CAIXA da empresa, sendo que na verdade os recursos tem origem em transferência eletrônicas - TED, DOC, Cobranças Bancárias e Resgates de Aplicações Financeiras, ao se analisar os registros que subsidiaram os referidos lançamentos, em especial os extratos bancários fornecidos pela entidade fiscalizada, sendo as incorreções contábeis presumivelmente representativas de omissão de receitas estornadas."

Pois bem, da análise das notas explicativas, extrai-se que os atuantes entenderam como correto o procedimento da empresa consistente em utilizar a conta CAIXA como conta de passagem ou centralizadora de todos os recebimentos pagamentos, materializado por meio do lançamento a débito da conta CAIXA e a crédito da conta BANCO C/MOVIMENTO de todos os valores debitados na conta corrente bancária e a débito da conta BANCO C/MOVIMENTO e a crédito da conta CAIXA de todos os valores creditados na conta corrente bancária, de tal sorte, que os pagamentos efetuados, ainda que por meio de cheques liquidados por meio do serviço de compensação bancária são contabilizados por intermédio de lançamentos a crédito da conta CAIXA.

Referidos lançamentos, no entanto, foram considerados como SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA em razão da não localização na contabilidade de lançamentos a crédito de CAIXA relativos aos pagamentos efetuados por meio dos cheques liquidados por meio do serviço de compensação bancária.

Reputo como equivocada a conclusão a que chegaram os autores do procedimento, tendo em vista que os lançamentos fustigados referem-se a transferências simbólicas dos recursos constantes dos cheques liquidados via compensação bancária da conta BANCO C/MOVIMENTO para a conta CAIXA,

utilizada como conta de passagem ou centralizadora dos pagamentos e recebimentos, não resultando, destarte, qualquer acréscimo nos valores das disponibilidades, não se amoldando, à evidência, a hipótese de suprimento indevido de caixa prevista no inciso III, do § 1º, do art. 25, da Lei nº 11.651/91.

É oportuno observar que o vocábulo suprir significa crescer, suplementar, aumentar, e que a ferramenta denominada Auditoria das Disponibilidades concebida pela administração tributária para apurar anomalias no fluxo financeiro das empresas, encontrada no Roteiro 06, do Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais adotado pela Instrução de Serviço nº 010/1993-DFIS e atualizado pela Instrução de Serviço nº 002/2001-DFIS, concebida e estruturada para verificação da regularidade nas contas do subgrupo DISPONÍVEL, em relação ao SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA, assevera o seguinte:

"5.3 - SUPRIMENTOS INDEVIDOS - Consistem na injeção de recursos respaldados em fatos econômicos fictícios ou de procedência duvidosa, presumivelmente obtidos através de vendas de mercadorias ou prestações tributadas realizadas à margem da contabilidade. Como formas mais frequentes de suprimento ilegal de "caixa" temos:

5.3.1 - Empréstimos de sócios, titular, administradores, ou em nomes fictícios à empresa sem a comprovação da origem e da efetiva entrega dos recursos;

5.3.2 - Simulação de vendas de bens do ativo permanente;

5.3.3 - Simulação de recebimentos de duplicatas ou outros títulos de crédito que não correspondem a lançamento anterior de origem do direito (documentos 'frios');

5.3.4 - Recebimento de numerário proveniente de descontos de títulos de crédito, em instituições financeiras, que tenham sido emitidos simulando vendas de mercadorias;

5.3.5 - Aumento de contas do patrimônio líquido (falso aumento de capital, no mais das vezes) sem a comprovação da origem e da efetiva entrega à empresa dos respectivos recursos (vide 'Auditoria de Contas do Patrimônio Líquido');

5.3.6 - Realização fictícia de capital em bens móveis, que, por sua vez, também são ficticiamente alienados a terceiros;

5.3.7 - Pagamento de obrigações ou despesas e aquisições para o ativo a crédito de contas do patrimônio líquido (portanto, sem a correspondente baixa em caixa);

5.3.8 - Lançamento a débito em caixa não respaldado por documentação hábil e idônea;

5.3.9 - *Simulações de operações bancárias decorrentes de retiradas de numerário de contas bancárias inexistentes ou da emissão de cheques não efetivamente apresentados aos bancos e que, posteriormente, são cancelados ou têm seus efeitos anulados por depósitos em iguais valores também simulados, sendo debitadas em ambas situações à conta 'caixa'. A conciliação dos extratos bancários deverá evidenciar estas irregularidades;*

5.3.10 - *Lançamentos de saques de cheques efetivados e posterior depósito do valor sacado, sendo este último fato contábil não lançado a crédito de 'caixa'. A conciliação dos extratos bancários deve ra evidenciar esta irregularidade;*

5.3.11 - *Lançamentos duplos a débito de caixa, relativamente a um mesmo fato econômico;*

5.3.12 - *Lançamento de cheques devolvidos a débito da conta 'caixa';*

5.3.13 - *Simulação de recebimentos de dividendo de ações de outras companhias;*

5.3.14 - *Simulação de recebimentos de receitas não operacionais, tais como: aluguéis, prestação de serviços, rendimentos de aplicações financeiras;*

5.3.15 - *Suplementação de vendas sem o correspondente lançamento nos livros fiscais (vide Auditoria Comparativa Contábil Fiscal);*

5.3.16 - *Compensação de contas do Passivo Exigível em contas do Ativo;*

5.3.17 - *Simulação de vendas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou com o imposto retido na fonte;*

5.3.18 - *Superfaturamento de mercadorias isentas, não tributadas e/ou com o imposto retido na fonte;*

5.3.19 - *Simulação de devolução de compras à vista, o que permite, além do suprimento de caixa, a comercialização das mercadorias sem emissão de notas fiscais;*

5.3.20 - *Depósitos bancários não contabilizados."*

Nas Notas de Rodapé nº 04 e 05, o referido manual de auditoria registra as seguintes advertências:

"NOTA 4: 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.

[...]

NOTA 15: As movimentações entre as contas caixa e bancos e interbancárias não alteram o resultado da reconstituição do fluxo de numerário, pois um mesmo lançamento é computado a débito (relatório "Ingressos Contabilizados") e a crédito (relatório "Desembolsos Contabilizados")."

Ora, os recursos encontravam-se depositados na conta corrente bancária devidamente contabilizada, portanto, pertenciam as disponibilidades da empresa e, assim, foram utilizados para liquidação de obrigações, sendo certo que os cheques foram liquidados por meio do serviço de compensação bancária, conforme comprova os extratos bancários juntados ao processo, não havendo, portanto, nenhuma dúvida no sentido de que referidos recursos saíram da conta bancária com destino a terceiros, no entanto, ao invés de creditar a conta contábil BANCO C/MOVIMENTO e debitar a conta contábil representativa da obrigação liquidada como sói ocorrer, a empresa debitou a conta CAIXA e creditou a conta BANCO C/MOVIMENTO, simulando uma transferência dos recursos para a conta CAIXA, utilizada, como dito anteriormente, como conta de passagem ou centralizadora que, obrigatoriamente, deveria ter sido creditada pelo valor dos pagamentos efetuados por meio dos cheques, situação que, segundos os autores do procedimento não ocorreu.

É absolutamente verdadeira a afirmação dos autores do procedimento no sentido de que, nessa situação, ao mesmo tempo em que se resgata ou paga uma obrigação monetária para com terceiros por meio de cheques liquidados por meio do serviço de compensação bancária sem o correspondente lançamento a crédito da conta CAIXA ou BANCO C/MOVIMENTO a empresa mantém intacto o saldo das disponibilidades para pagamento de outras obrigações.

O que está equivocada é a conclusão no sentido de que referida irregularidade indica suprimimento indevido de caixa. Ao meu sentir, parece óbvio que manter saldo devedor fictício das disponibilidades em razão da ausência do lançamento a crédito de CAIXA dos valores relativos a pagamentos efetuados se amolda com perfeição à figura do DESEMBOLSO NÃO CONTABILIZADO passível de ajuste por meio da inserção dos valores no formulário próprio e transportados para a coluna crédito do formulário RECONSTITUIÇÃO, para fins de recomposição do saldo das disponibilidades, podendo configurar saldo credor fictício ou em montante superior ao comprovado na escrita contábil ou, quando nada, saldo das disponibilidades reconstituído em valor inferior ao constante da escrita contábil, ambos presumidamente decorrentes de operação ou prestação tributada não registrada, nos termos dos incisos II e VII, do § 1º, do art. 25, da Lei nº 11.651/91. Vejamos:

"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:

[...]

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;

[...]

VII - ao saldo das disponibilidades existentes ou das constantes do balanço da empresa que exceder ao saldo reconstituído, na mesma data;"

Para extremar o suprimento indevido de caixa do desembolso não contabilizado, podemos afirmar que o primeiro é caracterizado por uma ação da empresa no sentido de internalizar no caixa recursos oriundos de operação ou prestação tributada não registrada, ou seja, o famigerado "CAIXA 2", portanto, a sua caracterização exige prova inequívoca da entrada de recursos no caixa, formalizada, geralmente, por meio de um dos subterfúgios inventariados nos itens 5.3.1 a 5.3.20, do Roteiro 06, do Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais.

O segundo é caracterizado por uma omissão da empresa no sentido de omitir a contabilização de pagamentos comprovadamente efetuados por qualquer meio (moeda corrente, cheques, transferência bancária, etc.), redundando na manutenção de saldo devedor fictício das disponibilidades passível de ser utilizado para a realização de outros pagamentos.

Resumindo, o suprimento é verificado no momento da entrada dos recursos no caixa, enquanto a não contabilização dos pagamentos é verificada no momento da saída dos recursos do caixa.

No caso vertente, o lançamento contábil a débito da conta CAIXA e a crédito da conta BANCO C/MOVIMENTO, embora realizado com base em fato econômico inexistente, tendo em vista que os cheques liquidados por meio do serviço de compensação bancária, indicam, sem sombras de dúvidas, a saída de recursos da conta bancária com destino a terceiros e não com destino ao caixa, como indicado no lançamento em comento, não resultou em injeção de recursos no caixa da empresa, não configurando, dessa forma, o suprimento indevido de caixa.

O lançamento contábil a débito da conta CAIXA e a crédito da conta BANCO C/MOVIMENTO, ainda, que registrando um simulacro de transferência de recursos, constitui um fato permutativo entre contas componentes do subgrupo disponível e, conseqüentemente, não altera o fluxo de numerário da empresa, conforme afirma com muita propriedade a Nota de Rodapé nº 15, do Roteiro 06 do Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais.

É sintomático o fato de a acusação versar sobre suprimento indevido de caixa e, no entanto, para se defender da acusação não é exigido da empresa nenhum movimento no sentido de provar que não praticou nenhuma ação no sentido de injetar recursos indevidamente no seu caixa, mas sim, que não omitiu a contabilização de pagamentos comprovadamente realizados por meio de cheques emitidos e liquidados por meio de compensação bancária.

Chama atenção o fato de os autores do procedimento afirmarem que não localizaram no livro Diário da empresa nenhum lançamento contábil a crédito de caixa relativo aos cheques liquidados por meio do serviço de compensação bancária, cujos valores foram transferidos simbolicamente da conta BANCO C/MOVIMENTO para a conta CAIXA, vale dizer, mais ou menos 1.300 (um mil e trezentos) cheques relacionados nos demonstrativos de fls. 36 a 242.

Nesse ponto, abro um parêntese para observar que no recurso voluntário de fls. 1439 a 1450, a empresa autuada menciona, a título de exemplo, que os cheques nº 00165 e 900967, da Caixa Econômica Federal, relacionados no demonstrativo de fls. 39, como liquidados pelo serviço de compensação bancária e sem o necessário registro a crédito da conta caixa relativo à obrigação resgatada e, no entanto, referidos cheques foram emitidos em pagamento das duplicatas relativas às Notas Fiscais nº 736368 emitida pela empresa [...] e 41781 emitida pela empresa [...].

Verificando o livro Diário da autuada, conseguimos localizar o lançamento a crédito de caixa relativo ao pagamento da Nota Fiscal nº 736368 emitida pelo Abatedouro São Salvador, contabilizada como compra à vista no dia 08/01/08 (pág. 15 do livro Diário nº 01) às fls. 399 do presente processo, no valor de R\$ 560,00 (quinhentos e sessenta reais), exatamente o valor do cheque nº 900697, constante do extrato bancário de fls. 318, liquidado por meio do serviço de compensação bancária, fato que autoriza a conclusão no sentido de que embora as mercadorias tenham sido adquiridas a vista, foi acordado entre as partes que o cheque seria depositado 15 (quinze) dias após a sua emissão, situação difícil de ser detectada pela análise feita com base apenas no valor e na data da liquidação do cheque.

Nessa situação, o que ficou constatado não foi suprimento indevido e tampouco desembolso não contabilizado, mas sim, desembolso antecipado, tendo em vista que o caixa foi creditado no momento do recebimento das mercadorias e, no entanto, o pagamento foi efetuado por meio de cheque depositado pelo fornecedor 15 (quinze) dias após a entrega das mercadorias.

Comparando o número da primeira nota fiscal emitida pela empresa [...], contabilizada no exercício fiscalizado com o número 736368, extrai-se que provavelmente a mesma foi contabilizada no exercício anterior.

Esses fatos reforçam a nossa opinião externada em outros processos, no sentido de que a conferência relativamente a existência ou não do lançamento a crédito de caixa relativo aos pagamentos efetuados, feita somente com base nos valores e nas datas dos cheques liquidados por meio do serviço de compensação

bancária não confere a necessária segurança para afirmar que os desembolsos (pagamentos) não foram contabilizados, senão vejamos:

1 - No caso vertente, observa-se que a empresa contabiliza os salários pagos aos seus empregados de forma englobada, ou seja, pelo valor total da folha de pagamento. Assim, caso algum cheque liquidado por meio do serviço de compensação bancária tenha sido emitido para pagamento de um empregado a conferência com base apenas na data e no valor do cheque fica prejudicada, tendo em vista, que o caixa foi creditado pelo valor global da folha de pagamento. Assim, é evidente que não será localizado na contabilidade nenhum lançamento a crédito de caixa no valor do referido cheque;

2 - Observa-se, ainda, que as compras de mercadorias são contabilizadas individualmente, ou seja, pelo valor de cada nota fiscal. Assim, caso o cheque liquidado por meio do serviço de compensação bancária, tenha sido emitido para pagamento de diversas notas fiscais emitidas por um mesmo fornecedor, a conferência apenas pelo valor do cheque fica prejudicada, tendo em vista que não irá constar na contabilidade nenhum lançamento a crédito de caixa com o valor do referido cheque;

3 - É comum a ocorrência de emissão de cheques pré-datados para liquidação de obrigações, pagamento de despesas, compras de mercadorias, etc., contabilizadas como pagamento à vista. Assim, a conferência apenas com base no valor e na data do cheque liquidado por meio do serviço de compensação bancária fica prejudicada, tendo em vista que não será encontrado na contabilidade lançamento a crédito de caixa, no valor e na data da liquidação do cheque.

Assim, para que não paire nenhuma dúvida em relação à ausência de lançamento contábil relativo a pagamentos efetuados por meio de cheques liquidados por meio do serviço de compensação bancária, entendo que o procedimento mais prudente seria adotar, como medida preparatória, a notificação da empresa atuada para demonstrar e comprovar o liame entre os cheques e os lançamentos efetuados na escrita contábil, tendo em vista que é humanamente impossível, promover a conferência do crédito na conta caixa relativo aos pagamentos efetuados com base apenas nos extratos bancários e no livro diário e, quiçá, nas cópias dos cheques, cujo resultado seja confiável ao ponto de sustentar uma acusação de desembolso não contabilizado, conforme o nosso entendimento ou de suprimento indevido de caixa conforme o entendimento dos autuantes, tendo em vista as nuances acima mencionadas.

Fechando o parêntese, cumpre salientar que apesar de ambas as irregularidades serem presumidamente decorrentes de operação ou prestação não registrada, a diferenciação entre SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA e DESEMBOLSO NÃO CONTABILIZADO, antes de constituir preciosismo ou mero diletantismo do julgador, constitui, na verdade, em exigência do Roteiro 06 do Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais, adotado pela administração tributária que assevera que o suprimento indevido de caixa, indica a ocorrência de OMISSÃO DE VENDAS, independentemente da existência de SALDO DEVEDOR FINAL e, lado outro, que o desembolso não contabilizado deve ser é lançado na

coluna CRÉDITO do formulário RECONSTITUIÇÃO, de tal sorte que a OMISSÃO DE VENDA é verificada somente no momento em que for constatada a existência de SALDO CREDOR DE CAIXA ou, quando nada, no final do período auditado como SALDO DAS DISPONIBILIDADES EM VALOR SUPERIOR AO CONSTATADO NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL.

É fato que em algumas unidades da Federação, como Minas Gerais por exemplo, a diferenciação entre as duas irregularidades não é feita com muito rigor, tendo em vista que a legislação tributária e os roteiros de auditorias desses Estados determinam que o SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA seja glosado dos ingressos, redundando na recomposição do CAIXA, tal como ocorre com o DESEMBOLSO NÃO CONTABILIZADO.

A primeira irregularidade, como dito anteriormente, é decorrente de ação da empresa consistente em tentar internalizar na sua escrituração contábil recursos obtidos informalmente, oriundos de operação ou prestação tributada não registrada (CAIXA 2), por meio de lançamento contábil a débito de uma conta componente do subgrupo DISPONÍVEL e indicando como origem uma fonte falsa ou fictícia, mais comumente uma daquelas situações inventariadas nos itens 5.3.1 a 5.3.20, do Roteiro 06 do Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais.

A segunda consiste em omissão da empresa, deixando de creditar uma das contas do subgrupo DISPONÍVEL relativamente a pagamentos efetuados, com a finalidade de evitar a ocorrência de saldo credor ou manter saldo devedor fictício nas referidas contas (geralmente na conta caixa), para ser utilizado em outros pagamentos, situação que deve ser objeto de ajuste por meio da auditoria, suprimindo a omissão da empresa, registrando os valores dos DESEMBOLSOS NÃO CONTABILIZADOS a crédito das disponibilidades com a finalidade de apurar a ocorrência de saldo credor de caixa, que nem sempre ocorrerá na data do pagamento não contabilizado.

Assim, conforme indica o Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais a auditoria das disponibilidades deve iniciar pelo exame e investigação de todas as fontes que geraram os ingressos de numerários, objetivando identificar SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA que é perpetrado por meio da indicação de fonte fictícia.

O segundo passo constitui na análise da "baixa" dos recursos feita por meio do CRÉDITO da conta CAIXA ou BANCO C/MOVIMENTO, sendo certo que eventuais irregularidades constadas nesse ponto, mormente aquelas relacionadas com saída de recursos sem o registro a crédito de uma das contas acima mencionadas, vale dizer CAIXA ou BANCO, caracteriza DESEMBOLSO NÃO CONTABILIZADO que deve ser ajustado por meio do lançamento dos valores no formulário próprio para posterior transferência para a coluna CRÉDITO do formulário RECONSTITUIÇÃO operando, dessa forma, a reconstituição do CAIXA, podendo redundar em SALDO CREDOR DE CAIXA ou, quando nada, no final do período auditado como SALDO DAS DISPONIBILIDADES EM VALOR SUPERIOR AO CONSTATADO NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL e jamais SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA.

No caso vertente, verifica-se, sem nenhum esforço, que os autores do procedimento não apontaram nenhuma irregularidade relacionada com a entrada de recursos no CAIXA da empresa. Valeram-se, no entanto, de um lançamento contábil a débito da conta CAIXA e a crédito da conta BANCO C/MOVIMENTO relativo a transferência de recursos constantes de cheques liquidados por meio do serviço de compensação bancária e, na ausência do segundo lançamento a débito da conta representativa da obrigação liquidada por meio dos referidos cheques e a crédito da conta CAIXA, concluíram que ficou caracterizado o SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA, sem atentar para o fato de que o lançamento realizado não promoveu qualquer alteração no valor das disponibilidades e que a ausência do segundo lançamento redundou em manutenção de saldo devedor fictício na conta CAIXA, porém, em razão da não contabilização do desembolso e jamais em razão de suprimento indevido de caixa.

Em resumo, a irregularidade constatada foi a saída de recursos pertencentes às disponibilidades da empresa, comprovada por meio do extrato bancário, sem a contabilização desses valores a crédito de CAIXA, situação que foi interpretada pelos autores do procedimento como SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA, em razão da não contabilização do pagamento a crédito da conta CAIXA, utilizada como conta de passagem ou centralizadora, mantendo, assim, saldo devedor fictício na referida conta, utilizado, obviamente, para a realização de outros pagamentos, situação que autoriza a presunção de omissão de saída de mercadoria, como dito acima, na modalidade de SALDO CREDOR DE CAIXA ou, quando nada, no final do período auditado como SALDO DAS DISPONIBILIDADES EM VALOR SUPERIOR AO CONSTATADO NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL e jamais SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que embora a sistemática utilizada pela empresa, no sentido de transferir simbolicamente da conta BANCO C/MOVIMENTO para a conta CAIXA todos os valores debitados na sua conta corrente bancária, inclusive aqueles relativos aos cheques liquidados por meio do serviço de compensação bancária, apesar de malferir a boa técnica, não pode, de plano ou em razão da ausência de lançamento a crédito de caixa relativo aos pagamentos efetuados por meio dos referidos cheques, ser interpretada pelo fisco como SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA, tendo em vista que, embora sendo efetuado com respaldo em fato econômico inexistente, não altera o valor das disponibilidades da empresa.

Destarte, a conclusão óbvia é que ocorreu erro de procedimento por parte do fisco na elaboração do presente lançamento, tendo em vista que a situação evidenciada por meio dos demonstrativos e provas constantes do processo é claramente de omissão da empresa consistente em não contabilizar os pagamentos efetuados por meio dos cheques liquidados por meio do serviço de compensação bancária, fato que resultou na declaração de nulidade do lançamento pela câmara julgadora, por insegurança na determinação da infração, com supedâneo no art. 20, inciso IV, da Lei nº 11.651/91.

Aliás, a impossibilidade de se caracterizar como SUPRIMENTO INDEVIDO DAS DISPONIBILIDADES o lançamento contábil a débito da conta CAIXA e a crédito da conta BANCO C/MOVIMENTO ou vice versa, respaldado em fatos econômicos fictícios ou de procedência duvidosa, está pacificada no âmbito do Conselho Administrativo Tributário, por meio de inúmeros acórdãos, entre os quais podemos citar os seguintes:

"ACÓRDÃO DA III CJUL Nº 01333/11 (Relator: Cons. Antonio Martins da Silva)

[...]

3. O lançamento contábil a DÉBITO e a CRÉDITO de contas componentes do subgrupo DISPONÍVEL, não tem o condão de alterar o valor das disponibilidades da empresa, não caracterizando, portanto, suprimento indevido de caixa.

4. Reformada em parte a decisão singular para declarar parcialmente procedente o lançamento."

.....

"ACÓRDÃO DA III CJUL Nº 01137/11 (Relator: Cons. Aldeci de Souza Flor)

[...]

3. Lançamento contábil Caixa (débito) a Bancos conta Movimento (crédito), ou vice-versa, por revelar apenas fato permutativo entre contas do Ativo Disponível, não sustenta a acusação de suprimento de caixa sem a devida comprovação de sua origem, razão pela qual, em face desses lançamentos, não pode incidir a presunção de omissão de saída de mercadoria tributada estabelecida no artigo 25, § 1º, III do CTE.

4. O auto de infração deve ser julgado parcialmente procedente quando ocorrer a comprovação da inexigibilidade de parte do crédito tributário constante da peça inicial."

.....

"ACÓRDÃO DA II CJUL Nº 02612/11 (Relator: Cons. Jorge Antônio Bezerra de Oliveira)

I - A constatação de lançamento na contabilidade relativo a débito na conta "banco" e crédito da conta "caixa", ou vice-versa, não caracteriza, por si só, 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'.

II - É de se declarar nulo 'ab initio' o processo quando dele não constarem elementos suficientes para determinar com segurança a infração."

Com essas considerações, concluo que a Auditoria das Disponibilidades, na forma em que foi elaborada, ou seja, interpretando como SUPRIMENTOS INDEVIDOS os lançamentos contábeis a débito da conta CAIXA e a crédito da conta BANCO C/MOVIMENTO ou vice-versa, estribado em débitos na conta corrente bancária da empresa, decorrentes de TRANSFERÊNCIAS BANCÁRIAS e CHEQUES LIQUIDADOS POR MEIO DE COMPENSAÇÃO BANCÁRIA, ao invés de interpretá-los como DESEMBOLSOS NÃO CONTABILIZADOS ou, quando nada, DESEMBOLSOS POSTERGADOS, não constitui base segura para o lançamento do crédito tributário.

À conta do exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento, para confirmar a decisão cameral que declarou nulo o lançamento por insegurança na determinação da infração, nos termos do art. 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09.

Sala das sessões plenárias, em 08 de novembro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Norma do DETRAF (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02531/12

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: Processual. Nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração. Preliminar arguida pelo relator e acolhida por maioria.

Ocorrendo nos autos quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 20 da Lei nº 16.464/09, mister se faz acolher a preliminar de nulidade arguida pelo Conselheiro Relator.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 28 de agosto de 2012, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo Relator, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Foram vencedores os Conselheiros Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Cláudio Henrique de Oliveira, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho e Luis Antônio da Silva Costa. Vencidos os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Heli José da Silva e Washington Luis Freire de Oliveira.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo, em epígrafe, deixou de recolher o ICMS relativo a diferença entre as aquisições mensais de meios (entradas) e as respectivas prestações (saídas) a seus usuários finais, no período de 01/06/2001 a 31/12/2001, se constituindo, nesse caso, ela própria, a operadora, em usuária final, em descumprimento ao artigo 9, Anexo XIII do RCTE e ao artigo 45 do CTE. De consequência, o Fisco exige o pagamento do ICMS no valor total de R\$ 593.717,23 (quinhentos e noventa e três mil, setecentos e dezessete reais e vinte e três centavos), acrescido das cominações legais.

São dados como infringidos os artigos 11, V, 13, XII e 45 da Lei nº 11.651/91, CTE, combinados com o artigo 9º, XIII do Decreto nº 4.852/97, RCTE, cuja penalidade aplicada prevista no artigo 71, III, "a", do CTE.

Foi identificado como sujeito passivo solidário o consignado à fl. 04.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: demonstrativo analítico de aquisições de meios (DETRAF), fls. 18, Levantamento de ICMS devido, decorrente da diferença entre a aquisição de meios e serviços prestados, fls. 19/20, nota explicativa, fls. 21/23, cópias do livro Registro de Saídas, fls. 25/33, livro Registro de Entradas, fls. 35/48, Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicação, fls. 49/70.

Os autuados foram intimado às fls. 71/72 e 118/119, e lavrado o Termo de Revelia em face ao polo passivo solidário, fl. 120.

A autuada, por meio de seu representante legalmente constituído, apresenta impugnação em primeira instância de fls. 73 a 92, apontando erros no levantamento e fazendo outras considerações sobre as operações envolvidas no litígio e requerendo realização de diligência/perícia fiscal para se comprovar a inconsistência do lançamento de ofício do crédito tributário em causa. Propugna pela improcedência do lançamento e, alternativamente, a realização de diligência para esclarecimento de questões apresentadas em sua defesa, fls. 90/91.

Foram trazidos, juntamente com a impugnação, os seguintes documentos a título de prova: cópias de notas fiscais e documentos pertinentes (fls. 107/595) em 2 volumes

Mediante Despacho nº 199/06-COJP, o Julgador integrante do Corpo de Julgadores de Primeira Instância encaminha os autos à Delegacia Especializada de Substituição Tributária para que esclareça os questionamentos apresentados na peça defensiva.

A autoridade fiscal designada para os trabalhos revisionais junta aos autos relatório de diligência no qual rebate os tópicos apontados na impugnação, fls. 125/130, e, ainda, anexa o demonstrativo da aquisição de meios (DETRAF SAINTE) com os valores dos serviços prestados lançados pela operadora, apurando novo montante de ICMS devido no valor de R\$ 412.493,72 (quatrocentos e doze mil, quatrocentos e noventa e três reais e setenta e dois centavos), fls. 131.

Devidamente cientificado do resultado da diligência, fls. 160, o sujeito passivo apresenta contestação, 161/180, alegando a decadência do crédito tributário correspondente aos valores incluídos na revisão, no montante de R\$ 169.215,85 (cento e sessenta e nove mil, duzentos e quinze reais e oitenta e cinco centavos), ou a improcedência do lançamento.

O julgador singular prola a Sentença de n.º 5283/08-COJP, decidindo pela parcial procedência do feito na importância de ICMS a recolher apurado na revisão fiscal, confirmado pela Fazenda Pública, fls. 210. Fundamenta sua decisão ressaltando que no exercício em questão, houve uma diminuição do valor da exigência e, não o aumento dela, não ficando caracterizada a decadência apontada na impugnação, tendo o procedimento a sustentação do que se encontra prescrito no inciso I do art. 173 do CTN, que no CAT é o dispositivo legal considerado para análise da caracterização de decadência quanto ao ICMS. Conclui que revisto o trabalho inicialmente realizado pelo fisco e não contestado suficientemente pelo polo passivo por outro de igual teor, considera como correta e válida a revisão realizada e com arrimo nela se tem a sustentação fática necessária ao procedimento.

O sujeito passivo e solidário foram intimados de fls. 211 a 214. O sujeito solidário permaneceu inerte em Segunda Instância, conforme Termo de Perempção (fls. 215).

Inconformada, a autuada apresenta recurso voluntário, fls. 217/261, no qual pede, preliminarmente, a nulidade da sentença administrativa de primeira instância por cerceamento ao direito de defesa. Entende que o provimento administrativo deixou de responder aos quesitos apresentados em sua impugnação.

Na sequência, reitera a prejudicial de mérito relativa à decadência do crédito correspondente ao montante de ICMS incluído na revisão no mês de novembro de 2001.

No mérito explica que cada rede de comunicação é de propriedade de uma empresa prestadora de serviços de telecomunicações, conectadas entre si por meio de contratos onerosos de interconexão, de forma a permitir o tráfego dos sinais até localidades que não se encontram cobertas por rede de sua propriedade. Menciona o exemplo de uma ligação originada na cidade de Goiânia com destino a cidade do Rio de Janeiro, em que o tomador do serviço (cliente) irá utilizar o código da prestadora, ou seja, o número 23, inicialmente os sinais dessa ligação percorrerão a rede da empresa prestadora local da residência do cliente usuário final (origem da ligação) até o ponto em que ela está conectada com a rede mantida pela recorrente no Estado de Goiás (ponto de interconexão). Esclarece que no final do mês a recorrente remunera a empresa de telefonia local em razão dessa prestação de serviço de comunicações (transporte dos sinais da casa do cliente até o ponto de interconexão), sendo que o DETRAF (Documento de Declaração de Tráfego e de Prestação de Serviço) registra o tráfego de sinais referente as ligações, no exemplo citado, como "tráfego sainte".

No sentido inverso a ligação originada da cidade do Rio de Janeiro com destino a cidade de Goiânia, será utilizada a rede da operadora local do ponto de conexão da rede da recorrente até a residência no cidade de Goiânia, sendo registrado pela operadora de telefonia em seu DETRAF sob a rubrica "tráfego entrante". Traz à baila que o valor total de cada nota fiscal de prestação de serviço de telecomunicação (modelo 22) emitida com base nas informações constantes no DETRAF e o resultado da soma entre o valor total do "tráfego sainte" e o valor total do "tráfego entrante" registrado no mês, sendo que "apenas o valor relativo ao "tráfego sainte" é que poderia servir de auxílio da apuração do ICMS devido ao Estado de Goiás, pois nestes caso o contratante do serviço está localizado nesta unidade da federação", visto que o local de ocorrência do fato gerador na prestação onerosa de serviço de telecomunicação é determinado pelo lugar onde seja cobrado o serviço (art. 11, II LC 87/96).

Invoca a cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98 que trata do diferimento do pagamento do ICMS, referente a prestação onerosa de serviço de telecomunicações, para o momento da cobrança do usuário final do serviço. Justifica que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações não se enquadram como usuárias finais do serviço e que o ICMS incidente sobre a cessão onerosa de redes de telecomunicações só é devido na etapa posterior, quando se verificar a cobrança do preço ao usuário final, o qual por certo, foi regularmente submetido a tributação do ICMS, conforme sustenta a recorrente.

Reitera seu entendimento de que há necessidade de diligência para dirimir a controvérsia suscitada no presente processo administrativo. Conclui que os autuantes não observaram os termos da cláusula décima, do convênio ICMS nº 126/98, pois constituíram o crédito tributário com base nas informações constantes das notas fiscais emitidas pelas operadoras de telefonia locais (Americel, Vivo e BrasilTelecom) e não com base nos preços cobrados dos usuários finais do serviço. Pugna pela preliminar de nulidade da sentença monocrática e, também, pela preliminar de nulidade pela decadência dos créditos tributários. No mérito, pelo reconhecimento das razões exaradas nas linhas volvidas. Posteriormente, a autuada faz a juntada de Memoriais de fls. 252 a 261 e 264 a 273, reiterando os mesmos argumentos já exarados no seu recurso à Segunda Instância.

Foi juntado, posteriormente, pelo sujeito passivo, o seguinte documento a título de prova: Laudo Pericial Contábil Judicial de fls. 275 a 294.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por meio do Acórdão n.º 2662/2009, de fls. 297 a 300, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade da sentença e de nova diligência proposta pelo sujeito passivo e, no mérito, por maioria de votos, reformou em parte a sentença singular e considerou parcialmente procedente o auto de infração sobre o valor do ICMS de R\$ 243.223,87 (duzentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e três reais e oitenta e sete centavos). Entendeu o acórdão cameral que a preliminar suscitada por cerceamento do direito de defesa não mereceu acolhida, pois não ocorreu afronta ao estabelecido no artigo 20 da Lei n.º 16.469/09.

Foi rejeitada também, por maioria de votos, a preliminar do pedido de nova diligência efetuado pela autuada, considerando que este quesito foi atendido anteriormente, sendo desnecessário novas averiguações. No que tange ao mérito, entende que cabe razão, em parte, ao contribuinte, pois o Fisco ao elaborar a revisão, zerou os meses de junho/01, agosto e setembro de 2001 e aumentou o valor de novembro de 2001, sendo que devia ser lavrado um auto de infração sobre a diferença, o que não foi feito, devendo ser mantida a revisão nos valores em que foi zerado e manter o valor do mês de novembro de 2001, encontrado na inicial, pois a diferença a maior encontrada em novembro de 2001 não deve prevalecer.

A Representação Fazendária foi intimada da Decisão Cameral de fls. 301.

O sujeito passivo foi intimado do recurso da Representação Fazendária ao Conselho Pleno de fls. 304.

A Representação Fazendária apresenta recurso ao Conselho Pleno, de n.º 395/2009-SAT/CRF, de fls. 302/303, requerendo a reforma do acórdão recorrido para que seja julgado parcialmente procedente no valor de R\$ 412.439,72 (quatrocentos e doze mil, quatrocentos e trinta e nove reais e setenta e dois centavos), nos termos da sentença singular e do voto vencido.

Fundamenta seu pedido no entendimento de que, muito embora o trabalho revisional tenha revelado diferença a maior que o valor original correspondente a novembro/2001, a totalidade do lançamento encontrada pelo revisor, apresenta valor inferior ao constante da exordial, e, portanto, mais favorável ao sujeito passivo.

Observa que não há previsão legal para que se desconsidere a diferença de imposto exigida a maior que o original, referente a qualquer sub-período, constante do detalhamento do lançamento.

O sujeito passivo interpõe recurso ao Conselho Pleno, de fls. 309 a 331, apresentando como requisito de admissibilidade, em relação a preliminar de cerceamento ao direito de defesa, os acórdãos paradigmas n.ºs 607/09 e 666/09, quanto ao mérito, indica o acórdão n.º 867/07, proferido pela Segunda Câmara. Argui, em preliminar, a nulidade do acórdão recorrido porque "os quesitos suscitados pela recorrente não restaram respondidos pela Delegacia Especializada de Substituição tributária, tampouco foram objeto de nova diligência lastreada no pedido formulado pela recorrente em seu recurso voluntário.

Que, ao contrário, restaram ignorados uma vez mais pela Segunda Câmara, importando em claro e indubitado cerceamento do seu direito de defesa. Sustenta, ainda, que *"conforme se nota através da leitura da íntegra do acórdão recorrido, a discussão de mérito se resume aos valores da atuação que foram devidamente cancelados.*

Em relação aos supostos débitos remanescentes, não há qualquer digressão por parte da câmara julgadora, o que fatalmente, implica na manifesta

nulidade do acórdão recorrido, por evidente ausência de fundamentação da decisão e ofensa à ampla defesa, eis que à recorrente não é dada a possibilidade de contraditar os inexistentes argumentos do acórdão."

No mérito reitera todos os argumentos apresentados nas fases anteriores. Em peça apartada, fls. 332/344 apresenta contrarrazões ao recurso da Fazenda Pública para manutenção da decisão que excluiu da exigência o montante correspondente a R\$ 169.215,85 (Cento e sessenta e nove mil, duzentos e quinze reais e oitenta e cinco centavos), alcançado pela decadência, justificando que o revisor procedeu a modificação dos lançamentos originalmente realizado e reconheceu a insubsistência da exigência quanto aos meses de maio/2001, junho/2001, agosto/2001 e setembro/2001, porém majorou os valor correspondente ao mês de novembro/2001 que originalmente era de R\$ 129.219,37 (cento e vinte e nove mil, duzentos e dezenove reais e trinta e sete centavos) e passou para R\$ 298.435,22 (duzentos e noventa e oito mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e vinte e dois centavos), incremento, portanto, de R\$ 169.215,85 (cento e sessenta e nove mil, duzentos e quinze reais e oitenta e cinco centavos). Tal diferença segundo a defendente, foi corretamente expurgada do resultado da revisão pelo arresto cameral que reconheceu a decadência do direito da fazenda de majorar a exigência fiscal, já que o fato gerador corresponde ao mês de novembro/2001 e a ciência da revisão ocorreu somente em maio de 2008, após portanto, o decurso do prazo decadencial estabelecido no art. 173, I, do CTN.

O Conselho Pleno, por meio do Acórdão n.º 735/2011, de fls. 350 a 357, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, a partir das fls. 297, devendo os autos retornar ao autor do acórdão cameral para sua retificação, incluindo as razões de mérito e de rejeição da preliminar de nulidade da sentença singular. Entendeu o acórdão plenário que a Segunda Câmara, embora rejeite unanime mente a preliminar de nulidade de sentença, arguida pela autuada, não apresenta nenhuma motivação para essa rejeição, conforme se vê no acórdão cameral de fls. 297 a 300. Aduz que o Decreto n.º 6.930/09, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário do CAT, determina que o acórdão, redigido com simplicidade e clareza, deve conter a decisão com os fundamentos de fato e de direito, nos termos do art. 19, inciso III.

A Segunda Câmara Julgadora, às fls. 358 a 371, efetua as correções no Acórdão n.º 02662/09, conforme determinações exaradas no Acórdão do Conselho Pleno de fls. 350/357.

Devidamente intimada (fls. 372), a Representação Fazendária interpõe Recurso ao Conselho Pleno n.º 076/2012, de fls. 373, aduzindo que não houve alteração do valor do ICMS julgado procedente na fase cameral, de R\$ 243.223,87 (duzentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e três reais e oitenta e sete centavos). Pugna para que o julgamento seja nos termos do Recurso n.º 395/2009-SAT/CRF de fls. 302/303 no valor originário de R\$ 412.439,72 (quatrocentos e doze mil, quatrocentos e trinta e nove reais e setenta e dois centavos).

O sujeito passivo foi intimado de fls. 375/376.

A atuada apresenta contradita ao pedido de reforma, reiterando em suas "contrarrrazões", todos os seus argumentos já exarados em linhas pretéritas. Em seu recurso ao Conselho Pleno de fls. 393 a 420, também reitera todos os seus argumentos já exarados em defesa anterior. Pugna, em preliminar, pela nulidade do acórdão recorrido, pela não observância de que o pedido de diligência deferido pelo Corpo Julgador de Primeira Instância, não foi completamente atendido pela Delegacia Especializada de Substituição Tributária, vez que a mesma não respondeu aos quesitos apresentados pela recorrente para a realização das diligências, fiscais, violando de forma direta os artigos 19, parágrafo terceiro e 20, inciso III, ambos da Lei Estadual n.º 16.469/09.

No mesmo diapasão, requer a preliminar de nulidade do acórdão recorrido, posto que ao deixar de expor a fundamentação com relação ao mérito da parte remanescente do Auto de Infração, acabou por incorrer no cerceamento do direito de defesa da recorrente, em violação expressa ao artigo 19, inciso III do Decreto n.º 6.930/09.

E no que tange ao mérito, caso assim não entenda o órgão julgador, requer que seja reconhecido o presente recurso, vez que as autoridades fiscais não observaram os termos da Cláusula Décima do Convênio ICMS n. 126/98, e o princípio da busca pela verdade material, pois constituíram créditos tributários aqui atacados com base nas informações constantes das Notas Fiscais emitidas pelas operadoras de telefonia (Americel, Vivo e BrasilTelecom), e não com base nos preços cobrados dos usuários finais do serviço.

Foram trazidos pela atuada, juntamente com o recurso ao Conselho Pleno, os seguintes documentos a título de prova: cópia de julgados (fls. 440 a 451).

É o relatório.

DECISÃO

O artigo 20 da Lei Estadual n.º 16.469/09 estabelece que são nulos os atos praticados com erro na identificação do sujeito passivo, incompetência funcional, cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração. A verificação da ocorrência de uma destas situações na formalização do crédito é causa de nulidade do ato administrativo. Estas situações ora têm caráter formal, que abarcam nulidades reparadoras do ato praticado, erro de fato e de direito, ora parcial que, uma vez corrigido, o processo tem o seu andamento normal, ora substancial que termina o processo desde o seu nascimento e põe fim na causa geradora do lançamento porque não há reparação do ato.

Antes de concluir o verbo deste voto, registro que o trabalho do autor não espelha a validade necessária para a constituição do presente crédito, sobretudo porque foi elaborado com falhas técnicas capazes de prejudicarem o resultado obtido no cumprimento da tarefa funcional, visto a insegurança na determinação do

fato gerador do tributo reclamado. As circunstâncias mencionadas me convencem de que este ato administrativo se enquadra nas regras legais transcritas no parágrafo anterior.

Para tanto, faço constar deste voto comentários extraídos do voto em acórdão proferido no processo nº 3014977823853, da lavra do Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa, que assim se expressou:

“Para análise do caso, são necessários alguns esclarecimentos que trarão um conhecimento mínimo sobre a matéria tratada nesta lide. Para tanto organizaremos a exposição de forma bastante didática.

= Comentário sobre a Norma que criou o DETRAF

Antes de falarmos do DETRAF, devemos ressaltar que ele foi criado pela Norma 26/96, emitida pelo Ministério das Telecomunicações. Alguns aspectos desta norma devem ser destacados para que se tenha uma visão precisa sobre o tal documento que serve de fundamento para a acusação.

Vejamos em que contexto o DETRAF foi gerado. Observemos o objetivo da tal norma através de seu texto:

“Esta Norma tem por objetivo estabelecer os critérios para processamento e repasse de valores entre Concessionárias de SMC, Concessionárias de STP e a Empresa Exploradora de Troncos Interestaduais e Internacionais, no tocante:

a) ao encontro de contas entre essas Entidades, pela remuneração de uso das Redes do Serviço Móvel Celular e do Serviço Telefônico Público envolvidas nas Chamadas Inter-redes;

b) a prestação de contas, para Concessionária de SMC, por faturamento de serviço a Assinante vinculado a outra Concessionária de SMC.”

= Natureza do DETRAF

Quanto ao DETRAF, vejamos o que a norma estabelece em sua redação:

3. Documento de Declaração de Tráfego e de Prestação de Serviços (DETRAF);

3.1. O encontro de contas pela remuneração de uso das redes no provimento de Chamadas Inter-redes, entre as Entidades envolvidas, dar-se-á com base no Documento de Declaração de Tráfego e de Prestação de Serviços (DETRAF).

3.2. O DETRAF será elaborado pela Entidade Emissora do DETRAF, e destinado à Entidade Destino do DETRAF.

3.3. O DETRAF estará estruturado em cinco partes distintas.

Segundo o texto acima transcrito, verifica-se de forma clara que o objetivo do DETRAF é promover o encontro de contas pela remuneração dos serviços do uso das redes no chamado provimento inter-redes. Traduzindo o que isto significa, todas as vezes que uma concessionária utilizar a rede de outra, existe uma remuneração entre elas. Esta remuneração não guarda nenhuma relação direta com o valor da tarifa cobrado do consumidor final.

A detentora destas redes é a Embratel, chamada no DETRAF de Empresa Exploradora de Troncos interestaduais e internacionais.

= Informações sobre o DETRAF

“5. Parâmetros do DETRAF

5.1. Periodicidade do DETRAF

5.1.1. O DETRAF deverá ter periodicidade mensal, podendo esta periodicidade ser diminuída, em função de acordo entre as Entidades envolvidas.

5.2. Intervalo de Tempo de Referência

5.2.1. O intervalo de tempo (datas de início e fim de período), base para seleção do tráfego a ser incluído no acerto de contas em DETRAF, será resultado de acordo entre as partes.

5.2.1.1. Não poderá haver Chamada Inter-redes que demore mais de 40 (quarenta) dias para ter o seu correspondente DETRAF emitido.

5.3. Datas

5.3.1. As datas de emissão e vencimento do DETRAF serão objeto de acordo entre as partes. No entanto, a data de vencimento do DETRAF deverá ser estabelecida para, no máximo, 10 (dez) dias após a data de emissão do DETRAF.

O DETRAF traz informações sobre o tráfego de ligações com períodos que podem variar, sendo a periodicidade de sua emissão mensal. Porém, deve ser destacado que as ligações podem ser faturadas com prazo superior ao período mensal.

Além disto, podem as partes convencionar o intervalo de tempo para seleção do tráfego a ser incluído no acerto de contas. Porém, as chamadas inter-redes não poderão ter prazo superior a 40(quarenta) dias para que o DETRAF correspondente seja emitido.

= Definição do que seriam as ligações inter-redes

Vejamos o que fala a Norma 24/96 do Ministério das Comunicações sobre este assunto:

“2.7. Chamada Inter-redes: chamada, de âmbito interior ou internacional, entre assinantes do Serviço Móvel Celular, ou, entre Assinante do Serviço Móvel Celular e Assinante ou Usuário do Serviço Telefónico Público, envolvendo o uso de Redes de mais de uma Entidade.”

= Definição das entidades envolvidas na prestação de serviços de telecomunicações

A norma 24/96 faz a definição das pessoas envolvidas na prestação de serviços de telefonia celular, quais sejam:

“(…)

2.1. Concessionária de SMC: entidade que explora o SMC em uma determinada Área de Concessão conforme os termos da regulamentação pertinente e do contrato de concessão.

2.2. Concessionária de STP: entidade que explora o Serviço Telefónico Público (STP).

2.3. Empresa Exploradora de Troncos Interestaduais e Internacionais: entidade autorizada a explorar industrialmente o serviço de transporte integrado de telecomunicações, constituído pela operação dos circuitos portadores comuns que interligam os centros principais de telecomunicações.

2.4. Entidade: nome genérico que designa uma Concessionária de STP, uma Concessionária de SMC, ou Empresa Exploradora de Troncos Interestaduais e Internacionais.”

Também cabe destaque da forma como a Norma 24/96 do ministério das comunicações define entidade devedora e credora. Vejamos o texto:

“2.8. Entidade Credora: Entidade a qual é devido valor, pelo uso de sua Rede na realização de uma Chamada Inter-redes.

2.9. Entidade Devedora: Entidade que deve valor à Entidade Credora, pelo uso de Rede desta última, na realização de uma Chamada Inter-redes.”

= Aspectos da remuneração do uso das redes

Quanto à remuneração destes serviços, existe a Norma 24/96 que trata da matéria. Dela destacamos alguns aspectos que são relevantes para o deslinde da questão. O chamado critério para remuneração do uso das redes está bem claro e será destacado a seguir:

“3. Critérios para Remuneração pelo Uso de Redes

3.1. Princípios Gerais

3.1.1. A remuneração às Entidades Credoras cujas Redes foram usadas na realização de uma Chamada Inter-redes será efetuada por Entidade Devedora.

3.1.2. A remuneração às Entidades Credoras somente será exigível em decorrência da Chamada Inter-redes passível de ser faturada a Assinante ou Usuário do STP - Sistema de Telefonia Pública - ou Assinante do SMC.

3.1.3. A remuneração devida pela Entidade Devedora à determinada Entidade Credora, será calculada com base no valor da Tarifa de Uso, na forma desta Norma, e no tempo de duração da Chamada Inter-redes faturada ao Assinante ou Usuário.

(...)

6. Descontos

6.1. Os descontos concedidos pelas Entidades sobre os valores do serviço cobrados aos assinantes ou usuários, salvo acordo entre as partes, não afetarão os valores devidos às Entidades Credoras pela remuneração de Chamadas Inter-redes.

6.2. É facultado às Entidades, na forma da legislação em vigor, a concessão de descontos sobre os valores das Tarifas de Uso, que deverão ser aplicados de forma progressiva, não discriminatória, sendo vedada a redução subjetiva de Tarifas.

6.2.1. Os critérios e os níveis de descontos estabelecidos pela Entidade, somente poderão ser praticados após comunicação a todas as demais Entidades envolvidas nas Chamadas Inter-redes com, no mínimo, 2 (dois) dias de antecedência de sua vigência.

6.3. Cópia do comunicado previsto em 6.2.1. deverá ser remetido ao Ministério das Comunicações em até 7 (sete) dias após a sua divulgação à todas as Entidades.”

Nas chamadas ligações inter-redes, existe a utilização da rede de uma concessionária por outra, cabendo assim a remuneração por este serviço. Quem utiliza é devedor e deve remunerar este uso.

Daí resta claro que existe a possibilidade de concessão de descontos na utilização das chamadas redes. Os valores informados no DETRAF podem variar de acordo com a política comercial das concessionárias exploradoras do serviço de telecomunicações.

Da mesma forma, pode haver concessão de descontos aos usuários sem que isto implique alteração da remuneração da utilização das redes por parte das concessionárias.

= Aspectos que fragilizam o trabalho fiscal na direção da manutenção da nulidade posta na fase cameral:

No texto chamado de “Notas Explicativas”, que foi anexado aos autos, aponta-se unicamente para o item do DETRAF constante da sua terceira parte, sob a rubrica “UTILIZAÇÃO / VALOR ADICIONADO e ADICIONAL POR CHAMADA”, enquanto na formação da diferença apontada no auto de infração constam os outros itens destacados no documento.

De acordo com o item 3.1.2 da norma 24/96 abaixo transcrito, somente será possível a cobrança da remuneração inter-redes quando tal operação for passível de cobrança ou faturamento à assinante ou usuário de STP ou SMC. Isto significa que sempre haverá a respectiva emissão da nota fiscal de serviços de telecomunicações, se haverá ou não concessão de descontos e a tributação é questão de política comercial da empresa e da natureza da operação.

“3.1.2. A remuneração às Entidades Credoras somente será exigível em decorrência da Chamada Inter-redes passível de ser faturada a Assinante ou Usuário do STP - Sistema de Telefonia Pública - ou Assinante do SMC.”

A redação do DETRAF oferece a seguinte observação: “os valores constantes da coluna do ICMS são apenas dados informativos, não devem ser considerados para cálculo financeiro”. Isto traduz a precariedade destas informações para que sejam tomadas como parâmetros definitivos como aconteceu com o trabalho ora em apreciação. O dado objetivo com o qual se obteve a diferença foi o valor do ICMS ali informado.

A unidade mais segura para efeito de comparação entre informações é minutos e não valores de remuneração da utilização das redes. Este é apenas um dos itens formadores do custo das concessionárias, devendo ser absorvido pela respectiva margem de lucro das operadoras.

A remuneração do uso das redes, além do que já foi citado no item anterior, pode sofrer descontos de acordo com a conveniência de cada uma das operadoras, fragilizando a tese de comparação de valores destas remunerações que constam do DETRAF com os valores informados pelas concessionárias como efetivamente utilizados. O texto abaixo é claro neste entendimento, vejamos a sua redação:

“6. Descontos

6.1. Os descontos concedidos pelas Entidades sobre os valores do serviço cobrados aos assinantes ou usuários, salvo acordo entre as partes, não afetarão os valores devidos às Entidades Credoras pela remuneração de Chamadas Inter-redes.

6.2. É facultado às Entidades, na forma da legislação em vigor, a concessão de descontos sobre os valores das Tarifas de Uso, que deverão ser

aplicados de forma progressiva, não discriminatória, sendo vedada a redução subjetiva de Tarifas.

6.2.1. Os critérios e os níveis de descontos estabelecidos pela Entidade, somente poderão ser praticados após comunicação a todas as demais Entidades envolvidas nas Chamadas Inter-redes com, no mínimo, 2 (dois) dias de antecedência de sua vigência.”

Prazo para repasse das informações da utilização das redes é passível de variações combinadas entre as concessionárias. A única restrição posta pela norma 26/96, em seu item 5.2 que está abaixo transcrito, diz respeito ao faturamento da utilização, que não pode ter prazo superior a 40(quarenta) dias. Isto fragiliza a tese que fundamenta o trabalho fiscal em apreciação. A periodicidade das informações pode ultrapassar os 30 dias. O que se fez foi uma comparação entre os valores informados pela Embratel e os que foram trazidos pelas operadoras tomando como base períodos mensais. Tal informação se retira do texto abaixo, vejamos a sua redação:

“5.2. Intervalo de Tempo de Referência

5.2.1. O intervalo de tempo (datas de início e fim de período), base para seleção do tráfego a ser incluído no acerto de contas em DETRAF, será resultado de acordo entre as partes.

5.2.1.1. Não poderá haver Chamada Inter-redes que demore mais de 40 (quarenta) dias para ter o seu correspondente DETRAF emitido.

5.3. Datas

5.3.1. As datas de emissão e vencimento do DETRAF serão objeto de acordo entre as partes. No entanto, a data de vencimento do DETRAF deverá ser estabelecida para, no máximo, 10 (dez) dias após a data de emissão do DETRAF.”

Admitindo como verdadeira a tese de que houve a prestação de serviços sem que fossem declarados, como haveria a remuneração dos mesmos? A única forma de remuneração das empresas diz respeito ao faturamento de seus serviços aos usuários finais. E este se dá através de emissão de nota fiscal de serviço de telecomunicações. A lógica da songação fica bastante comprometida.

Conclusões

Houve a comparação de valores que não guardam relação direta entre si.

Reconhece-se que o DETRAF é documento fiscal, o que não se admite é que ele seja suficiente para embasar as comparações entre valores que apontem omissão de registro de prestação de serviços de telecomunicações, dado o fato de que a sua periodicidade e seus valores não têm a rigidez necessária para sustentar a acusação fiscal.

A exposição da Fazenda Pública no seu final aponta a inteligência que embasou o trabalho, a absoluta impossibilidade dos valores repassados pela Embratel referentes ao DETRAF serem inferiores àqueles informados pelos arquivos magnéticos, impondo um raciocínio de que a empresa sempre trabalha buscando o lucro.

Entendo que a margem de lucro que existe para outros tipos de operações de prestação de serviços de telecomunicações pode absorver custos que existam na utilização das redes de outras concessionárias. O prejuízo seria apenas em uma das formas de operação da empresa. Para consideração desta tese como absoluta seria necessária a presunção jure et de jure que inexistente em nossa legislação.

A forma de apurar omissões de recolhimento de ICMS é livre, porém, é necessário que a lógica adotada tenha o condão de provar de forma clara e inquestionável a existência da tal irregularidade.

Portanto, entendo que o trabalho de fato está eivado do vício da insegurança na determinação da infração. Louvo a tentativa de inovar, porém, a inteligência que fundamentou o trabalho é falha na sua concepção. O caminho da apuração da suposta omissão não foi coerente com a realidade que se extrai das provas apresentadas.”

Desta forma, nos termos da disposição do art. 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09, acolho a preliminar de nulidade da peça básica, por mim arguida, por insegurança na determinação da infração e, ao finalizar este voto, declaro nulo “ab initio” o processo.

Sala das sessões plenárias, em 23 de outubro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Omissão de ICMS-ST pelas Op. Posteriores pelas entradas interestaduais. TARE (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00888/12

Relator: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: ICMS. Processual. Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno pleiteando a reforma da decisão cameral. Rejeitado. Decisão unânime.

É nulo por insegurança na determinação da infração o lançamento do crédito tributário quando ficar comprovado no processo que o sujeito passivo agiu em conformidade com cláusula de Termo de Acordo de Regime Especial celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, em plena vigência à época da ocorrência dos fatos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 07 de abril de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que julgou nulo "ab initio" o processo, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, José Artur Mascarenhas da Silva e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

A ação fiscal lavra o auto de infração em desfavor do contribuinte e na descrição do fato relata que ele deixou de recolher ao erário estadual o ICMS relativo à substituição tributária pelas operações posteriores nos valores e períodos descritos na inaugural, em razão de que a base de cálculo utilizada para retenção do imposto foi inferior à exigida pelo CTE (utilizou-se como base de cálculo para retenção do imposto valores referentes aos preços das mercadorias recebidas em transferência de outros Estados da Federação, em vez de ser com base nos preços de vendas praticados em operações pelo próprio estabelecimento, como prescrito no artigo 40, inc. I, alíneas "a" e "b", do Anexo VIII do Decreto 4.852/97).

Informa, ainda na inicial, que o presente auto é reatuação do Auto de Infração nº 3 0228119 890 94, julgado nulo em 14/09/2007.

Os arts. 26, inciso II; 51, §§ 1º e 3º; 55, inciso I e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c o art. 40, inciso I, do Anexo VIII, RCTE embasam a infração cometida, que acarreta como penalidade para o sujeito passivo o disposto no art. 71, inciso VIII, alínea "a", § 9º, inciso II, do Código Tributário Estadual.

Dentre os documentos anexados aos autos, o trabalho fazendário traz o Resumo da Diferenças Mensais - ICMS Substituição Tributária no período de 01/01/2004 a 31/12/2004 e a Nota Explicativa de fls. 07.

O polo passivo impugna o lançamento e, em sua peça defensiva, alega as preliminares de ilegitimidade passiva e insegurança na determinação da infração.

Já no mérito, pleiteia a improcedência da vestibular, por entender que o agente fiscal não analisou os documentos como um todo, limitando-se a efetuar os levantamentos com base em fita magnética; que o levantamento efetuado pela fiscalização foi realizado com critérios imprecisos, não uniformes, e que não citaram a quantidade dos produtos e que simplesmente reproduziram os dados contaminados do processo nº 3 022811989094, anulado ao teor da jurisprudência transcrita na impugnação; que levantamentos em que se constataram diferenças tão significativas, deveriam estar fundamentados em livros, notas fiscais, enfim, em toda documentação da empresa; que os fiscais não compareceram no

estabelecimento da autuada; que o lançamento tem suporte apenas em informações.

A par de tudo que foi relatado, o julgador "a quo" decide pela procedência parcial do lançamento de ofício, devendo o sujeito passivo efetuar o recolhimento do ICMS no valor originário constante da inicial, mais cominações legais, alterando a penalidade para a prevista pela alínea "a" do inciso III do CTE, Sentença nº 4104/08-COJP, fls. 286/291. Em razão da alteração da penalidade, recorre às Câmaras Julgadoras do CAT, na forma da lei.

Por meio do Despacho de fls. 292, a Representação Fazendária concorda com o teor da sentença exarada.

Diferentemente, posiciona-se o sujeito passivo que recorre da decisão às fls. 297/316. Reitera suas alegações de outrora e requer a declaração de nulidade do auto de infração, em virtude da ilegitimidade passiva da recorrente e da insegurança na determinação da infração. Considerando a procedência de suas razões de mérito, pleiteia, ainda, a improcedência da basilar, uma vez que a fiscalização "*burlou a legislação tributária vigente (vício de ilegalidade)*".

Posteriormente, o polo passivo retorna ao feito para anexar aos autos, "cópias de documentos e laudos de revisões referentes a outros processos que tramitam neste Conselho, onde restou provada a indevida autuação da recorrente, inclusive a inclusão de produtos não sujeitos à substituição tributária (NCM - Nomenclatura Comum do Mercosul)", fls. 459/536.

A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Gerência Especial de Auditoria para que Auditor Fiscal, estranho à lide, proceda revisão do trabalho fiscal tendo em vista os erros e omissões apontados pela recorrente em sua peça recursal, destacados, a título de exemplo, às fls. 297 a 316, dos autos. Nesse sentido:

1 - verificar a adequação da unidade utilizada no levantamento de cada produto - peças, rolos, painéis, toneladas - para verificação de possíveis equívocos, inclusive a ausência de indicação de quantidades, com a consequente retificação, quando for o caso;

2 - verificar a coerência e correção das quantidades e dos valores atribuídos à base de cálculo e imposto devido e proceder os devidos ajustes;

3 - manifestar sobre a alegada divergência entre os documentos da empresa e as informações retiradas das fitas magnéticas do SINTEGRA;

4 - refazer os demonstrativos da auditoria fiscal consignando as retificações realizadas;

5 - prestar outras informações que julgar pertinentes;

6 - caso entenda necessário, intimar o sujeito passivo para designar representante apto para acompanhar o trabalho revisional, inclusive para prestar esclarecimentos adicionais que possam contribuir para o bom termo da revisão.

Após, encaminhar o processo à GEPRE para ciência da revisão ao representante legal do sujeito passivo.

Decisão cameral de fls. 542 decidiu:

a) rejeitar, por maioria, proposição do Conselheiro Antonio Martins da Silva, em converter o julgamento em diligência, a fim de solicitar o cumprimento da resolução de fls.

b) rejeitar, por unanimidade, preliminar de nulidade do auto de infração, arquivada pela autuada, por erro de identificação do sujeito passivo;

c) acatar, por maioria, preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração.

Argumenta que, poder-se-ia confundir a preliminar com erro na identificação do sujeito passivo; conclui que referida proposição, contudo, inviabilizaria a fazenda pública de ir buscar a figura da solidariedade, caso venha a proceder à reatuação da forma correta. Afirma que o completo exercício de defesa e contraditório somente se faz possível em relação à GERDAU S/A, ainda em atividade, pois a autuada somente poderia responder por infrações praticadas por ela, cita o art. 133 do CTN.

A Fazenda Pública recorre para o Conselho Pleno, pedindo a reforma da decisão cameral, para que seja afastada a nulidade acatada no julgamento cameral e o retorno dos autos àquela fase para julgamento do mérito.

Discorda da decisão cameral, por entender que o recorrido foi autuado na condição de pessoa jurídica resultante de incorporação de parte da empresa Gerdau S.A. sendo, portanto, responsável pelo pagamento do imposto devido por aquela parte, nos termos do art. 47, I, do CTE.

O sujeito passivo apresenta contra-razões ao recurso fazendário, reiterando os argumentos já expendidos em fases anteriores, solicitando a manutenção da decisão cameral.

Este é o relatório, que passo a decidir.

DECISÃO

Registre-se, inicialmente, que existem vários autos de infração desta mesma empresa que foram julgados e anulados por esta Casa, considerando os argumentos aqui desenvolvidos.

Passo a decidir e de plano acolho na íntegra, pelas mesmas razões e fundamentos que se aplicam ao presente caso, a decisão proferida pelo Douto Conselheiro Antônio Martins da Silva, que no voto lapidar proferido no Acórdão nº 702/11, relativo ao auto de infração nº 3032874242422, manifestou-se pela nulidade do feito por insegurança na determinação da infração. Transcrevo-o abaixo, com as devidas adaptações, *in verbis*:

“Cumpre ressaltar, inicialmente, que o objeto do presente lançamento é o pagamento a menor do ICMS substituição tributária pelas operações internas subseqüentes de mercadorias recebidas pela empresa atuada, em transferência de outro estabelecimento seu situado no Estado de Minas Gerais, relacionadas no Apêndice X, como sujeitas ao regime de substituição tributária 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.

Para evitar o pagamento do imposto devido por substituição tributária no posto fiscal de divisa no momento do ingresso das mercadorias no território goiano, nos termos do art. 53, Parágrafo Único, inciso I, alínea “a”, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, a atuada celebrou com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 184/02-GSF, por meio do qual ficou autorizada a receber as mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação ou do exterior, para comercialização, uso ou consumo, sem a prévia retenção do ICMS nos postos fiscais de divisa interestadual, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido apurado decencionalmente, considerando como momento de entrada a data do efetivo ingresso das mercadorias no seu estabelecimento.

Na ausência de preço final ao consumidor, único ou máximo, estabelecido por órgão público competente ou sugerido pelo fabricante (Decreto nº 4.852/97, Anexo VIII, art. 39, I e II), bem como de pauta de valores elaborada pela Secretaria da Fazenda, a empresa atuada promoveu a apuração e pagamento do ICMS substituição tributária utilizando como base de cálculo o valor das transferências acrescido do índice de valor adicionado (IVA), nos termos do art. 40, inciso I, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97.

No entendimento dos autuantes, e que redundou na lavratura do auto de infração, a base de cálculo utilizada pela empresa atuada não estava correta porque na espécie incidia a regra prevista no inciso IV, do § 6º, do art. 32, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97 que determina que o regime de substituição tributária não se aplica à transferência de mercadoria inserida no regime da substituição tributária, recaindo, nesta hipótese, a responsabilidade pela retenção e pagamento do imposto sobre o estabelecimento que realizar a saída da mercadoria com destino a contribuinte diverso.

Nessa situação, a ser tomado como ponto de partida para a base de cálculo do ICMS substituição tributária, não seria o valor das transferências recebidas, mas sim, o valor da operação própria realizada pelo estabelecimento goiano, vale dizer, o valor de venda das mercadorias.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que da origem até a data atual, o inciso IV, do § 6º, do art. 32, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, vigorou com 3 (três) redações diferentes. Vejamos:

“§ 6º O regime de substituição tributária não se aplica”:

IV - à transferência para outro estabelecimento, não varejista, do sujeito passivo por substituição, recaindo, nesta hipótese, a responsabilidade pela retenção e pagamento do imposto sobre o estabelecimento que realizar a saída da mercadoria com destino a contribuinte diverso (Convênio ICMS 81/93, cláusula quinta, II);

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 31.12.03.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO IV DO § 6º do ART. 32 PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 5.935, DE 22.04.04 - VIGÊNCIA: 01.01.04.

IV - à transferência para outro estabelecimento, não varejista, do sujeito passivo por substituição, definido como tal no convênio ou protocolo que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria, recaindo, nesta hipótese, a responsabilidade pela retenção e pagamento do imposto sobre o estabelecimento que realizar a saída da mercadoria com destino a contribuinte diverso (Convênio ICMS 81/93, cláusula quinta, II e parágrafo único);

NOTA: Redação com vigência de 01.01.04 a 28.12.05.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO IV DO § 6º do ART. 32 PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 6.341, DE 29.12.05 - VIGÊNCIA: 29.12.05.

IV - à transferência de mercadoria inserida no regime da substituição tributária por convênio, protocolo ou ato da administração tributária estadual para outro estabelecimento, não varejista do sujeito passivo por substituição definido com tal em convênio, protocolo ou norma estadual aplicável a mercadoria, recaindo, nesta hipótese, a responsabilidade pela retenção e pagamento do imposto sobre o estabelecimento que realizar a saída da mercadoria com destino a contribuinte diverso;

Da análise do dispositivo acima transcrito, extrai-se que a exceção quanto à aplicação do regime de substituição tributária no período de 01/01/04 a 28/12/05, alcançava somente as mercadorias relacionadas no Apêndice II, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, ou seja, as mercadorias inseridas no regime de substituição tributária por convênio ou protocolo, não alcançando, por óbvio, as mercadorias objeto da presente autuação, que foram incluídas no regime de substituição tributária por ato da administração tributária estadual.

Assim, conclui-se, sem nenhum esforço, que a acusação feita pelos autores do procedimento no sentido de que a empresa atuada deveria calcular o ICMS substituição tributária a partir do valor da operação própria por ele praticada, não faz o menor sentido, tendo em vista que o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 184/02-GSF que determinava que o imposto fosse apurado e pago decendialmente, considerando a data do efetivo ingresso das mercadorias no seu estabelecimento, encontrava-se em plena vigência, tornando-se incompatível

com o inciso IV, do § 6º, do art. 32, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97 e, portanto, inaplicável à espécie, no período fiscalizado.

Com essas considerações, a conclusão óbvia é que a acusação formulada no auto de infração no sentido de que a empresa autuada omitiu pagamento de ICMS substituição tributária em razão da utilização de base de cálculo inferior a prevista está completamente insegura, tendo em vista que no momento da apuração e pagamento do imposto nos prazos previstos na Cláusula Terceira do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 184/02-GSF, ainda não existia o valor da operação praticada pelo estabelecimento goiano.

Assim, ainda que no momento do julgamento realizado pela Terceira Câmara Julgadora os ilustres Conselheiros não tivessem detectado nenhuma nulidade decorrente de “falhas técnicas” na elaboração dos demonstrativos de auditoria, ao analisar o teor da acusação, certamente detectariam a insegurança na determinação da infração pelos motivos acima expostos, situação que, certamente, também desaguaria na declaração de nulidade do lançamento. (...)”

À conta do exposto, considerando que o Tare nº 184/02-GSF teve a sua vigência prorrogada pela Portaria nº 00376/001GSF até 29.12.2005 (data em que foi revogado tacitamente), conheço do recurso da Fazenda Pública, nego-lhe provimento, para confirmar o acórdão cameral que declarou nulo ab initio o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 26 de abril de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Omissão de saída presumida com a apreensão de notas fiscais de terceiros (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00471/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ICMS. Processual. Nulidade da peça básica por Insegurança na determinação da infração. Mantida a decisão cameral que considerou nulo "ab initio" o processo. Decisão não unânime.

Deve ser considerado nulo o auto de infração quando houver evidência nos procedimentos processuais que formalizam a lide que houve insegurança da determinação da infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 07 de junho de 2011, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou nulo o auto de infração, por insegurança na determinação da infração. Foram vencedores os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa,

Gustavo Alberto Izac Pinto, José Artur Mascarenhas da Silva, Álvaro Falanque, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Carlos Andrade Silveira. Vencidas as Conselheiras Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Célia Reis Di Rezende que votaram conhecendo do recurso da fazenda Pública para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e afastar a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, devendo os autos retornarem à Câmara para a apreciação de toda a matéria.

RELATÓRIO

O histórico do auto de infração descreve que o sujeito passivo realizou saída de mercadorias tributadas por meio de documentos fiscais, modelo 1, encontrados em seu estabelecimento, confeccionados em nome do contribuinte [...], com sede em Brasília, conforme termo de apreensão e documentos anexos. Em consequência, deverá pagar o ICMS devido, mais as cominações legais.

Os arts. 64 e 67, inciso I e III, da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 141, do Decreto 4.852/97 foram citados para fundamentar o auto de infração e a autoridade fiscal competente propôs a penalidade prescrita no art. 71, inciso XII, alínea "a", item 1, § 9º, inciso I, do Código Tributário Estadual.

Foram indicados dois responsáveis solidários para compor o litígio às fls. 04/05.

Todos os envolvidos na sujeição passiva foram intimados, contudo não se manifestaram, por isso lavrados os termos de revelia, fl. 98.

Impugnando o lançamento a autuada e os solidários comparecem ao processo apresentando conjuntamente impugnação em Segunda Instância (fls. 106 a 118), na qual pedem em preliminar a nulidade da peça básica, relacionando a hipóteses de insegurança na determinação da infração e de autoridade incompetente. Quanto ao mérito, pedem a improcedência do auto de infração, alegando inexistência de fato gerador do ICMS, em virtude da ausência de provas da saída de mercadorias. Transcrevem jurisprudência e citam doutrina.

A Primeira Câmara Julgadora acolheu a preliminar de insegurança na determinação da infração, anulando os autos desde o início, no entendimento de que não há como configurar o vínculo da empresa autuada aos fatos narrados, apenas por encontrar em seu estabelecimento notas fiscais de vendas de empresa diversa.

Inconformada, a Gerência da Representação Fazendária interpõe recurso ao Conselho Pleno, argumentando que as provas constantes dos autos corroboram a acusação de que o contribuinte realizou saídas de mercadorias do seu do estabelecimento por meio de nota fiscal confeccionada em nome de outro contribuinte localizado em Brasília, por isso não foi pago o imposto devido a este

Estado. Entende que, pelo termo de apreensão, está garantida a existência dos documentos, sua origem e conteúdo.

Diante disso, requer a reforma da decisão cameral para que o feito retorne à instância cameral a fim de que seja apreciada toda a matéria.

Os sujeitos passivos, contraditando o pedido da Fazenda Pública, pedem a confirmação do acórdão cameral, pois a empresa autuada não emitiu as notas fiscais, mas tão somente prestava serviço para as empresas que as emitiam, fazendo acabamento nas peças semi prontas, o que é parte do processo produtivo das mercadorias, conforme comprova o CFOP contido no documento de simples remessa e mercadoria em mostruário. Ademais, os sócios das empresas não têm qualquer vínculo, não pertencendo a mesmo grupo econômico ou mesmos sócios nos quadros societários.

Mais tarde, os sujeitos passivos, trazem a lume decisão proferida, pelo Conselho Pleno, nos autos 3 0321639 016 80, da mesma empresa, tratando do mesmo assunto, diferindo apenas o exercício, em que se confirmou, por maioria, a nulidade cameral, requerendo a extensão de julgamento.

O processo foi convertido em diligência para juntada de notas fiscais, o que foi cumprido.

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças constitutivas deste volume, verifiquei que o julgamento cameral que decidi pela nulidade “ab initio” desta lide, por insegurança na determinação da infração, deve ser mantido. A assertiva que acabo de pronunciar é pelo fato do trabalho exordial encontrar-se inquinado de vícios processuais insanáveis, situação que a norma legal não contempla, nos termos do inciso IV do artigo 20 da Lei nº 16.469/09, “verbis”:

“Art.20. São nulos os atos praticados:

[...]

IV – com insegurança na determinação da infração.”

Aliás, em face à convicção que externei no parágrafo volvido, registro que este egrégio Conselho Administrativo Tributário, ao julgar, em sessão plenária, o processo nº3032163901680, conforme Acórdão nº 3714/2010, decidiu por maioria de votos manter a decisão cameral que anulou o feito por insegurança na determinação da infração.

Considerando que esta demanda tem em sua composição o mesmo polo passivo, matéria idêntica à tratada no auto de infração supra identificado, o mesmo histórico e os mesmos argumentos e razões, conclui-se que o desfecho deste

“decisum”, pelo próprio princípio da ponderação e da lógica, deverá ser o mesmo daquele auto de infração explicitado em linhas anteriores, o que equivale dizer que a simples juntada de notas fiscais emitidas por empresa em Brasília e encontradas no estabelecimento da autuada não demonstram a realização das saídas de mercadorias.

Para a correta constituição do crédito tributário, o atuante deveria ter elaborado levantamento fiscal quanto ao estoque de mercadorias, para a comprovação da realização das saídas das mercadorias, o que não ocorreu, configurando assim, insegurança na determinação da infração, hipótese esta que invalida o procedimento fiscal, ora em apreciação.

Pelo exposto voto conhecendo do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou nulo o auto de infração, por insegurança na determinação da infração.

Sala das sessões plenárias, em 06 de março de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Retorno dos autos à instância cameral. Recebimento de mercadorias por meio de canhoto (Nulidade - não acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02226/12

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Recebimento de mercadoria por meio de nota fiscal destinada a outra pessoa. Reforma da decisão cameral. Acolhida. Decisão unânime.

Reformada decisão cameral que anulou o auto por insegurança na determinação da infração, os autos devem retornar à câmara julgadora para apreciação das demais matérias alegadas pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 10 de julho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral que anulou o auto de infração, por insegurança na determinação da infração, devendo os autos retornarem a Câmara Julgadora para apreciação de toda a matéria. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Cláudio Henrique de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, José Paixão de Oliveira Gomes, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Trata o processo de auto de infração, lavrado em razão de o sujeito passivo ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no valor de R\$ 155.108,40 (cento e cinquenta e cinco mil, cento e oito reais e quarenta centavos), destinadas ao gerente do estabelecimento, conforme cópias das notas fiscais acostadas aos autos, consideradas inidôneas pela fiscalização. Em consequência foi cobrada multa formal na importância de R\$ 38.777,10 (trinta e oito mil e setecentos e setenta e sete reais e dez centavos). Refere-se aos exercícios de 2004 e 2005.

Foram indicados como infringidos os artigos 45, 64, 66 e 67 da Lei 11.651/91, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VI, alínea I, da Lei 11.651/91 com redação da Lei 15.505/2005.

Foi identificado como sujeito passivo solidário [...], na condição de sócio administrador (fls. 3 e 3-A).

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: declaração (fls. 3-B); notificação (fls. 3-C); cópia dos documentos pessoal e comprovante de endereço do solidário (fls. 04); ordem de serviço (fls. 05); resumo notas fiscais - SINTEGRA (fls. 06-10; 100-103; 180-187); cópia de notas fiscais (fls. 11-86; 104-178); ordem de conferência - notas não encontrada (fls.87-99); notificação (fls. 179); e, cópia do livro de registro de entradas (fls. 180-343).

A autuada e o solidário foram intimados, conforme documento de fls. 344 e 345.

Os sujeitos passivos ingressaram com suas impugnações em Primeira Instância (fls. 347 e 348-349), alegando, em sede de preliminar, nulidade por cerceamento do direito de defesa, em razão da inexistência dos documentos a que se referem às listagens juntadas pela autoridade autuante. No mérito, requereram a improcedência do lançamento, declarando não estar provado, no processo, que os autuados receberam as mercadorias relacionadas nas notas fiscais listadas pelo autor do procedimento fiscal.

O julgador singular, em Sentença n.º 1236/2007, de folhas 358 e 359, decidiram pela procedência do auto de infração, condenando os autuados ao pagamento da multa formal no valor originário exigido, mais as cominações legais.

O sujeito passivo foi intimado da decisão singular (fls. 360).

O sujeito passivo interpôs recurso voluntário, fls. 362 e 363, reiterando as declarações tecidas nas peças defensórias anteriores.

Em seguida, a Segunda Câmara deste Conselho, em Resolução n.º 253/2007, de folhas 379, determinou a realização de diligência à Delegacia Fiscal de Firminópolis para que, no estabelecimento emissor das notas fiscais fotocopiadas a partir de folhas 11, fossem colhidas informações que atestassem o

endereço real, no qual foram entregues as mercadorias em tela, bem como esclarecimentos que identificassem o responsável pelos pagamentos relacionados com as operações tratadas neste processo.

A Diligência foi realizada, tendo sido juntada vasta documentação às fls. 380-439, sendo reduzido o valor da multa formal.

A Primeira Câmara deste Conselho, em Resolução n.º 130/2008, de folhas 441, determinou a intimação do sujeito passivo solidário Sr. [...] a manifestar-se, caso queira, da decisão singular de folhas 358/359. Ordenou, também, a intimação da empresa e do sujeito passivo solidário, para, caso queiram, manifestarem-se do resultado da revisão realizada, de folhas 380-439.

Cumprida a diligência solicitada acima, todas as manifestações foram juntadas em folhas 448-455.

A Primeira Câmara Julgadora, retornando aos autos, em Resolução n.º 349/2008, de folhas 464, determinou a intimação do sujeito passivo a anexar o documento RAIS - Relação Anual de Informações Sociais, devidamente recepcionado pelo órgão de destino, bem como devidamente autenticado, relativo aos anos de 2004 e 2005. Ordenou, ainda, a intimação do sujeito passivo solidário, para que anexe, ao processo, os documentos comprobatórios de aquisição e pagamento, relativo às mercadorias, sobre as quais afirma que foram, por ele, adquiridas para consumo em reuniões de confraternização, de eventos esportivos e sociais do Clube Recreativo. As descritas diligências foram cumpridas às folhas 468-512.

A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, na sessão do dia 26/06/2009, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo, afirmando que o autor do lançamento não identificou qual o inciso do artigo 67 da Lei 11.651/91 foi infringido, tendo isto maculado o lançamento desde o início (fls. 514-518). Que a inidoneidade está afastada, pois não houve sonegação do ICMS e, falta a comprovação da entrega da mercadoria.

A representação fazendária e os sujeitos passivos foram intimados, conforme documento de fls. 519, 522 e 524.

A Representação Fazendária interpõe recurso para o Conselho Pleno, fls. 520-521, aduzindo que a falta de indicação do inciso do art. 67 que foi infringido não é motivo para decretação de nulidade, de acordo com o que dispõe o artigo 20, §3º da Lei 16.469/2009. Além disso, asseverou que o lançamento reclamou o pagamento de multa formal, portanto, é inócua a constatação de que a irregularidade não importou em falta de pagamento de ICMS. Fundamenta que a comprovação da entrega da mercadoria é feita pela própria cópia da nota fiscal, não restando dúvida de que o local da entrega é a empresa, conforme resultado da diligência. Ao final, requer a reforma da decisão cameral, para que o processo retorne as Câmaras para julgamento do mérito.

Em contradita, o sujeito passivo aduziu que não há provas nos autos de que a empresa tenha adquirido, recebido ou estava na posse de qualquer dos produtos, constantes das diversas notas fiscais que instruíram o auto, portanto, a decisão cameral deve ser mantida (fls. 526).

DECISÃO

A fundamentação cameral da decisão de insegurança na determinação da infração, conforme acórdão, se deu por três motivos: não identificação do inciso do art. 67 da Lei 11.651/91; que a inidoneidade fica afastada quando da irregularidade não importar falta de pagamento do imposto e não está comprovada a entrada da mercadoria no supermercado.

O principal argumento da empresa no recurso interposto é de que “...*está convicta que não adquiriu e nem recebeu a mercadoria... Não há comprovação de que a empresa adquiriu ou recebeu a mercadoria constante dos documentos fiscais.*”

Há de ver que a providência tomada pelo autuado/solidário: [...], buscando ilidir a ação fiscal, foi no sentido de colacionar aos autos fotografias de um prédio indicando a existência de uma loja maçônica, com intuito de justificar o consumo da enorme quantidade de bebidas em reuniões de confraternizações e eventos esportivos e sociais no clube recreativo. Veja que chamado a comprovar o pagamento dessas aquisições, pela loja maçônica, via notificação, declara: “não dispomos de um controle efetivo de pagamento das referidas aquisições, considerando, que sempre quitamos as aquisições em moeda e não com cheque,” fls. 486.

Toda essa argumentação do sujeito passivo é afastada pelos canhotos das notas fiscais assinados por empregados da empresa, como por exemplo, por amostragem, Sr. [...], [...], o que se confirmou a regularidade via RAIS – RELAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOCIAIS. Ou seja, são empregados da empresa que assinam os canhotos das notas fiscais, atestando, inequivocamente que as mercadorias adentram o estabelecimento autuado, o que nem poderia ser diferente, haja vista constar na nota fiscal, logo após o nome de [...] – a expressão [...], observando, por lógico, que a alegação do consumo pela loja maçônica mora nas paragens da irrazoabilidade, além de efetivamente, não comprovada a aquisição.

No tocante ao aspecto da ausência da capitulação, no auto de infração, do inciso do art. 67 da Lei 11.651/91, bem como a aplicação do art. 68 da referida lei, para efeito do afastamento da inidoneidade da nota fiscal, é importante ressaltar que efetivamente a irregularidade verificada nos autos é de recebimento de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária destinada a outra pessoa, a qual não se condiciona a que não tenha havido falta de pagamento do imposto. A infração persiste por si só, sem veicular necessariamente à inidoneidade do documento, isto é, se essa indicação for retirada do relato do fato sobre o que de fato constam dos autos em termos de ilicitude: uma empresa recebendo

mercadoria por meio de nota fiscal cujo destinatário é diverso, portanto em situação fiscal irregular.

A situação assim fixada coaduna com a redação da penalidade prevista à época da verificação da falta e capitulada pela autoridade fiscal, a qual não se relaciona a ilicitude à inidoneidade de documento fiscal, senão vejamos:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

VII – de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação ou prestação:

[...]

i) pela aquisição, importação, recebimento, posse, transporte, estocagem, depósito, venda, exportação, remessa ou entrega de mercadoria em situação fiscal irregular;

Desse modo, afastada também a fundamentação do acórdão relacionada a questão da inidoneidade, haja vista que a incorreção de sua indicação no relato do fato, pela autoridade fiscal, não precisa ser analisada para efeito da constatação da irregularidade verificada pela fiscalização, o que pode ser desconsiderada, aplicando o disposto no § 3º do art. 20 da Lei 16.469/09, assim:

“Art. 20.

[...]

§ 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.”

O Nobre Representante Fazendário, atento à necessidade de sustentação da reforma do acórdão cameral que anulou o presente processo, oferece na peça de recurso ao Conselho Pleno a seguinte argumentação, tomada nesta oportunidade, ou seja:

“É bem de ver que a irregularidade não foi afastada pelo fato de o imposto ter sido pago. Continua a situação de recebimento de mercadorias acompanhadas de notas fiscais onde se informa como destinatário terceira pessoa. Não houve nenhuma adoção de providências capaz de afastar a irregularidade e a consequente aplicação da penalidade.

Aliás, ressalte-se que, no presente auto de infração, não se cobra imposto, mas sim multa formal. Logo, é inócua a constatação de que a irregularidade não importou em falta de pagamento do ICMS, pois desde o início o lançamento reclama o pagamento da multa formal.

A comprovação da entrega das mercadorias no estabelecimento da autuada é feita pelos documentos fiscais (cópias anexadas ao feito). A entrega das

mercadoria é feita pelo próprio estabelecimento vendedor e o endereço é o do estabelecimento da empresa atuada. É o que ficou comprovado através da diligência de fls. 380.”

Assim considerado, estão afastadas todas as razões apontadas pela decisão cameral que culminou com a nulidade do auto de infração, ficando arredada a insegurança na determinação da infração.

Ante o exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para reformar a decisão cameral que anulou o auto de infração, devendo os autos retornarem à uma das Câmaras Julgadoras desta Casa para apreciação de demais matérias alegadas.

Sala das sessões plenárias, em 27 de setembro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Retorno dos autos à instância singular. Possibilidade de diligência (Nulidade - não acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00555/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Questão processual. Nulidade por insegurança na determinação da infração. Retorno dos autos à fase singular para investigação de aspectos de fato que estão obscuros. Decisão não unânime.

I - A insegurança na determinação da infração é caracterizada, dentre outras hipóteses, no caso de equívoco cometido no trabalho fiscal que comprometa a sua lógica sob o ponto de vista jurídico ou técnico; ou, também, havendo falta de sintonia entre o conjunto probatório e a narrativa da peça vestibular;

II - No presente caso, resta claro a simplicidade da acusação e a inquestionável possibilidade de investigação de aspectos de fato que trarão todas as informações necessárias para que o julgador possa formar a sua convicção.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 28 de fevereiro de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral que anulou o processo por insegurança na determinação da infração, devendo os autos retornarem à Primeira Instância para apreciação de toda matéria. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Célia Reis Di Rezende, Washington Luis Freire de Oliveira, Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho, Elias Alves dos Santos, Victor Augusto de Faria Morato e o Sr. Presidente, Conselheiro , que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Paulo Diniz,

Delcídes de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

O texto da peça acusatória é o seguinte:

“Deixou de consignar no Livro Registro de Saídas o registro integral das notas fiscais apresentadas em arquivo magnético contendo as segundas vias das notas fiscais emitidas de maio a agosto de 2004, referentes às prestações tributadas de serviço de comunicação, relativamente às obrigações contidas nos arts. 21-A a 21-I do Anexo X do RCTE (Convênio ICMS 115/03). Em consequência, deve pagar o imposto no valor de R\$ 286.825,42, juntamente com os acréscimos legais, conforme demonstrativos e documentos anexos.”

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seu artigo 64 c/c arts. 88, §1º, inciso III; 313; e 314, todos do Decreto nº 4.852/97, o nosso RCTE. E a penalidade escolhida foi a prevista no art. 71, inciso X, alínea "a", combinado com §9º, inciso I, todos do CTE.

Os autos foram instruídos com documentos que são a cópia da Portaria nº 068/09 - GSF (fl. 05), Nota Explicativa do Auto de Infração (fls. 06/07), Demonstrativo do Cálculo do Valor Original do ICMS Devido Não Apurado no Exercício de 2004(fl. 08), Recibo de Entrega de Arquivo - Convênio ICMS 115/03 (fls. 09/12), um DVD (fl. 13), e as cópias do Livro Registro de saída dos períodos de referência (fls. 15/24).

O sujeito passivo foi corretamente intimado (fls. 26).

Aproveitando a oportunidade, houve nessa fase apresentação de peça impugnatória. (fls.28/64). Seu conteúdo discorreu acerca da inadequação dos critérios eleitos pelas autoridades administrativas, que teriam entendido como receita tributável pelo ICMS, no período em questão, a totalidade do faturamento, desprezando-se as demais notas fiscais. Assim como teriam considerado as operações isentas e não tributadas em todos os meses auditados, apresentando demonstrativos mensais contraditórios.

Houve arguição de preliminar do presente processo por insegurança na determinação da infração, pois inexistiriam elementos suficientes nos autos, que permitissem à impugnante identificar se algum valor realmente lhe poderia ser exigido a título de ICMS e multa.

Afirma, em seguida, que todo o ICMS teria sido efetivamente recolhido pela impugnante, em cada um dos períodos de referência fiscalizados, mencionando equívocos cometidos por ela no preenchimento de alguns dados constantes dos arquivos eletrônicos e nas emissões das notas fiscais.

Porém, alegando que esses erros seriam apenas formais, e, com isso, não se teria cometido nenhuma infração relacionada à obrigação principal, inexistindo, por consequência, prejuízos aos cofres públicos estaduais.

Discorreu, ainda, acerca da não incidência do ICMS sobre parte das receitas levadas à tributação, transcrevendo, em seguida, jurisprudências e decisões sobre o assunto, além de outras decisões administrativas. Questiona por último, os valores da multa exigida através deste procedimento.

Pede, ao final, a improcedência do presente lançamento.

A defesa instrui sua peça com planilha (fl. 103), contendo documento denominado de “Conciliação das Receitas Registradas nos Balancetes Contábeis X Notas Fiscais Emitidas” (fls. 104/105), Balancetes, DARE’S e Registro de Apuração do ICMS (fls. 106 a 226).

O julgador singular, através da Sentença nº 6856/09 – JULD (fls. 228/230), decidiu pela nulidade da pretensão inicial do Fisco, por insegurança na determinação da infração. Observa que a inadimplência parcial apontada, não restou efetivamente apontada e demonstrada, tendo em vista que em todos os meses de referência a diferença se prendeu a apenas um item dos documentos fiscais que se encontram registrados no Livro Registro de Saída, supostamente em valores inferiores, cujas identificações não se encontram do demonstrativo (fls. 08), não permitindo realizar um julgamento do mérito do procedimento no presente momento.

Afirmou, ainda, que deveria o fisco, antes de exigir os impostos devidos nos períodos em análise, verificar se os equívocos supostamente contidos nos arquivos ou os erros cometidos pela impugnante nas emissões dos documentos fiscais, que contêm deduções de documentos cancelados, acarretaram efetivamente em falta de recolhimento do imposto; pois, no caso de não ter acarretado, deve ser exigida multa apenas de caráter formal; e, por perda de objeto, não sendo também desconsiderado o benefício fiscal.

Ao final, concluiu que na forma em que se encontra este lançamento, ele não pode prosperar, pois não pode o fisco exigir tributo baseado em acusação sustentada em demonstrativo incompleto e sem realização de cotejamento inequívoco com os documentos registrados em livro fiscal, ou de outra forma, sem o necessário esclarecimento sobre o fato de a empresa ter ou não recolhido os impostos devidos nos períodos de referência, mesmo que apurados de forma distinta da prescrita na legislação tributária.

Intimada dos argumentos postos pelo julgador singular, a Representação Fazendária apresenta razões de sua inconformidade com a decisão singular, aduz que não há de se falar em insegurança na determinação da infração vez que o levantamento fiscal é claro e demonstra o registro a menor no livro de saídas; que também restou claro que a fiscalização informou que a diferença entre o valor contábil e a base de cálculo é relativa ao benefício fiscal da redução da base de

cálculo contido no inciso X, do art. 8º, Anexo IX, do RCTE. Porém, tal benefício é condicionado ao regular pagamento do imposto; que os motivos apresentados pelo julgador são razões de mérito, não podendo aduzir insegurança na determinação da infração; e que em caso de controvérsia deveria ter encaminhado aos autos para diligência revisional. Requer a reforma da decisão (fls. 231/233).

O polo passivo foi corretamente intimado para oferecer contradita ao recurso da Fazenda Pública (fls. 234/235).

A autuada apresentou contradita e memoriais, onde aduz que não procede a afirmação de que não teria questionado o procedimento fiscal, vez que suas alegações foram inclusive acolhidas pelo julgador singular; que a fiscalização incluiu no levantamento, de forma indevida, as operações isentas e não tributadas quando da apuração do ICMS; que a fiscalização levou em consideração todo o faturamento da recorrente; que há incorreções e omissões no cálculo realizado pelo Fisco; que todo o ICMS devido foi recolhido; e que se fosse correta a multa, esta deveria ser aplicada com o benefício do § 8º, art. 71 do CTE.

Requer seja mantida a decisão singular.

O representante legal da autuada solicita o adiamento do julgamento (fls. 290/294), quando foi acolhido o seu pedido.

A Segunda Câmara Julgadora decidiu, por maioria de votos, através do acórdão nº 3478/2010 (fls. 299/302), rejeitar o pedido de conversão do julgamento em diligência feito pela Representação Fazendária. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conheceu do recurso de ofício, negou provimento para manter a sentença singular que julgou nulo "ab initio" o auto de infração, por insegurança na determinação da infração.

A decisão destaca que a presente acusação fiscal encontra-se sustentada em demonstrativo incompleto e sem realização de cotejamento inequívoco com os documentos registrados em livro fiscal.

A Fazenda Pública foi intimada, conforme fl. 303, e ofereceu recurso ao conselho pleno, pedindo a reforma da decisão cameral. Nele, alega que sobram motivos para que os autos sejam encaminhados em diligência e que os julgados das duas instâncias foram omissos. Requer a anulação dos julgados anteriores, remessa dos autos em diligência para realização de revisão fiscal, e retorno à primeira instância para análise de toda matéria (fls. 304/306).

O polo passivo foi intimado do recurso (fls. 308/309). Em sua contrarrazão (fls. 312/354), a autuada aduz que os autos não carecem de diligência, pois se trata de nulidade do lançamento identificada de pronto e diz respeito a própria existência do crédito tributário.

Reiterou, ainda, as alegações sobre a inadequação dos critérios eleitos pelas autoridades administrativas, que teriam entendido como receita tributável pelo ICMS no período em questão a totalidade do faturamento, desprezando-se as

demais notas fiscais, assim como, não consideraram as operações isentas e não tributadas em todos os meses auditados, apresentando demonstrativos mensais contraditórios.

Afirma que todo o ICMS foi recolhido em cada um dos períodos de referência fiscalizados, mencionando equívocos cometidos por ela no preenchimento de alguns dados constantes dos arquivos eletrônicos e nas emissões das notas fiscais, porém, alegando que esses erros seriam apenas formais e, com isso, não se teria cometido nenhuma infração relacionada à obrigação principal, inexistindo, por consequência, prejuízos aos cofres públicos estaduais.

Discorre sobre a não incidência do ICMS sobre parte das receitas levadas à tributação, transcrevendo, em seguida, jurisprudências e decisões sobre o assunto, além de outras decisões administrativas, questionando, finalmente, os valores da multas exigidas através deste procedimento.

Ao final, requer seja mantida a decisão cameral.

É o relatório.

DECISÃO

A acusação fiscal é simples, está sendo cobrada a diferença havida entre os montantes de Valor Contábil das prestações de serviço de comunicação (TV a cabo) constantes no recibo da remessa de arquivos definido no Convênio ICMS 115/2003, cujos valores se encontram nos autos (fls. 9/12), e os montantes também de Valor Contábil constantes no Livro de Registro de Saídas, cujo CFOP é 5.307 (fls. pares entre 18 e 24), estando o levantamento consolidado também em anexo (fls. 8).

Percebe-se que as motivações dos julgados anteriores que levaram à nulidade desde o início por insegurança na determinação da infração são, a bem da verdade, motivações que poderiam levar à correção mediante remessa em diligência, sendo desnecessária e indevida a nulidade proferida.

A primeira e principal alegação para a nulidade foi falta de cotejamento entre as diferenças apontadas no levantamento fiscal, ou seja, essas diferenças estariam sinteticamente dispostas, quando caberia serem apresentadas de forma analítica. Ocorre, porém, que a autuada emitiu no período fiscalizado notas fiscais mensais englobadas (saliente-se que poderia e deveria tê-las emitido de forma individualizada), impossibilitando por parte da fiscalização a realização de qualquer levantamento minimamente analítico, o que implicou a feitura do mesmo da forma como se deu.

RCTE, "Art. 268. A Nota Fiscal de Serviço de Comunicação (mod. 21) deve ser emitida no ato da prestação do serviço (Convênio SINIEF 6/89, art. 79).

Parágrafo único. Na impossibilidade de emissão de uma nota fiscal para cada um dos serviços prestados, estes podem ser englobados em um único documento fiscal, abrangendo um período nunca superior ao fixado para apuração do imposto.”

A segunda motivação para a nulidade foi o acatamento da alegação efetuada pela autuada de que deveriam ser analisadas as prestações isentas e não tributadas e seus reflexos, o que entendo equivocado, pois essas diferenças não estão espelhadas entre os montantes de Valor Contábil constantes dos arquivos do Convênio 115/03 e os montantes correlatos, quando registrados no Livro de Saídas, mas estão necessariamente espelhados a cada período entre Valor Contábil e Base de Cálculo, seja nos arquivos, seja no Livro de Registro de Saídas. Sobre isso, uma vez reproduzido o quadro das fls. 08, inserindo os valores de base de cálculo, percebe-se também haver diferenças, ou seja, elas ocorreram tanto nos valores contábeis, quanto nas bases de cálculo.

Quadro das fls. 08 (com dados adicionais de base de cálculo)												
2004		Recibo entrega de arq. (Conv ICMS 115/2003)		Livro Registro de Saídas				Resultados				
FG	fls.	Valor Total (Vr. Contábil)	Base de Cálculo	fls.	NF mod 21	Valor Contábil	Base de Cálculo	Δ Vr Contábil	Δ Base de Cálculo	Aliq %	ICMS cobrado pela fiscaliz. (calculado pelo VC)	ICMS calculado pela BC
-	-	(a)	(f)	-	-	(b)	(g)	(c = a - b)	(h = f - g)	(d)	(e = c x d)	(i = h x d)
mai	9	2.283.460,58	903.544,96	18	263	2.017.197,07	775.613,99	266.263,51	127.730,97	25	66.565,88	31.932,74
jun	10	2.143.710,88	848.364,24	20	279	2.020.665,60	777.147,99	123.045,28	71.216,25	26	31.991,77	18.516,23
jul	11	2.251.947,70	890.846,49	22	303	2.237.250,88	860.446,69	14.696,82	30.399,80	26	3.821,17	7.903,95
ago	12	2.889.107,41	1.142.849,96	24	326	2.179.697,42	838.311,63	709.409,99	304.538,33	26	184.446,60	79.179,97
Tota l	-	9.568.226,57	3.785.605,65	-	-	8.454.810,97	3.251.720,30	1.113.415,60	533.885,35	-	286.825,42	137.532,88
Relação BC / VC (f / a) = 39,56%				Relação BC / VC (g / b) = 38,46%								

Assim, os pontos dúbios do levantamento que realmente merecem esclarecimento, demandam apenas remessa em diligência, mas não nulidade por insegurança na determinação da infração. São eles:

1. verificação da ocorrência de notas fiscais canceladas e outras que podem alterar o montante autuado – tais diferenças, se existirem não poderiam motivar discrepância entre os valores havidos nos arquivos do Convênio 115/03 e os constantes do Livro de Registro de Saídas, mas, de qualquer forma, em caso de dúvida do julgador, e na busca da verdade material, deve ser ouvida a fiscalização sobre este aspecto;

2. quanto a maio/2004, deve o levantamento fiscal contemplar o gozo da redução de base de cálculo – este é um aspecto até o momento não abordado nos autos e que se deve ao mandamento contido no RCTE, Anexo IX, Art. 8.º, inc. X, alínea “e” (se não se tratasse de período alcançado pela decadência, caberia inclusive, com base na alínea “f”, atuar a diferença entre Valor Contábil e Base de Cálculo de setembro/2004):

RCTE, Anexo IX, Art. 8º A base de cálculo do ICMS é reduzida:

X - de tal forma que resulte aplicação dos seguintes percentuais sobre o valor da prestação de serviço de televisão por assinatura, quando o contribuinte optar pela aplicação da redução da base de cálculo em substituição ao sistema normal de tributação do ICMS e não apropriar qualquer crédito do imposto, observado, ainda, o disposto nas alíneas "d" a "f" (Convênio ICMS 57/99):

c) 10% (dez por cento) a partir de 1º de janeiro de 2001;

d) a aplicação do benefício é condicionada ao regular pagamento do imposto na forma e no prazo previstos na legislação;

e) o não pagamento do imposto, nos termos previstos na alínea anterior, implica perda da redução da base de cálculo a partir do mês subsequente à ocorrência da inadimplência;

f) eliminada a inadimplência, pelo pagamento ou pelo parcelamento do débito, o contribuinte habilita-se à fruição do benefício, a partir do mês subsequente à regularização;

3. explicar o que significam as saídas de pequena monta sob o mesmo CFOP 5.307, e porque elas não foram consideradas no levantamento fiscal (a busca dessa explicação pode implicar eventuais questionamentos pela fiscalização à própria atuada);

4. explicar por que os valores de base de cálculo são tão menores do que os de valor contábil – são da ordem de 39% como se percebe nos campos da linha do quadro apresentado (deveriam ser em torno de 90%).

Diante dos aspectos citados entendo que as dúvidas dizem respeito a aspectos de fato, que não comprometem a lógica do trabalho. Para que restasse caracterizada a insegurança, deveria ficar clara a existência de vício que impedisse a investigação do mérito da lide, o que indubitavelmente não se percebe no presente caso.

O próprio sujeito passivo reconhece ter cometido erros na escrituração, e esses devem ser investigados, sendo possível, assim, chegar à conclusão se houve de fato omissão de registro de prestações de serviço tributadas, conforme narrativa da exordial.

Diante do que foi posto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para reformar a decisão singular e a cameral, retornando os autos à fase singular para análise de toda a matéria, sendo necessária investigação, através de diligência, dos tópicos sugeridos acima.

Sala das sessões plenárias, em 13 de março de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Insegurança na determinação da infração - Utilização irregular de ECF (Nulidade - acolhimento)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00078/12

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Acolhida. Decisão unânime.

Deve ser considerado nulo o auto de infração quando houver evidência nos procedimentos processuais que formalizam a lide que houve insegurança da determinação da infração.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 27 de maio de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Versam os autos que o contribuinte utilizou irregularmente o Emissor de Cupom Fiscal ao emitir o Cupom de COO 24482, em 06/01/2010, onde se registrou uma operação referente a nota fiscal de venda ao consumidor série D-1, modelo 2, NR 19728, de 06/01/2010, que continha descrição de produto e valores diferentes na 1ª e 3ª vias, conforme vias anexas; caracterizando dessa forma Fraude Contra a Fazenda Pública - Caçamento de Nota.

A infração está identificada no Art. 69, parágrafo único da Lei 11.651/91 c/c Art. 231, VII, anexo XI decreto 4.852/97.

A penalidade proposta é a contida no Art. 71, XIII, "b" da Lei 11.651 c/ redação da Lei 15.505/2005.

Juntou-se aos autos a título de instrução da acusação, Procedimento Fiscal (doc. fls. 03/05), cópia de nota fiscal (doc. fls. 06) e Bloco de Notas Fiscais (doc. fls.07/107).

Após intimados, os respectivos Termos de Revelia foram lavrados, uma vez que os mesmos deixaram de apresentar impugnação em primeira instância. (doc. fls.108/113).

O sujeito passivo direto comparece ao feito, em sede de recurso voluntário, às fls. 121/128, preliminarmente requer a nulidade do lançamento por insegurança na Determinação da Infração em face que a empresa autuada se classifica como "empresa de médio porte" e, em sendo assim, a autora do lançamento, por força do lecionado no inciso I art. 4º da Lei nº 13.266/98, estaria inviabilizada de proceder ao lançamento por extrapolar as suas atribuições. Diante

do exposto, requer seja conhecida da impugnação, devendo ser acolhida a preliminar de nulidade da peça básica, declarando-se nulo "ab initio" o processo em face da incompetência funcional da autoridade autuante.

Quanto ao mérito, requer, seja declarada a incompetência funcional das autoridades lançadoras, tendo em vista a classificação do porte da empresa autuada e, a condição de AFRE I do agente lançador, nos termos do art. 4º, da Lei 13.266/98, c/c art. 20, inciso I, Lei 16.469/09, devendo culminar com a declaração de nulidade, com o julgamento de improcedência do auto de infração; e

Seja decretada a nulidade do procedimento fiscal ante a insegurança na determinação da infração verificada no ato de lançamento do crédito tributário, posto que o lançamento foi realizado com erro quanto ao registro da ocorrência, quanto à capitulação do dispositivo legal infringido e, de igual forma, quanto a penalidade proposta, restando inquinado o auto de infração de nulidade por insegurança na determinação da infração. Anexa documento às fls.129/135.

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar os elementos constitutivos desta ação verifiquei que razão assiste ao pleito do impugnante, em sede preliminar de nulidade deste volume, por insegurança na determinação da infração, haja vista que, a autoridade lançadora, quando do seu comparecimento na fase cognitiva desta demanda, infere que o sujeito passivo utilizou de maneira incorreta o ECF, onde se registrou operação referente à nota fiscal de venda ao consumidor, com descrição de produto e valores diferentes da primeira para a terceira vias, caracterizando assim, calçamento de nota fiscal e tipificou a infração nos termos do artigo 69, parágrafo único do CTE, c/c artigo 231, inciso VII do Anexo XI do RCTE, fatos esses já noticiados no relatório que é parte integrante deste "decisum"

De fato, de conformidade com o aduzido na folha de rosto deste tomo, houve omissão de pagamento do imposto. Entretanto, o autuante ao aplicar a multa, o faz com base no artigo 231, inciso VII do Anexo XI do RCTE, que segue transcrito e leciona sobre fraude no ECF, o que não foi comprovado.

"Art. 231. Considera-se uso irregular de ECF (Convênio ECF 1/98, cláusula terceira; Convênio ICMS 85/01, cláusulas setuagésima terceira, § 1º, setuagésima quinta e setuagésima sexta):

[...]

VII - utilizar ECF em desacordo com as exigências e as especificações pertinentes."

Destaco ainda, que o autuante também não atentou para a orientação contida no "caput" do artigo 233, "verbis", do mesmo diploma legal supra, que determina a apreensão do equipamento, motivador da ação, fato não acontecido.

“Art. 233. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 231 e 232 o funcionário fiscal da SEFAZ deve apreender o ECF ou o equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados e utilizá-lo como prova de infração à legislação tributária.”

As omissões praticadas na fase cognitiva desta ação, configura em sua plenitude, a insegurança na determinação da infração, fato que me leva a evocar o artigo 20, inciso IV da Lei nº 16.469/09, in verbis:

“Art. 20 – São nulos os atos praticados:

[...]

IV- com insegurança na determinação de infração.”

Sobre a preliminar de nulidade desta ação, questionada pela defesa, por incompetência funcional do autor do lançamento, considero despiciendo maiores comentários a respeito, tendo em vista que, tal inquirição foi rejeitada unanimemente, no entendimento de que a autoridade lançadora se enquadra no preceituado no artigo 4º da Lei nº 13.266/98.

Assim, em sintonia com a unanimidade de meus pares, voto, acolhendo a preliminar de nulidade da peça básica, argida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, declarando de consequência nulo “ab initio” o processo.

Sala das sessões plenárias, em 17 de janeiro de 2012.

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

Matéria: NULIDADES - Outras - Exclusão do solidário pela ausência de vinculação com o ilícito praticado (Exclusão de Solidário - acolhimento)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00014/12

Relator: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: Processual. Preliminar de exclusão da lide do polo passivo solidário, [...], por ele arguida. Acolhida. Decisão unânime.

Deve ser acatada a solicitação do polo passivo solidário de exclusão de seu nome da lide quando a instrução processual indicar ausência de sua participação nos fatos que motivaram a ação fiscal.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de dezembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de exclusão da lide do sujeito passivo solidário [...], por ele arguida. Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Delcídes de Souza Fonseca e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

Narra a peça de sustentação deste feito que a empresa em epígrafe transportava mercadorias no valor comercial de R\$ 113.118,72 (cento e treze mil, cento e dezoito reais e setenta e dois centavos) acompanhadas pela nota fiscal 0663, confeccionada com dados que não correspondem à verdade, portanto falsificada e inidônea para todos os efeitos; após abordagem o condutor escapou da fiscalização, fugindo com veículo e mercadorias e deixando no posto fiscal seus documentos pessoais. Devendo, em consequência, pagar o ICMS no valor de R\$ 30.542, 00 (trinta mil, quinhentos e quarenta e dois reais) mais as cominações legais.

Foram nomeados como polos passivos solidários os nomes indicados às fls. 03 e 04.

Instruindo a exordial o autuante acostou a este volume os documentos de fls. 05 “usque” 25.

Identificados como infração os artigos 64, 67, IV da Lei nº 11.651/91, c/c artigos 113, 120 e 141 do Decreto nº 4.852/97.

Foi proposta a penalidade com base no artigo 71, inciso XII, alínea "a", item I da Lei nº 11.651/91 com redação da Lei nº 14858/2001.

Intimados, solidários e autuada, fls. 26 a 38.

A solidária [...] vem aos autos apresentar impugnação, fls. 40 a 44, onde, de plano, solicita que seja comunicado à delegacia policial sobre o referido fato, visto que, o que ora se apresenta transcende a sede tributária do Estado; apresentando-se como crime, previsto no Código Penal, contra a administração pública. Solicita, ainda, que seja retirada do pólo passivo da lide por não ter contribuído para o ilícito tributário. Afirma ser uma firma instalada no município de Duque de Caxias-RJ, há mais de quinze anos e não tem negócios com qualquer tipo de empresa no Estado de Goiás, muito menos com a firma [...]. Ainda, em sua defesa, diz não se valer de gráfica situada em Anápolis-GO para produzir seus talões de notas fiscais, o que, frisa, é ilegal. Afirma ser vítima de quadrilha que em seu nome fazia circular mercadorias para o Estado de Goiás. Estranha o fato da fuga do motorista do posto fiscal, visto terem os fiscais comprovado a inidoneidade da nota, mas não procederam à prisão do motorista. Por fim requer que seja excluída da presente relação passiva, sem desconstituir o auto de infração contra os demais envolvidos.

A autuada apresenta pedido de Revisão Extraordinária, com fulcro no artigo 43 e seguinte da Lei 16.469/09 e, para embasamento do pedido, afirma que foi intimada em 30/06/2008 para cumprimento das diligências, porém no prazo estipulado não pagou e nem apresentou impugnação em primeira instância. Diz que não foi intimada, antes do envio para dívida ativa, para apresentar defesa em segunda instância, estando, pois, caracterizado o cerceamento de defesa. Diante disso, requer a admissão do Pedido de Revisão Extraordinária, a imediata suspensão da exigibilidade da penalidade aplicada, que o processo seja devolvido

para se proceda a intimação da recorrente concedendo-lhe prazo legal para a apresentação de sua defesa, que seja oficiada à Gerência de Dívida Ativa para as providências de praxe.

Despacho 2589/2009-CAT do Presidente do Conselho Administrativo Tributário não admite o Pedido de Revisão Extraordinária feito pela autuada, por ter a empresa confessado o débito de forma irretroatável, já tendo pago a primeira parcela e embasa a decisão com o que dispõe o parágrafo 2º, art. 6º da Lei 16.469/09, que dita expressamente: "*Não podem ser objeto de apreciação, os casos em que haja confissão irretroatável de dívida*"

Em 02 de fevereiro de 2011 é lavrado o termo de revelia, fls. 101, para os solidários [...] e [...], o primeiro revel em 22/07/2008 e o segundo em 19/08/2008.

Em sua decisão de primeira instância, fls. 102 a 104, a julgadora confirma o embasamento aposto no auto de infração. Afirma que os documentos apresentados pela solidária impugnante são insuficientes para descaracterizar a acusação inicial de ser a remetente das mercadorias objeto da operação irregular. Assim conhece da impugnação, nega-lhe provimento, não acata o pedido da solidária para exclusão do pólo passivo da lide e decide pela procedência do auto de infração.

Regularmente intimados, autuada e solidários, da decisão de primeira instância, fls. 105 a 112. A autuada, a solidária [...] e o solidário [...] tornam-se peremptos, respectivamente, em 25/04/2011, 29/04/2011 e 16/05/2011.

A solidária [...] dirigindo-se à Segunda Instância, fls. 116 a 121, repete o que já havia exposto na impugnação à primeira estância e acrescenta: ser acertada a decisão da julgadora singular, mas que não concorda com o argumento de que a solidária deveria ter providenciado o processo judicial para questionar o uso de suas notas fiscais; a seu favor diz que deveriam as autoridades, por dever de ofício, no ato da confirmação da falsidade da nota fiscal procurar a delegacia policial e representar contra o fato, além de providenciar a prisão do motorista. E por fim, requer que seja conhecido e provido o presente recurso e que seja totalmente excluída da presente relação passiva solidária, sem se desconstituir o auto de infração e, pede, ainda, que seja convertido o julgamento em diligência para apuração efetiva de todos os envolvidos no presente caso.

Em 21 de julho de 2011 é feita juntada dos documentos de fls. 126 a 133, a pedido da autuada.

Despacho 1.240/2011 - II CJUL considerando o parcelamento do crédito tributário relativo ao presente processo determina que seja retirado de pauta e encaminhado ao SECON da Gerência de Controle Processual - Gepro, para que sejam tomadas as providências cabíveis, fl. 134.

Memorando 0068/2011 da Gerência de Cobrança e Programas Especiais-GCOP afirma que o parcelamento 128137-8, fls. 99-100, foi realizado no nome do sujeito passivo direto, [...], não caracterizando confissão de dívida para os

solidários [...], [...], e [...], uma vez que os solidários não assinaram e tampouco outorgaram poderes para que fosse assinado o termo de parcelamento. Ainda, no mesmo documento, diz que o solidário [...] apresentou impugnação à primeira instância, a qual ainda não foi julgada e solicita o prosseguimento do rito para os solidários citados.

Despacho 1.574/2011-PRES determina que o processo seja repautado, observando o princípio da prevenção, para que seja conhecido do recurso da solidária [...]. visto não ter este solidário assinado ou outorgado poderes para o pedido de parcelamento.

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças constitutivas desta ação verifiquei e me convenci de que razão assiste ao nomeado polo passivo solidário [...] ao pugnar pela sua exclusão da sujeição passiva desta lide, tendo em vista que não há neste feito nenhuma evidência de que o mencionado polo passivo solidário, tenha contribuído para o ilícito tributário em apreciação, nos termos do inciso XIII do artigo 45 do CTE, aduzidos pelo autuante.

Assim, voto acolhendo a preliminar de exclusão da lide do sujeito passivo solidário [...] a, por ele arguida.

Sala das sessões, em 10 de janeiro de 2012.

OMISSÃO DE REGISTRO DE NOTA FISCAL

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

Matéria: OMISSÃO DE REGISTRO DE NOTA FISCAL - Falta de consignação no Livro Registro de Saídas de nota fiscal eletrônica (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 02281/12

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Nota fiscal emitida e não registrada no livro próprio.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. Rejeitado. Decisão unânime.

A diligência não é determinada, haja vista a ausência de irregularidade de natureza material.

PRELIMINAR. Cerceamento ao direito de defesa. Rejeitada. Decisão unânime.

O cerceamento ao direito de defesa ocorre quando há limitação ou obstáculo que impeça a parte de se defender da forma legalmente permitida, causando-lhe prejuízo em relação ao seu objetivo processual, o que efetivamente não ocorreu nestes autos.

EXCLUSÃO DO SOLIDÁRIO. Rejeitada. Decisão por maioria.

É solidariamente obrigado ao pagamento do imposto devido na operação o sócio administrador, dado o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, gerindo os negócios da empresa.

MÉRITO. Procedente. Decisão unânime.

A nota fiscal emitida a qualquer título deve ser registrada no livro registro de saída.

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 do CTE)

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de julho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência levantado pelo sujeito passivo. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Manoel Antônio Costa Filho e Alcedino Gomes Barbosa. E, 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 e Manoel Antônio Costa Filho. Vencido o Conselheiro Alcedino Gomes Barbosa. 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 Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Manoel Antônio Costa Filho e Alcedino Gomes Barbosa.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo deixou de consignar no livro registro de saídas as notas fiscais eletrônicas de n.ºs 16, 52, 235, 239, 252, 259, 263, 279, 287, 290, 291 e 299, referentes à saída de mercadoria tributada, por isso exigido a multa formal e o ICMS e demais acréscimos legais.

O crédito tributário foi considerado procedente em primeira instância.

O recurso voluntário interposto sustenta a nulidade do auto de infração, dada a ausência de “*discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado,*” desta forma, cerceado seu direito de defesa, haja vista não terem sido observados os requisitos mínimos do

lançamento, transcrevendo texto de jurisprudência do reconhecimento da nulidade na situação de imperfeição da descrição do fato e falta de menção dos dispositivos legais infringidos, especialmente os relacionados à correção monetária e juros aplicados para o cálculo do crédito tributário.

Quanto ao mérito, sustenta a inexigibilidade do tributo e por consequência do acessório, considerando a interposição de recurso. A partir de então enumera alguns fatores relacionados ao emaranhado sistema da legislação tributária e aspecto da instituição Receita Estadual. Ressalta o caráter confiscatório do tributo, requerendo sua redução condizente com sua capacidade contributiva, expurgando o excedente relativos à incidência de multas e juros, capitalização e os demais acréscimos ilícitos. Além disso, pede diligência com intuito de “apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas.”

O responsável solidário foi intimado, mas não se manifestou, por isso lavrado o termo de revelia.

DECISÃO

A diligência é expediente utilizado por esta Casa para correção de possível irregularidade material havida nos autos, de maneira a auxiliar o julgador, esclarecendo dúvida e fazendo surgir a verdade material.

Assim entendido, não há aplicação nos presentes autos, considerando que a descrição do fato está clara e coerente com toda a documentação anexada, tratando-se a infração de ausência do registro da nota fiscal de saída no livro fiscal respectivo que, além do descumprimento de exigência de natureza acessória, resultou em falta de pagamento do tributo.

Ademais disso, incisivamente, o recorrente não apontou o erro ou equívoco cometido pela autoridade fiscal, ficando o seu pedido registrado de maneira genérica: apuração de informações no tocante aos valores auferidos pelo Fiscal.

Rejeitado o pedido de diligência.

São pincelados pelo recorrente alguns aspectos relacionados ao lançamento, buscando fragilizá-lo de maneira a reconhecer a impossibilidade de exercer seu direito de defesa.

Parte deles já analisados para efeito da rejeição do pedido de diligência, os quais são tomados também para rejeição da preliminar, conquanto restando registrar a devida consignação dos números dos documentos fiscais autuados na própria descrição do fato, no auto de infração, acompanhado do demonstrativo auxiliar “outros débitos de ofício” da auditoria básica do ICMS, fls. 17 e 25, de maneira a proceder o detalhamento de cada documento e valor correspondente,

sintetizado no anexo estruturado – detalhamento do crédito tributário, fls. 3. Portanto, devidamente indicadas as notas fiscais e os valores auatuados.

No que concerne a capitulação da infração, item que não enseja a nulidade do auto de infração, quando exposta com clareza a descrição do fato, também não há reparo a fazer, haja vista, conforme transcrição abaixo feita no momento da apreciação do mérito, a coerência com o objeto da lide.

Na forma da Lei de Introdução ao Código Civil a ninguém é dado desconhecer a lei e, ainda, no caso, quando informado à parte, como aconteceu, via intimação, fls. 102, ao indicar os dispositivos legais concernentes aos módulos dos juros, correção monetária e multa, arts. 481 a 483 do Decreto 4.852/97, senão vejamos:

“Art. 481. O tributo não pago no vencimento é acrescido de juros de mora, não capitalizáveis, equivalentes à taxa de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, calculados sobre o valor atualizado do tributo, desde a data do vencimento da obrigação tributária até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento (Lei nº 11.651/91, art. 167).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor, dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Art. 482. O tributo não pago no vencimento deve ser atualizado monetariamente em função da variação do poder aquisitivo da moeda (Lei nº 11.651/91, art. 168).

§ 1º A correção monetária deve ser feita pelo índice acumulado do período compreendido entre o mês em que o tributo devia ter sido pago ou o mês em que tenha havido aproveitamento indevido de crédito até o segundo mês anterior ao do pagamento, incluídos os meses limitadores do período de acumulação, tomando-se por base o Índice Geral de Preços, conceito Disponibilidade Interna, IGP-DI, da Fundação Getúlio Vargas.

NOTA: Relativamente à correção monetária, observar o disposto no parágrafo único do art. 168 do CTE.

§ 2º Na impossibilidade de determinação do mês em que o imposto deveria ter sido pago, ou do aproveitamento indevido do crédito, presume-se como mês do vencimento da obrigação principal ou do aproveitamento:

I - o mês de julho, quando o período considerado coincidir com o ano civil (exercício completo);

II - o mês médio do período considerado, quando este for ímpar, ou o primeiro mês da segunda metade do período considerado, quando este for par (exercício incompleto).

§ 3º Interrompida ou suspensa a divulgação do IGP-DI, o cálculo da correção monetária deve ser efetuado mediante a utilização do Índice de Preços ao Consumidor em Goiânia - IPC-Goiânia -, da Secretaria do Planejamento e Desenvolvimento do Estado de Goiás.

§ 4º O pagamento parcial do débito deve ser apropriado em cada elemento que compõe o crédito tributário, utilizando o percentual resultante da relação entre o valor pago e o valor total do crédito tributário, atualizado até a data do pagamento, independentemente da natureza dos elementos indicados no documento de arrecadação.

§ 5º A apropriação do pagamento parcial, nos casos de parcelamento de crédito tributário, deve ser feita na forma estabelecida em ato do Secretário da Fazenda.

NOTA: Instrução Normativa nº 909/08-GSF, de 24.07.08 (DOE de 30.07.08), com vigência a partir de 01.08.08, dispõe sobre parcelamento de crédito tributário relativo ao ICMS.

§ 6º Na hipótese em que a legislação permitir o parcelamento de crédito tributário em parcelas mensais, iguais e sucessivas, a correção monetária aplicável às parcelas pode ser feita pelo índice apurado em função da média dos índices das 6 (seis) últimas publicações do IGP-DI anteriores à data do início do parcelamento, sem prejuízo da atualização do crédito feita nos termos do § 1º deste artigo.

§ 7º Na hipótese de utilização de índice estimado de atualização monetária para fins de concessão de parcelamento de crédito tributário, consideram-se definitivos os valores porventura apurados e recolhidos, não cabendo complementação ou restituição na ocorrência de eventuais diferenças.

Art. 483. As multas previstas na legislação tributária, inclusive as de caráter moratório, devem ser atualizadas pelo mesmo critério e índice utilizados para a correção do tributo (Lei nº 11.651/91, art. 170).

NOTA: A Instrução de Serviço nº 03/99-GSF, de 21.05.99, dispõe sobre o vencimento de obrigação tributária correspondente à aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória não vinculada à falta de pagamento do ICMS.

§ 1º O cálculo da atualização monetária é efetuado mediante a divisão do valor da multa pelo índice acumulado, publicado em ato do Secretário da Fazenda, referente ao mês da prática da infração.

§ 2º Na impossibilidade de determinação do mês da ocorrência da infração, considera-se como tal:

I - o mês em que o tributo deveria ter sido pago, em se tratando de infração da qual resulte falta de pagamento do tributo;

II - tratando-se de infrações apuradas por levantamento fiscal, não vinculadas à falta de pagamento do tributo:

a) o mês de julho, quando o período considerado coincidir com o ano civil;

b) o mês médio do período considerado, quando este for ímpar, ou o primeiro mês da segunda metade do período, quando for par;

III - nos demais casos, aquele que mais se aproximar da data provável da prática da infração, assim determinado pelas evidências ou indícios levantados pela autoridade fiscal.”

O cerceamento ao direito de defesa ocorre quando há limitação ou obstáculo que impeça a parte de se defender da forma legalmente permitida, causando-lhe prejuízo em relação ao seu objetivo processual, o que efetivamente não ocorreu nestes autos.

Portanto, rejeitada a preliminar de cerceamento ao direito de defesa.

O Sr. [...], identificado como coobrigado ao crédito, conforme fundamentação legal prevista no art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91, abaixo transcrita, realmente se confirma pelo que consta da Cláusula Quinta da Segunda Alteração Contratual da Firma, a qual o estabelece sócio administrador, gerindo os negócios da empresa:

“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;”

Desse modo até aqui considerado, à empresa resta apenas pagar o ICMS devido, além da multa formal relativa à falta de registro do documento no livro respectivo, conforme determinado pelo inciso I do art. 313 e 314 do Regulamento, assim:

“Art. 313. O livro Registro de Saídas destina-se à escrituração da (Convênio SINIEF SN/70, art. 71):

I - saída de mercadoria, a qualquer título, do estabelecimento;

.....

Art. 314. A escrituração deve ser feita, por período de apuração, em ordem cronológica, até o dia seguinte ao da data de emissão do documento fiscal, pelos totais diários das operações ou prestações da mesma natureza, de acordo com o Código Fiscal de Operações e Prestações, sendo permitido a escrituração conjunta dos documentos de numeração seguida e da mesma data, emitidos com idêntica série (Convênio SINIEF SN/70, art. 71, § 2º).”

Isso cumpre o determina o art. 64 da Lei 11.6451/91, bem como, mais esmiuçado, o art. 88, § 1º, inciso III 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. 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;”

Para a infração foi capitulada a penalidade do art. 71, inciso X, alínea “a”, e § 9º, inciso I, da Lei 11.651/91, o que é confirmada nesta oportunidade:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

X - de 13% (treze por cento):

a) calculado sobre o valor da operação ou da prestação, pela falta de registro, ou pelo registro com valor a menor, em livro próprio, de documento fiscal regularmente emitido;

[...]

§ 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:

I - 60% (sessenta por cento), observado o disposto no inciso seguinte;”

Tudo isso consta do auto de infração.

Quanto ao possível efeito confiscatório da penalidade fica a cargo de eventual questionamento junto ao Poder Judiciário ou alteração legislativa, considerando que a esta instância administrativa aplica-se a vedação prevista no art. 6º, § 4º da Lei 16.469/09, assim:

“Art. 6º.

[...]

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

Ante o exposto, levando em conta as provas existentes nos autos, voto conhecendo do recurso voluntário, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão singular que considerou procedente o crédito tributário lançado na inicial.

Sala das sessões, em 01 de outubro de 2012.

OPERAÇÃO COM GADO

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

Matéria: OPERAÇÃO COM GADO - Aquisição de gado bovino para abate sem recolhimento do ICMS-ST (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01349/12

Relator: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Aquisição de gado para abate. Omissão do ICMS-ST pelas operações anteriores. Procedência parcial. Decisão unânime.

A comprovação parcial da ausência do ilícito fiscal, suporta a reforma da decisão singular em parte e produz efeito para a declaração da procedência do auto de infração sobre o valor remanescente do crédito.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de setembro de 2011, 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\$ 585.154,34 (quinhentos e oitenta e cinco mil, cento e cinquenta e quatro reais e trinta e quatro centavos), conforme planilha de fls. 263. Participaram do julgamento os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração, lavrado contra o contribuinte acima identificado, para exigência do ICMS e cominações legais, no valor originário de R\$ 594.734,21 (quinhentos e noventa e quatro mil, setecentos e trinta e quatro reais e vinte e um centavos), imposto este devido por substituição tributária, relativo a aquisição de gado bovino e bufalino junto a produtores rurais, para abate exclusivamente no estabelecimento do sujeito passivo, no período de janeiro a junho de 2005, conforme apurado através dos demonstrativos de fls. 14/23 e detalhado no corpo da peça básica.

Nomeado solidário o [...], I.E. 10.188.915-1, CNPJ 25.068.875/0006-60.

[...], através da peça defensiva acostada as fls.102/116, subscrita por procuradora devidamente constituída, solicita a improcedência da autuação, alegando que o autuante se equivocou ao desconhecer que a empresa possuía outro tipo de saldo credor exportação, para compensar seus débitos a título de substituição tributária. O solidário apresenta impugnação de fls. 118/131 e reitera o pedido de improcedência.

Sentença 1.543/2007JULP (fls.133/134) julga procedente o auto de infração.

Inconformados, o sujeito passivo principal apresenta recurso voluntário (fls.139/141) reiterando os pedidos e argumentos anteriores.

O solidário é declarado perempto (fls. 138).

O autuado apresenta memorial, com novos cálculos e pede a procedência parcial (fls.144/162).

É procedida a juntada de Termo de Apontamento de solidariedade (fls. 164/168).

Resolução de fls.171 encaminha os autos para a Gerência Especializada de Auditoria (DEAUD) para revisão.

Retornam os autos com resultado diligencial de fls. 173 a 178 confirmando os valores lançados na inicial.

Cientificados do resultado da revisão, os autuados apresentam contradita (fls. 183/193) e pedem a procedência parcial do auto de infração, apresentando novo quadro demonstrativo contraditório.

Nova resolução de fls. 198 converte o julgamento em diligência para proceder nova revisão, conforme sugestão do auditor autuante juntado às fls. 197 dos autos.

Retornam os autos com novo resultado diligencial de fls. 350/400 reduzindo o ICMS para R\$585.154,34, composta das parcelas mensais constantes da coluna VII (fls.213), assim como a compensação posterior deste valor na exigência do auto de infração 3.0246134.048.43 (icms operações próprias).

Cientificados do resultado da revisão, os autuados apresentam manifestação de fls. 229/235 e pedem para aguardar a apresentação de novos demonstrativos. Posteriormente, pedem a procedência parcial no valor de R\$140.899,49 (fls.242)

Nova resolução de fls. 253/254 converte os autos em diligência junto ao autor do procedimento fiscal para adotar as providências que especifica.

Finalmente, retornam os autos com novo resultado diligencial de fls. 255/271, esclarecendo todas as dúvidas suscitadas e confirmando a exigência fiscal no valor de R\$585.154,34.

A empresa apresenta manifestação pela improcedência (fls.279).

Este é o relatório, passo a decidir.

DECISÃO

Trata-se de exigência de recolhimento de saldo devedor do ICMS substituição tributária, relativa a aquisição de gado bovino e bufalino, junto a produtores rurais, para abate exclusivamente no estabelecimento do sujeito passivo, no período de janeiro a junho de 2005, onde foram confrontados de um lado, os créditos outorgados de exportação, os recolhimentos do ICMS-ST, e do outro lado, o imposto creditado no LRAICMS referente a estas mesmas aquisições, tendo sido atuada a diferença constatada, conforme demonstrativo e documentos anexos.

Como fato novo, durante a fase de julgamento deste processo, o fiscal atuante acostou aos autos o documento de fls. 197 onde ele registra que *“Tendo oportunidade de revisar PATs de inscrições desta empresa, verifiquei a necessidade de tirar dúvidas quanto ao estorno de créditos outorgados referentes a exportações, modalidades não comprovadas e critério de rateio quanto ao gado adquirido internamente, e que seria feito comparado os PAT abaixo (...)”*.

Foi aprovada resolução de fls. 198 encaminhando os autos ao fiscal atuante para proceder a revisão nos termos por ele sugerido.

Retornam os autos com a manifestação de fls. 202/225, do autor do procedimento no sentido de que *“(...) o objetivo desta análise conjunta dos AI da empresa, lavrados em momentos diferentes e por agentes diferentes, não é outro senão impedir que eventuais exigências passíveis de compensação posterior não sejam assim consideradas, como é o caso das exigências relativas a ICMS da operações anteriores e suas compensações com créditos outorgados de exportação.(...)”*, reduzindo o valor do auto de infração para R\$585.154,34. (fls.204).

Cabe registrar que, conforme orientação do fiscal atuante contida às fls. 202, as exigências contidas nos processos 30212352484046, 3021359067270, 3021363259634 e 3021368217883 referem-se à ICMS-STOA, devendo os mesmos serem julgados conjuntamente, e anteriormente àqueles relativos às “Auditorias de ICMS Regime Normal” do mesmo estabelecimento, contidas nos processos de nºs 3010841437134 (2003/04), 3010552322621(2004) e 3024613404843 (2005).

Estabelecida esta sequência lógica, as compensações devidas decorrentes dos primeiros autos, poderão ser compensados posteriormente durante o julgamentos dos três últimos, não havendo nenhum prejuízo para a empresa atuada.

Os processos nºs 30212352484046, 3021359067270, 3021363259634 e 3021368217883 foram relatados/julgados pelo mesmo relator, conjuntamente e na mesma data.

Ao teor de todo o exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e julgar parcialmente

procedente o auto de infração, importando o ICMS no valor total de R\$585.154,34 (quinhentos e oitenta e cinco mil, cento e cinquenta e quatro reais e trinta e quatro centavos), conforme planilha de fls.263.

Sala das sessões, em 19 de junho de 2012.

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

Matéria: OPERAÇÃO COM GADO - Remessa de gado bovino para abate com Termo de Acordo revogado (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00384/12

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade da peça básica. Erro na identificação do sujeito passivo. Rejeição. Decisão unânime. Mérito. Exigência de complementação de ICMS na remessa de gado bovino para abate grafada com benefício de termo de acordo de regime especial (TARE) revogado. Procedência. Decisão unânime.

I - Na remessa de gado bovino de produtor rural para frigorífico, grafada com benefício de termo de acordo de regime especial (TARE) revogado, responde pelo respectivo crédito tributário o remetente da mercadoria e não o destinatário, rejeitando-se arguição de erro na identificação do sujeito passivo;

II - Provado que o sujeito passivo realizou operações de venda de gado bovino para abate, grafadas com benefício de termo de acordo de regime especial (TARE) revogado, recolhendo a menor o ICMS devido, declara-se procedente o auto de infração que exige a complementação do tributo.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20 de julho de 2011, decidiu, 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 José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa 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. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Em 22 de janeiro de 2008, o Fisco exige ICMS remanescente, multa e acréscimos legais do autuado, na condição de contribuinte, em razão deste ter remetido gado para abate, utilizando na operação o benefício da redução da base de cálculo constante do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) n° 319/2000-GSF, revogado, tornando indevida a utilização do benefício.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento do autuado, tendo sido anexados à peça básica cópia de Notificação Fiscal (fl. 06), Consulta ao TARE nº 319/2000-GSF (fl. 08) e extrato do Sistema de Comercialização Rural (SCR), contendo a especificação de notas fiscais emitidas pelo produtor rural, inclusive as de nºs 16013812439 e 15030795313 (fls. 09 a 10).

Intimado em 13 de fevereiro de 2008 (fl. 12), o sujeito passivo não comparece ao processo, tornando-se revel (fl. 13).

Intimado a apresentar impugnação em Segunda Instância, o autuado sujeito apresenta-a (fls. 19 a 22), formulando em preliminar arguição de nulidade da peça básica, relacionando a hipótese de erro na identificação do sujeito passivo (fl. 19).

No mérito, pede a improcedência do lançamento, alegando essencialmente não ter utilizado indevidamente do benefício da redução da base de cálculo nas operações questionadas pelo Fisco.

Diz que não tinha conhecimento de tal benefício, uma vez que todo o encargo de pagamento de imposto ficava na responsabilidade do [...], que operava na relação jurídica como substituto tributário.

Anota que varias operações já haviam sido feitas entre o impugnante e o [...] sem qualquer irregularidade tributária.

Entende que não deve responder pela dívida ora cobrada, por incidir em erro do tipo escusável, podendo se responsabilizado apenas o [...], que sabia que o TARE nº 319/2000 estava revogado desde 02/06/2005 e mesmo assim o utilizou, com o objetivo de causar prejuízo a outrem.

A Terceira Câmara, por meio da Resolução nº 125/2010 (fls. 28 a 29), após considerandos, remete o processo ao Setor de Preparo Processual (SEPRE), a fim de que o sujeito passivo seja notificado, para:

1 - nos termos do art. 166-A do CTE, recolher o tributo exigido na inicial acrescido apenas de atualização monetária e juros de mora (arts. 167 a 168 do CTE), no prazo máximo de 10 (dez) dias, mencionando na notificação a circunstância de que o não pagamento decorreu de erro praticado por servidor, que esse erro não aproveita ao contribuinte e que o não recolhimento nos termos deste item implicará a aplicação da multa punitiva originalmente proposta no auto de infração;

2 – na ausência do pagamento oportunizado na forma do item anterior, recolher o tributo com acréscimo de atualização monetária, juros de mora e multa punitiva proposta no auto de infração, com as reduções de valor de multa previstas no inciso I do art. 171 do CTE.

O sujeito passivo foi regularmente intimado do teor da Resolução n° 125/2010, mas não comparece ao processo, não cumprindo as solicitações nela formuladas.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por erro na identificação do sujeito passivo, manifesto-me pela sua rejeição, tendo em vista que o produtor rural [...], atuado, efetivamente remeteu a mercadoria (gado bovino para abate) para o [...], como se vê nas Notas Fiscais n°s 16013812439 e 15030795313 (fls. 09 a 10), havendo nelas destaque do ICMS à alíquota de 3% (três por cento), em razão da utilização da redução da base de cálculo, sendo portanto o responsável direto pelo recolhimento da diferença de imposto reclamada no auto de infração.

O [...], destinatário do gado, não responde pela exigência inicial, porque revogado estava o TARE n° 319/2000-GSF, que o autorizava a receber a mercadoria e o responsabilizava pelo ICMS devido na operação anterior.

QUESTÃO MERITÓRIA

O autor do lançamento, constando que o sujeito passivo efetuou remessa de bovinos para abate no [...], por meio das Notas Fiscais Avulsas (NFAs) n° 16013812439 e 15030795313, utilizando na operação o TARE n° 319/2000-GSF, revogado, recolhendo o ICMS à alíquota de 3% (três por cento), notificou-o a recolher a diferença do ICMS, concedendo-lhe o prazo de 5 (cinco) dias úteis para cumprimento da notificação, não cumprida esta, formulou a exigência no auto de infração, juntamente com a penalidade e acréscimos legais.

As notas fiscais (fls. 09 e 10) foram emitidas por órgão fazendário, mas pode a Fazenda Estadual exigir do sujeito passivo o crédito tributário não pago, porém, deve notificá-lo a realizar o pagamento do crédito tributário, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados da data da ciência da exigência, antes de constituir o crédito tributário em auto de infração, conforme o art. 166-A, Parágrafo único, do Código Tributário Estadual (CTE):

“Art. 166-A. O crédito tributário não pago em razão de ato praticado por servidor deve ser exigido pela Fazenda Pública Estadual do sujeito passivo, a quem o erro não aproveita.

Parágrafo único. Verificada a falta de pagamento, o sujeito passivo deve ser notificado para realizar o pagamento do crédito tributário, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados da data da ciência da exigência.”

A Terceira Câmara, constatando que o autor da inicial concedeu ao sujeito passivo na notificação (fl. 06) o prazo de apenas 5 (cinco) dias para pagamento da

diferença do imposto, por meio da Resolução n° 125/2010 (fls. 28 a 29), determinou que o sujeito passivo seja notificado para recolher o tributo exigido na inicial acrescido apenas de atualização monetária e juros de mora (arts. 167 a 168 do CTE), no prazo máximo de 10 (dez) dias, sanando o equívoco constante da notificação (fl. 06).

Regularmente intimado da Resolução n° 125/2010, conforme fls. 30 a 31, o sujeito passivo deixa fluir o prazo legal e não atende a resolução.

Diante do não atendimento da Resolução n° 125/2010, prossigo na análise dos autos, anotando que na impugnação o sujeito passivo alega não ter utilizado indevidamente do benefício da redução da base de cálculo nas operações questionadas pelo Fisco.

Diferentemente do alegado pela defesa, nas operações de remessa do gado do produtor rural para o frigorífico, o ICMS destacado decorreu da utilização do benefício da base de cálculo reduzida prevista em TARE revogado, resultando em recolhimento a menor do tributo, conforme se vê nas Notas Fiscais n°s 16013812439 e 15030795313 (fls. 09 a 10).

A defesa alega ainda que o produtor rural não tinha conhecimento do benefício, uma vez que todo o encargo de pagamento de imposto ficava na responsabilidade do [...], que operava na relação jurídica como substituto tributário, conforme o TARE n° 319/2000.

Como afirmado na “QUESTÃO PRELIMINAR”, que ora repito, o [...], destinatário do gado, não responde pela exigência inicial, porque revogado estava o TARE n° 319/2000-GSF, que o autorizava a receber a mercadoria e o responsabilizava pelo ICMS devido na operação anterior.

Sobre o questionamento anterior, repito que responde diretamente pelo crédito tributário incidente nas operações constantes das referidas notas fiscais o produtor rural. Caso o destinatário do gado lhe tenha causado prejuízo, cabe-lhe intentar ação contra o [...], reclamando eventuais danos.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por erro na identificação do sujeito passivo. Quanto ao mérito, conheço da impugnação, nego-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 28 de fevereiro de 2012.

OUTROS

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

Matéria: OUTROS - Comparativo entre extratos das operadoras de cartão de crédito e registro em livros fiscais (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00336/12

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: I - PROCESSUAL: Preliminar. Exclusão do solidário. Acolhida. Decisão unânime.

É despicienda a indicação como solidária da pessoa física titular de firma individual, tendo em vista que nessa modalidade de empresa não há separação entre os bens da pessoa física e da pessoa jurídica.

II - ICMS. Obrigação principal. Omissão de saída de mercadoria tributada. Confronto entre os extratos fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e os registros nos livros fiscais. Procedência parcial. Decisão unânime.

1. O contribuinte do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento da obrigação tributária, relacionadas com o ICMS, são obrigados a emitir documento fiscal e manter e escriturar livro fiscal (Lei nº 11.651/91, art. 64, § 2º);

2. A comercialização de mercadoria sem emissão de documento fiscal, constatada por comparativo entre as vendas constantes de extratos fornecidos por administradoras de cartão de créditos e os registros nos livros fiscais, constitui infração às normas legais, sujeitando-se o infrator a multa formal correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do valor da omissão, bem como o pagamento do imposto devido.

3. Reformada em parte a decisão singular para considerar parcialmente procedente o lançamento.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de dezembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Paulo Diniz e Aldeci de Souza Flor. Por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Paulo Diniz e Aldeci de Souza Flor. 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 omissão de saída de R\$ 1.179.379,59 (um milhão, cento e setenta e nove mil, trezentos e setenta e nove reais e cinquenta e nove centavos), a base de cálculo de R\$ 706.180,28 (setecentos e seis mil, cento e oitenta reais e vinte e oito centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 100.815,58 (cem mil, oitocentos e quinze reais e cinquenta e oito centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Paulo Diniz e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco é no sentido de que a empresa omitiu saídas de mercadorias nos valores e períodos indicados nos campos próprios do auto de infração, constada por meio do comparativo entre os extratos fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e os livros fiscais.

Foram mencionados como infringidos o artigo 25, § 1º, inciso IV e art. 64 da Lei nº 11.651/91 c/c art. 141, do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VII, alínea “l” c/c § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com o extrato fornecido pelas administradoras de cartão de crédito CREDECARD e VISANET, de fls. 08 a 132 e com as cópias das Declarações Periódicas de Informações, de fls. 133 a 159.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação à primeira instância a empresa autuada compareceu ao processo por meio da peça de fls. 167 a 174, pedindo a exclusão da pessoa física indicada como solidária e a improcedência do lançamento.

Por meio da Sentença n. 9.108/09, de fls. 700 a 704 o julgador singular considerou procedente o lançamento e rejeitou o pedido de exclusão do solidário.

Inconformada a autuada interpôs o recuso voluntário de fls. 709 a 716, pleiteando a reforma da decisão singular sob os seguintes fundamentos:

1 – Que a pessoa física titular da empresa individual foi incluída indevidamente na lide;

2 – Que os valores indicados nos extratos fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito não correspondem, na sua totalidade, a vendas por ela efetuadas, tendo em vista que vários feirantes utilizaram a sua máquina de cartão de crédito para o recebimento de vendas por eles efetuadas;

3 – Que grande parte de suas vendas são relativas a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, não é razoável que seja cobrado o imposto novamente;

4 – Que a multa proposta é confiscatória;

5 – Que há necessidade de realização de diligência para comprovação das suas alegações no sentido de que a sua máquina de cartão de crédito foi utilizada por outros feirantes com a sua autorização.

Por meio da Resolução n. 162/2011 a Terceira Câmara Julgadora converteu o julgamento em diligência e determinou que o autor do procedimento determinasse a base de cálculo com observância do disposto no § 2º, do art. 25, da Lei n. 11.651/91, situação que foi atendida por meio do relatório de diligência de fls. 728, reduzindo o valor da exigência relativa ao ICMS de R\$ 165.032,08 (cento e

sessenta e cinco mil, trinta e dois reais e oito centavos) para R\$ 100.815,58 (cem mil, oitocentos e quinze reais e cinquenta e oito centavos).

Intimada do resultado da diligência a empresa autuada não se manifestou.

É o relatório.

DECISÃO

DO PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA:

Os extratos fornecidos pelas administradoras dos cartões de crédito das bandeiras REDECARD e VISANET indicam o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) da empresa autuada, situação que autoriza concluir, logo de plano e independente de qualquer diligência, que as vendas ali registradas foram por ela efetuadas.

Rejeito o pedido de diligência.

DO PEDIDO DE EXCLUSÃO DA SOLIDÁRIA:

A autuada é uma empresa individual tendo como titular a pessoa física [...]. Nessa modalidade de empresa todos os bens do titular respondem pelos débitos da empresa, sendo, portanto, despcienda a sua indicação como solidária.

Assim, acolho a preliminar de exclusão da solidária da lide.

DO MÉRITO:

No caso vertente, o fisco obteve junto às administradoras dos cartões de créditos das bandeiras REDECARD e VISANET, com as quais a autuada mantém contrato, os extratos relativos ao recebimento de vendas por ela efetuadas no período de 2005 a 2008, cujos valores foram comparados com os valores das vendas registradas nos livros fiscais, verificando uma omissão de saída no valor de R\$ 1.179.379,59 (um milhão, cento e setenta e nove mil, trezentos e setenta e nove reais e cinquenta e nove centavos).

Por meio da aplicação da proporcionalidade prevista no art. 25, § 2º, da Lei n. 11.651/91, determinada pela Câmara Julgadora, restou comprovado que a omissão de saída constatada era composta por R\$ 706.180,28 (setecentos e seis mil, cento e oitenta reais e vinte e oito centavos) de mercadorias tributadas e R\$ 473.199,31 (quatrocentos e setenta e três mil, cento e noventa e nove reais e trinta e um centavos) de mercadorias não tributadas.

A alegação da autuada no sentido de que rotineiramente emprestava o equipamento fornecido pela operadora para que outros comerciantes recebessem o valor de vendas por eles efetuadas não tem nenhuma consistência e tampouco foi apresentada a mais pávida prova no sentido de que tal fato ocorreu.

O princípio do não confisco é de natureza constitucional, assim, a apreciação da alegação da autuada no sentido de que a multa aplicada é confiscatória, implica em apreciar a constitucionalidade do inciso VII, do art. 71, da Lei n. 11.651/91, situação vedada pelo § 4º, do art. 6º, da Lei n. 11.651/91 que determina que não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe parcial provimento, para reformar em parte a decisão singular e considerar parcialmente procedente o lançamento sobre a omissão de saída no valor de R\$ 1.179.379,59 (um milhão, cento e setenta e nove mil, trezentos e setenta e nove reais e cinquenta e nove centavos), base de cálculo no valor de R\$ 706.180,18 (setecentos e seis mil, cento e oitenta reais e dezoito centavos) e ICMS no valor de R\$ 100.815,58 (cem mil, oitocentos e quinze reais e cinquenta e oito centavos).

Sala das sessões, em 14 de fevereiro de 2012.

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

Matéria: OUTROS - Exigência do imposto por meio de DAS do Simples Nacional (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01574/12

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Falta de recolhimento de ICMS informado em Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS). Pedido de Revisão Extraordinária. Procedência parcial. Decisão unânime.

Declara-se procedente em parte o auto de infração tendo o sujeito passivo adimplido tempestiva e espontaneamente parte da obrigação nele exigida.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 19 de junho de 2012, 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\$ 3.597,27 (três mil, quinhentos e noventa e sete reais e vinte e sete centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Victor Augusto de Faria Morato, Alcedino Gomes Barbosa e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Revisão Extraordinária apresentado pela autuada (fls. 29), com fulcro no art. 43, inciso II, alínea "a", item 1, da Lei nº 16.469/09, onde requer a desconstituição do crédito tributário, referente à exigência de ICMS Simples Nacional, relativo aos períodos março, abril, junho e julho de 2010. Alega que *"tal autuação foi resolvida e até a presente data não foi feita a baixa devida"*.

Consta do auto de infração que o contribuinte obteve receita bruta de R\$ 171.591,52 (cento e setenta e um mil, quinhentos e noventa e um reais e cinquenta e dois centavos), tributada pelo ICMS no âmbito do Simples Nacional, nos meses de março, abril, junho e julho de 2010, que implicaria no recolhimento do ICMS por meio de DAS - Documento de Arrecadação do Simples Nacional no valor de R\$ 4.619,05 (quatro mil, seiscentos e dezenove reais e cinco centavos), o que, conforme análise de demonstrativo mensal e demais documentos, não ocorreu.

A base legal do auto de infração encontra respaldo nos arts. 13, inciso VII; e 18 da Lei Complementar 123/06 c/c art. 14, inciso III da Resolução CGSN nº 30/08 e arts. 2º, 3º, 5º, 6º e 18 da Resolução CGSN nº 51/08. Proposta a penalidade prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996 com redação da Lei nº 11.488/2007.

Foi nomeado como sujeito solidário [...] na condição de sócio administrador (fl. 4)

O polo passivo não se manifestou em Primeira e Segunda Instâncias, conforme Termos de Revelia e Perempção (fls. 17 e 23).

O Pedido de Revisão Extraordinária foi instruído com cópia de Alteração Contratual (fls. 30 a 32), Consulta Documento de Arrecadação (fl. 33), planilha Relação dos DAS pagos - 2010 (fl. 34) e cópias de Documento de Arrecadação do Simples Nacional (fls. 35 a 40).

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, por meio do Despacho nº 0694/2012-CAT (fl. 47), constata que não foi trazida para o processo prova inconteste de erro de fato substancial no lançamento procedido pelo Fisco, inadmitte o pedido de revisão extraordinária, determinado o encaminhamento dos autos ao Setor de Preparo Processual, para que seja dada ciência ao interessado (a) do inteiro teor desse despacho. Após, à Gerência de Recuperação de Créditos – GERC para verificar se o valor recolhido foi suficiente para quitação do débito, tomando as providências cabíveis.

Cumpridas as determinações do Despacho nº 0694/2012-CAT, os autos foram posteriormente devolvidos à Gerência de Preparo Processual (GEPRO) deste Conselho (fl. 60, verso) para conhecimento das alterações realizadas nos DAREs e demais providências.

Em seguida, os autos foram encaminhados à AJUR para análise com a informação de que o doc. de fl. 60 não pode ser imputado ao presente processo, em face de que o recolhimento ocorreu antes do lançamento.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, por meio do Despacho nº 0795/2012-CAT (fl. 63), constata que restou demonstrada a existência de erro de fato substancial que implica alteração parcial no lançamento procedido do Fisco, relativamente ao recolhimento do período 07/2010, que se deu antes do início do procedimento fiscal, conforme documento de fl. 60.

Diante do exposto, admite o Pedido de Revisão Extraordinária nos termos do art. 43, §4º, inciso II, da Lei n.º 16.469/09 e determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno-CONP.

É o relatório.

DECISÃO

No auto de infração, lavrado em 13 de outubro de 2010, o Fisco reclama o ICMS no valor de R\$ 4.619,05 (quatro mil, seiscentos e dezenove reais e cinco centavos), relativo aos meses de março, abril, junho e julho de 2010, não recolhido pelo contribuinte, optante do Simples Nacional.

O ICMS no valor de R\$ 1.021,78 (um mil, vinte e um reais e setenta e oito centavos), referente ao mês de julho de 2010, foi recolhido em 26 de agosto de 2010, conforme extrato de DAS juntado aos autos (fl. 60). Em razão da espontaneidade desse recolhimento, por ter sido anterior ao procedimento fiscal, este formalizado em 13 de outubro de 2010, deve o mesmo ser deduzido do lançamento.

Deduzido da autuação o ICMS recolhido espontaneamente, remanesce exigível o ICMS no valor de R\$ 3.597,27 (três mil, quinhentos e noventa e sete reais e vinte e sete centavos), para o qual deve ser alterado o lançamento, considerando os pagamentos de fl. 43.

Ante o exposto, conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 3.597,27 (três mil, quinhentos e noventa e sete reais e vinte e sete centavos).

Sala das sessões plenárias, em 12 de julho de 2012.

PASSE FISCAL

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

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de baixa. Diligência GEAF (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00057/12

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Falta de baixa de passe fiscal. Presunção de que as mercadorias foram descarregadas em território goiano. Descaracterização. Improcedente. Decisão unânime.

I - É improcedente a exigência fiscal amparada na presunção de destinação de mercadoria para o Estado de Goiás, em razão da falta de baixa de passe fiscal, quando ficar comprovada a efetiva saída da mercadoria do território goiano.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de novembro de 2011, 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 Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

Referem-se os autos a autuação da empresa em epígrafe, por deixar de comprovar a efetiva saída do território goiano mercadorias no valor de R\$ 44.693,20 ao não apresentar para baixa passe fiscal de saída, devendo em consequência pagar o ICMS no valor de R\$ 9.397,37, mais a cominações legais. Foi indicado como solidário [...] com base no art. 45, incisos X e XII, respectivamente da Lei 11.651/91.

Foram juntados ao auto de infração, para instrução do feito, os documentos de fls. 05 a 12.

Teve como infringidos os arts. 12, II, D, 3; 14, VI; 45; 46, I, a, 2; 64 da Lei 11.651/91 c/c art. 4. IN 556/02-GSF. Foi proposta a penalidade do art. 71, inciso VII, alínea "o", item "2", parágrafo 9º, II da Lei 11.651/91, com redação da Lei 14.065/2001.

Intimados, atuado e solidária, fls. 13 a 16. O atuado apresentou impugnação, fls. 18; onde afirma ter efetuado a baixa do passe fiscal em questão e para provar tal fato traz aos autos o documento, fls. 24, onde demonstra ter o documento o carimbo do agente fazendário que procedeu à baixa. A solidária apresentou defesa, fls. 27 a 28, alega que a venda foi feita com a cláusula FOB "free on board", e as mercadorias foram entregues ao comprador, que ficou responsável pelo transporte, não restando à solidária quaisquer responsabilidades sobre o transporte.

O julgador singular conhece da impugnação, porém, nega-lhe provimento e decidi pela procedência do auto de infração.

Entende o julgador que o sujeito passivo apresentou argumento e documento convincentes para afastar a presunção legal, entretanto há discrepância no número do carimbo apostado pelo agente fazendário na baixa do

passa fiscal; ainda em consulta ao site www.portalfiscal.inf.br do Estado do Mato Grosso não se comprovou o ingresso das mercadorias neste Estado, não se comprovando, pois a saída das mercadorias do Estado de Goiás. Diante do exposto, nega provimento à impugnação e considera procedente o auto de infração.

Intimados da sentença singular, fls. 46 a 49. Não foi feito termo de perempção para o sujeito passivo direto. A solidária apresentou Recurso Voluntário, fls. 51 a 55. Alega ter sido a venda feita com a cláusula FOB, o que implica a responsabilidade dos atos de transportes ao comprador; salienta que o sujeito passivo direto provou, através de documentos, a saída das mercadorias do Estado de Goiás. Afirma, ainda, não ter acesso aos controles fiscais e códigos validadores utilizados pelo fisco goiano, por fim requer a anulação do ato de infração e/ou a retirada recorrente do pólo passivo solidário.

Resolução 199/2011 da Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário resolve, por unanimidade, converter o julgamento em diligência e determinar o envio dos autos à Gerência de Fronteira, para que seu titular possa auxiliar na conferência do carimbo de baixa, fls. 24, posicionando a respeito da validade para efeito de comprovação da efetiva saída das mercadorias do Estado de Goiás.

No Despacho 2278/2011, a Gerência de Arrecadação e Fiscalização relata que apesar de o carimbo encontrar-se parcialmente ilegível, constata-se que o servidor Antônio Braz da Silva, mat. 1566-0, possui carimbo semelhante ao apostado, conforme termo de responsabilidade, fls. 69. E afirma, ainda, que o servidor prestou serviço no Posto Fiscal Ivapé, no mês de maio de 2006, conforme cópia de escala, fls. 71. Em análise da seqüência numérica do carimbo do servidor, percebe-se que: os seis primeiros dígitos (210506) tratam-se da data, ou seja, 21 de maio de 2.006; os quatro próximos dígitos (0352) tratam-se do código da unidade de fiscalização, ou seja, Posto Fiscal Ivapé; percebe-se, ainda, que os algarismos 4 e 9 poderiam vir a serem os dois primeiros algarismos do código validador (497), gerado naquele dia, conforme extrato às fls. 72. Afirma que pode ocorrer de alguns dígitos ficarem ilegíveis ou nem mesmo aparecerem no documento carimbado.

É o relatório

DECISÃO

Passo a julgar e considero que o feito não deve seguir adiante. De fato, as informações trazidas pela Gerência de Arrecadação e Fiscalização atestam a validade do carimbo contido no carimbo fiscal de fls. 24 destes autos.

Assim, torna-se imperioso que se receba como verdadeiros os argumentos trazidos pelo sujeito passivo ou seja, comprovada está a efetiva saída das mercadorias deste Estado rumo a destinatário localizado em outra unidade da Federação.

Transcrevo abaixo parte da manifestação da Gerência de Arrecadação e Fiscalização – GEAF, contida no Despacho nº 2278/2011 – GEAF, de fls. 73, datado de 23 de setembro de 2011, cujo teor é o seguinte:

“Apesar de o carimbo encontrar-se parcialmente ilegível, pode-se constatar através da cópia do Termo de Responsabilidade, acostado aos autos, de fls. 69, que o servidor ANTONIO BRAZ DA SILVA, mat. 1566-0, possui carimbo semelhante ao apostado e, conforme escala de serviço, fls. 71, em anexo, laborou no mês de maio de 2006 no Posto Fiscal IVAPÉ.

Analisando a sequência numérica do carimbo do servidor responsável pela baixa do passe fiscal, podemos perceber que os seis primeiros dígitos (210506) tratam-se da data, ou seja, 21 de maio de 2006. Os quatro próximos dígitos (0352) tratam-se do código da unidade de fiscalização, ou seja, Posto Fiscal Ivapé, conforme IS 06/05 SGAF. Percebemos ainda, que os algarismos 4 e 9, poderiam vir a ser os dois primeiros algarismos do código validador (497), gerado àquele dia, conforme extrato de consulta do código validador, fls. 72, para o funcionário. Pode ocorrer de alguns dígitos ficarem ilegíveis ou nem mesmo aparecer no documentos carimbado, como ocorreu com o carimbo da servidor que emitiu e carimbou o passe fiscal em questão, fls. 24.”

Dessarte, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 17 de janeiro de 2012.

PEREMPÇÃO

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

Matéria: PEREMPÇÃO - Falta de estorno de crédito cuja saída se deu com redução da base de cálculo (Perempção - acolhimento)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01512/12

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: Processual. Preliminar de perempção. Acolhida. Decisão unânime.

Impõe-se a perempção do direito de praticar um ato processual quando, dentro de um prazo definido e definitivo, não se pratica o respectivo ato.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16 de março de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, deixar de conhecer do recurso voluntário em decorrência de ter ocorrido a perempção (fls. 209). Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Edson Abrão da Silva e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS, na importância de R\$ 18.229,21 (dezoito mil, duzentos e vinte e nove reais e vinte e um centavos), em razão da falta de estorno de crédito relativo à entrada de mercadorias, cujas saídas foram contempladas com redução da base de cálculo. Em consequência, deverá pagar o imposto no valor acima mencionado, juntamente com os acréscimos legais, conforme demonstrativo e documentos anexos.

Foram indicados como infringidos os artigos 61, § 3º e 64, da Lei nº 11.651/91, c/c o artigo 58, inciso I, alínea "b" do Decreto nº 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 11.651/91 com redação da Lei nº 14.634/03.

O Auto de Infração veio instruído com o Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03), Consulta Resumida do Contribuinte Pessoa Jurídica (fl. 04), Auditoria Básica do ICMS - Conclusão (fl. 05), Auditoria Básica do ICMS - Apuração do Contribuinte (fls. 06/07), Demonstrativo Auxiliar - Resumo de Estornos de Créditos (fl.08), Auditoria Básica do ICMS - Omissão de Estorno de Créditos (fls. 09/12), Planilha de Cálculos do ICMS não estornado espontaneamente - 2009 (fls. 13/16), cópia de Notas Fiscais (fls. 17/71), cópia do livro Registro de Apuração do ICMS nº 63-E de janeiro a dezembro de 2009 (fls. 72/107), cópia do Registro de Entradas nº 07-E de janeiro a dezembro de 2009 (fls. 108/114), cópia do livro Registro de Entradas nº 71-E de fevereiro de 2009 (fls. 115/120), cópia do Registro de Entradas nº 72-E de março de 2009 (fls. 121/127), cópia do livro Registro de Entradas nº 73-E de abril de 2009 (fls. 128/135), cópia do livro Registro de Entrada nº 74-E (fls. 136/141), cópia do livro Registro de Entradas nº 75-E de junho de 2009 (fls. 142/150), cópia do livro Registro de Entradas nº 76-E de julho de 2009 (fls. 151/157), cópia do livro Registro de Entradas nº 77-E de agosto de 2009 (fls. 158/166), cópia do livro Registro de Entradas nº 78-E de setembro de 2009 (fls. 167/172), cópia do livro Registro de Entradas nº 79-E de outubro de 2009 (fls. 173/179), cópia do Registro de Entradas nº 80-E de novembro de 2009 (fls. 180/184), cópia do livro Registro de Entradas nº 81-E de dezembro de 2009 (fls. 185/191).

O sujeito passivo foi intimado (fl. 192) para impugnar o lançamento em Primeira Instância e ingressa (fls. 196 a 200) com impugnação em que alega que o auto de infração está eivado de vícios de nulidade, pois os fatos narrados não condizem com a realidade, bem como contrários à legislação vigente, uma vez que as autoridades fiscais o fundamentaram com base nos artigos 61, § 3º e 64 da Lei nº 11.651/91, combinado com o artigo 58, inciso I, alínea "b" do Decreto nº 4.852/97, sendo que a penalidade aplicada foi baseada no artigo 71, inciso IV, alínea "a" da Lei nº 11.651/91. Ademais, os agentes fiscalizadores invocam a figura do não estorno voluntário do creditamento quando as saídas são contempladas com redução da base de cálculo, ao contrário do que alega o sujeito passivo, vez que foram realizados inúmeros lançamentos sob a mesma hipótese, em conformidade com a legislação, sendo que esses lançamentos identificados representam uma pequena proporção, considerado o volume total de entradas e

dos itens sujeito à redução da base de cálculo, em que a própria legislação prevê a penalidade que deverá ser imposta quando da ocorrência de mero erro, estabelecendo uma multa de 25% para esta situação.

Por fim, requer que seja retificada a descrição do fato, cancelando a multa de 140% por não corresponder à exata subsunção do fato à norma, aplicando a prevista no inciso VII, alínea "b" do artigo 71 e que seja reaberto o prazo para pagamento com os benefícios de redução da multa.

O Julgador Singular prola a Sentença nº 4272/2011 - JULP (fls. 204/206), negando provimento aos pedidos de substituição da multa imposta e de retificação do lançamento e julga Procedente o presente Auto de Infração.

Fundamenta sua decisão aduzindo que não há nenhuma das hipóteses de nulidades do artigo 20 da Lei 16.469/09. Além do mais, a Auditoria Básica do ICMS demonstrou a proporção da redução de base de cálculo do ICMS nas saídas com os valores do imposto apropriado nas entradas dessas mesmas mercadorias, exigindo-se o estorno do crédito na proporção da respectiva redução da base de cálculo, em confronto com o demonstrado no documento que sustenta a presente autuação.

No mérito, o Fisco demonstrou minuciosamente na Auditoria Básica do ICMS o valor correto que deveria ter sido estornado. Assim, dadas a fragilidade e a completa incorreção, não prosperam, sob nenhum fundamento, as alegações do sujeito passivo, sendo que por força da correção do lançamento, o julgador considerou desnecessária a retificação da descrição do fato, a substituição da multa imposta e o refazimento do lançamento e por ter deixado de estornar o crédito relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas foram beneficiadas com redução da base de cálculo, o fisco propôs corretamente a penalidade do artigo 71, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 11.651/91, estando, portanto, quanto a este e ao demais requisitos do artigo 8º da Lei nº 16.469/09 escorrido o lançamento.

O sujeito passivo foi intimado da decisão singular, conforme se vê às fls. 207/208, mas foi declarado perempto (fl. 209). Posteriormente interpõe Recurso Voluntário (fls. 212/215), reiterando os mesmos argumentos da fase singular.

Acosta cópia do Livro Fiscal - Registro de Entrada nº 00070-E (fls. 216/261), cópia do livro Registro de Entrada nº 00071-E (fls. 262/308), cópia do livro Registro de Entrada nº 00072-E (fls. 309/361), cópia do livro Registro de Entrada nº 00073-E (fls. 362/414), cópia do livro Registro de Entrada nº 00074-E (fls. 415/466), cópia do livro Registro de Entrada nº 00075-E (fls. 467/520), cópia do livro Registro de Entrada nº 00076-E (fls. 521/580), cópia do livro Registro de Saída nº 00080-E (fls. 581/596), cópia do livro Registro de Saída nº 00081-E (fls. 597/612), cópia do livro Registro de Saída nº 00082-E (fls. 613/630), cópia do livro Registro de Saída nº 00083-E (fls. 632/649), cópia do Pedido de Autenticação de Livro Fiscal (fl. 651), cópia do livro Registro de Saída nº 00084-E (fls. 652/668), cópia do Pedido de Autenticação de Livro Fiscal (fl. 669), cópia do Registro de Apuração do ICMS nº 00063-E (fls. 670/705).

É o Relatório.

DECISÃO

Quando da apreciação dos presentes autos esta Câmara Julgadora não analisou a matéria efetivamente nele tratada em face da perempção do recurso interposto pelo sujeito passivo, conforme Termo de Perempção (fl. 209).

Conforme pode ser observado, o recurso foi apresentado extemporaneamente circunstância que inviabilizou a sua apreciação, nos termos preconizados pela disposição contida no inciso II do art. 28 da Lei nº 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.

Estabelece o § 4º do mencionado dispositivo legal que é inadmitido o recurso em razão da perempção do direito de a parte passiva efetuar a sua apresentação, 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, nos termos da disposição legal contida artigos 61, § 3º e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c art. 58, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 4.852/97 abaixo transcritos:

“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:

[...]

§ 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.”

“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:

[...]

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;”

Ante a confirmação pelo julgador monocrático da exigência tributária estampada na exordial e, em face da extemporaneidade do recurso ofertado pelo sujeito passivo, não restou a esta Câmara Julgadora outro entendimento a não ser deixar de conhecer do recurso voluntário por ter ocorrido a perempção conforme termo próprio lavrado às fl. 209 dos autos.

Sala das sessões, em 04 de julho de 2012.

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

Matéria: PEREMPÇÃO - Transferência indevida de soja produzida em parceria (Perempção - não acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01828/12

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Processual. Preliminar de perempção do Recurso da Fazenda Pública. Arguição pelo sujeito passivo. Rejeição. Decisão unânime. Recurso de ofício para o Conselho Pleno. Manutenção da decisão cameral que julgou nulo o auto de infração. Decisão unânime.

I - Rejeita-se a preliminar de perempção do recurso da Fazenda Pública, tendo o recurso sido apresentado dentro do prazo legalmente estabelecido para sua interposição;

II - Mantém-se a decisão cameral que julgou nulo o auto de infração por insegurança na determinação da infração quando não existir nos autos qualquer elemento de prova que confirme, com segurança, a acusação de que o produtor autuado realizou saída em transferência de soja de sua produção para outro produtor.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 03 de maio de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de perempção do Recurso da Fazenda Pública, arguida pelo sujeito passivo. Por

unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que julgou nulo o auto de infração, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, José Paixão de Oliveira Gomes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Cláudio Henrique de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Célia Reis Di Rezende e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Trata-se de exigência de pagamento de ICMS acrescido das cominações legais, sob a alegação de ter ocorrido omissão de pagamento do tributo relativo à saída de soja produzida em parceria em que foi constatada a transferência indevida para parceiro, conforme apurado em Demonstrativo de Partilha de Produção de Soja.

Foram indicados como infringidos os artigos 63 e 64 da Lei 11.651/91, c/c o art. 141, do Decreto 4852/91, sendo proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea I, da Lei 11.651/91, agravada pelo § 9º, II, do mesmo artigo e diploma legal, na redação dada pela Lei 13.446/99.

O auto de infração, lavrado em 19/10/2006, foi instruído com Nota Explicativa, fls. 6; Demonstrativo de Partilha da Produção de Soja do Grupo Pelizon, fls. 7 a 10; fotocópia de defesa apresentada no PAT nº 3 0126535 053 96, fls. 11 a 17; cópias das notas fiscais de saída de soja do produtor Artidônio Luiz Pelizon, fls. 18 a 86; fotocópia termo de abertura do livro Registro de Saídas, fls. 87 a 89; fotocópia de notas fiscais, fls. 90 a 110; fotocópia livro Registro de Saídas, fls. 111 a 115 e espelho cadastral, fls. 116/117.

O lançamento foi julgado nulo ab initio, na Sentença nº 2240/07-COJP (fls. 143/144), por insegurança na determinação da infração. O julgador singular considerou em sua decisão que o trabalho fiscal não permitiu uma visualização global da produção do estabelecimento, não sendo individualizada, também, a produção por parceiros.

Dessa decisão recorreu o julgador monocrático, apresentado o Representante Fazendário o Parecer nº 334/2007-GERF (fls. 145/146). Argumenta que o lançamento não se sustenta apenas nos demonstrativos, mas, também, na própria confissão feita pelo produtor Mário Pelizon, quando se defende no processo nº 3 0126535 053 96, quando relata que a omissão de saída porventura existente foi comercializada em nome de Artidônio Luiz Pelizon. E que, considerando que cada estabelecimento é autônomo, não há como aceitar a emissão de documentos fiscais em nome de outrem. Requer a reforma da decisão monocrática, com o retorno dos autos à instância singular para julgamento do mérito.

Autuada contradita ao pedido de reforma da decisão é apresentada pelo sujeito passivo (fls. 157/165). Preliminarmente, pede a manutenção da decisão

exarada em instância singular. Alega perempção ao recurso de ofício proposto pelo representante fazendário, pelo transcurso de tempo decorrido entre a formulação da sentença e a interposição do recurso. Contesta a fundamentação da autuação que se embasou no Parecer n° 1061/2001-AST, pois no conteúdo do mesmo há a expressa citação de que não é necessário emitir notas fiscais para documentar a cota parte que cada parceiro agricultor tem que repassar para o parceiro proprietário. Argumenta, ainda, que agiu em conformidade com os dispositivos legais e não causou prejuízo ao erário estadual.

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que julgou nulo o auto de infração. (fls. 168/173).

A Fazenda Pública foi intimada e apresentou recurso para o Conselho Pleno, fls. 174/177. A atuada foi intimada para apresentar contradita, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 178.

O sujeito passivo alega que houve a ocorrência de perempção ao recurso de ofício do Representante Fazendário e cita dispositivo da Lei 13.338/01, (fl. 182), justificando que o recurso fazendário quando à decisão cameral manifestada no Acórdão n° 4262/2008 de 14 de novembro de 2008, somente foi apresentado em 15/12/2008. Pede ao final a manutenção da decisão de Segunda Instância que considerou nulo o auto de infração de pleno direito (nulidade absoluta).

É o relatório.

DECISÃO

Trata-se de recurso de ofício interposto pela Fazenda Pública, em razão da declaração de nulidade ab inito do auto de infração, por insegurança na determinação da infração em Primeira Instância, confirmada, por maioria de votos, em decisão cameral.

Inicialmente, alega a recorrida a ocorrência de preliminar de perempção, sob o argumento de que o Representante Fazendário deveria ter recorrido da decisão de Segunda Instância, que se deu em 14 de novembro de 2008, no prazo de 08 (oito) dias, sendo que a sua interposição deu-se somente em 15 de dezembro de 2008.

Entendo que não assiste razão ao sujeito passivo, uma vez que a Fazenda Pública só foi intimada para apresentar recurso ao conselho Pleno em 10/12/2008, conforme documento de fl. 174, e, nos termos do art. 17, inciso III, letra "a", da Lei n° 13.882, de 23 de julho de 2001, vigente à época, a Representação Fazendária dispunha de 08 (oito) dias para interpor recurso.

"Art. 17. Os atos processuais realizar-se-ão nos seguintes prazos, sem prejuízo de outros especialmente previstos:

[...]

III - 8 (oito) dias, contados da intimação do acórdão proferido pela Câmara Julgadora:

a) para o Representante Fazendário interpor recurso para o Conselho Pleno;”

Como o recurso foi apresentado dentro do prazo legalmente estabelecido, em 15/12/2008, não ocorreu a aludida perempção e, por isso, rejeito a preliminar de inadmissão do recurso da Fazenda Pública.

Quanto a nulidade por insegurança na determinação da infração acolhida pelo julgador monocrático e confirmada na fase cameral, entendo que deve ser mantida.

A razão é bastante simples, não existe nos autos qualquer elemento de prova que confirme, com segurança, a acusação inicial de que a atuada realizou saída em transferência de soja de sua produção para outro produtor.

O Demonstrativo de Partilha da Produção de Soja do Grupo Pelizon, fls. 07/10, não permite, por si só, afirmar que houve transferência de produção de um para outro produtor.

A lógica do trabalho fiscal foi considerar que o total comercializado e devidamente acobertado por documentação fiscal pelos 5 (cinco) produtores-pareceiros deveria ser proporcional à área de cada um dos produtores.

Do total de soja comercializado pelos 5 (cinco) produtores, 4.610.264 Kg, foi realizada a proporção pelo percentual da área, 16,67% (dezesesseis inteiros e sessenta e sete centésimos por cento), resultando no total de 768.069 Kg de soja para a atuada.

Como só foram emitidas notas fiscais de comercialização correspondente a 361.046 Kg, e, segundo a proporcionalidade, deveriam ter sido emitidas notas fiscais relativas ao total de 768.069 Kg, a diferença, 407.023 Kg, foi considerada pelo Fisco como mercadoria transferida a outro produtor-parceiro sem emissão de nota fiscal.

Ainda que o critério de proporcionalidade seja razoável como indiciário de omissão de saída do que foi produzido em cada área, ele não pode ser o único suporte da acusação fiscal.

No mesmo sentido, a menção de terceiros, defesa do Sr. [...] no Processo nº 3 0126535 053 96, de que a atuada plantou uma determinada área por óbvio não pode ser tomada como único critério para se confirmar a área plantada e a média produzida.

Não existe nos autos as cópias dos contratos de parceria e a informação se nas propriedades houve o cultivo de alguma outra cultura, circunstância que altera a proporção dos produtos produzidos por área cultivável.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar de perempção do Recurso da Fazenda Pública, arguida pelo sujeito passivo, conheço do recurso de ofício para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que julgou nulo o auto de infração, por insegurança na determinação da infração.

Sala das sessões plenárias, em 21 de agosto de 2012.

PRESCRIÇÃO

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

Matéria: PRESCRIÇÃO - Laudo de Análise de Prescrição Administrativa anexado pela GERC (Prescrição - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01721/12

Relator: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: Processual. Prescrição do direito de ação de cobrança. Atuação de ofício da Gerência de Recuperação de Créditos - GERC. Acolhimento. Decisão unânime.

I - Ocorrida no âmbito do processo administrativo tributário a última e regular intimação do sujeito passivo, torna-se definitivamente constituído o crédito tributário;

II - Passados cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário e não havendo causa de interrupção do prazo prescricional, prescreve a direito da Fazenda Pública à ação judicial de cobrança e torna-se, por essa causa, extinto o crédito tributário (arts. 156, V e 174 do CTN).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 28 de junho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para , em face da manifestação da Gerência de Recuperação de Crédito - GERC, 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 Cláudio Henrique de Oliveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Álvaro Falanque, Elias Alves dos Santos, Alcedino Gomes Barbosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento formalizado em 24 de junho de 1993, em razão de ter sido encontrado mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em

abordagem feita no Posto Fiscal Cana Brava, na posse do sujeito passivo [...], com (142) cento e quarenta e dois freios carneiros. Em consequência deverá recolher o ICMS mais as cominações legais. Teve como infringidos os arts. 11, c/c 45, I, "a" e 66 Parágrafo único do CTE. a penalidade proposta foi a do art. 71, VII, "i" e § 1º do CTE, alterada pela Lei 11.750/92. O lançamento foi instruído pelos autuantes com o Termo de Apreensão e Depósito [fl. 04]. Teve regular intimação do sujeito passivo [fl. 07/11]. Foi apresentada impugnação ao lançamento [fl.12/14], sem que houvesse acolhimento das razões deduzidas, culminando na prolação da sentença singular pela procedência da autuação fiscal [fls.22/23]. Intimado o sujeito passivo da decisão singular [fls. 24/24], não apresentou recurso, o que motivou a inscrição do débito em Dívida Ativa em 12.05.200 [fl. 28]. Às fls. 29, é anexado aos autos, Laudo de Análise de Prescrição Administrativa, pela Gerência de Recuperação de Créditos, por impulso da autuada, pela qual sugere a extinção do crédito pelo art. 156, V do CTN [fl.31/32] e [fl. 33/34]

Tendo em vista a documentação suso mencionadas, o processo foi encaminhado à apreciação do Presidente do CAT.

O Presidente do Conselho Administrativo acolhe o pedido de Revisão Extraordinário com supedâneo no inciso II, § 4º, art. 43 da Lei 16.469/09e 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

Apreciando o pedido de revisão apresentado pela Gerência de Recuperação de Créditos - GERC, não vejo como não provê-lo, pois ocorrida a última e regular intimação do sujeito passivo, no âmbito do processo administrativo tributário, torna-se definitivamente constituído o crédito tributário, como esclarece Hugo de Brito Machado, ao analisar o art. 174 do Código Tributário Nacional (CTN), cujo teor é repetido pelo art. 183 referenciado pela GERC :

"A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva (CTN, art. 174).

[...]

Tal prazo é contado da constituição definitiva do crédito, isto é, da data em que não mais admita a Fazenda Pública discutir a seu respeito, em procedimento administrativo. [...]" [Grifo Oportuno]

Constituído definitivamente o crédito tributário e não tendo ocorrido causa de interrupção do prazo prescricional, a Fazenda Pública tem o prazo de 05 (cinco) anos para cobrar judicialmente o crédito tributário, sob risco de extinção deste por prescrição. É o que dispõem os arts. 156, V e 174 do CTN, a seguir transcritos:

"Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

[...]

V - a prescrição e a decadência;

[...]

“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 - pela citação pessoal feita ao devedor;

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.” [Grifo Oportuno].

Assim, pelo que se apresenta no processo, constata-se a ocorrência da extinção do crédito por prescrição.

Dessarte, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe provimento para, em face da manifestação da Gerência de Recuperação de Crédito – GERC, 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 09 de agosto de 2012.

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

Matéria: PRESCRIÇÃO - Omissão de recolhimento de ITCD (Prescrição - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01125/12

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: ICMS. Omissão no recolhimento do imposto. Crédito tributário prescrito. Processo extinto. Decisão unânime.

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.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 01 de março de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para 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 Aguinaldo Fernandes de Melo, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Álvaro Falanque, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana e Victor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

Descreve o auto de infração que o sujeito passivo omitiu o recolhimento do imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens – ITCD, incidente sobre 50% (cinquenta por cento) da diferença constatada entre a avaliação efetivada pela Fazenda Pública Estadual – FPE e o valor tomado como base para o recolhimento do imposto relativamente aos bens que compunham o espólio de [...], conforme documentação anexa.

Foi infringido o art. 75, parágrafos 1º e 2º, do Código Tributário Estadual. A penalidade aplicável ao caso é a prevista no art. 88, inciso I, da Lei Estadual nº 11.651/97.

Integram o conjunto probatório o Demonstrativo da Avaliação dos Bens (fl.03); Laudo Avaliatório de fls.04/05; Pauta e Planta de Valores imobiliários, respectivamente às fls. 07/08; Laudo de avaliação judicial de fls.10/11 e Guia de Informação de fls. 14.

O sujeito passivo foi intimado em 08/10/2002 e teve decretada sua revelia e perempção respectivamente às fls. 18 e 21 dos autos.

Após a revelia e a perempção do sujeito passivo autuado, a Gerência de Recuperação de Créditos – GERC, comparece aos autos às fls. 28/29 para com supedâneo no item 2, alínea “b”, inciso I, do art. 43 da Lei nº 16.469/09 e no Despacho de fls. 28/29, requerer a prescrição do crédito tributário constituído em desfavor do sujeito passivo.

Argumenta que a constituição definitiva do crédito se deu em 06/03/2003, considerando-se a última intimação em 07/02/2003, mais vinte dias. Aduz não ter ocorrido a interrupção do lapso prescricional após a constituição definitiva do crédito, uma vez que não houve reconhecimento administrativo da dívida pelo sujeito passivo através do parcelamento. Notícia ainda que não houve ajuizamento da execução fiscal e que a partir daí já transcorreu mais de cinco anos, entendendo que a possível prescrição ocorreu em 06/03/2008.

Foram colacionados aos autos, a título de instrução processual, Laudo de análise de Prescrição Administrativa de fls.24, o Despacho da Procuradoria Tributária às fls.25/27 bem como o Despacho nº 0463/2012, de fls. 28/29.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário admite, com fulcro no inciso II, § 4º, do art. 43 da Lei Estadual nº 16.469/09, o presente Pedido de

Revisão Extraordinária. Entende que restou demonstrada a prescrição da ação de cobrança apontada no requerimento de fls. 28/29, conforme se depreende da análise do laudo demonstrativo de fls. 24 e do Despacho nº 0021/2012 da Procuradoria Tributária (fls.25/27).

Em seguida, determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados pelo Conselho Pleno – CONP.

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 diante dos pronunciamentos 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 07/02/2003, cuja redação transcrevo:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

A constituição definitiva do crédito tributário sucede do lançamento do crédito tributário 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 Laudo de Análise de Prescrição Administrativa de fl.24 em conexão com o pronunciamento da Procuradoria Fiscal, de fls.25/27 bem como o conteúdo do despacho de fls. 28/29 da Gerência de Recuperação de Créditos, corroborado com o despacho da Presidência deste Conselho Administrativo Tributário de fl.32, 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 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, considerar extinto o crédito tributário lançado de ofício.

Sala das sessões plenárias, em 22 de maio de 2012.

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

Matéria: PRESCRIÇÃO - Revisão extraordinária. Manifestação favorável da PGE (Prescrição - acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00765/12

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: Processual. Prescrição do direito de ação de cobrança. Atuação de ofício da GCOP. Acolhimento. Decisão unânime.

I - Ocorrida no âmbito do processo administrativo tributário a última e regular intimação do sujeito passivo, torna-se definitivamente constituído o crédito tributário;

II - Passados cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário e não havendo causa de interrupção do prazo prescricional, prescreve a direito da Fazenda Pública à ação judicial de cobrança e torna-se, por essa causa, extinto o crédito tributário (arts. 156, V e 174 do CTN).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 01 de dezembro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para 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, Allen Anderson Viana, Célia Reis Di Rezende, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, José Pereira D'abadia, Washington Luis Freire de Oliveira, Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Admitindo a constituição definitiva do crédito tributário em 20 de outubro de 1998 e a não ocorrência de causa de interrupção do prazo prescricional, a Gerência de Cobrança e Programas Especiais (GCOP), atuando de ofício e com fundamento no art. 43, I, "b", 2 da Lei n° 16.469/09, apresenta pedido de revisão extraordinária (fl. 57 a 58) onde, após manifestação favorável da Procuradoria Geral do Estado (PGE) à fl. 55, requer o pronunciamento final deste Conselho

acerca da ocorrência, em 20 de outubro de 2003, da extinção do crédito tributário por prescrição, com fundamento no art. 183 do Código Tributário Estadual (CTE).

A Presidência deste Conselho, à vista da situação acima descrita, admite o pedido de revisão extraordinária com fulcro no art. 43, § 4º, II da Lei nº 16.469/09 e remete o processo para julgamento neste Conselho Pleno (fl. 60).

É o relatório.

DECISÃO

Apreciando o pedido de revisão apresentado pela GCOP, não vejo como não provê-lo, pois ocorrida a última e regular intimação do sujeito passivo, no âmbito do processo administrativo tributário, torna-se definitivamente constituído o crédito tributário, como esclarece Hugo de Brito Machado, ao analisar o art. 174 do Código Tributário Nacional (CTN), cujo teor é repetido pelo art. 183 referenciado pela GCOP :

"A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva (CTN, art. 174).

[...]

Tal prazo é contado da constituição definitiva do crédito, isto é, da data em que não mais admita a Fazenda Pública discutir a seu respeito, em procedimento administrativo." [Grifo Oportuno]

Constituído definitivamente o crédito tributário e não tendo ocorrido causa de interrupção do prazo prescricional, a Fazenda Pública tem o prazo de 05 (cinco) anos para cobrar judicialmente o crédito tributário, sob risco de extinção deste por prescrição. É o que dispõem os arts. 156, V e 174 do CTN, a seguir transcritos:

"Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

[...]

V - a prescrição e a decadência;

[...]

"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 - pela citação pessoal feita ao devedor;

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." [Grifo Oportuno].

Assim, pelo que se apresenta no processo, constata-se a ocorrência da extinção do crédito por prescrição.

Pelo exposto, conheço do pedido de revisão extraordinária, dou-lhe provimento para declarar a prescrição do direito à ação de cobrança do crédito tributário e sua consequente extinção por essa causa.

Sala das sessões plenárias, em 03 de abril de 2012.

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO

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

Matéria: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - Pagamento de IPVA em duplicidade (Deferimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02379/12

Relator: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: IPVA. Pedido de restituição de imposto pago em duplicidade. Acolhido. Decisão unânime.

Provado nos autos que o contribuinte recolheu valor de IPVA em duplicidade é a ele garantida a imediata restituição dos valores recolhidos a maior.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 30 de agosto de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do pedido, dar-lhe provimento para deferir a restituição na forma pleiteada sobre o valor de R\$ 1.157,68 (um mil, cento e cinquenta e sete reais e sessenta e oito centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia e Manoel Antônio Costa Filho.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de Restituição do IPVA pago em duplicidade no exercício de 2011.

Alega a autuada que ao solicitar uma certidão negativa de débito para fins de alienação de imóvel tomou conhecimento do lançamento fiscal em seu nome, aí procedeu ao pagamento em duplicidade.

Teve como infringido o art. 90 da Lei 11.651/91. A penalidade proposta foi a do art. 106, I, "a" "a", da Lei 11.651/91, com a nova redação da Lei 13.772/00.

O pedido foi instruído com os seguintes documentos: histórico pagamento por placa fl.04 e 09; Comprovante de pagamento fl. 05/06; documento de identificação do autuado fl.07; comprovante de endereço do autuado fl. 08; Consulta veículo e consulta IPVA fls. 10/11.

Em diligência ao Setor competente para averiguar sobre a alegação do contribuinte, a Gerência de Arrecadação e Fiscalização emitiu parecer de fls. 12., pelo qual confirma o pagamento de IPVA do exercício de 2011 e o ingresso da receita no Tesouro Estadual. Foi juntado espelho de dois PAT's de IPVA pagos, fls. 13/14.

Através de Despacho da Superintendência de Administração Tributária, fls. 17, foi determinado o encaminhamento dos autos ao CAT para apreciação do pedido de restituição.

Após a análise de toda a documentação apresentada, o Presidente do Conselho admite o recurso com fulcro no do art. 42 da Lei 16.469/09 e determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância para que seja pautado e julgado pelo Conselho Pleno o presente pedido.

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças constitutivas desta lide, verifiquei que razão assiste ao requerente quando solicita restituição do valor relativo ao pagamento, efetuado em duplicidade, de IPVA. A duplicidade de pagamento é comprovada através do despacho da Gerência de Arrecadação e Fiscalização, fls. 12, e dos comprovantes de ingresso de receitas, fls. 09.

Assim, desnecessário se torna maiores delongas em face ao pedido motivador desta lide, vez que está plenamente demonstrado neste feito que o polo passivo realmente pagou em duplicidade, anos 2000 e 2011, o IPVA do veículo Ford Verona LX, ano 1990, placa GNT 1880.

Pelo exposto, conheço do pedido, dou-lhe provimento para deferir a restituição na forma pleiteada no valor de R\$ 1.157,68.

Sala das sessões plenárias, em 09 de outubro de 2012.

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

Matéria: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - Reconhecimento de restituição por meio de despacho da SAT (Deferimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01792/12

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: Pedido de Restituição do Crédito Tributário, suscitada pelo contribuinte. Acolhida. Decisão unânime.

Estando demonstrado nos elementos constitutivos da lide que a Fazenda Estadual reteve indevidamente valores referentes ao ICMS, tal importância deverá ser restituída ao requerente.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 28 de junho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do pedido, dar-lhe provimento para deferir a restituição na forma pleiteada sobre o valor de R\$ 104.213,86 (cento e quatro mil, duzentos e treze reais e oitenta e seis centavos) e R\$ 65.272,15 (sessenta e cinco mil, duzentos e setenta e dois reais e quinze centavos), referente aos autos de infração nºs 4010903555750 e 4010903537183, respectivamente. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Washington Luis Freire de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, Álvaro Falanque, Elias Alves dos Santos, Alcedino Gomes Barbosa, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Célia Reis Di Rezende, Cláudio Henrique de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Restituição do valor do ICMS retido indevidamente ao Estado de Goiás, assim como dos juros de mora e da multa punitiva, exigidos nos Autos de Infração e Imposição de Multa nº 4.0109035.557-50 e 4.0109035.371-83 (docs. 03 e 04), lavrados contra a "Recorrente", por conta da remessa de inseticidas domésticos, repelentes para uso tóxico e para uso doméstico, e desinfetantes líquidos para uso sanitário, tendo em vista o posicionamento da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, por meio do Despacho nº 4664/2009-SAT, relativo à Consulta Processo 200900004026930 e Parecer nº 1.383/2009-GPT, de que os referidos produtos não estão sujeitos ao regime de substituição tributária do ICMS no referido Estado (doc. 05).

Instrui o processo: DOC. 01) com procuração (fls. 14/16); DOC. 02) cópia da 13ª Alteração Contratual da [...] (fls. 18/31); DOC. 03) cópia do Auto de Infração nº 4.0109035.557-50 (fl. 33), cópia do Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 34), cópia do DARE 2.1 e Extrato de Pagamento (fls. 35/36), Termo de Confirmação de Cálculo e Encaminhamento (fl. 37), Comprovante de Operação Itaú Bankinte/Tributos Estaduais com código de barras (fl. 38), cópia do Termo de Apreensão 1100115765-1 e 1100115766-2 (fls. 39/40), cópias de Notas Fiscais Eletrônicas (fls. 41/ 48), Movimentação de Títulos - Banco Itaú S/A (fl. 49), cópia do Documento auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico - DACTE (fl. 50/51); DOC. 04) cópia do Auto de Infração nº 4.0109035.371-83 (fls. 53/54), cópia do Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 55), Anexo Estruturado - Identificação do Sujeito Passivo Coobrigado (fl. 56), Extrato de Pagamento (fl. 57), Termo de Confirmação de Cálculo e Encaminhamento (fl. 58),

Cópia do DARE 2.1 (fl. 59), Comprovante de Operação Itaú Banklinter/Tributos Estaduais com código de barras (fl. 60), cópias de Notas Fiscais Eletrônicas (fls. 61/64); DOC. 05) cópia do Despacho nº 4664/2009-SAT (fl. 66), cópia do Parecer nº 383/2009-GPT (fls. 67/68), cópia de Requerimento (fls. 69/76), Anexo I - Relação dos Produtos Classificados na Posição 3808 (fls. 77/78), todos do Processo nº 200900004026930; DOC. 06) Certidão de Débito Inscrito em Dívida Ativa - Negativa (fl. 80); DOC. 07) cópia do Despacho nº 5830/2009-SAT (fl. 82), cópia do Parecer nº 1.717/2009-GEPT (fls. 20/21), cópia do Despacho nº 1005/09-GESCO (fl. 85), cópia do Relatório Diligencial nº 0170/09-GESCO (fls. 86/88), Requerimento (fls. 89/95); DOC. 08) cópia de Notas Fiscais Eletrônicas (fls. 97/98); DOC. 09) cópia de Nota Fiscal Eletrônica (fls. 100/101).

Consulta por Auto - 4.0109035.557-50 (fls. 103/104), Histórico de Pagamento (fl. 105), Consulta por Auto - 4.0109035.371-83 (fls. 106/107), Histórico de Pagamento (fl. 108).

Despacho nº 2703/2011-CAT (fls. 109/111), entende que o Pedido de Restituição é cabível quando o contribuinte aduz ter realizado pagamento indevido, e o § 2º do art. 42 da Lei nº 16.469/09 exige como requisito de admissibilidade que o pleito seja instruído com o original do comprovante de pagamento ou com o extrato emitido pelo Sistema de Arrecadação - SARE - com as provas de que o pagamento é indevido.

Da análise dos documentos acostados aos autos constata-se que o sujeito passivo quitou os PAT's nºs 4.0109035.557-50 e 4.0109035.371-83, conforme se depreende dos documentos de fls. 35/38 e 57/60, e relatório analítico dos PAT's, fls. 102/108, como também, que versam sobre omissão de retenção de ICMS na condição de substituto tributário quando da saída de mercadorias para o território goiano, conforme notas fiscais nºs 11326 e 12513 (fls. 33) e nºs 9871 e 9872 (fls. 53). Verifica-se também das cópias dos DANFE's relativos às notas fiscais autuadas (fls. 41/45 e 61/64) versa-se de mercadorias classificadas na posição 3808 da NCM/SH (inseticidas e repelentes líquidos, aerosol, iscas e pastilhas, desinfetante líquido e desodorizador de ambiente), constantes do item 6 do inciso VII do apêndice II do anexo VIII do RCTE.

De conformidade com Parecer nº 1383/2009-GPT e Despacho nº 4664/2009-SAT que o adota (fls. 66/68), relativamente à consulta formulada pela requerente, depreende-se que *"no grupo 'inseticidas' código NBM/SH 3808 estão sujeitos ao regime de substituição pelas operações posteriores os produtos que atendam à especificação de enquadramento como produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos e que, portanto, os inseticidas que não se enquadram nestas especificações estão excluídos da substituição tributária"* (fls. 68).

Nesse mesmo sentido o Despacho nº 105/09-GESCO e Relatório Diligencial nº 017/09-GESCO (fls. 85/88) e o Despacho nº 5830/2009-SAT que adotou o Parecer nº 1717/2009-GEPT, também relativamente a consulta foi formulada pela requerente, segundo o qual concluiu que "os produtos listados pela consulente (inseticidas e repelentes líquidos, aerosol, iscas e pastilhas,

desinfetante líquido e desodorizador de ambiente) não se enquadrarem como produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos não estão sujeitos ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores nos termos do Convênio 74/94". (grifo nosso).

Diante do exposto, com amparo no que dispõe o art. 42 da Lei nº 16.469/09, volvem os autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância para pautá-los a julgamento pelo CONSELHO PLENO, a quem compete à apreciação do pleito contido na inicial.

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças constitutivas desta lide, verifiquei que razão assiste ao requerente, quando solicita restituição do crédito tributário, fato aliás reconhecido pela Superintendência de Administração Tributária, quando em Despacho de nº4664/2009 - SAT informa que "no grupo 'inseticidas' código NBM/SH 3808 estão sujeitos ao regime de substituição pelas operações posteriores os produtos que atendam à especificação de enquadramento como produtos impermeabilizantes, imunizantes para madeira, alvenaria e cerâmica, colas e adesivos e que, portanto, os inseticidas que não se enquadram nestas especificações estão excluídos da substituição tributária"

Assim, desnecessário se tornam maiores delongas em face ao pedido motivador desta lide, vez que, plenamente demonstrado neste feito que o polo passivo não afrontou a legislação como quer supor a redação dos autos acostados a este volume. Pelo contrário a restituição do crédito tributário em prol do sujeito passivo, sobre o valor de R\$ 104.213,86 (cento e quatro mil, duzentos e treze reais e oitenta e seis centavos) e R\$ 65.272,15 (sessenta e cinco mil, duzentos e setenta e dois reais e quinze centavos), referente aos autos de infração nºs 4010903555750 e 4010903537183, respectivamente, por ele pleiteada é um direito que lhe assiste e um dever da Fazenda estadual restituir-lhe.

Pelo exposto, conhecendo do pedido, dando-lhe provimento para deferir a restituição na forma pleiteada sobre o valor de R\$ 104.213,86 (cento e quatro mil, duzentos e treze reais e oitenta e seis centavos) e R\$ 65.272,15 (sessenta e cinco mil, duzentos e setenta e dois reais e quinze centavos), referente aos autos de infração nºs 4010903555750 e 4010903537183, respectivamente.

Sala das sessões plenárias, em 21 de agosto de 2012.

SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO

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

Matéria: SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - Aproveitamento indevido de crédito sobre a aquisição de energia elétrica (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01331/12

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Domingos Caruso Neto

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Aquisição de energia elétrica por empresa de telecomunicação. Prestação de Serviços que não se confunde com industrialização. Creditamento. Impossibilidade. Procedência. Decisão não unânime.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de setembro 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. Foram vencedores os Conselheiros Domingos Caruso Neto, Washington Luis Freire de Oliveira, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Célia Reis Di Rezende, 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 Edson Abrão da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Cláudio Henrique de Oliveira, José Pereira D'abadia e Carlos Andrade Silveira, que votaram conhecendo do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Ainda por votação unânime,

RELATÓRIO

Consta da descrição do lançamento que o sujeito passivo omitiu o pagamento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), em razão de aproveitamento indevido do crédito sobre a aquisição de energia elétrica (CFOP 1.255), sem amparo na Legislação Estadual, lançado no Livro Registro de Entradas do período, conforme cópias das notas fiscais e dos registros no Livro de Apuração. Em consequência, é exigido o tributo devido no valor de R\$ 83.148,62 (oitenta e três mil, cento e quarenta e oito reais e sessenta e dois centavos), juntamente com as cominações legais.

A ação fiscal é dirigida contra estabelecimento de sociedade empresária prestadora de serviços de telecomunicações.

Como parte da instrução processual são anexados, aos autos, cópia da notificação fiscal nº 0138 (fls. 06); relações de notas fiscais relativas a aquisições de energia elétrica (fls. 7 a 12); relações de notas fiscais de entradas elaboradas pelo sujeito passivo (fls. 13 a 15); demonstrativos de crédito sobre entradas de energia elétrica (fls. 16 a 21); cópias do Livro de Registro de Apuração (fls. 22 a 81); cópias de notas fiscais fatura de energia elétrica (fls. 82 a 134) e relações de faturas para pagamentos (fls. 135 a 137).

Regularmente intimada, a pessoa jurídica apresenta Impugnação em Primeira Instância (fls. 144 a 441), na qual alega que os serviços de telecomunicação já foram definidos, pelo Decreto Federal nº 640/62, como

indústria básica e que, deste modo, a autuação estadual fere o que preceitua o art. 33, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 87/96, segundo a qual dá direito de crédito a energia elétrica consumida no processo de industrialização. Argumenta que a penalidade tem caráter confiscatório. Acrescenta que tem a pretensão de comprovar o alegado processo de industrialização pelo qual passa a energia elétrica empregada na prestação do serviço de telecomunicação por meio de perícia técnica e requer o arquivamento do processo fiscal instaurado.

O Julgador Singular, através da Sentença nº 243/09 (fls. 443 e 444), decide pela procedência do lançamento, sob o fundamento de que não se caracteriza, no processo, que a energia elétrica adquirida pelo sujeito passivo foi consumida em processo de industrialização, condição necessária para o aproveitamento de crédito de energia elétrica.

Regularmente intimada, a sociedade empresária apresenta Recurso Voluntário (fls. 448 a 463), no qual reitera os fundamentos da impugnação.

Posteriormente, a fim de reforçar sua tese defensoria, a autuada apresenta peça (fls. 466 a 472), na qual alega que o termo industrialização constante do art. 33, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 87/96 não deve ser interpretado no sentido de restringir o direito de creditamento pela energia elétrica apenas às indústrias, mas sim àqueles que empregarem a mesma em um processo industrial, seja qual for a atividade do contribuinte; e que neste sentido já se manifestaram o STJ e o STF. Volta a argumentar que a multa aplicada tem caráter abusivo.

A Segunda Câmara decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração (fls. 473 a 477), acolhendo a tese sustentada pelo sujeito passivo, destacando a essencialidade da energia elétrica para a prestação do serviço de telecomunicações, pelo sujeito passivo, e o fato de que a energia é consumida de forma imediata e integral.

A Representação Fazendária apresenta Recurso ao Conselho Pleno (fls. 479 a 481) onde expõe a sua inconformidade com a decisão da câmara julgadora aduzindo que da análise dos textos legais chega-se a conclusão de que, para o aproveitamento do crédito, referente à aquisição de energia elétrica, necessário se faz tratar-se de processo industrial, o que não se observa, no caso.

Pugna pela reforma do acórdão recorrido, para que seja julgado procedente o lançamento.

O sujeito passivo apresenta Contradita ao Recurso da Representação Fazendária (fls. 484 a 494), e reafirma que os Tribunais Superiores já decidiram que a energia elétrica é insumo imprescindível à prestação dos serviços de telecomunicações.

É o relatório.

DECISÃO

Trata-se aqui de questão de direito, relacionada ao aproveitamento de crédito.

Como se sabe, o ICMS tem como um de seus princípios basilares a não cumulatividade, segundo o qual calcula-se o imposto devido a partir da compensação entre o imposto calculado para a operação ou prestação tributada e o devido em operações ou prestações anteriores, desde que vinculadas às saídas de mercadorias ou prestação de serviços.

É o comando estabelecido pela Constituição Federal de 1988, como se segue:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

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;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal(...)”.

O texto constitucional deixa claro que não é o imposto cobrado em qualquer aquisição que poderá ser compensado com o devido nas saídas tributadas.

A Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, dispõe sobre o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), e sem nenhum vício reconhecido pelos tribunais superiores, dá plena eficácia ao texto constitucional, nestas palavras:

“Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

(...)

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- b) quando consumida no processo de industrialização;
- c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e
- d) a partir de 1o de janeiro de 2011, nas demais hipóteses (...)."

O problema a ser solucionado no presente julgamento, então, é delimitado pelo enquadramento da atividade do sujeito passivo, enquanto industrial ou não.

Defende a recorrente que, de acordo com o art. 1º do Decreto do Conselho de Ministros nº 640/62, a sua atividade foi equiparada, para todos os efeitos legais, com a da indústria básica. É tese coerente e relevante.

Esta é a redação do dispositivo mencionado:

"Art. 1º. Os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica, de interesse para o fomento da economia do país e de relevante significado para a segurança nacional.

§ 1º. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico fica autorizado a incluir entre suas operações prioritárias as que visam ao desenvolvimento e reaparelhamento dessa indústria".

Por seu turno, pretende a fazenda pública aplicar uma definição mais restritiva à industrialização. Nesse sentido, dispõe a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional (CTN):

"Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

(...)

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo".

O Decreto nº 7212/2010 que regulamentou a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), assim define industrialização:

"Art. 3º. Produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária (Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei no 4.502, de 1964, art. 3º).

Art. 4º. Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei no 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei no 4.502, de 1964, art. 3o, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

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

III - a 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 (montagem);

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

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou reacondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados”.

Já o Decreto nº 4.852, de 29 de Dezembro de 1997, que instituiu o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (RCTE), também tratou de definir industrialização, para fins tributários:

“Art. 5º. Considera-se industrialização, qualquer processo que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe 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 recondiçãoamento, o que, exercido sobre o produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização.

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto, a localização e a condição da instalação ou o equipamento empregado”.

Concluo que, pela análise dos dispositivos da legislação tributária transcrita, não se pode enquadrar a prestação de serviço de telecomunicações como atividade industrial.

Ademais, com todo respeito à tese muito bem sustentada pela representação do sujeito passivo, entendo que, até que haja um posicionamento estabilizado pelos tribunais superiores, preferencialmente tratando da matéria através de súmula vinculante ou recurso repetitivo, é mais conveniente, na esfera administrativa, optar por interpretação mais conservadora. Permite-se assim a continuidade da discussão da matéria, controversa e essencialmente de direito, no âmbito do Poder Judiciário.

Seguindo esta linha, entende-se que o comando apresentado, em Decreto expedido para uma realidade que se apresentava em 1962, hoje não mais se aplica. É que a norma, cujos objetivos eram não tributários, foi concebida para priorização dos investimentos públicos nas indústrias de base e nas empresas de telecomunicações, que à época enfrentavam crise severa.

Nessa senda, é razoável concluir pela sua não aplicação ao caso, seja pela prevalência de norma de caráter tributário (princípio da especialidade), seja pela prevalência de normas posteriores, que tratavam da mesma matéria (revogação tácita).

Posto isso, voto conhecendo do Recurso da fazenda pública e dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o Lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 19 de junho de 2012.

SOLIDARIEDADE

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

Matéria: SOLIDARIEDADE - Pedido de exclusão de solidários (Exclusão de Solidário - acolhimento)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00719/12

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Saída de mercadoria acobertada por nota fiscal inidônea. Procedência. Decisão unânime. Exclusão de solidário. Acolhimento. Decisão unânime.

I - Deve ser excluído da lide o sujeito passivo solidário se ficar comprovado que ele não praticou, não concorreu nem deu causa à infração denunciada na peça inicial.

II - As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos (CTE, art. 66).

III - A acusação fiscal deve ser mantida quando inexistir defesa em relação ao mérito e as provas existentes nos autos forem robustas no sentido de ter ocorrido a infração denunciada na peça inicial.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de outubro de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para manter a decisão singular que excluiu da lide os sujeitos passivos solidários. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Antônio Martins da Silva e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Consta dos autos que o senhor [...] utilizou de forma indevida documentos pessoais da Sra. [...], bem como falsificou sua assinatura e constituiu de forma fraudulenta a empresa [...], mediante registro na Junta Comercial do Estado de Goiás, no CNPJ e no Cadastro de Contribuintes do Estado sob o nº 10.392065.0, com isso obteve autorização para confeccionar e utilizar documentos fiscais, modelo 1, para realizar operações comerciais de saída de mercadorias.

A referida empresa exerceu normalmente suas atividades até o mês de setembro de 2006, quando ocorreu a denúncia da fraude à Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia que comunicou o fato à Delegacia Estadual de Repressão a Crimes Contra a Ordem Tributária, dando origem ao inquérito policial, cujas principais peças foram anexadas ao presente processo.

A peça inicial foi instruída com os documentos de fls. 06/68.

Com base na 4º (quarta) via da Nota Fiscal nº 115, fls. 6, a fiscalização lavrou o auto de infração em desfavor de [...], exigindo o ICMS relativo à operação praticada por meio da referida nota fiscal.

Como sujeitos passivos solidários foram relacionados [...] (destinatário da mercadoria constante do documento fiscal) e [...] (transportador da mercadoria).

O solidário [...] apresentou impugnação em primeira instância (fls. 78/81). Alegou que no período entre agosto de 2005 até março de 2006 trabalhava de

empregado como motorista de caminhão para o senhor [...]. Junta declarações nesse sentido. Solicitou a exclusão da lide.

O solidário [...] apresentou impugnação em primeira instância (fls. 98/99). Alegou que nunca realizou operação comercial com a empresa fantasma [...]. Solicitou a exclusão da lide.

O sujeito passivo direto não apresenta impugnação, conforme termo de revelia de fls. 103.

O auto de infração foi julgado procedente em primeira instância, com a exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários, conforme sentença de fls. 105/107.

A Representação Fazendária discorda dessa decisão e apresenta recurso, solicitando a reinclusão dos sujeitos passivos solidários (fls. 108/109).

O atuado [...] deixa de se manifestar no processo, conforme termo de perempção de fls. 116.

Os sujeitos passivos solidários apresentam contradita ao recurso da Fazenda Pública (fls. 119/121 e 123/126). Pedem a manutenção da sentença.

É o relatório.

DECISÃO

No presente feito inexistente contestação em relação ao mérito da acusação fiscal, pois o sujeito passivo direto não se manifesta no processo. Ocorre a manifestação na lide apenas de sujeito passivo solidário.

Os sujeitos passivos solidários foram incluídos na lide com fundamento em dispositivo do Código Tributário Estadual (CTE). O solidário [...] (destinatário da mercadoria), com base no disposto no artigo 45, parágrafo único, inciso I. O solidário [...] (transportador da mercadoria), com base no disposto no artigo 45, inciso I, alínea "a".

Analisemos os dispositivos acima citados do CTE que fundamentaram a inclusão dos sujeitos passivos solidários no lançamento tributário em comento:

"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:

I - o transportador:

a) com o remetente ou o destinatário, em relação às mercadorias ou bens que transportar sem documentação fiscal;

(...)

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.” (grifo nosso).

O texto acima reproduzido não deixa dúvidas de que a solidariedade é para as situações nas quais a operação ou prestação é realizada sem documentação fiscal. Há uma diferença muito grande entre estar a mercadoria acompanhada de nota fiscal inidônea ou estar desacompanhada de documentação fiscal.

Mercadoria acompanhada de nota fiscal inidônea está em situação irregular perante o Fisco. Entretanto, não se pode afirmar que está a mercadoria desacompanhada de documentação fiscal. São situações completamente diferentes.

Também em relação à solidariedade, cabe destacar que as autoridades fiscais indicaram o artigo da solidariedade e informaram a conduta na fundamentação fática como sendo “destinatário” ou “transportador”, conforme a situação do solidário. Essa informação por si só não indica ação ou omissão que possa implicar em responsabilidade tributária. A Instrução de Serviço 17/07 - GSF, no artigo 2º, inciso II, determina que o agente do fisco deve “*descrever a ação ou omissão da pessoa natural ou jurídica para a prática da infração e as razões pelas quais foi considerada solidária ou responsável*”.

É de se registrar que a fraude na constituição da firma que ensejou a inidoneidade do documento fiscal ocorrera antes da emissão da nota fiscal, pois a firma fora constituída de forma irregular em setembro/2005 e a emissão da nota fiscal ocorreu em novembro/2005. Só após determinado tempo de funcionamento do estabelecimento comercial a fiscalização descobriu a irregularidade na constituição da firma. Ou seja, quando ocorreu a operação comercial o estabelecimento estava funcionando normalmente. Nem o fisco sabia dessa irregularidade.

Os sujeitos passivos solidários não tinham qualquer obrigação de investigar ou saber se a empresa que vendeu as mercadorias havia sido constituída, no pretérito, de forma irregular. Também inexistia nos autos a mínima prova no sentido de que os solidários participaram da fraude ou se beneficiaram dela. O próprio setor de cadastro da Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia não conseguiu detectar qualquer irregularidade por ocasião da análise da documentação apresentada para liberar a inscrição no cadastro de contribuintes do estado da [...]. A irregularidade só foi descoberta após a ocorrência de denúncia feita à fiscalização.

Registre-se ainda que, como a operação foi realizada com documentação fiscal, o adquirente e o transportador informados na referida nota fiscal cumpriram a obrigação de exigir a documentação fiscal de quem vendeu a mercadoria, conforme estabelece o artigo 145, parágrafo único do RCTE:

“Art. 145. O destinatário da mercadoria ou do serviço é obrigado a exigir documento fiscal, com todo requisito legal, de quem o deva emitir, sempre que obrigatória a emissão (Convênio SINIEF SN/70, art. 14).

Parágrafo único. O transportador não pode aceitar despacho ou efetuar o transporte de mercadoria que não esteja acompanhada do documento fiscal próprio, ressalvado os casos previstos na legislação tributária.”

No caso em tela, é de se ressaltar que o destinatário informado na nota fiscal nega peremptoriamente ter adquirido a mercadoria.

As provas existentes nos autos são robustas no sentido que a pessoa jurídica foi criada de forma fraudulenta, com a inclusão no quadro societário da senhora [...] que não autorizou nem tinha conhecimento de tal fato. Laudo grafotécnico comprovou que assinatura de pessoa foi falsificada para se conseguir o cadastro da empresa.

Conforme procuração juntada aos autos, a pessoa jurídica criada de forma irregular era administrada pelo Sr. [...], o qual foi incluído na lide como sujeito passivo direto, mas não se manifestou no processo.

Portanto, o auto de infração é procedente, mantido na lide apenas o sujeito passivo direto Sr. [...]. Ficam excluídos da autuação os sujeitos passivos solidários, pois inexistem provas no sentido de que os solidários tenham concorrido, praticado ou se beneficiado da irregularidade denunciada no auto de infração.

Diante do exposto, conheço do recurso de ofício, nego-lhe provimento para confirmar a decisão singular que excluiu da lide os sujeitos passivos solidários. No mérito, a acusação fiscal fica mantida nos termos da peça inicial em relação ao sujeito passivo [...].

Sala das sessões plenárias, em 03 de abril de 2012.

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

Matéria: SOLIDARIEDADE - Pedido de reinclusão de contador na lide (Reinclusão de Solidário - não acolhimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00873/12

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Questão processual. Recurso da Fazenda Pública pedindo reinclusão de solidário na lide. Pedido não acolhido por maioria de votos.

I - Resta claro que não havia previsão específica de solidariedade por parte do contador da empresa no momento da ocorrência da irregularidade apontada na exordial, pois somente a partir da edição da Lei 17.519/2011 é que tal matéria se encontra devidamente regulamentada;

II - Cabe destacar que nela (Lei 17.519/2.011) está consignada exigência de realização de investigação, através do devido processo legal, onde se permita inferir de forma incontestável a ocorrência do dolo ou da fraude por sua iniciativa.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 10 de abril de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que excluiu da lide a solidária [...]. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Victor Augusto de Faria Morato, José Luiz Rosa, Elias Alves dos Santos, Cláudio Henrique de Oliveira e Nivaldo Carvelo Carvalho. Vencida a Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

A constituição do crédito tributário se deve à omissão de recolhimento do ICMS, em razão da escrituração indevida de créditos de ICMS relativamente a entradas de mercadorias destinada ao uso ou consumo do estabelecimento, ao montante do imposto destacado a maior em notas fiscais de aquisição de mercadorias, e também pela apropriação antecipada de créditos de ICMS referentes à aquisição de ativo imobilizado para o estabelecimento, conforme auditoria básica do ICMS, demonstrativos e documentos que se encontram acostados ao processo com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva.

Em consequência, deverá pagar o ICMS omitido no valor de R\$ 110.017,71 (cento e dez mil e dezessete reais e setenta e um centavos), juntamente com os acréscimos legais.

A tipificação da infração foi a descrita nos artigos 58, §3º, inciso II, item 6 e artigo 64, ambos da Lei n.º 11651/91 c/c artigo 46, §1º, inciso IV, letra "b" e artigo 57, inciso VI e 522 do Decreto n.º 4852/97. E a penalidade aplicada a que está prevista na Lei n.º 11651/91, artigo 71, inciso IV, alínea "a", com redação da Lei n.º 14634/03.

Foram incluídos na lide como solidários [...] e [...], na condição de sócios administradores da empresa. E [...], essa na condição de contadora da empresa.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos:

- = ordem de serviço n.º 0258/2007 (fls. 07-08);
- = 5ª Alteração do Contrato Social (fls. 09-24);
- = relatório de entradas e saídas (fls. 25-28);
- = comparativo DPI/DPA com o SARE (fls. 29-33);
- = auditoria básica do ICMS (fls. 34-69);
- = aproveitamento indevido de crédito (fls. 70-76);
- = cópia do livro de registro de entradas (fls. 77-124);
- = cópia de notas fiscais (fls. 125-245);
- = espelho cadastral (fls. 246-247);
- = relatório de entradas e saídas (fls. 248);
- = controle de concessão, autenticação e liberação expedida (fls. 249);
- = cópia do livro de registro de apuração de ICMS (fls. 250-333);
- = cópia notas fiscais (fls. 334-405);
- = espelho cadastral (fls. 406-407).

A autuada e todos os solidários foram devidamente intimados para a fase singular, conforme Aviso de Recebimento (AR) anexado (fls.412/415), tendo sido lavrados os respectivos Termos de Revelia em relação à autuada e aos solidários [...] e [...] (fls. 426/428), sendo que a contadora da empresa apresentou peça nesse momento do processo.

Sua impugnação aduziu que o autor do lançamento citou equivocadamente o artigo 45, inciso XII da lei nº 11.651/91 como fundamento da solidariedade, para inferir que a referida profissional concorreu para a prática da infração em comento, na condição de representante da firma em questão.

Mencionou o artigo 127 do CTN, para afirmar que não tem interesse comum na situação que constituiu o fato gerador do imposto em discussão; fez a transcrição de decisões do CAT que favorecem sua pretensão de exclusão da lide, sendo este o seu pleito (fls. 417/421).

Foram anexados à impugnação os seguintes documentos:

- = cópia do documento de identificação do advogado (fls. 422);
- = procuração (fls. 423);

= cópia dos documentos pessoais da contadora, indicada como solidária (fls. 424);

O ilustre julgador monocrático manteve na lide todos os solidários. E, quanto ao mérito, julgou pela procedência do auto de infração (fls. 429/431).

A autuada e os solidários foram devidamente intimados em relação à decisão singular, conforme documentos anexados (fls. 432/438). Porém, a autuada e os solidários [...] e [...] não apresentaram recurso, tendo sido lavrado o respectivo Termo de Perempção.

Através de recurso voluntário, a contadora da empresa mais uma vez vem ao processo e continua insistindo na tese de que deve ser excluída da lide (fls. 442/447).

Ao fazer a análise do recurso voluntário, a Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão da solidária [...] da lide, vez que é profissional, técnica em contabilidade, e, segundo foi o entendimento majoritário, sua responsabilidade se limita a efetuar os lançamentos contábeis e fiscais que lhe são fornecidos pelo seu empregador. Destarte, não seria correto que compusesse a polaridade passiva da lide, por ausência de previsão específica em lei para tal inserção.

Quanto ao mérito, por votação unânime, conheceu do recurso, negou-lhe provimento, para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, tendo o relator afirmado o seguinte:

"... da análise que realizei nas peças constitutivas deste volume, notei que os autuados quedaram-se inertes e deixaram transcorrer "in albis" a oportunidade de contraporem a reclamação inicial, fato que me leva a recordar os ensinamentos ministrados nos bancos acadêmicos: " a Justiça não socorre aos que dormem" "

Inconformada com tal decisão, a Fazenda Pública interpôs recurso ao conselho pleno (fls.457/459) pedindo a reforma da tal decisão no que diz respeito à retirada da solidária da lide. Argumentou que sendo a contadora responsável por escriturar os créditos de ICMS de entradas de mercadorias destinadas ao consumo, ela teve efetiva participação na infração denunciada.

Além disso, aduziu que a irregularidade apontada pelo fisco é um erro crasso, tendo em vista que há a vedação ao aproveitamento do crédito material para uso e consumo em nossa legislação.

Ao final, requereu a reforma da decisão cameral, em relação à exclusão da solidária [...], pedindo que a mesma seja reincluída na lide.

Devidamente intimada, a solidária [...] apresentou contradita asseverando que a contadora é apenas uma empregada da empresa e como tal, deve atender as solicitações de seu patrão. Argumentou ainda que no caso de materiais

destinados ao uso e consumo, o conceito e classificação dessa espécie de materiais adotados pelo fisco goiano são amplos e possuem uma grande diversidade de interpretações, não cabendo a uma simples empregada da empresa tomar decisão sobre essa matéria.

É o relatório.

A colocação do contador como solidário na lide merece análise consentânea com a legislação que rege a matéria. Hoje, a matéria se encontra tratada da seguinte forma, - artigo 45, XII do CTE - cujo texto se encontra abaixo 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:

I – (...)

ACRESCIDO O INCISO XII-A AO ART. 45 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.519, de 29.12.11 - VIGÊNCIA: 29.12.11.

XII-A - com o contribuinte ou com o substituto tributário, o contabilista que, por seus atos e omissões, concorra para a prática de infração à legislação tributária; (grifo nosso)

ACRESCIDO O INCISO XIII AO ART. 45 PELO ART. 1º, DA LEI Nº 13.194, DE 26.12.97 - VIGÊNCIA: 01.01.98.

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.

O § 1º vigorou como parágrafo único de 01.01.97 à 28.12.11, quando foi reenumerado tacitamente pelo art. 1º da Lei nº 17.518, de 29.12.11.

§ 1º. 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.

(...)

ACRESCIDO O § 2º AO ART. 45 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.519, de 29.12.11 - VIGÊNCIA: 29.12.11.

§ 2º A responsabilização do contabilista de que trata o inciso XII-A somente se dará no caso de dolo ou fraude, apurada mediante o devido processo legal. (grifo nosso)

A lógica da legislação em vigor atualmente aponta para uma situação onde não se poderia colocar o contabilista como solidário na lide, sem que

houvesse prova inequívoca de que sua ação foi dolosa ou fraudulenta, ensejando de forma clara e inequívoca a omissão de recolhimento do imposto.

As alterações implementadas pela Lei 17.519/2011 são objetivas em inovar em relação à participação do contabilista no pólo passivo da lide. Até então, a sua colocação como solidário era restrita a situações onde não remanesceria nenhuma dúvida quanto à sua participação na infração.

O texto das alterações acima transcrito deixa claro que deve haver preliminarmente uma investigação em relação a tal participação. Há exigência de realização de investigação fundamentada no devido processo legal. Qual o alcance dessa definição? Como seria esse processo? Essas questões devem ser enfrentadas pelo Conselho Administrativo Tributário a partir de agora, e certamente ensejará muitas discussões, para que se amadureça uma decisão definitiva sobre a matéria.

Porém, o que resta provado no presente caso é que não houve nenhum processo legal onde se pudesse atestar o dolo ou a fraude do contador, e esse fato afasta de forma peremptória a possibilidade de colocá-lo no pólo passivo da lide nesse momento. Cabe destacar que em minha forma de ver os fatos, dada a inexistência de tratamento específico até então em relação ao contador, somente a partir de agora o fisco poderia fazê-lo.

Vejamos a redação do artigo 144 do Código Tributário Nacional, que trata da matéria:

“Art. 144. 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.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.”

Portanto, o fisco não pode atribuir responsabilidade tributária a terceiros (contador) para fatos ocorridos antes da lei que tratou da matéria.

Diante de tudo o que foi exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o conselho pleno, nego-lhe provimento, para manter a decisão cameral que julgou procedente o auto de infração, porém retirou da lide a contadora da empresa, [...].

Sala das sessões plenárias, em 24 de abril de 2012.

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

Matéria: SOLIDARIEDADE - Pedido de reinclusão de transportadora na lide (Reinclusão de Solidário - não acolhimento)

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: Processual. Preliminar de reinserção de empresa transportadora no polo passivo da lide. Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno. Rejeitada por unanimidade.

Deve ser mantida a exclusão de empresa transportadora do polo passivo da lide, na condição de solidária, quando a orientação contida na norma legal apontar não ser de sua responsabilidade verificar a inidoneidade de nota fiscal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 17 de abril de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que excluiu da lide o solidário [...]. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Heli José da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia e Víctor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo remeteu mercadorias na importância de R\$ 106.439,20, no período de 06/10/2004 a 06/10/2004, já acrescido do valor agregado de 40%, acompanhadas pelas notas fiscais avulsas n° 871833 e 871825, confeccionadas em nome do contribuinte [...], sendo que as mercadorias são originárias do estabelecimento do sujeito passivo acima identificado, haja vista romaneios e classificação do algodão que acompanham as mercadorias pertencerem a este, conforme documentos anexos. Dessa forma os documentos fiscais são considerados inidôneas e impróprios para acobertar a operação, conforme documentos e termos de apreensão anexos. Em consequência, juntamente com o transportador, como solidário, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 12.772,70, mais cominações legais.

São dados como infringidos os artigos 45, inciso XIII, 64, 66, 67, inciso I e II, da Lei 11.651/91 combinado com o artigo 141, do Decreto n° 4.852/97, tendo sido proposta à penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", §9, inciso I, da Lei n° 11.651/91 com redação da Lei n° 13.446/99.

Foi identificado como sujeito passivo solidário: [...].

O Auto de Infração veio instruído com o Termo de Apreensão n° 1100075547-0 (fls. 04/06), Termo de Liberação e Doação (fl. 07/08), Extrato de Termo de Apreensão (fls. 09/11), Notas Fiscais (fls. 12/13), Termo de Compromisso (fl. 14), cópia do Laudo de Classificação de algodão em pluma (fls.

15/49), cópia de Nota Fiscal Avulsa (fls. 50/51), Documento da [...] (fls. 52/54), Certificado de Expurgo (fl. 55), Documentos de Arrecadação de Receitas Estaduais (fls. 56/57) e Base da Consulta por auto 3008669543871 (fl. 58).

O sujeito passivo e o solidário foram intimados, conforme documentos de fls. 59/62. O sujeito passivo direto foi novamente intimado para apresentar Impugnação à Primeira Instância, conforme se vê às fls. 140/141, sendo que o mesmo não apresentou a Impugnação.

Às fls. 64/67, o sujeito passivo solidário ingressa com Impugnação à Primeira Instância, buscando provimento administrativo que reconheça o erro de identificação do sujeito passivo da obrigação e sua exclusão do pólo passivo solidário, pela razão de não poder ser considerado contribuinte porque "*os procedimentos necessários para a operação foram efetuados por outrem, fora de seu estabelecimento, não lhe cabendo outra obrigação senão de receber os documentos fiscais pertinentes e a carga específica*". Pugna pela nulidade do Auto de Infração por erro na identificação do sujeito passivo solidário.

Instrui a peça defensiva a Procuração (fl. 68) e cópia da Alteração Contratual Consolidada (fls. 69/75).

Conforme o Despacho nº 613/2007 - COJP de fl. 139, o julgador de primeira instância determinou o encaminhamento do processo ao NUPRE de origem (Delegacia Regional de Fiscalização de Itumbiara) a fim de que se intime o sujeito passivo [...] a apresentar Impugnação à Primeira Instância ou pagar a quantia exigida no auto de infração.

O Julgador de Primeira Instância, através do Despacho nº 696/2008-COJP de fls. 142, nos termos do Acórdão nº 1213/2006, encaminha o processo ao Julgador Singular original para apreciação do feito.

O Julgador Singular prolata a Sentença nº 2407/05 - COJP de fls. 77/79, conhecendo da impugnação, negando-lhe provimento, tanto em preliminar como no mérito, e julga Procedente o lançamento de ofício de fl. 02, para condenar os sujeitos passivos ao cumprimento do crédito tributário.

Fundamenta sua decisão aduzindo que o pedido de nulidade do procedimento por erro na identificação do sujeito passivo, arguido pelo representante legal da empresa [...], considerada como solidária, não procede, uma vez que a referida solidariedade encontra amparo no artigo 45, inciso XIII, da Lei 11.651/91. Por outro lado, a análise da peça defensiva apresentada pelo sujeito passivo direto - [...], no processo nº 3008669626440, matéria idêntica a dos presentes autos, revela que seus argumentos são desprovidos de qualquer relevância capaz de afastar as irregularidades denunciadas no Auto de Infração. Assim, à guisa de elementos capazes de infirmar a acusação fiscal, e estando o lançamento tributário, sob o aspecto formal e material, respaldado na Legislação Tributária Estadual, havendo a fiscalização descrito com clareza a infração praticada pela autuada, sendo assim, o julgador não acolhe a nulidade bem como a exclusão do solidário da lide arguida pela defesa.

O Julgador singular prola a Sentença nº 6574/05 - COJP de fls. 116/117, conhecendo da impugnação, negando-lhe provimento, tanto em preliminar como no mérito, e julga Procedente o lançamento de ofício de fl. 02, para condenar o sujeito passivo direto, bem como o solidário, ao cumprimento do crédito tributário.

Fundamenta sua decisão aduzindo que sob o aspecto formal e material, o auto de infração está respaldado pela legislação tributária, que exigiu o crédito tributário.

O Julgador Singular prola a Sentença nº 5820/08 - COJP de fls. 143/145, e decide, em preliminar, manter o sujeito passivo solidário na lide em face de que a solidariedade encontra amparo no artigo 45, inciso XIII da Lei 11.651/91. No Mérito o ilícito fiscal está plenamente identificado no processo e o auto de infração encontra respaldo formal e material na legislação tributária, conhece da impugnação, mas nega provimento para decidir pela Procedência da pretensão fiscal.

O sujeito passivo e o solidário foram intimados da Decisão Singular, conforme documentos de fls. 80/82. Foram novamente intimados, conforme fls. 123/127 e posteriormente foram intimados para pagar a quantia exigida ou apresentar Recurso Voluntário, conforme documento de fls. 146/147, bem como o sujeito passivo direto foi intimado às fls. 155/156.

O sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário de fls. 84/88, onde aduz, em preliminar, pela tempestividade do recurso, haja vista, haver preparado o referido recurso, devendo ressaltar que por ocasião do operador da Caixa operacionalizar o depósito, o mesmo somente lançou o nº do processo e omitiu os demais dados do sujeito passivo, motivo pelo qual requer que seja retificado. Ademais, os dados que embasam lançamento do crédito tributário, reportam tão somente da análise dos documentos fiscais nºs 871827 e 871831, confeccionados em nome do produtor [...], sendo que as mercadorias são originárias do estabelecimento de [...]. Quanto ao mérito, afirma que a sentença deve ser reformada, sendo que os laudos de classificação são obrigação acessória para aquele tipo de comercialização e obtenção de benefício e que foi satisfeita integralmente a pendência e o solidário em nada contribuiu para elaboração dos documentos, onde o mesmo compareceu em todos os atos. Além do mais, houve um equívoco das Autoridades Fiscais, pois todos os documentos utilizados estão em nome do Recorrente como as notas fiscais de retorno da mercadoria recebida para beneficiamento, laudos de classificação do algodão inscrita no romaneio e credenciamento no PROALGO atualizado, assim não foi descumprida a legislação para levar prejuízo ao erário. Cita o Acórdão nº 04096/02 do CONP, bem como o Acórdão nº 04180/02 (fl. 87). Por fim, requer que seja recebido o presente recurso para o reexame e a adequação da sentença e impondo a sua reforma total por estar de encontro às provas carreadas e, sobretudo, ao direito do autuado.

O sujeito passivo solidário interpõe Recurso Voluntário de fls. 101/106, aduzindo, em preliminar, nulidade da sentença, para que seja reformada a decisão que lhe foi desfavorável. Ainda em sede de preliminar, alega nulidade por erro de

identificação do sujeito passivo solidário, uma vez que o mesmo não concorreu para a prática de infração à legislação tributária, como quis o julgador ao citar o artigo 45, inciso XIII, da Lei 11.651/91, tendo em vista que toda a ilação fiscal prende-se a documentos de controle, cuja emissão não é de responsabilidade do Recorrente, sendo que o transportador só pode ser chamado para cumprir com obrigação tributária de outrem, seja por solidariedade, seja por responsabilidade, conforme o artigo 45, inciso I, alíneas "a" e "b" e 46, inciso I do Código Tributário Estadual. Ademais, alega insegurança na determinação da infração, sendo que as Notas Fiscais apreendidas pela Autoridade Fiscal e juntadas ao processo foram extravaiadas pela AGENFA de Indiará a pedido do produtor rural Sr. [...], onde cabia a este juntar os documentos fiscais, os romaneios de Classificação do algodão, capaz de comprovar a sua qualidade e conseqüentemente, o percentual do crédito outorgado a que faria jus. Afirma que a solidariedade só poderia acontecer entre o produtor remetente e o que eventualmente fornecera documento seu para convalidar o pagamento a menor do imposto e nunca entre este e a empresa transportadora, que não forneceu quaisquer dados ao Fisco. Por fim, requer que o presente recurso seja acolhido, mediante prova do depósito previsto no artigo 9ª-A da Lei 13.882/01 e protesta pela juntada de documento que comprove seu faturamento, e posteriormente, seja declarada a nulidade do feito por erro da identificação do sujeito passivo e/ou insegurança na determinação da infração, e que no mérito, seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Anexou aos autos cópia do Livro Diário para efeito de comprovação de seu faturamento relativo ao Exercício de 2004 (fls. 111/112).

O sujeito passivo solidário retorna ao processo às fls.129/133 apresentando Recurso, alegando que ao julgador cabe observação ao estrito cumprimento da lei e que o Recorrente não pode ser acusado de algo que não cometeu, razão pela qual deve ser excluído da lide, haja vista não ser sujeito passivo para figurar nesta modalidade de ilícito, cabendo-lhe apenas o recebimento carga e os documentos pertinentes. Alega que pessoa solidária é aquela determinada por lei, art. 45, XIII da Lei 11.651/91, ou que tenha interesse comum na constituição do fator gerador, assim só poderia ser considerada solidária a pessoa que em nome da qual, foram extraídos as notas fiscais e os romaneios. Alega que houve erro na identificação do sujeito passivo motivo pelo qual o auto de infração está maculado e a exigibilidade do tributo afronta os princípios da legislação tributária. Por fim, requer a nulidade Ab Initio por erro na identificação do solidário e a improcedência do auto de infração.

O sujeito passivo solidário às fls. 149/152 interpõe Recurso Voluntário, reiterando os argumentos da impugnação e acrescenta que não concorreu para prática de ilícito em atentado a legislação tributária, como quis imputar o Julgador quando capitulou o artigo 45, inciso XIII da Lei 11.651/91. Em seu favor discorre a leitura quanto a ser solidário no artigo 124, inciso I e II do Código Tributário Nacional, bem como os artigos 45, inciso I, alíneas "a" e "b" e 46, inciso I do Código Tributário Estadual. A recorrente apenas recebeu mercadoria para transportar acobertada por nota fiscal. Por fim, requer a nulidade Ab Initio por erro de identificação do sujeito passivo solidário e posteriormente a improcedência do auto de infração.

O sujeito passivo direto acosta cópia da Procuração (fl. 89), cópia do depósito (fl. 90) e cópia de Notas Fiscais Avulsas (fls. 91/100).

O sujeito passivo solidário acosta cópia do depósito (fl. 107).

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por meio da Resolução n° 092/2011 de fl. 154, em sessão realizada no dia 18/05/2011, acatando proposição do conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência e encaminhar os autos à Gerência de Controle Processual, para que intime o sujeito passivo principal em nome de seu procurador constante às fls. 89.

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por meio do Acórdão n° 1532 de fls. 113/115, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da sentença singular, argüida pelo Conselheiro Relator, por cerceamento do direito de defesa, devendo retornar o processo à Primeira Instância para intimação do sujeito passivo solidário.

A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, através do Acórdão n° 1312/2006 de fls. 136/138, e decidiu, por unanimidade de votos, o processo foi julgado parcialmente nulo a partir da fls. 116, por cerceamento ao direito de defesa.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por meio do Acórdão n° 1870/2011 de fls. 159/162, decidiu, por maioria de votos, acolher o pedido de exclusão da lide do sujeito passivo solidário [...]. 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.

A Fazenda Pública Estadual foi intimada para interpor Recurso ao Conselho Pleno, conforme se vê à fl. 163. O sujeito passivo foi intimado para pagar a quantia exigida ou apresentar Recurso ao Conselho Pleno, conforme documento de fl. 167, bem como o solidário foi intimado para apresentar Contradita ao Recurso formulado pelo Representante Fazendário, conforme à fl. 168.

A Fazenda Pública Estadual, na pessoa do Representante Fazendário, interpõe Recurso ao Conselho Pleno de fls. 164/165, aduzindo que a decisão cameral exarada no Acórdão n° 1870/2011, deve ser reformada, uma vez que é notoriamente contrária a disposição expressa das legislações tributárias, estadual e federal, por ofensa literal ao disposto no artigo 45, inciso I, alínea "a", da Lei 11.651/91 e o artigo 124, do Código Tributário Nacional. Ademais, em conformidade com o documento de fl. 04, resta claro que [...], como sendo a empresa que transporta a mercadoria descrita na peça exordial, deve ser mantida como solidária, nos termos do artigo 45, inciso I, alínea "a", do Código Tributário Estadual.

O sujeito passivo solidário apresenta Contradita ao Recurso Fazendário de fls. 171/174, onde aduz que o acórdão cameral deve ser mantido, afirmando

que não é sujeito passivo para esta modalidade de ilícito, sendo que os procedimentos necessários para a operação foram efetuados por outrem, fora de seu estabelecimento, não lhe cabendo outra obrigação senão receber os documentos fiscais pertinentes e a carga respectiva. Além do mais, não se pode falar que a [...] concorreu para a prática de infração à legislação tributária, pois não se enquadra no estabelecido no artigo 45, inciso XIII, da Lei 11.651/91, como sugerido pelo Representante Fazendário. Assegura que a solidariedade não pode ser presumida, pois decorre de lei, e o transportador só é responsável pelo pagamento de imposto, caso transporte mercadorias sem documento fiscal ou desacompanhada de documento de controle do qual seja responsável pela emissão, segundo os artigos 45, inciso I, alíneas "a" e "b" e 46, inciso I, alíneas "a", "b" e "c", do Código Tributário Estadual, sendo que apenas poderia ser considerado solidária a pessoa em nome da qual a Nota Fiscal e os romaneios foram extraídos, mas não o transportador que recebeu as mercadorias para transportar, acobertadas por Notas Fiscais regularmente emitidas. Por fim, requer que seja mantida a nulidade ab initio por erro na identificação do sujeito passivo solidário, ou caso entendem de forma diversa, que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração.

Relatados os autos, passo a decidir.

DECISÃO

Não obstante o argumento do douto representante da Fazenda Pública Estadual-FPE de que a empresa [...] deve ser mantida na condição de solidária por força do disposto no art. 45, inciso I, alínea "a", do CTE e do 124 do Código Tributário Nacional – CTN, entendo que razão assiste ao citado coobrigado quando arguiu sua exclusão do polo passivo da lide em sede de julgamento cameral.

De fato, como pode a transportadora ser mantida na condição de coobrigada se o fisco nada traz aos autos que comprove o nexo causal relativo à infração estampada na basilar?. Onde estão as provas de que tal empresa tenha agido com dolo, má fé, simulação, fraude ou ainda desrespeito à lei, estatuto social ou demais quejandos? Procurei em vão e não as encontrei. Sou forçado a constatar é que a FPE a quer na condição solidária, em virtude de excesso de zelo ou para cumprir com sua missão institucional, o que não se coaduna com o Princípio da Verdade Material, instituto agasalhado por esta Excelsa Corte. Tal qual o douto Conselheiro Relator José Luiz Rosa, considero que não cabe à transportadora verificar a idoneidade das notas fiscais que foram classificadas como inidôneas (romaneio), inclusive aquelas emitidas pelo fisco.

Assim, sem nada que possa justificar sua manutenção no polo passivo, nem por mera presunção, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que excluiu da lide o solidário [...].

Sala das sessões plenárias, em 22 de maio de 2012.

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

Matéria: SUBFATURAMENTO - Notas fiscais emitidas com valores inferiores aos de mercado (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01887/12

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Principal. Omissão de recolhimento em virtude de subfaturamento constatado pela apreensão de catálogo de preço e notas fiscais apreendidas. Decisão. Improcedência unânime.

Estando nos autos definido que o Estado de Goiás não é sujeito ativo da presente relação tributária, deve-se improceder o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de maio de 2012, 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 Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o ICMS não pago em decorrência de ter emitido nota fiscal para acobertar a venda de mercadoria com valor da base de cálculo notoriamente inferior ao valor efetivamente praticado no mercado - subfaturado.

Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 10.691,35, mais as cominações legais

São indicados como infringidos os arts. 15, I, e 64, da Lei n.º 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual - CTE.

Foi proposta a penalidade prevista no art. 71, XII, "a", 4, com § 9º, I, do CTE, com redação da Lei n.º 15.505/05.

O adquirente, [...] é indicado como solidário por ter concorrido para a prática da infração, nos termos do art. 45, XIII, do CTE.

São trazidos aos autos os seguintes documentos: Identificação do sujeito passivo coobrigado de fls.04; comparativo de preços de fls.05/06; Extrato e Termo de Apreensão de fls.07/08; cópia de notas fiscais de fls.10/11; Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas de fls.12; cópia de documentos pessoais de fls.13/14; Termo de Liberação e Doação Homologado de fls.15; catálogo de preços elaborado pelo fabricante utilizado pelo Fisco para contrapor o preço praticado pelo

sujeito passivo de fls.16/96; extrato da base de consulta por auto de fls.97/98; Sintegra/ICMS de fls.99.

Autuada e solidário foram intimados em 08/04/2008 às fls.101/104, a pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação à Primeira Instância.

As Impugnantes às fls.105/112 e 152/162 alegam, preliminarmente, que, como não foi indicado o fundamento legal da sua indicação como solidário, imagina que poderia ter sido o inciso II do art. 45 do CTE, mas não há o interesse comum entre comprador e vendedor e nem se encontrava na posse da mercadoria no momento da apreensão, portanto, não há solidariedade.

Alega que não elaborou o catálogo e nem emitiu as notas fiscais, ou seja, não tem nenhuma responsabilidade sobre os atos da vendedora.

No mérito, alegam que os preços do catálogo são meramente sugestivos e normalmente elevados para evitar que a concorrência conheça o real preço praticado pela empresa; que os preços das notas fiscais anexas, de outras operações praticadas pela remetente, revelam o preço efetivamente praticado pela Impugnante e que eles são similares aos consignados nas notas fiscais autuadas; que os preços praticados nessas notas são compatíveis com os de mercado; e que não havia razões para o Fisco arbitrar a base de cálculo das operações autuadas, já que não foi comprovado o subfaturamento.

Alega ainda que é confiscatória a multa proposta.

Pedem a improcedência do lançamento.

A autuada traz junto com a peça impugnatória, os seguintes documentos: Procuração de fls.114; cópia da intimação e do auto de infração de fls; 116/118; cópia de notas fiscais de fls.120/122; cópia de boleto bancário de fls.124/126; cópia de notas fiscais de fls.129/134; cópia de documentos pessoais de fls.136/137; cópia da primeira alteração contratual de fls.139/149.

Já a solidária juntou aos autos os seguintes documentos: cópia do auto de infração e da intimação de fls.163/164; cópia do Termo de apreensão de fls.165; cópia de notas fiscais de fls.166; cópia do comprovante de pagamento de boleto bancário de fls.167/171; cópia de notas fiscais de fls.172/178; cópia do contrato social de fls.179/181; cópia do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica de fls.182.

O julgador singular, via Despacho nº 656/09, de fls.185, encaminhou os autos à Delegacia Fiscal de Goiânia para que seu titular determine a realização de diligência com o propósito de verificar quais são os preços correntes no mercado goiano das peças consignadas nas notas fiscais de fls.10/11.

Em resposta, foi elaborado o Relatório Diligencial de fls.186/187, por meio do qual a autoridade fiscal revisora inicialmente selecionou 03 (três) empresas do seguimento automotivo de caminhões, assim como outras empresas na tentativa

de ampliar a base de pesquisa cujo resultado das pesquisas encontram-se anexas aos autos às fls.188/215.

Autuada e solidária foram intimadas em 27 e 30/10/2009, às fls.217/220, para manifestar sobre o resultado da revisão fiscal de fls.186/215.

Intimados do resultado da pesquisa, os Impugnantes se manifestam às fls.223/227, alegando que a empresa autuada é de Santa Catarina e a pesquisa foi feita em Goiás e, portanto, é evidente que deve ocorrer diferença de preços.

Mesmo assim, verifica-se a similaridade de preços e, também, que nenhuma das empresas pesquisada utiliza os preços do catálogo.

Há até produto em que o preço da Impugnante é superior ao do mercado goiano.

Tendo em vista que os valores praticados nas notas fiscais autuadas correspondem de 25% a 30% dos valores pesquisados no mercado goiano, o que representa margens de 300% a 400% de lucro, incompatíveis com o mercado, requisitei que fosse feita a apuração da base de cálculo do imposto devido com base na pesquisa de mercado.

O julgador singular, via Despacho nº 003/2010, às fls.230, tendo em vista que a pesquisa de preço revela que a mercadoria foi lançada na nota fiscal por 25 a 30% do seu valor no mercado goiano o que representa margens de lucro bruto de 300 a 400%, incompatíveis com a realidade do mercado, encaminhou os autos à Delegacia Fiscal de Itumbiara, para que seu titular determine a realização de diligência com o propósito de revisar a determinação da base de cálculo do imposto exigido, com base nos argumentos expostos.

Em resposta, o Fisco apresenta a planilha de fls. 232/233, reduzindo a base de cálculo do lançamento original para R\$ 25.098,32 (vinte e cinco mil, noventa e oito reais e trinta e dois centavos).

Intimados do resultado da nova diligência em 26/03/10 e 31/03/10, às fls.236/239, os Impugnantes se manifestam às fls.240/244, alegando que para ser comprovado o subfaturamento é necessário demonstrar que o valor efetivamente pago é superior ao consignado na nota fiscal e que o catálogo de preços não é suficiente para esse fim.

Reiteram suas alegações anteriores e pedem a improcedência do lançamento.

O julgador singular prola a sentença de nº 4483/2010 de fls.249/252, e decide pela Procedência em Parte da pretensão do fisco.

Fundamenta sua decisão, que nos argumentos de mérito, deve-se abandonar o referencial inicialmente estabelecido - o catálogo -, pois foi elaborada uma pesquisa de mercado na qual se verificou margens de lucro da ordem de

300% a 400% mesmo comparando-se os menores preços praticados no mercado goiano.

Dessa forma, o subfaturamento ficou comprovado em relação ao valor de mercado, como os Impugnantes argumentaram que deveria ser a comparação dos preços.

As notas fiscais trazidas aos autos são de emissão da própria Impugnante que podem padecer do mesmo mal, portanto, constituem-se provas produzidas pela parte em seu favor e não são capazes de convencer que não houve o subfaturamento.

Portanto, revelando ser apenas a terça ou quarta parte do preço de mercado, os valores consignados nas notas fiscais ensejaram a busca do real valor da operação, cuja solução se deu pelas diligências realizadas no processo para apurar o preço das operações.

A multa aplicada é a prevista no art. 71 do CTE, cuja correção monetária é calculada nos termos dos artigos 63, § 4º, 167, 168 e 170, do mesmo código.

Assim, a lei vincula a administração tributária a promover a aplicação da multa e a efetuar a correção monetária do seu valor, em função do distanciamento da data do pagamento desde a data de vencimento.

Não se verifica erro de aplicação da multa, ou mesmo da atualização do seu valor no tempo.

Contestar a multa, então, não é impugnar o auto de infração, mas a norma genérica, a lei em si, e, nesse sentido, conforme prevê o art. 6º, § 4º, da Lei n.º 16.469/09, não pode haver decisão deste órgão que implique apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.

Assim, não apreciará as alegações que impliquem em análise de inconstitucionalidade.

Dessa forma, decidiu pela manutenção da exigência fiscal porque o lançamento cumpriu os requisitos do art. 160 do CTE e não houve argumento capaz de refutá-lo.

Entretanto, alterou seu valor para o apurado nas planilhas de fls. 232/233, cuja base de cálculo do lançamento original foi reduzida para R\$ 25.098,32 (vinte e cinco mil, noventa e oito reais e trinta e dois centavos).

A autuada e solidária foram intimadas em 07 e 06/12/2010, para pagar a quantia exigida, ou em caso de discordância, apresentar recurso Voluntário à Segunda Instância.

Os defendentes interpõe recurso voluntário, às fls.261/272, requer a improcedência do auto de infração, ou seja, excluída a multa aplicada, ou na pior das hipóteses, seja a multa aplicada sobre a base de cálculo fixada na sentença.

Argumenta que os preços constantes das notas fiscais que deram ensejo a autuação, foram preços efetivamente praticados e exigidos pela contribuinte na operação de compra e venda efetuada com a empresa [...], autuada de forma solidária; alega, que a contribuinte anexou a sua impugnação, a segunda via do boleto bancário emitido para o pagamento da compra e venda efetuada com a [...], o qual comprova de forma cabal que os valores constantes das notas fiscais nº 80.604 e 80.603, foram aqueles efetivamente praticados e cobrados na operação; que a Lei Complementar nº 87/96, estabelece em seu art.13 que a base de cálculo nas operações relativas à circulação de mercadorias, é o valor da operação, no mesmo sentido dispõe o art. 15, Lei 11.651/91 do CTE; alega, ainda, que a base de cálculo do ICMS deve ser o valor da operação, independente desse valor ser inferior ao valor fixado em catálogos ou ao valor praticado em outros Estados da Federação, pois o contribuinte tem a liberdade para praticar o preço que achar mais conveniente para o negócio.

De onde se conclui que o valor pago na operação deve estar de acordo com o valor da base de cálculo que serviu de base para o recolhimento do imposto.

Enfim, não restam dúvidas de que não existe qualquer valor devido a título de ICMS, uma vez que a autoridade fiscal não apresentou prova inequívoca da existência de subfaturamento, baseando a presente autuação em presunções, razão pela qual deve integralmente ser cancelado o auto de infração; que o procedimento utilizado pelo fisco, nos moldes do art. 148, § 3º, XXI, do CTE, desrespeita o princípio da verdade material.

Afinal, todas as informações comprobatórias de que o valor da operação constantes das Notas Fiscais nº 60.804 e 60.803, foram os valores efetivamente praticados e cobrados pela contribuinte da empresa destinatária das mercadorias, por tal motivo entende que esses valores não podem ser simplesmente desconsiderados; que a presunção, devido às suas graves consequências, somente pode ser utilizada em casos excepcionais, sem generalizações; que os documentos juntados demonstram a completa fragilidade do auto de infração, uma vez que inexistem nos autos prova cabal da ocorrência do suposto subfaturamento; que mera suposições do Fisco Estadual não podem dar origem à obrigação de pagar tributo; acrescenta, que os vários documentos trazidos pela Recorrente quando de sua impugnação, demonstrando a compatibilidade entre o valor da Nota Fiscal e o valor da operação realizada, derrubam totalmente a presunção da Autoridade Fiscal.

Argumenta, ainda, que a multa aplicada contraria os artigos 150, IV; 5º, XXII, e 170, da Carta Política; que o quantum relativo à multa deve ser proporcional ao valor do tributo, de modo que não permita ao Estado, no exercício do poder de tributar, destruir o patrimônio do contribuinte; que torna-se inconcebível concordar com a imposição da multa nos patamares exigidos pelo Fisco, eis que desproporcional à infração cometida.

Alfim, pedem a improcedência do auto de infração, ou seja, excluída a multa aplicada, ou na pior das hipóteses, seja a multa aplicada sobre a base de cálculo fixada na sentença.

É o relatório.

DECISÃO

Analisando o histórico do auto de infração, verifico que a acusação estampada na basilar imputa ao sujeito passivo a prática de subfaturamento de vendas, ou seja, a emissão de notas fiscais para acobertar a saída de mercadorias com valor da base de cálculo notoriamente inferior aos valores efetivamente praticados no mercado. Tais mercadorias foram adquiridas pelo estabelecimento goiano em outra unidade da federação e, segundo o fisco, a prática ilícita foi corroborada por meio da apreensão do catálogos de preços do fabricante de produtos, conforme o Termo de Apreensão de fls.08 destes autos, e as cópias das notas fiscais emitidas para a empresa goiana anexadas aos autos.

À vista desses documentos concluí que o sujeito ativo da operação é o Estado de Santa Catarina, detentor da origem dos produtos e não o Estado de Goiás.

Quanto ao mérito, havendo subfaturamento e conseqüente omissão de pagamento de imposto, o prejudicado é o Estado de origem, ou seja, Santa Catarina, e não o Estado de Goiás como nos quer fazer crer o fisco. Nos termos do artigo 102 do Código Tributário Nacional – CTN, a vigência da legislação se dá no tempo e no espaço em cada unidade da federação, e por isso não podem uns se beneficiarem em detrimento de outros, transcrevo-o abaixo, *verbis*:

“Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.”

E por último, mas não menos importante, tal qual o filósofo grego Diógenes, que munido de lanterna, passou sua vida procurando por apenas um homem honesto em toda a Grécia e não o encontrou, em vão procurei o fato gerador da operação em relação ao nosso Estado e tampouco o encontrei, ainda que tivesse feito o uso de faróis de milha, senão vejamos o art.13 do Código Tributário Estadual, o qual transcrevo abaixo, *verbis*:

“Art. 13. Ocorre o fato gerador do imposto, no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo contribuinte;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

III - da entrada, no território goiano, de mercadoria ou bem oriundos de outro Estado, adquiridos por contribuinte do imposto, destinados ao seu uso, consumo final ou à integração ao seu ativo imobilizado;

IV - da entrada, no território goiano, decorrente de operação interestadual, dos seguintes produtos, quando não destinados à comercialização ou à industrialização:

- a) petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados;
- b) energia elétrica;

V - do desembaraço aduaneiro das mercadoria ou bem importados do exterior;

VI - da aquisição, em licitação pública, de mercadoria ou bem importados do exterior apreendidos ou abandonados;

VII - do fornecimento de mercadorias com prestação de serviços:

- a) não compreendidos na competência tributária dos municípios;
- b) compreendidos na competência tributária dos municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do ICMS;

VIII - da utilização, por contribuinte do imposto, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente;

IX - do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior;

X - do início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza;

XI - do ato final do transporte iniciado no exterior;

XII - 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.

§ 1º Nas prestações onerosas de serviços de comunicação, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou semelhantes, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao adquirente.

§ 2º Salvo quando expressamente autorizado pela legislação tributária, a mercadoria ou bem importados do exterior somente poderão ser entregues ao destinatário, pelo depositário, mediante a autorização do órgão responsável pelo seu desembaraço aduaneiro, que exigirá a devida comprovação do pagamento do ICMS incidente no ato do respectivo despacho aduaneiro.”

Pelo acima exposto, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso voluntário, dando-lhe provimento para reformar a decisão singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 27 de agosto de 2012.

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

Matéria: SUBFATURAMENTO - Notas fiscais emitidas com valores inferiores aos de mercado (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02895/12

Relator: Conselheiro Aldeci de Souza Flor

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Acusação fiscal de subfaturamento. Falta de provas. Improcedência. Decisão não unânime.

I - A base de cálculo do imposto é, nas operações relativas à circulação de mercadorias, o valor da operação (CTE, art. 15, I).

II - A desconsideração do preço declarado pelo contribuinte em seus documentos fiscais deve ser realizada mediante prova de falsidade do valor informado, mediante o confronto com o respectivo "pedido de compra", com o contrato ou outro documento que decline os preços e as condições do negócio realizado.

III - O subfaturamento deve ser comprovado mediante provas garantidoras de que o valor praticado na operação ou prestação foi superior ao valor declarado pelo contribuinte.

VI - É improcedente a exigência fiscal relativa à acusação de subfaturamento quando ausente prova da falsidade dos valores declarados pelo sujeito passivo no documento fiscal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 12 de abril de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Nivaldo Carvelo Carvalho, Aguinaldo Fernandes de Melo, Álvaro Falanque, Cláudio Henrique de Oliveira, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Allen Anderson Viana e Edson Abrão da Silva. Vencidos os Conselheiros Víctor Augusto de Faria Morato, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Washington Luis Freire de Oliveira e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, em face da decisão proferida pela Segunda Câmara Julgadora que, por maioria de votos

acolheu o pedido de exclusão da lixe dos solidários [...] e [...] e, quanto ao mérito, reformou a decisão singular e julgou improcedente o auto de infração.

Versa a atuação que o sujeito passivo “Realizou saídas de algodão em pluma e caroço de algodão, por meio das notas fiscais ns. 045/047/048/050/051/052/054/055/ 056/057/058/059/060/061/ 063/064/065/066/ 067/068/ 069/ 070/071/ 072/073/074/075/077/078/079/080 e 081, série 4, datadas de 24/04/2001 a 17/09/2001, no valor total de R\$ 12.598.377,10 subfaturando o valor agregado às mercadorias resultantes do beneficiamento de algodão em caroço. Em consequência, deverá pagar o ICMS no valor de R\$ 127.149,92 incidente sobre a diferença apurada sobre o valor de industrialização, conforme demonstrativo e documentos anexos. Industrialização apurada R\$ 1.540.123,80 (pauta SEFAZ/GO) industrialização contab. R\$ (792.183,10) sub-faturamento apurado R\$ 747.940,70 R\$ 747.940,70 x 17% = R\$ 127.149,92 (ICMS devido)”

Foram identificados como sujeitos passivos solidários [...] e [...], na condição de sócios e administradores da pessoa jurídica, nos termos do artigo 45, XII, do CTE.

A peça inicial foi instruída com demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS (fls. 12 a 18), Relatório de Serviço de Beneficiamento de Algodão em Caroço (fls. 19), cópia de páginas do livro Registro de Saídas (fls. 21 a 28) e cópias de notas fiscais (fls. 29 a 66).

O contribuinte e os solidários apresentaram impugnação em primeira instância (fls. 73 a 75, 102 a 103 e 113 a 114, respectivamente). Alegaram, em preliminar, a nulidade do auto de infração, por cerceamento ao direito de defesa, afirmando que os documentos que apresentaram para baixa da empresa foram utilizadas pela fiscalização para a lavratura deste auto de infração, não tendo sido os mesmos devolvidos aos atuados.

No mérito, pediram a improcedência do lançamento, alegando que o uso da pauta de valor dos serviços prestados pela empresa pela Secretaria da Fazenda é um ato unilateral, ilegal e inconstitucional e que fere o princípio da livre concorrência das empresas.

Afirmaram que os valores cobrados foram em decorrência de contratos de beneficiamento estabelecidos em data anterior ao efetivo beneficiamento do algodão, não ocorrendo subfaturamento algum.

A atuada junta Contratos de Prestação de Serviços Industriais (fls. 80 a 95).

O julgador singular aprecia as arguições apresentadas nas defesas, decide pela procedência do lançamento, mantendo na lixe os solidários, consoante a Sentença n° 6694/06-COJP (fls. 120 a123).

O contribuinte e os solidários, inconformados com a decisão singular, apresentam recurso voluntário (fls. 133 a 135, 148 a 150 e 157 a 159, respectivamente).

A Segunda Câmara, em decisão unânime, materializada no Acórdão n° 3446/2008 (fls. 173 a 175), acolhe a preliminar de nulidade parcial do processo, por cerceamento ao direito de defesa, arguida pelo Relator, declarando, de consequência, nulos os atos processuais praticados a partir de fls. 120, inclusive.

A decisão de nulidade parcial, segundo o acórdão, decorreu da verificação de um lapso no procedimento processual que comprometeu parcialmente a lide a partir de fls. 120, inclusive, tendo em vista que foi acostada ao feito (fls. 113 a 118) peça defensoria em que o polo passivo, embora seja a mesma deste volume, diz respeito ao Auto de Infração n° 3 0213777 101 39, o que equivale dizer que, o juízo do sentenciador “a quo” foi proferido em face a situação estranha a esta lide, pois a defesa apreciada diz respeito ao processo citado em linhas volvidas, o que torna este volume parcialmente nulo.

Recomenda que seja chamado o feito a ordem para que os procedimentos processuais, através do NUPRE, sejam retificados.

A Representação Fazendária, por meio de despacho (fls. 176), manifesta-se favorável à decisão cameral e solicita que seja retificada a falha processual mencionada no acórdão, juntando as impugnações dos solidários que se encontravam equivocadamente anexada a outro processo.

As peças impugnatórias dos solidários foram juntadas aos autos (fls. 180 a 182 e 208 a 210, respectivamente) e, apesar de apartados, ambos defendem a mesma tese: alegam em preliminar cerceamento ao direito de defesa, visando a anulação do auto de infração.

Quanto ao mérito, pedem a improcedência do lançamento, entendendo que não ocorreu o suposto subfaturamento do serviço de beneficiamento do algodão em caroço, já que os valores cobrados foram em face de contratos de beneficiamento estabelecidos anteriormente à data do efetivo beneficiamento do algodão.

O sujeito passivo solidário [...] anexa ao processo Contratos de Prestação de Serviços Industriais (fls. 185 a 201).

Sanada a falha processual, o julgador singular profere a Sentença n° 6140/08-COJP (fls. 230 a 233), na qual aprecia as arguições das defesas apresentadas, decide pela procedência do lançamento, mantendo na lide os solidários.

Inconformados com a decisão singular, o contribuinte e os solidários apresentam conjuntamente recurso voluntário (fls. 243 a 245), no qual apresentam os seguintes fundamentos:

(a) alegam que a empresa, assim, como tantas outras em nosso município, presta serviços de beneficiamento de algodão in natura para qualquer produtor rural, e cada uma tem uma forma de cobrar esses serviços;

(b) sustentam que a empresa optou por cobrar um valor fixo pela industrialização mediante contrato de prestação de serviços que se encontra nos autos. Esses contratos foram objeto de discussão na Delegacia Fiscal de Rio Verde, que deu a orientação para que fosse formalizado;

(c) afirmam que os contratos se encontram nos autos. Foram celebrados com os produtores, nos quais foi pactuado o preço que a empresa realmente recebeu pela prestação de serviços, tudo feito mediante emissão das respectivas notas fiscais e oferecido integralmente à tributação, inexistindo subfaturamento, como quer o agente fiscal e devem prevalecer como provas suficientes para afastar qualquer possibilidade de utilização de pauta mínima.

A Segunda Câmara Julgadora decidiu favoravelmente aos sujeitos passivos, conforme acórdão de fls. 252/256, do qual se extrai o seguinte trecho:

“O contribuinte trouxe ao processo Contratos de Prestação de Serviços Industriais, demonstrando que o preço do beneficiamento do algodão em pluma contratado, R\$ 0,76 (setenta e seis centavos de real) por arroba, não está notoriamente inferior ao preço fixado em pauta (fls. 79), tendo a venda do produto sido realizada conforme o preço contratado (preço de mercado) na prestação de serviço.

Note-se que a pauta editada pela Secretaria da Fazenda é apenas um parâmetro e mero indício sendo insuficiente, por si só, para provar a prática de subfaturamento, que reclama outros parâmetros, tais como notas fiscais das mesmas mercadorias ou serviços prestados pela concorrência no mesmo período, em que os valores praticados sejam bastante discrepantes.

Concluo pela improcedência do auto de infração, já que a acusação nele formalizada não está demonstrada nestes autos.”

A Representação Fazendária, inconformada com a decisão cameral, interpõe recurso ao Conselho Pleno (fls. 259/262), com os seguintes fundamentos:

(a) afirma que os preços praticados pelo sujeito passivo são notoriamente inferiores ao preço de pauta de valores editados pela Secretaria da Fazenda, o qual reflete o preço praticado no mercado;

(b) sustenta que o procedimento fiscal está amparado no que prescrevo o artigo 25, incisos I, “b”, do CTE, pois os preços são notoriamente inferiores aos praticados pelo mercado (menos de 50 %). Alega que o arbitramento realizado também está previsto no artigo 148 do CTE.

Pede, ao final, a reforma da decisão cameral para julgar procedente a peça básica e reincluir na lide os solidários na lide.

O contribuinte e os solidários apresentam contradita ao recurso da Fazenda Pública, no qual apresenta os seguintes fundamentos:

(a) alegam que a pauta estava vultosamente superior ao valor dos serviços, isto porque, na ocasião existiam 11 usinas que beneficiavam algodão em nosso município, onde cada uma cobrava pelos serviços de forma que pudessem se tornar competitivas;

(b) afirmam que pensando nisso elaborou os contratos de prestação de serviços para que pudéssemos fazer prova a nosso favor, caso algum problemas relacionado aos valores da pauta acontecesse, apesar da Delegacia de Fiscalização de Rio Verde ter acompanhado semanalmente nossas atividades, inclusive com acesso irrestrito aos respectivos contratos, nada de irregular foi constatado;

(c) informam que no livro diário constam os lançamentos contábeis de assentamento dos serviços e também dos recebimentos, e que não ocorreu subfaturamento;

(d) defendem que a pauta de valores editada pela Secretaria da Fazenda serve apenas como parâmetro e mero indício, sendo insuficiente por si só para provar a prática de subfaturamento. Defende que os contratos e demais documentos apresentados provam sem sombra de dúvidas o que de fato ocorreu;

(e) informam que os documentos ainda não haviam sido apresentados em razão da retenção dos documentos fiscais pelo agente responsável pela fiscalização.

Requerem, ao final, seja mantida a decisão cameral que julgou improcedente o auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

O sujeito passivo é acusado de realizar saídas de algodão em pluma e caroço de algodão, por meio de notas fiscais, série 4, datadas de 24/04/2001 a 17/09/2001, no valor total de R\$ 12.598.377,10, subfaturando o valor agregado às mercadorias resultantes do beneficiamento de algodão em caroço.

A fiscalização sustenta a acusação fiscal comparando o valor constante da nota fiscal com a importância informada na pauta mínima de valores elaborada pela Secretaria da Fazenda, conforme documentos de fls. 19/20.

O Fisco não realizou qualquer procedimento que possa ser caracterizado como arbitramento da base de cálculo do ICMS, conforme estabelece o artigo 25 do Código Tributário Estadual, cujo teor é o seguinte:

“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:

I - o valor ou preço das mercadorias, bens, serviços ou direitos:

a) sejam omissos;

b) declarados pelo sujeito passivo sejam notoriamente inferiores ao praticado no mercado considerado;

II - não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou terceiro legalmente obrigado.”
(destaque nosso)

Registre-se que não constam dos autos qualquer pesquisa realizada no mercado local onde estava estabelecido o sujeito passivo, a fim de comprovar que os preços praticados eram notoriamente inferiores ao praticado no mercado considerado.

Também inexistem provas de que os documentos emitidos pelo sujeito passivo não mereceriam fé.

Caso a autuação fosse decorrente da utilização de preço notoriamente inferior, a fiscalização deveria ter feito histórico nesse sentido, juntado mais provas para sustentar a acusação fiscal (o preço praticado por outras empresas do mesmo ramo) e indicado como infringindo o artigo 25, I, “b”, do CTE.

O Conselho Administrativo Tributário - CAT também já se manifestou no sentido da insubsistência do auto de infração lavrado sob a acusação de que o sujeito passivo praticou preços inferiores à pauta de valores, conforme acórdão nº 1648/08, da lavra do Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes. Vejamos:

“A simples presunção de que o sujeito passivo praticou preços muito inferiores à pauta de valores, a princípio, não é razão para arbitramento, nem desconsideração do documento fiscal, mas indício de prática de subfaturamento, que, portanto, necessitaria de uma auditoria completa no estabelecimento emitente, para, após o processo regular, caracterizar a infração tributária pretendida.”

O subfaturamento deve ser demonstrado com provas específicas a evidenciar que o valor discriminado na nota fiscal não representa o real acontecido na operação realizada, porque não é admissível no direito tributário a exigência de imposto por suposição, pois o tributo somente incide quando ficar provada de forma insofismável a ocorrência do fato gerador.

No caso, como justificativa para a presunção do subfaturamento das operações, o Fisco trouxe apenas a Pauta Mínima editada pela Secretaria da Fazenda. Tal elemento, por si só, é insuficiente para provar o subfaturamento, é apenas indício, necessitando de outros elementos, tais como recibos de

pagamento das mercadorias, pedidos, contratos, documentos fiscais de concorrentes etc.

Ressalte-se ainda que a Conclusão do Parecer n° 149/2005-GOT (fls. 93) é de que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação ou prestação (RCTE, art. 9°, I e II) que, a princípio, é o preço declarado pelo sujeito passivo, que, deve, no entanto, ser confrontado pelo funcionário emissor do documento fiscal, com o preço corrente da mercadoria ou serviço no mercado considerado, constante da pauta de valores elaborada pela Secretaria da Fazenda, devendo prevalecer aquele que representar a verdade material dos fatos, ou seja, que corresponder ao valor real da operação ou prestação.”

Conforme já mencionado, a acusação fiscal é de subfaturamento do valor da operação. Segundo o dicionário Aurélio, subfaturar é: “Emitir fatura com preço abaixo do efetivamente cobrado, para burlar o fisco ou, no caso de exportação, as normas de compra e venda de moeda estrangeira, sendo a diferença recebida à parte, sem escrituração.”

Inexiste nos autos qualquer prova de subfaturamento, simplesmente foi realizada a comparação entre o valor informado na nota fiscal e o valor constante da pauta mínima, elaborada pela Secretaria da Fazenda.

A propósito, o STJ editou a Sumula 431, 24/03/2010 - DJe 13/05/2010, no sentido da ilegalidade da cobrança do ICMS com base em pauta fiscal:

“É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.”

Registre-se que a pauta editada pela Secretaria da Fazenda é parâmetro, por si só, sem força probante para afastar o valor pactuado entre as partes em operação ou prestação normalmente realizada, sendo insuficiente, para provar a prática de subfaturamento ou preço notoriamente inferior, que reclama outros parâmetros.

O STJ diferencia com bastante clareza a situação em que se trata de arbitramento da base de cálculo do ICMS, situação permitida à fiscalização, daquela na qual o Fisco utiliza apenas como parâmetro para a exigência do imposto a comparação entre o preço constante da nota fiscal com o valor da pauta fiscal, procedimento em relação ao qual o tribunal é veemente no sentido da não aceitação: Confira-se o seguinte precedente:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ART. 148 DO CTN. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INDÍCIOS DE SUBFATURAMENTO.

1. A pauta fiscal é valor fixado prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo. Não se pode confundi-la com o arbitramento de valores previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional, que é modalidade de lançamento, regularmente prevista na legislação tributária.

2. O art. 148 do CTN deve ser invocado para a determinação da base de cálculo do tributo quando certa a ocorrência do fato imponible, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

3. Ao final do procedimento previsto no art. 148 do CTN, nada impede que a administração fazendária conclua pela veracidade dos documentos fiscais do contribuinte e adote os valores ali consignados como base de cálculo para a incidência do tributo.

4. Caso se entenda pela inidoneidade dos documentos, a autoridade fiscal irá arbitrar, com base em parâmetros fixados na legislação tributária, o valor a ser considerado para efeito de tributação.

5. No caso, havendo indícios de subfaturamento, os fiscais identificaram o sujeito passivo, colheram os documentos necessários à comprovação da suposta infração e abriram processo administrativo para apurar os fatos e determinar a base de cálculo do imposto a ser pago, liberando na seqüência as mercadorias. Não se trata, portanto, de pauta fiscal, mas de arbitramento da base de cálculo do imposto, nos termos do que autoriza o art. 148 do CTN.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.”

(RMS 26964 / GO, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, 19/08/2008, DJe 11.09.2008) (Destaque nosso)

No caso em tela, o contribuinte trouxe ao processo Contratos de Prestação de Serviços Industriais, demonstrando que o preço do beneficiamento do algodão em pluma foi contratado a R\$ 0,76 (setenta e seis centavos de real) por arroba, tendo a venda do produto sido realizada conforme o preço contratado (preço de mercado) na prestação de serviço.

Por último, cabe registrar que diversas das notas fiscais emitidas pela pessoa jurídica, o contribuinte, possuíam como destinatários os próprios sócios da pessoa jurídica, fato esse a justificar a emissão do documento fiscal pelo valor de custo da industrialização, sem implicar isso em qualquer irregularidade fiscal.

Portanto, não procede a acusação fiscal de subfaturamento, por ausência de prova material nesse sentido.

Diante do 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 04 de dezembro de 2012.

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

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Subst. Trib. Op. Posteriores.
Convênio/protocolo (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01525/12

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de recolhimento de ICMS devido por Substituição Tributária pelas Operações Posteriores. Remessas de Aparelhos celulares e SimCard. Procedência parcial. Decisão por unanimidade.

1. O industrial fabricante ou o importador, são substitutos tributários em relação à mercadoria, cuja retenção do imposto é estabelecida por Convênio ou Protocolo, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelas operações internas subsequentes, bem como pelo diferencial de alíquotas, se for o caso. (artigo 34, inciso II, alínea "a", do Anexo VIII, do RCTE);

2. Provado nos autos que o sujeito passivo omitiu em parte o recolhimento do imposto no regime da substituição tributária pelas operações posteriores, nas remessas de aparelhos celulares e SIM cards a este Estado, conforme atesta a documentação fiscal, mister se faz proceder em parte o lançamento de ofício.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 07 de julho de 2011, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer de ambos os recursos, dar-lhes provimento para reformar em parte a decisão singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS a recolher de R\$ 667.175,84 (seiscentos e sessenta e sete mil, cento e setenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), devendo ser considerado o pagamento de fls. 1824/1825, para fins de possível extinção do crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Narra o presente auto de infração que o epigrafado, na condição de Substituto Tributário, omitiu o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Goiás por Substituição Tributária por futuras operações de saídas, no montante de R\$ 3.004.669,81 (três milhões, quatro mil, seiscentos e sessenta e nove reais e oitenta e um centavos), relativo a remessa de aparelhos celulares e SimCard, constantes das Notas Fiscais relacionadas nos demonstrativos em anexo, no período de junho a dezembro de 2007. Em consequência, deve pagar o tributo acrescido das cominações legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 11, §§ I e II; 51; e 64, todos do Código Tributário Estadual, c/c artigos 32. § 1º; e 34, parágrafo único, do Decreto nº 4.852/97. Ainda, o Convênio ICMS 135/06. A penalidade proposta é a prevista no artigo 71, inciso III, alínea "a", do mesmo Código.

Foram juntados ao processo: Notificações; Demonstrativos; e, Mídia Eletrônica com a relação das Notas Fiscais, fls. 05/295.

O Demonstrativo destacou, em Nota Explicativa: *“Para efeito do cálculo do ICMS Substituição Tributária foi considerado o benefício fiscal da redução da base de cálculo para 7%, ficando mantido o crédito do imposto até o limite de 7%, para os produtos aparelhos celulares, de acordo com o inciso XIII do Art. 8º, do Decreto 4.852/97, com redação do Art. 2º do Decreto 6.551/06.”*

Informou-se que as informações que serviram de base para a realização da auditoria do ICMS – Substituição Tributária, foram extraídas dos arquivos magnéticos apresentados à SEFAZ-GO. Ainda, que foram excluídos do cálculo os produtos já autuados em outros processos.

A instauração da fase contenciosa se efetivou com a impugnação apresentada pelo autuado, onde o mesmo alega, em preliminar, violação do princípio da verdade material na fase de apuração e constituição do crédito tributário, bem como ausência de indicação do dispositivo legal para a aplicação de encargos moratórios.

Diz que o lançamento não foi precedido das devidas diligências administrativas para apuração de débitos fiscais. Que os valores não podem ser exigidos, tendo em vista que parte dos supostos débitos de ICMS refere-se a vendas realizadas diretamente a consumidores finais de aparelhos celulares e simcards, hipótese que não enseja a incidência do ICMS Substituição Tributária. E, que a parte restante já se encontra definitivamente extinta por força do seu integral pagamento, nos termos do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN.

No mérito, reitera os argumentos expendidos como preliminares, em especial o fato de que parte das remessas destinavam-se a consumidores finais, e, o restante foi devidamente recolhido. Destaca a sistemática adotada para o recolhimento do ICMS em questão. Junta aos autos as cópias das GNRE's – Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, informando que no corpo das guias são indicados os números das Notas Fiscais que foram objeto de pagamento. Junta os documentos de fls. 318/1420.

Questiona, outrossim, a multa aplicada, qualificando-a de confiscatória. Requer que a mesma seja cancelada ou ao menos reduzida ao patamar máximo de 2% (dois por cento).

Argui a nulidade do auto de infração, em razão da manifesta violação ao princípio da verdade material no procedimento de apuração dos supostos débitos de ICMS.

Pugna, ao final pela improcedência do auto de infração.

Os autos foram encaminhados em diligência à Gerência de Substituição Tributária, fls. 1421, para que auditor fiscal, à vista da documentação juntada ao feito pelo impugnante, e de demais informações que tiver acesso, proceda a revisão do lançamento, manifestando-se conclusivamente ao final sobre o montante de ICMS retenção na fonte efetivamente devido pelo contribuinte.

O resultado da diligência encontra-se consubstanciado no relatório de fls. 1426/1428, e demonstrativos de fls. 1429/1533. O agente revisor informou que excluiu as Notas Fiscais relacionadas com vendas a não contribuintes. Que promoveu a adequação referente ao diferencial de alíquotas para as remessas destinadas a consumidores contribuintes do ICMS. Diz, ainda: “Quanto à argumentação de que a defendente já efetivara o pagamento conforme documentação em anexo. Constatou-se que a ora impugnante realmente efetuou o recolhimento da maior parte do ICMS reclamado na peça inaugural do presente processo, porém o fez utilizando o CNPJ do estabelecimento localizado em Goiânia, Goiás (01.685.903/0006-20) e não o do estabelecimento remetente (01.685.903/0049-60), o que entendemos ter sido o motivo que causou a não identificação pela autoridade lançadora dos recolhimentos efetuados.”

Define, ao final, como valor remanescente a importância de R\$ 728.923,20 (setecentos e vinte e oito mil, novecentos e vinte e três reais e vinte centavos).

Frente ao resultado da diligência, o autuado apresenta manifestação, fls. 1647/1650, não concordando com os valores relacionados com o diferencial de alíquotas. Aduz: “a autoridade fiscal responsável pela diligência extrapolou os limites de sua competência, pois em vez de simplesmente proceder à revisão do lançamento no que toca ao ICMS – ST originariamente autuado, efetuou novo lançamento fiscal com a constituição de débito de ICMS de natureza totalmente distinta.”

Quanto ao valor remanescente relacionado com a Substituição Tributária, também não concorda, alegando que parcela dos recolhimentos que realizou deixou de ser levada em consideração pela autoridade fiscal. Destaca, a título exemplificativo, valores apurados como não pagos, e que já foram integralmente recolhidos.

Requer a realização de nova diligência, para que seja verificados todos os pagamentos efetivamente realizados.

O julgador singular conheceu da impugnação e deu-lhe provimento parcial, a fim de julgar procedente em parte a pretensão fiscal, no valor de R\$ 712.365,95 (setecentos e doze mil, trezentos e sessenta e cinco reais e noventa e cinco centavos), conforme consta da Sentença nº 1.584/09 - JUIP, fls. 1652/1655. Concorde, outrossim, com os argumentos do sujeito passivo relacionados com o diferencial de alíquota, razão pela qual excluiu o referido valor.

A Representação Fazendária se manifestou contrária à exclusão do valor de R\$ 15.996,51 (quinze mil, novecentos e noventa e seis reais e cinquenta e um centavos), referente ao diferencial de alíquotas, fls. 1656/1658, razão pela qual pede a reforma da decisão singular, e, por consequência, a procedência parcial no valor de R\$ 728.362,46 (setecentos e vinte e oito mil, trezentos e sessenta e dois reais e quarenta e seis centavos). Respaludou-se, para tanto, no dispositivo do artigo 32, do Anexo VIII, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE.

Inconformado, o autuado apresenta Recurso Voluntário, fls. 1662/1667, no qual reitera que entre os valores apurados como não pagos, constam os débitos de ICMS – ST relativos a várias Notas Fiscais cujos pagamentos ocorreram integralmente. Indica os números das Notas Fiscais.

Apresenta, outrossim, Contradita ao Recurso Fazendário, fls. 1670/1677, alegando que diante da impossibilidade de alteração do auto de infração em questão, para que sejam exigidos os débitos de ICMS diferencial de alíquotas, tais valores somente poderão ser exigidos mediante a lavratura de um novo auto de infração, razão pela qual pugna para que seja negado provimento ao Recurso da Fazenda Pública. Junta documentos.

Posteriormente, o autuado promove a juntada do Memorial de fls. 1695/1701, contendo demonstrativo de apuração do ICMS – Substituição Tributária. Anexa, também, planilhas e as cópias das GNRE's de fls. 1702/1816.

O julgamento é convertido em diligência, fls. 1818, para que agente do Fisco promova nova análise dos documentos apresentados pelo sujeito passivo, haja vista que o mesmo informa que parte do valor que remanesceu na revisão anterior, também foi pago, conforme comprova os documentos juntados.

O sujeito passivo informa às fls. 1820/1821, que promoveu o recolhimento de parte do imposto na importância original de R\$ 657.484,77 (seiscentos e cinquenta e sete mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e setenta e sete centavos), conforme comprova pelo DARE de fls. 1824, nos termos da Lei nº 17.252/2011.

O agente revisor, após juntar as planilhas de fls. 1826/1898, destaca: *“Após análise dos documentos apresentados pela recorrente às fls. 1695/1816, excluídos os recolhimentos apresentados, efetuamos o cálculo do imposto devido remanescente, o qual somou a importância de R\$ 651.179,33, referente à omissão do ICMS – ST, bem como a exigência do ICMS – ST Diferencial de Alíquotas, que somou a importância de R\$ 15.996,51, conforme planilhas anexas.”*

Continua: *“Esclarecemos que o montante do crédito a ser exigido, referente ao somatório das duas planilhas é de R\$ 667.175,84. Entretanto, durante a fase de execução desta Diligência, a autuada efetuou um pagamento parcial do auto de Infração, no valor de R\$ 657.484,77, aproveitando-se dos benefícios da Lei 17.252/2011, conforme consta às fls. 1820 a 1825 e Relatório SARE – Histórico dos pagamentos, em anexo.”*

Instado a se manifestar a respeito da revisão realizada, o sujeito passivo reitera o posicionamento já apresentado, relativamente ao valor de R\$ 15.996,51 (quinze mil, novecentos e noventa e seis reais e cinquenta e um centavos), relacionado com o ICMS Diferencial de Alíquotas, alegando que a autoridade revisora extrapolou os limites de sua competência, pois em vez de simplesmente proceder à revisão do lançamento no tocante ao ICMS – ST originariamente autuado, efetuou novo lançamento fiscal com a constituição de débito de ICMS de natureza totalmente distinta.

Conclui, portanto, que eventual diferença entre o valor já recolhido nos termos da Lei nº 17.252/2011, e o constante da revisão não procede.

Este é o relatório.

DECISÃO

Não havendo preliminares a serem examinadas, estando presentes os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

Assim, considerando as revisões realizadas no bojo do processo, que acataram todos os documentos apresentados pelo sujeito passivo relacionados com o efetivo pagamento do imposto cobrado, demonstrando, outrossim, que remanesce pendente de pagamento o valor total de R\$ 667.175,84 (seiscentos e sessenta e sete mil, cento e setenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), oriundos das planilhas revisoras que identificaram como ICMS – ST remanescente o valor de R\$ 651.179,33 (seiscentos e cinquenta e um mil, cento e setenta e nove reais e trinta e três centavos), e ICMS Diferencial de Alíquotas a importância de R\$ 15.996,51 (quinze mil, novecentos e noventa e seis reais e cinquenta e um centavos), entendo que o ICMS acima identificado deve ser considerado como não recolhido pelo sujeito passivo, anteriormente ao lançamento.

Ressalte-se, por oportuno, que o sujeito passivo promoveu o recolhimento da importância de R\$ 657.484,77 (seiscentos e cinquenta e sete mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e setenta e sete centavos), durante a tramitação dos procedimentos revisionais, aproveitando-se dos benefícios da Lei nº 17.252/2011.

É importante ressaltar que a linha defensoria seguida pelo polo passivo teve, inicialmente, a clara intenção de se eximir do recolhimento do imposto remanescente, alegando que o mesmo já havia sido recolhido, refluindo de tal posicionamento ao não conseguir provar tal alegação, promovendo, ato contínuo, o seu recolhimento parcial, conforme destacado no parágrafo anterior.

Indubitavelmente, verifico que no trabalho revisional, todos os documentos que atestam o pagamento do imposto devido e guardam relação com a presente autuação, foram considerados. Em suma, o valor remanescente foi devidamente calculado, abatendo-se todos os créditos a que a empresa autuada tinha direito, logo, sem nenhuma prova de que houve erro nessa nova base de cálculo, não há como invalidar a pretensão do fisco no caso ora em tela.

A cobrança do ICMS – Substituição Tributária relacionada com as mercadorias constantes das Notas Fiscais – aparelhos celulares e SimCard, respalda-se no Convênio ICMS 135/2006 que, em sua Cláusula Primeira, autorizou vários Estados, incluindo-se Goiás a, nas operações interestaduais com aparelhos celulares e cartões inteligentes (Smart Cards e SimCard), a atribuírem ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos termos e condições estabelecidos no referido Convênio, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subseqüentes saídas.

O Convênio 135/2006 foi expressamente ratificado pelo Estado de Goiás mediante o Decreto nº 6.634, de 11 de junho de 2007.

Relativamente ao inconformismo do sujeito passivo quanto ao valor de R\$ 15.996,51 (quinze mil, novecentos e noventa e seis reais e cinquenta e um centavos), alegando que na exordial não consta que a exigência tributária se referia também a Diferencial de Alíquotas, não há como ser acolhido, haja vista que a própria legislação que disciplina o regime da Substituição Tributária pelas Operações Posteriores, prevê a sua aplicação inclusive em relação ao Diferencial de Alíquotas, nos termos do artigo 32, do Anexo VIII, do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE, a seguir transcrito:

“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, artigo 51)”

Com as razões acima delineadas, entendo que a falta de menção, na exordial, de que a exigência tributária também se referia ao Diferencial de alíquotas, não é motivo para excluir referido valor do lançamento, razão pela qual dou provimento ao pedido da Fazenda Pública, reformando, por consequência, a decisão singular em relação ao valor de R\$ 15.996,51 (quinze mil, novecentos e noventa e seis reais e cinquenta e um centavos), integrando-o, novamente, ao montante já definido em linhas pretéritas, e contido na revisão.

Os valores, por períodos, constantes da revisão de fls. 1826/1900, são:

Junho.2007	R\$ 221.590,86
Julho.2007	R\$ 7.686,75
Agosto.2007	R\$ 34.965,96
Setembro.2007	R\$ 56.744,22
Outubro.2007	R\$ 79.861,87
Novembro.2007	R\$ 208.386,63

Dezembro.2007

R\$ 57.939,55

Total

R\$ 667.175,84

Em face do exposto, no mérito, voto, em consenso unânime, conhecendo do Recurso Voluntário e do Recurso Ex-Offício, dando-lhes provimento, para reformar em parte a decisão singular, e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 667.175,84 (seiscentos e sessenta e sete mil, cento e setenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), conforme revisão realizada e valores destacados nos meses acima referenciados, devendo, ainda, ser considerado o pagamento constante às fls. 1824/1825, para fins de possível extinção do crédito tributário.

Sala das sessões plenárias, em 05 de julho de 2012.

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

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Subst. Trib. Op. Posteriors. Remessa interestadual de mercadoria em consignação (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01570/12

Relator: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: PROCESSUAL. NULIDADE POR CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA E INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE POR FALHA EM INTIMAÇÃO EM INSTÂNCIA SINGULAR. REJEITADAS. ARGUIÇÃO DE EXCLUSÃO DE SOLIDÁRIO. REJEITADA. ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REMESSA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS EM CONSIGNAÇÃO. CONJUGAÇÃO DE AMBOS OS INTITUTOS, QUE NÃO SE EXCLUEM MUTUAMENTE. PROCEDÊNCIA.

I- Importa ressaltar que, ainda que omissa ou imprecisa a capitulação legal da infração - o que, *mutatis mutandis*, não é o caso deste lançamento - o sujeito passivo se defende dos fatos a ele atribuídos e não da capitulação jurídica informada pelo fisco. A acusação materializada nos autos é de solar clareza: o sujeito passivo remeteu ao Estado de Goiás mercadorias sujeitas à substituição tributária sem, entretanto, promover a retenção do imposto.

II- A simples presença de um funcionário, na recepção de um estabelecimento, com toda a aparência de pertencer-lhe aos quadros, assumindo o papel de atendimento a clientes, recebimento de mercadorias, prestação de informações ou de recebedor de cartas e encomendas expressamente encaminhadas a quem de direito autoriza, de per si, a presunção de que a intimação é válida, ex vi do

art. 14 §§3º e 4º da Lei nº 16469/09. Teoria da aparência, de ampla aceitação no direito pátrio.

III - Nos presentes autos, impõe-se o vínculo da solidariedade do destinatário por força do art. 35 do Anexo VIII do RCTE.

IV- Os institutos da substituição tributária e da remessa em consignação podem perfeitamente conviver entre si e a melhor exegese do art. 55 do Anexo XII é a que confere ao seu Capítulo XI interpretação conjugada com as regras inerentes à substituição tributária, de forma a mesclar as normas que lhes são afetas. Atitude correta da recorrente seria remeter mercadorias a Goiás, em consignação mercantil, sem se abstrair do pagamento do ICMS devido por substituição tributária, posto que tais institutos não se excluem mutuamente. Parecer nº 244/2006-GOT.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 29 de junho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela atuada, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Álvaro Falanque e Aguinaldo Fernandes de Melo. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial, por cerceamento do direito de defesa, em virtude de falha na intimação, arguida pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Álvaro Falanque e Aguinaldo Fernandes de Melo. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário [...] da lide, arguida pelo Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo. Foram vencedores os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato e Álvaro Falanque. Vencido o Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo. 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 Victor Augusto de Faria Morato, Álvaro Falanque e Aguinaldo Fernandes de Melo.

RELATÓRIO

Nestes autos, o sujeito passivo, estabelecido em Brasília-DF, é acusado de haver realizado, na condição de substituto tributário, saídas de mercadorias sem efetuar a retenção do ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores, conforme demonstrativo e documentos anexos.

Além da responsabilidade imputada ao remetente, o Fisco arrola na qualidade de solidária a empresa destinatária das mercadorias, [...], estabelecida em Padre Bernardo-GO.

A infração fora capitulada nos arts. 51 §3º e 64 do CTE, combinados com os arts. 32, parágrafo único, II "a", 35 do Anexo VIII, 45 e 55 do Anexo XII, todos do RCTE.

A penalidade, por seu turno, é a descrita na alínea "a" do inciso III do art. 71 do CTE.

O fato gerador da obrigação principal é o mês de agosto de 2006; o auto de infração fora lavrado em 02/06/2008.

A capitulação legal utilizada para fundamentar o arrolamento do solidário-adquirente das mercadorias é o art. 45, II do CTE.

Segue com a peça inicial demonstrativo intitulado "ICMS Substituição Tributária Não recolhido", com descrição dos seguintes campos: nota fiscal, série, CNPJ, UF, data, quantidade, unidade, produto, preço de pauta, base de cálculo da ST, alíquota, ICMS, crédito e ICMS-ST. Ao final, a Autoridade lançadora tece a observação de que as notas relacionadas foram emitidas sob a natureza de operação de "remessa de produtos em consignação", o que, em seu entender, constitui infração ao art. 55 do Anexo XII do RCTE.

Ato seqüente, foram juntadas notas fiscais de emissão da empresa autuada, com destino à [...], encerrando a instrução processual fiscal.

Declarada a revelia da solidária em sede singular, apenas o sujeito passivo principal comparece em segunda instância.

O julgador singular (fls. 78) conclui pela procedência do lançamento, nos termos da inicial.

Não resignado com a decisão proferida, o sujeito passivo retorna aos autos e assevera o seguinte:

1) Nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração e cerceamento de defesa, haja vista a descrição do fato mostrar-se confusa, ferindo os preceitos contidos no art. 5º, LV da CF/88 e art. 142 do CTN. Afirma que o art. 45 do Anexo XII do RCTE, citado na inicial, tem conteúdo totalmente estranho às remessas em consignação de mercadorias.

2) Falha na intimação em primeira instância, que teria sido encaminhada ao endereço onde atualmente funcionaria a AMBEV, e recebida por pessoa estranha ao quadro de funcionários da empresa.

3) O Fisco laborou em erro na medida em que apenas considerou as notas fiscais de saídas em consignação, desprezando as notas fiscais de entradas, as quais cancelavam as respectivas notas de saída. De todas os documentos fiscais relacionados pelo Fisco, apenas a nota fiscal nº 23146 não teve a respectiva nota fiscal de entrada apresentada.

4) Houve violação aos princípios norteadores da atividade da Administração Pública, em especial, aos princípios da capacidade contributiva, do não-confisco, da proporcionalidade e razoabilidade.

Pede, ao final, a nulidade ou improcedência do feito.

É o relatório.

DECISÃO

Em sede preliminar, alega o sujeito passivo que a narrativa dos fatos mostra-se confusa e não apta a materializar a infração, com ferimento de preceitos constitucionais. Haveria, inclusive, citação equivocada de dispositivos da legislação. Disso teriam decorrido, no entender da recorrente, as nulidades argüidas, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento ao direito de defesa.

Em que pese a percuciente defesa do Causídico, não vislumbro forma de acatar tal tese.

Como o próprio nome denuncia, a instabilidade e a dúvida insuperáveis são o espírito dessa nulidade. Qual foi a irregularidade fiscal cometida? Quanto se deve? Por qual fundamento se deve? Quando tais questões não são respondidas satisfatoriamente no contexto do lançamento, há que se analisar a possibilidade da ocorrência de nulidade por insegurança na determinação da infração, caso a falha não seja sanável por meio de diligência fiscal.

Linhas gerais, um lançamento seguro corresponde àquele que: a) materializa, por meio de provas documentais, a existência do fato ilícito apurado e sua relação com a norma tributária; b) verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e propõe a aplicação da penalidade cabível. Não se enxerga, no contexto do lançamento, que a Autoridade Fiscal tenha seguido caminho diferente.

Com efeito, o fato constitutivo, consubstanciado na acusação fiscal, está bem delineado. Reconheça-se que a citação do art. 45 do Anexo XII do RCTE, realizada na inicial, se distancia da matéria dos autos, posto que o correto seria o art. 55. Entretanto, este último dispositivo é citado no campo “infração” da inicial e também no demonstrativo às fls. 7. Semelhante irregularidade deve ser analisada à luz do §3º do art. 20 da Lei nº 16.469/09, *in verbis*:

“Art. 20.....

.....

§ 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.”

Importa ressaltar que, ainda que omissa ou imprecisa a capitulação legal da infração – o que, *mutatis mutandis*, não é o caso deste lançamento - o sujeito

passivo se defende dos fatos a ele atribuídos e não da capitulação jurídica informada pelo fisco.

A acusação materializada nos autos é de solar clareza: o sujeito passivo remeteu ao Estado de Goiás mercadorias sujeitas à substituição tributária sem, entretanto, promover a retenção do imposto.

A infração resta, portanto, bem determinada.

Por tais razões, rejeito, neste particular, tais preliminares.

Ainda sob o prisma do cerceamento ao direito de defesa, questiona-se a legitimidade da intimação realizada em 1ª instância, sob o argumento de que a mesma teria sido subscrita por pessoa estranha aos quadros da recorrente.

A análise do documento inserto às fls. 20 indica que a correspondência fora encaminhada, em junho de 2008, para endereço que coincide com o lançado no Auto de infração e com o descrito nos cabeçalhos das notas fiscais emitidas pela recorrente.

Obtempera-se que a simples presença de um funcionário, na recepção de um estabelecimento, com toda a aparência de pertencer-lhe aos quadros, assumindo o papel de atendimento a clientes, recebimento de mercadorias, prestação de informações ou de recebedor de cartas e encomendas expressamente encaminhadas a quem de direito autoriza, de per si, a presunção de que a intimação é válida, ex vi dos seguintes dispositivos da Lei nº 16.469/09:

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

I - carta registrada, com aviso de recepção;

.....

§ 3º A intimação deve ser feita ao:

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

.....

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

Tal entendimento consubstancia expressão do que a doutrina convencionou chamar de “teoria da aparência”, na qual uma determinada situação de fato se reveste da aparência de uma determinada realidade de direito, a qual não possui. Tal teoria tem ampla aplicação nos Tribunais Pátrios, a exemplo dos seguintes excertos de jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PESSOA JURÍDICA. CITAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA.

1. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação via postal com AR, efetivada no endereço da pessoa jurídica e recebida por pessoa que, ainda que sem poder expreso para tanto, a assina sem fazer qualquer objeção imediata.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ. AgRg nos EDcl no Ag 958.237/RS, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, DJe 02.02.10);”

“Aplicação do entendimento prevalente da Corte Especial no sentido de adotar-se a Teoria da Aparência, reputando-se válida a citação da pessoa jurídica quando esta é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa e recebe a citação sem ressalva quanto à inexistência de poderes de representação em juízo” (STJ. AgRgEREsp 205.275/PR, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ 28.10.02).

Ao que tudo indica, a intimação fora endereçada para o endereço da empresa e subscrita por preposto, nos termos dos §§3º e 4º do art. 14, transcrito alhures.

Sob tais fundamentos, rejeito tal preliminar.

Acerca da arguição de exclusão da solidariedade da empresa destinatária, [...], suscitada em sessão cameral por um de meus pares, não vejo como acata-la, ante a literalidade do art. 35 do Anexo VIII do RCTE, ao dispor que:

“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”.

Mantenho na lide, portanto, o solidário arrolado.

No que tange ao mérito, cabe especial apreciação ao teor do art. 55 do Anexo XII do RCTE, inserto no capítulo XI – Da operação de consignação mercantil - ao asseverar que:

“Art. 55. As disposições contidas neste capítulo não se aplicam à mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária pelas operações subseqüentes (Ajuste SINIEF 2/93, Cláusula quinta)”.

Não se pode, em interpretação açodada, concluir que o dispositivo aponta para proibição da aplicação da consignação mercantil às mercadorias inseridas no regime da substituição tributária ou, ainda, de maneira inversa, entende-lo como

proibitivo da aplicação da substituição tributária nos casos de remessa em consignação.

Tais institutos podem perfeitamente conviver entre si e a melhor exegese do dispositivo transcrito é a que confere ao Capítulo XI do Anexo XII do RCTE interpretação conjugada com as regras inerentes à substituição tributária, de forma a mesclar as normas que lhes são afetas.

Neste diapasão fora o entendimento veiculado no Parecer nº 244/2006-GOT, ao asseverar o seguinte:

“Depreende-se da leitura do expediente da consultante, que a dúvida da mesma cinge-se à possibilidade de aplicação dessa sistemática de consignação mercantil com mercadorias sujeitas à retenção na fonte, tendo-se em vista o disposto no art. 55 do Anexo XII do Decreto nº 4.852/97 – Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE, que adotando o Ajuste SINIEF 2/93, especialmente sua cláusula quinta, dispõe que as disposições legais sobre operação de consignação mercantil não se aplicam às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores.

No nosso entendimento, quando o Ajuste SINIEF 2/93 assim determinou, teve por finalidade ressaltar que as mercadorias sujeitas à substituição tributária não perdem essa característica frente à operação de consignação mercantil, porém, não visou impedir a aplicação dessa modalidade de negócio. Dessa forma, para as mercadorias sujeitas à retenção na fonte, se o contribuinte pretende operar também com a sistemática de consignação mercantil, deverá combinar as duas sistemáticas (retenção na fonte e consignação mercantil), não havendo prejuízo para quaisquer dessas formas de operação com mercadorias.

Portanto, quando a consultante promover saída de mercadoria sujeita a retenção na fonte mediante operação de consignação mercantil, a mesma deverá fazer a apuração, retenção e pagamento do ICMS substituição tributária para o Estado de Goiás, relativamente às operações subsequentes a serem efetivadas pelos consignatários, até o consumidor final.

Portanto, as operações ficarão da seguinte forma:

1) na saída de mercadoria a título de consignação mercantil, a consultante, na qualidade de consignante emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos, o seguinte: a) natureza da operação: “Remessa em consignação mercantil”; b) destaque do ICMS e do IPI, quando devidos; c) base de cálculo para efeito de retenção do ICMS na fonte, valor do ICMS retido e o número da inscrição no Cadastro de Contribuinte do Estado de Goiás, sendo que a inobservância dessas condições implica exigência do imposto antecipadamente operação por operação mediante pagamento em GNRE (art. 55 do Anexo VIII do RCTE);

O consignatário deverá lançar a nota fiscal no livro Registro de Entradas, sem crédito do ICMS, registrando-a nas colunas Valor Contábil e Outras de

Operações sem Crédito do Imposto, inclusive o relativo à prestação de serviço de transporte correspondente (art. 58, I, do Anexo VIII do RCTE)

2) havendo reajuste de preço contratado por ocasião da remessa em consignação mercantil, o consignante (consulente) deve emitir nota fiscal complementar contendo, além dos demais requisitos exigidos, o seguinte: a) natureza da operação: Reajuste de Preço de Mercadoria em Consignação; base de cálculo: o valor do reajuste; destaque do ICMS do IPI, quando devidos: referência à Nota Fiscal emitida anteriormente; b) base de cálculo para efeito de retenção do ICMS na fonte, valor do ICMS retido e o número da inscrição no Cadastro de Contribuinte do Estado de Goiás, sendo que a inobservância dessas condições implica exigência do imposto antecipadamente operação por operação mediante pagamento em GNRE (art. 55 do Anexo VIII do RCTE);

O consignatário deverá lançar a nota fiscal no livro Registro de Entradas, sem crédito do ICMS, registrando-a nas colunas Valor Contábil e Outras de Operações sem Crédito do Imposto (art. 58, I, do Anexo VIII do RCTE);

3) na venda da mercadoria remetida a título de consignação mercantil, o consignatário deve emitir nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos, como natureza da operação, a expressão: Venda de Mercadoria Recebida em Consignação, e com a seguinte declaração: Imposto Retido nos Termos do Anexo VIII do RCTE, não devendo destacar o ICMS e registrando-a no livro Registro de Saída nas colunas Valor Contábil e Outras, de Operações sem Débito do Imposto;

O consignante (consulente) deve emitir nota fiscal, sem destaque do ICMS e do IPI, contendo, além dos demais requisitos exigidos, o seguinte: natureza da operação: Venda; valor da operação: o valor correspondente ao preço da mercadoria efetivamente vendida, neste incluído, quando for o caso, o valor relativo ao reajuste do preço; a expressão: Simples Faturamento de Mercadoria em Consignação, fazendo referência à nota fiscal de remessa em consignação e de reajuste de preço;

O consignatário deve registrar a nota fiscal no livro Registro de Entradas, apenas nas colunas Documento Fiscal e Observações, indicando nesta a expressão: Compra em Consignação, fazendo referência à nota fiscal de remessa em consignação e reajuste de preço emitidas pelo consignante;

4) na devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil, o consignatário emitirá nota fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos, o seguinte: natureza da operação: Devolução de Mercadoria Recebida em Consignação; base de cálculo: o valor da mercadoria efetivamente devolvida, sobre o qual foi pago o imposto; o destaque do ICMS e indicação do IPI nos valores debitados, por ocasião da remessa em consignação, quando devidos; a expressão: Devolução (parcial ou total, conforme o caso) de Mercadoria em Consignação, fazendo-se referência à nota fiscal de remessa em consignação emitida pelo consignante.

O consignatário deverá recuperar o ICMS retido na fonte, mediante aplicação do disposto no art. 45, VI, do Anexo VIII do RCTE, na forma prescrita no art. 46 do mesmo Anexo.

Não podemos deixar de ressaltar que esse entendimento já fora adotado por esta Secretaria em diversos outros Pareceres, podendo ser citados como exemplos os Pareceres números 1725/98-AST, 358/02-AST, 432/02-AST, 887/02-AST, 293/03-AST, 331/03-AST e 237/06-GOT.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, concluímos que a consulente pode proceder a prática da consignação mercantil mediante contrato com seus distribuidores, devendo-se seguir os procedimentos prescritos neste parecer.”

Portanto, atitude correta da recorrente seria remeter mercadorias a Goiás, em consignação mercantil, sem se abstrair do pagamento do ICMS devido por substituição tributária, posto que tais institutos não se excluem mutuamente.

Sob tais fundamentos, conheço do recurso do sujeito passivo mas lhe nego provimento para confirmar, na íntegra, o teor da decisão monocrática que deu pela procedência do presente feito.

Sala das sessões, em 05 de julho de 2012.

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

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Subst. Trib. Op. Posteriors. Utilização de saldo credor (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01752/12

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. ICMS. Substituição Tributária pelas operações posteriores. Improcedência. Decisão unânime.

Não é devido o ICMS que foi compensado com o saldo credor apurado em decorrência do imposto normal e retido em operação de aquisição interestadual de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores, a título de ressarcimento. (Arts. 45 e 46 do Anexo VIII do Decreto 4.852/97).

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 10 de agosto de 2012, 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 Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Allen Anderson Viana e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos da exigência de ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores, relativo a entrada de mercadoria neste Estado destinada ao sujeito passivo, conforme relatório intitulado: documento de arrecadação e notas fiscais, extraído do sistema de dados da SEFAZ e demais documentos anexos, referente ao período de outubro 2006 a agosto de 2007.

O crédito tributário foi considerado procedente em primeira instância, com a fundamentação de que, aplicando disposição da Instrução Normativa 428/00-GSF, haveria de ocorrer o pagamento do tributo no prazo de vinte dias, contados da data de entrada da mercadoria no território goiano, muito embora o resultado da diligência determinada pelo julgador ter concluído que os respectivos documentos de arrecadação constavam de outros débitos no livro apuração, portanto, “salvo melhor juízo, entendemos que à época caberia tão somente autuação por falta de discriminação dos dares a compensar na DPI (multa formal).”

Por meio de procurador constituído, a empresa interpõe recurso voluntário argumentando que *“houve quitação integral, via compensação, dos valores devidos a título de ICMS-ST, outrossim, atesta a retificação das Declarações Periódicas de Informações (DPI’s), de tal modo, a compatibilizá-las com os reais valores pagos em Documentos de Arrecadação Estadual (DARE’S) em benefício do tesouro Estadual.”* Demonstra inconsistência do lançamento do auto de infração e pede a improcedência do crédito tributário.

À oportunidade, via resolução, determinado certificar quanto à regularidade do crédito ressarcimento lançado no livro apuração para efeito da compensação do ICMS substituição tributária, ora lançado. A diligência foi realizada de maneira a posicionar que houve verificação da fiscalização quanto ao ressarcimento do ICMS, resultado numa pequena diferença indevida, mas lançado e já quitado o auto de infração.

Cientificado do resultado da diligência o procurador da autuada não hesitou em afirmar que *“restou alegado pela contribuinte que houve pagamento do ICMS-ST, em tempo hábil, por intermédio de compensação tributária, conforme permissão do Artigo 45, Caput, Inciso II, Art. 46, Caput, § 4º, Inciso I, e, Artigo 47, § 6º, do Anexo VIII, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – Decreto 4.852/97, bem como Artigo 2º, Caput, Parágrafo Único, Art. 3º, Caput, inciso I-B, da Instrução Normativa nº.: 715/05, de tal modo que, idoneamente, a contribuinte satisfaz a Obrigação Principal de recolhimento ao Erário Estadual.”*

Ratifica o pedido de improcedência do crédito tributário.

DECISÃO

O deslinde da questão perpassa pelo fio da legalidade, especialmente sobre a fundamentação que autoriza a compensação do débito gerado por substituição tributária pelas operações posteriores e a regularidade do crédito de

ressarcimento, registrado no livro apuração, reconhecendo, de antemão, que com a retificação da DPI ficou sanada a irregularidade de natureza formal.

Com a redação dada ao inciso I do § 4º do art. 46 do Anexo VIII do Decreto 4.852/97, vigente no período da autuação, não resta dúvida que o contribuinte estava autorizado a utilizar do valor do saldo credor do imposto acumulado em decorrência do cálculo do ressarcimento previsto, no caso, do inciso II do art. 45 dos citados anexo e decreto, para efeito da compensação do imposto devido por substituição tributária em aquisição interestadual, senão vejamos:

“Art. 46.

[...]

§ 4º O contribuinte que apresentar saldo credor do imposto em decorrência da aplicação dos incisos II, VI, IX e X do art. 45 pode, na seguinte ordem:

I - utilizar o valor do saldo credor em período subsequente na subtração do imposto a pagar ou na compensação do imposto devido por substituição tributária, quando da aquisição interestadual de mercadoria sujeita a esse regime, sendo que, no caso de dedução do imposto a pagar na aquisição interestadual de mercadoria sujeita à substituição tributária, os respectivos documentos de arrecadação devem ser mencionados na linha OBSERVAÇÕES do livro Registro de Apuração do ICMS e informados em documento de informação ou apuração do imposto, previsto na legislação tributária;”

Evidentemente que a questão da possibilidade do aproveitamento do crédito, referente à operação cujo imposto já foi retido, também encontra amparo legal, de acordo com o disposto no inciso II, §§ 1º e 2º do art. 45 do Anexo VIII do Decreto 4.852/97, assim:

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

[...]

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

[...]

§ 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.

§ 2º Ressalvado o caso em que o industrial for substituto tributário, a utilização de mercadoria já alcançada pela substituição tributária em processo de industrialização de vestuário, de roupas de cama, de mesa e de banho, não dá direito ao crédito do ICMS retido e do ICMS normal devido na operação anterior.”

A metodologia do cálculo realizada pelo sujeito passivo e a conferência da regularidade do registro do crédito ficou aferida pela fiscalização, via a

determinação da segunda diligência, certamente aplicando o que se dá pelo art. 46, inciso II, alínea “f”, ainda do anexo e decreto retromencionados:

“Art. 46. O creditamento deve ser efetuado na proporção da mercadoria envolvida na situação que gerou o direito ao crédito, tomando por base uma das seguintes alternativas:

[...]

II - o montante que resultar da aplicação da alíquota prevista para a operação interna, sobre o valor:

[...]

f) obtido mediante a aplicação da seguinte fórmula, para o contribuinte industrial de vestuário, de roupas de cama, de mesa e de banho, na operação interestadual com produtos de fabricação própria realizada neste Estado:

$(1 + IVA / 1 + IVAp) \times \text{valor da nota fiscal}$

Sendo:

Valor da nota fiscal = valor total da nota fiscal de remessa das mercadorias;

IVA = índice de valor agregado utilizado no cálculo do ICMS retido, em valor percentual dividido por 100 (cem);

IVAp = índice de valor agregado praticado pelo contribuinte remetente na operação, em valor percentual dividido por 100 (cem), aferido da relação entre o valor da nota fiscal de remessa das mercadorias e o valor de aquisição da matéria-prima e das demais parcelas que anteriormente serviram de base para o cálculo da retenção, não podendo ser inferior ao índice de valor agregado utilizado no cálculo do ICMS retido;

[...]

§ 1º O valor do crédito deve ser escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo OUTROS CRÉDITOS, com a expressão: CRÉDITO DO IMPOSTO-SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA-NOS TERMOS DO ART. 46, INCISO, ALÍNEA, DO ANEXO VIII DO RCTE, no mês de ocorrência da situação que gerou o respectivo direito, observado o disposto no § 1º do art. 340 do RCTE.”

No caso, o sujeito passivo não adotou ressarcimento do imposto em situação diversa da prevista no artigo, de maneira que não haveria a necessidade de celebração de termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, nos moldes do § 6º do art. 47 dos citados anexo e decreto.

Nesse sentir, deve-se relevar, ainda, a alteração da situação de satisfação do imposto pelo próprio órgão da Secretaria da Fazenda, quando processou a alteração do campo STATUS no relatório DARES E NF'S POR SUJEITO PASSIVO, fls. 477 em diante, de maneira a reconhecer a compensação do imposto, via DPI.

Nesse contexto, não subsiste a pretensão fiscal.

Posto isso, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para considerar improcedente o pedido feito na inicial, reformando a decisão singular.

Sala das sessões, em 13 de agosto de 2012.

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

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Subst.Trib. Op. Posteriores. Contribuinte detentor de TARE para saída subsequente (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00473/12

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Substituição Tributária pelas Operações Posteriores. Improcedência. Decisão unânime.

Por força do pactuado por meio de termo de acordo o ICMS não é recolhido por substituição tributária pelas operações posteriores em relação às entradas, interestadual, de mercadorias.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 22 de novembro de 2011, 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. Por restar prejudicado, também não se aprecia o recurso da Fazenda Pública. Quanto ao mérito, por unanimidade 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. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, Paulo Diniz, Washington Luis Freire de Oliveira, Allen Anderson Viana, Manoel Antônio Costa Filho, Delcides de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, José Pereira D'abadia, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

O relato da ocorrência é de que o sujeito passivo deixou de recolher o valor do ICMS Substituição Tributária pelas Operações Posteriores, na importância de R\$ 62.280,84 (sessenta e dois mil, duzentos e oitenta reais e oitenta e quatro centavos), relativo às operações de entrada de mercadoria, nos termos do TARE n.º 322/2004, conforme documentos anexos. Em consequência, deverá recolher o imposto omitido, acrescido das demais cominações legais.

Foram arrolados na sujeição passiva os sócios Maria Darcy Teixeira Alves Siqueira e Francisco Alves Siqueira, além do contador Jesus Aparecido Monteiro dos Santos.

O crédito tributário foi considerado procedente em primeira instância e confirmado em segunda, por maioria, antes excluindo, também por maioria, os solidários sócios dirigentes, motivo do recurso da Fazenda Pública, com respaldo no art. 45, XII, do Código Tributário Estadual. Nessa oportunidade, foram rejeitadas as preliminares de cerceamento ao direito de defesa e nulidade da sentença singular, por maioria, enquanto o pedido de diligência e exclusão do solidário contador, por unanimidade.

No recurso ao Conselho Pleno o recorrente alega cerceamento ao direito de defesa, em decorrência da não apreciação pelo julgador singular de todas as questões arroladas na impugnação. Requer o retorno dos autos àquela instância.

Reafirma, com respaldo no art. 135, do Código Tributário Nacional, a exclusão da sujeição passiva de todos os responsáveis solidários indicados na inicial.

Quanto ao mérito, sustenta que a primeira câmara deste Conselho, julgando caso semelhante, decidiu pela improcedência do crédito tributário, pois pela cláusula primeira do TARE 322/04, somente estava obrigado ao recolhimento do ICMS por substituição tributária nas saídas realizadas internamente no Estado de Goiás, o que de fato não aconteceu, haja vista que a empresa efetuou vendas sob a forma de operação interestadual.

Sustenta, ainda, que o Agente Fiscal não relacionou as notas fiscais que serviram de base de cálculo para a exigência do ICMS por substituição tributária, requerendo seja determinada diligência para tanto. Após que se dê procedência ao pedidos dos recorrentes.

DECISÃO

Nos termos do art. 18 § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário, não são apreciadas as preliminares de nulidade do auto de infração, arguidas pela autuada. Também, por restar prejudicado, igualmente não se analisa o recurso da Fazenda Pública.

O lançamento fiscal refere-se à exigência do ICMS por substituição tributária pelas operações posteriores, relativo às operações de entrada de mercadorias, sobre as quais deveria, o sujeito passivo, calcular e recolher o tributo, nos termos do TARE 322/04, nos meses de abril, junho, julho e dezembro de 2004, além de janeiro a abril e junho de 2005.

Vejamos o que diz a cláusula primeira e o § único do referido TARE:

Cláusula primeira. Fica a ACORDANTE, com fundamento nos arts. 34, parágrafo único, inciso I, alínea “b”, item 1, e 36, caput do Anexo VIII do Decreto 4.852, de 29 de dezembro de 1997, nomeada substituta tributária nas operações internas subsequentes, com as mercadorias constantes do Apêndice I do Anexo VIII do decreto mencionado, responsabilizando-se pela retenção, apuração e

pagamento do imposto relativo às mesmas quando da saída do seu estabelecimento, na forma e prazos previstos neste Termo de Acordo.

Parágrafo único. Em razão do disposto no caput desta cláusula, fica a ACORDANTE autorizada a receber as referidas mercadorias, adquiridas neste Estado, em outras unidades da Federação ou do exterior, sem prévia retenção do imposto, pelo remetente ou pelas unidades fazendárias.”

Nessa condição, o procedimento de apuração do imposto devido por substituição tributária pelas operações posteriores, para as mercadorias do Apêndice I, do referido Anexo VIII, do mencionado decreto, ocorreria quando da saída interna da mercadoria, ficando desobrigado de fazê-lo na sua entrada e, mais, podendo, portanto, recebê-la sem prévia retenção na fonte.

Acontece que o lançamento decorreu da relação de notas fiscais de entradas de outra Unidade da Fiscalização, o que por si só, representa um erro de procedimento, conquanto mais profundamente, analisando os livros de apuração, certifica-se que todas as operações com mercadorias realizadas pelo sujeito passivo, no período, foram de saídas interestaduais. Não houve saída de mercadoria interna.

Ou seja, não prevalece a pretensão fiscal, a exemplo do que ocorreu em relação ao processo 3 0296505 449 99, acórdão cameral 281/10, unânime e não reformado, referente à mesma matéria.

Posto isso, conheço do recurso do Contribuinte ao Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para considerar improcedente o crédito tributário.

Sala das sessões plenárias, em 06 de março de 2012.

SUPERPOSIÇÃO DE LANÇAMENTO

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

Matéria: SUPERPOSIÇÃO DE LANÇAMENTO - Omissão de pagamento de imposto sobre doação. Duplicidade (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02585/12

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ITCD. Obrigação Principal. Pedido de Revisão Extraordinária. Comprovação de Duplicidade de lançamentos. Prova de erro de fato substancial. Improcedência. Decisão Unânime.

Deve ser declarado improcedente o auto de infração que exigir o pagamento de imposto, quando ficar provada a duplicidade de lançamentos em relação à exigência contida no lançamento fiscal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 30 de outubro de 2012, 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 Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Elias Alves dos Santos, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, Renato Moraes Lima, José Luiz Rosa, Victor Augusto de Faria Morato, Paulo Diniz, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Consta da peça de lançamento do crédito tributário que o autuado “Deixou de recolher o ITCD na importância de R\$12.880,00, referente à doação recebida no valor de R\$322.000,00, da Sra. [...], CPF nr 067.082.851-34, conforme copia anexa da Declaração do IR ano base 2006, devendo pagar o ITCD acrescido das cominações legais.

O sujeito passivo, após esgotados os prazos legais para interposição de defesa administrativa, interpõe Pedido de Revisão Extraordinária informando que “no decorrer do exercício de 2006, concedeu doação em espécie a sua genitora [...], com CPF sob o N. 067.082.051-34, tendo dita operação sido informada tanto na Declaração de Imposto de Renda (ano-calendário 2007) do doador quanto na da Donatário”.

Informa ainda que *“por um lapso, a Donatária supra identificada não procedeu, no prazo legal, ao pagamento do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens e Direitos (ITCD) incidente sobre a benesse recebida, como exige a legislação vigente”*, tendo sido lavrado auto de infração em desfavor do requerente.

Alega que o auto de infração não pode prevalecer, porquanto a donatária, após constatado o erro no qual incorreu, promoveu o recolhimento do ITCD devido, como faz prova o processo de parcelamento N°168118-4, firmado junto a Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (DOC. 01).

Ao final, requer a admissão do P.R.E. para o fim de declarar improcedente o auto de infração n. 3035215673467 e, ato contínuo, seja determinada com a máxima urgência, a baixa de inscrição do nome do requerente junto a órgão de proteção de crédito, particularmente o SERASA.

Em apreciando o pedido, o Presidente em exercício deste Conselho Administrativo Tributário expede o Despacho nº 1479/2012-CAT, de fls. 82, mediante o qual determina o encaminhamento dos autos à COORDENAÇÃO DO ITCD para que fosse esclarecido o motivo pelo qual foi lavrado o presente auto de infração em desfavor de [...] bem como o AI de nº 3035215673467 em face de [...], aparentemente sobre o mesmo fato gerador.

Em resposta, a Coordenação do ITCD informa que “o auto de infração de nº 3 0352364 043 84 foi lavrado erroneamente, considerando como sujeito passivo e donatário o Sr. [...], quando na realidade ele é o doador, conforme faz prova o histórico das Declarações do Imposto de Renda ano base 2006, de. fl. 10 dos autos e da sua genitora, [...] (donatária), doe. fl. 51, dos autos”.

Em seguida, por meio do Despacho nº 1483/2012-CAT, de fls. 92, o PRE é admitido, tendo sido considerado que “*examinando a documentação ora trazida ao processo, constata-se, de fato, a existência duplicidade de lançamento do presente auto de infração em relação ao PAT n.º 3 0352156 734 67, pois se exige ITCD em relação ao mesmo fato gerador, objeto do presente lançamento, conforme se deduz da verificação do relatório analítico extraído da base de dados da Sefaz apensado às fls. 85/86, e de acordo corri o Relatório Diligenciai n.º 072/12 - CITCD, oriundo da Coordenação do ITCD e anexado às fls. 83*”.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo, entendo que razão assiste ao sujeito passivo, ora requerente.

Com efeito, restou sobejamente provada a duplicidade de exigência do presente lançamento fiscal em relação àquele consubstanciado no auto de infração de nº 3 0352156 734 67, lavrado em face da donatária, Sra. [...].

Como é sabido, a Revisão Extraordinária versa sobre questão eminentemente probatória, de sorte que a própria condição de admissibilidade do tipo recursal exige fundamentação do pedido em “em prova inequívoca de erro de fato substancial que implique alteração total ou parcial do lançamento” (Lei nº 16.469/09, art. 43, II, “a”, 1).

Desta forma, uma vez reconhecida e provada a alteração do lançamento, em decorrência do erro de fato caracterizado, há que se reconhecer, ainda que extemporaneamente, a insubsistência da exigência contida na peça de lançamento.

Diante do exposto, conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe provimento para julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 30 de outubro de 2012.

ZONA FRANCA

[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 III CJUL N.º 00274/12

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: Preliminar de erro na identificação do sujeito passivo. Rejeição. Preliminar de insegurança na determinação da infração. Rejeição. ICMS. Remessa de mercadorias para Zona Franca de Manaus ou área de livre comércio. Falta de comprovação de ingresso/internamento. Procedência parcial.

I - A falta de informação quanto ao ingresso de mercadorias nas áreas incentivadas (Zona Franca de Manaus ou área de livre comércio) autoriza o Fisco goiano a iniciar procedimento fiscal em face do remetente estabelecido neste Estado, descabendo a alegação de erro na identificação do sujeito passivo (RCTE, Anexo XII, art. 40);

II - Não há insegurança na determinação da infração quando a acusação fiscal for feita de tal modo que permita, com clareza, o conhecimento da falta ou irregularidade que é imputada ao sujeito passivo;

III - 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 (RCTE, art. 86);

IV - 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 Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de janeiro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, por erro na identificação do sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa e Carlos Andrade Silveira. Também, 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, José Luiz Rosa e Carlos Andrade Silveira. Quanto ao mérito, ainda 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\$ 17.017,28 (dezessete mil e dezessete reais e vinte e oito centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 2.042,07 (dois mil e quarenta e dois reais e sete centavos), adequando a alíquota para 12% e a penalidade para a prevista no art. 71, IV-A do CTE, com a nova redação dada pela Lei nº 17.519, de 29 de dezembro de 2011. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, José Luiz Rosa e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento tributário de ofício feito em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciado na seguinte acusação fiscal:

Realizou saídas, através das notas fiscais relacionadas em anexo, de mercadorias com destino a estabelecimento situado na Zona Franca de Manaus ou área de livre comércio, com isenção do ICMS, sem comprovar o ingresso e o conseqüente internamento das mesmas nas áreas incentivadas, razão pela qual deixa de prevalecer a isenção. O remetente foi notificado a apresentar documentos comprobatórios do internamento, sem que os tenha apresentado, bem como foi efetivado consulta a SUFRAMA/SINTEGRA, sendo, também, negativa a comprovação da entrega das mercadorias. Em consequência, devera recolher o imposto devido, juntamente com penalidade e acréscimos legais, conforme demonstrativos e documentos anexos.

São dados como infringidos os artigos 43 e 64 da Lei nº 11.651/91, combinado com o artigo 6º, XVII, anexo IX do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea "c", § 9º, I da Lei nº 11651/1991, com a redação dada pela Lei nº 15505/2005.

Inconformada com a decisão singular que julgou parcialmente procedente o lançamento fiscal, com a exclusão apenas da Nota Fiscal nº 262253 ('amostra grátis'), de fl. 28, a atuada interpõe o presente recurso voluntário no qual alega, em preliminar, que há erro na identificação do sujeito passivo uma vez que a responsabilidade pelo internamento das mercadorias é do destinatário não lhe podendo ser imputada infração por ato que não lhe caberia praticar.

Alega ainda que há insegurança na determinação da infração, porquanto a exigência fiscal, pela sua descrição diz respeito à obrigação acessória, ao passo que o fisco exige imposto no lançamento fiscal.

Quanto ao mérito, alega que efetivou a entrega das mercadorias na nas regiões incentivadas apresentando documentos a título de 'comprovantes de entrega' e de pagamento (duplicatas).

Discorda da alíquota aplicada no lançamento fiscal, que não poderia ser de 17%, visto que se trata de operação interestadual.

Na sessão de julgamento do dia 15/12/2010, a Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, tendo em vista o princípio da verdade material e considerando a documentação juntada às fls. 99/130, converte o julgamento em diligência junto à Coordenação do Comércio Exterior da Gerência de Arrecadação e Fiscalização da Superintendência de Administração Tributária para o fim de que fosse feita a análise dos argumentos expendidos pela atuada e da documentação juntada, com manifestação a respeito da regularidade das operações realizadas pelo sujeito passivo.

Em resposta, é elaborado o Relatório Diligencial de fls. 133/134, com a informação de que “todas as notas fiscais relacionadas continuam com o mesmo ‘status’ quando da elaboração do levantamento de fl. 203, ou seja, ‘SEM REGISTRO NA BASE DE DADOS/COM PENDÊNCIA NO SISTEMA DE INTERNAMENTO DE MERCADORIA NACIONAL’.

Na sessão de julgamento do dia 20/07/2011 são anexados ao feito, os documentos de fls. 148 e 149/150, sendo que mediante estes últimos a autuada pretende comprovar o acerto de sua alegações em detrimento do resultado da diligência realizada.

Novamente, a Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20/07/2011, considerando a juntada dos documentos de folhas 148/150, converte o julgamento em diligência, para o fim de que fosse feita a análise e manifestação quanto aos documentos mencionados.

Desta feita, é acolhido pelos revisores o comprovante de internamento da NF nº 258956, tendo sido elaborada planilha de fl. 152, demonstrando a redução do valor da base de cálculo para R\$ 17.017,28 (dezessete mil, dezessete reais e vinte e oito centavos) e ICMS a recolher para R\$ 2.892,94 (dois mil, oitocentos e noventa e dois reais e noventa e quatro centavos).

Intimada do resultado diligencial, a autuada novamente protesta pela improcedência total do auto de infração e reitera as preliminares de erro na identificação do sujeito passivo (ilegitimidade passiva) e de insegurança na determinação da infração.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo entendo que assiste razão em parte ao sujeito passivo, consoante apurado na planilha de fl. 152.

Antes, porém, de adentrar ao mérito da causa, é mister apreciar as questões preliminares suscitadas.

Conforme assentado na sentença de primeiro grau, não erro na identificação do sujeito passivo.

Neste sentido, é de se destacar o disposto no art. 40 do Anexo XII do RCTE, na redação que vigorava à época dos fatos geradores, o qual prediz que *“Decorridos no mínimo 120 (cento e vinte) dias da remessa da mercadoria, sem que tenha sido recebida pelo fisco goiano informação quanto ao ingresso daquela nas áreas incentivadas, deve ser iniciado procedimento fiscal contra o remetente mediante notificação exigindo (...) a apresentação (...) da comprovação do pagamento do imposto e, se for o caso, dos acréscimos legais, que se apresentada, deve ser de imediato arquivado o procedimento”*.

Assim, nos termos da legislação tributária aplicável, não há ilegitimidade passiva da autuada, visto que cabe ao Fisco iniciar procedimento fiscal contra ela, exatamente para exigir a comprovação do pagamento do imposto, caso não seja regularmente comprovado o internamento das mercadorias nas áreas incentivadas.

Por outro lado, não há a alegada insegurança na determinação da infração, a qual somente ficaria 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.

Ao contrário, a acusação fiscal for feita com clareza e objetividade, de modo a permitir o perfeito conhecimento da infração que é objeto do presente lançamento de ofício do crédito tributário.

No que se refere ao mérito, é de se ter que a exigência fiscal encontra fundamento no disposto no art. 86 do RCTE, que estabelece: “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”.

Por outro lado, a comprovação da regularidade de parte das operações foi atestada mediante procedimento revisional, conforme planilha de fl. 152 e documentos de fls. 153/169, de sorte que em relação a 07 (sete) notas fiscais, a saber, as de número 245342, 245344, 250895, 266455, 266467, 267480 e 267481 é procedente o lançamento do crédito tributário.

Contudo, seguindo orientação da jurisprudência emanado do Conselho Pleno desta Casa, entendo que exigência fiscal deve ser feita à alíquota de 12%, conforme tabela abaixo:

Nº NF	SÉRIE	EMIÇÃO	VALOR	ICMS (12%)
245342	1	21/02/2007	R\$ 607,32	R\$ 72,88
245344	1	21/02/2007	R\$ 2.131,00	R\$ 255,72
SUBTOTAL			R\$ 2.738,32	R\$ 328,60
250895	1	02/04/2007	R\$ 3.525,60	R\$ 423,07
SUBTOTAL			R\$ 3.525,60	R\$ 423,07
266455	1	31/07/2007	R\$ 1.809,20	R\$ 217,10
266467	1	31/07/2007	R\$ 5.732,64	R\$ 687,92
SUBTOTAL			R\$ 7.541,84	R\$ 905,02
267480	1	14/08/2007	R\$ 741,12	R\$ 88,93
267481	1	14/08/2007	R\$ 2.470,40	R\$ 296,45
SUBTOTAL			R\$ 3.211,52	R\$ 385,38

TOTAL	R\$ 17.017,28	R\$ 2.042,07
--------------	----------------------	---------------------

Diante do exposto, rejeito as preliminares de nulidade ab initio do processo por erro na identificação do sujeito passivo e por insegurança na determinação da infração e, quanto ao mérito, conheço do recurso voluntário, dou-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença de primeiro grau e considerar parcialmente procedente o lançamento fiscal no valor de ICMS de R\$ 2.042,07 (dois mil, quarenta e dois reais e sete centavos), mais cominações legais aplicáveis, adequando a penalidade para a prevista no art. 71, IV-A do CTE, com a nova redação dada pela Lei nº 17.519, de 29 de dezembro de 2011.

Sala das sessões, em 06 de fevereiro de 2012.

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

Matéria: ZONA FRANCA - Falta de comprovação de internamento - condição para usufruir de benefício fiscal (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01414/12

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Processual. Preliminar de reinclusão de solidário. Arguição pela Fazenda Pública. Acolhimento. Decisão não unânime. Mérito. ICMS. Obrigação principal. Saída de mercadoria beneficiada com isenção condicionada. Inadimplimento da condição. Cancelamento do benefício fiscal. Procedência parcial. Decisão não unânime.

I - A saída de mercadoria grafada com insenção condicionada, em que não houve adimplimento da condição, com o consequente cancelamento do benefício, decorre de ação ou omissão da administração da empresa, respondendo os diretores, solidariamente, com o contribuinte pelo pagamento do imposto omitido;

II - O benefício da insenção prevista no art. 6º, XVII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, somente prevalece com a comprovação inequívoca da efetiva entrada dos produto no estabelecimento destinatário;

III - 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).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 03 de maio de 2011, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de

reinclusão dos solidários [...] e [...], arguida pela Representação Fazendária. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, José Artur Mascarenhas da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Edson Abrão da Silva, Paulo Diniz, Álvaro Falanque, Cláudio Henrique de Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa e José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer de ambos os recursos para o Conselho Pleno, negar provimento ao recurso do contribuinte e dar provimento ao recurso da Fazenda Pública para reformar a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração, cujo ICMS a recolher é de R\$445.657,80 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinqüenta e sete reais e oitenta centavos). Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Aldeci de Souza Flor, Luis Antônio da Silva Costa, José Artur Mascarenhas da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Heli José da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Edson Abrão da Silva, Paulo Diniz, Álvaro Falanque, Cláudio Henrique de Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, José Luiz Rosa e José Pereira D'abadia, que votaram pela manutenção da decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração, cujo ICMS a recolher é de R\$ 290.365,68 (duzentos e noventa mil, trezentos e sessenta e cinco reais e sessenta e oito centavos).

RELATÓRIO

Neste processo a motivação para o lançamento do crédito tributário está na constatação de que o sujeito passivo realizou, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2006, saídas de produtos industrializados, com destino a estabelecimento situado na Zona Franca de Manaus ou Área de Livre Comércio, com isenção do ICMS, sem comprovar a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento destinatário, condição indispensável para o uso da isenção prevista para tais operações, devendo, em consequência, recolher o ICMS no valor de 697.015,52 (seiscentos e noventa e sete mil, quinze reais e cinquenta e dois centavos).

Consta na descrição do fato no auto de infração que o remetente foi notificado a apresentar documentos comprobatórios do internamento no destino, mas não o fez.

Identificados como sujeitos passivos solidários [...] e [...] na condição de diretores da firma autuada, fls. 04 e 05.

Indicou-se como infringidos os artigos 43 e 64 do Código Tributário Estadual - CTE e o art. 6º, XVII, do Anexo IX, e art. 37, do Anexo XII do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE, sendo proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, VIII, "c", § 9, I, do CTE, com nova redação dada pela Lei 14.634/2003.

O auto de infração, cientificado a empresa em 15/09/08 e aos solidários, respectivamente, em 15/09/08 e 17/09/08, foi instruído com o demonstrativo do cálculo do ICMS devido, relação das notas fiscais, cujo internamento no destino não foi comprovado, cópias das notas fiscais e das notificações expedidas para o contribuinte comprovar o internamento.

Em peça única de impugnação dirigida à Primeira Instância, fls. 253/271, a empresa atuada e os seus diretores alegam a decadência do direito da fazenda exigir o crédito tributário em relação ao período de janeiro a setembro de 2003. Aduzem que várias notas incluídas lançamento foram canceladas, circunstância não observada pelas autoridades fiscais. Apresentam cópias dos livros fiscais (Registro de Entradas) de algumas empresas destinatárias das mercadorias remetidas para Zona Franca de Manaus. Requerem a exclusão da lide dos diretores arrolados como solidários.

O julgador monocrático, em Sentença n.º 7338/08-COJP, fls. 350/353, decide pela procedência integral da pretensão fiscal, inclusive quanto a composição do pólo passivo.

Inconformados, os atuados apresentam Recurso Voluntário, fls. 358/377, arguindo, em preliminar, a nulidade por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, sob justificativa de que a descrição da infração dada pelo agente fiscal é demasiadamente sintética, confusa e desprovida de documentação comprobatória e, ainda, que *"neste processo não se conferiu prazo suficiente para as comprovações necessárias da regularidade das operações realizadas, ocorrendo o cerceamento ao direito de defesa."*

Sustentam que várias notas fiscais haviam sido canceladas, contudo foram relacionadas pela autoridade fiscal no demonstrativo para exigência fiscal, reiteram a argumentação apresentada na peça defensiva anterior, no tocante a exclusão dos solidários e a decadência parcial.

As alegações dos recorrentes, motivaram o encaminhamento do processo à Coordenação de Comércio Exterior, via Resolução n.º 145/2009 de fls. 379/380, para confirmar ou não o internamento das mercadorias na SUFRAMA; verificar o cancelamento de notas fiscais arroladas na inicial; relacionar as notas fiscais entregues aos estabelecimentos destinatários, nas quais deve ser aplicada alíquota interestadual de 12% (doze por cento) e, finalmente, refazer o levantamento inicial com as considerações mencionadas.

O processo retornou para julgamento com novos demonstrativos decorrentes da revisão (fls. 381/399), nos quais, após realização de nova consulta a base de dados da SUFRAMA e exclusão das notas fiscais canceladas, se relacionou os documentos fiscais sem comprovação do internamento, porém com confirmação da circulação interestadual sujeitas a alíquota de 12% (doze por cento), reduzindo-se o valor originário para R\$ 629.906,40 (seiscentos e vinte e nove mil, novecentos e seis reais e quarenta centavos).

Intimado do resultado da diligência, o sujeito passivo discordou do trabalho executado, fls. 403/406, afirmando que várias notas fiscais canceladas não foram consideradas; que não houve consideração das mercadorias sob bonificação; que foi feito ajuste apenas de algumas notas fiscais referentes a alteração da alíquota de 17% (dezesete por cento) para 12% (doze por cento). Requereu nova diligência; exclusão da lide dos solidários; nulidade por insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa ou impropriedade do auto de infração.

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16/12/2009, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, para que os autos sejam encaminhados ao GEPRO, a fim de que o sujeito passivo seja intimado a apresentar cópias legíveis das Notas Fiscais de fls. 303, 304, 314, 315 e 316 dos autos, fls. 493.

Intimado apresenta os documentos de fls. 497/529, com escopo de atender o recorrido na citada peça.

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa; por maioria de votos acolheu a preliminar de exclusão dos solidários da lide e, quanto ao mérito, por maioria de votos, reconheceu a decadência parcial, referente ao período de 01/01/2003 a 30/06/2003, para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 2.419.711,50 (dois milhões, quatrocentos e dezenove mil, setecentos e onze reais e cinquenta centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 290.365,38 (duzentos e noventa mil, trezentos e sessenta e cinco reais e trinta e oito centavos). O voto vencido julgou procedente em parte o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 3.713.965,63 (três milhões, setecentos e treze mil, novecentos e sessenta e cinco reais e sessenta e três centavos) e ICMS no valor de R\$ 445.657,80 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e oitenta centavos).

A Fazenda Pública apresenta Recurso ao Conselho Pleno no qual pede o retorno à lide dos solidários excluídos, com fundamento na disposição do art. 45, XII, do CTE.

No mérito pede a reforma do acórdão cameral e o julgamento pela parcial procedência nos termos do voto vencido, sustentando que não ocorreu a aludida decadência nos termos do art. 173, I, do CTN.

O sujeito passivo, por sua vez, se manifesta pedindo a impropriedade do lançamento no entendimento de que a documentação apresentada anteriormente demonstra que todas as notas fiscais elencadas na autuação foram efetivamente recebidas pelas empresas destinatárias em Manaus.

No tocante a composição do pólo passivo pede a manutenção da decisão cameral que exclui da lide os diretores da empresa atuada.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Apreciando a preliminar de reinclusão dos solidários [...] e [...], formulada pela Representação Fazendária, manifesto-me pelo seu acolhimento, pelo que exponho:

A saída de mercadoria grafada com isenção condicionada, em que não houve adimplemento da condição, com o conseqüente cancelamento do benefício, decorre de ação ou omissão da administração da empresa, respondendo então os diretores [...] e [...], solidariamente, com o contribuinte pelo pagamento do imposto omitido, nos termos do art. 45, 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;”

QUESTÃO MERITÓRIA

Dirigindo-me ao mérito, anoto que a empresa autuada realizou, em parte do exercício de 2003 (janeiro a junho) e nos exercícios de 2004 e 2005, saída interestadual de mercadorias grafada com a isenção condicionada prevista no art. 6º, XVII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.952/97, transcrita a seguir, sem adimplir a condição fixada para fruição do benefício, tendo a fiscalização cancelado a isenção nas operações efetivadas.

“Art. 6º 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 Epitaciolândia, no Estado do Acre; de Guajaramirim, no Estado de Rondônia, ficando mantido o crédito, desde que seja observado o disposto no Capítulo IX do Anexo XII deste Regulamento e o seguinte (Convênio ICM 65/88 e Convênios ICMS 52/92, 49/94 e 71/11):

[...]

c) o benefício somente prevalece com a comprovação inequívoca da efetiva entrada dos produtos no estabelecimento destinatário (Convênio ICM 65/88, cláusula segunda);”

Esses autos passaram por uma revisão, tendo sido elaborada uma Relação de Notas Fiscais sem Comprovação de Internamento na SUFRAMA ou Áreas de Livre Comércio (fls. 83 a 387), reduzindo a base de cálculo para R\$ 3.713.965,64 (três milhões, setecentos e treze mil, novecentos e sessenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), em razão da exclusão de notas fiscais que foram canceladas e constantes na relação inicial (fls. 24 a 29).

É entendimento pacífico nesta Casa de na saída interestadual de mercadorias destinadas à região de exclusão tributária, grafada com a isenção, havendo cancelamento do benefício, por inadimplemento da condição para fruição do benefício, deve-se apurar o ICMS devido aplicando a alíquota de 12% (doze por cento).

Desta forma, fundamentado neste entendimento, aplico a alíquota de 12% doze por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 3.713.965,64 (três milhões, setecentos e treze mil, novecentos e sessenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), obtendo o ICMS a recolher no valor de R\$ 445.657,80 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e oitenta centavos).

Prosseguindo na análise, transcrevo art. 173, I, do Código Tributário Nacional (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;”

No caso, o lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos em parte do exercício de 2003 (janeiro a junho) e nos exercícios de 2004 e 2005.

Conforme o art. 173, I, do CTN, para fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, a Fazenda Pública poderia constituir o crédito tributário até 1º de janeiro de 2009.

No caso, o lançamento foi efetuado em 4 de setembro de 2008, tendo os componentes do polo passivo sido intimados nos dias 15 e 17 de setembro de 2008 (fls. 249 a 251), constituindo então a Fazenda Pública o crédito tributário dentro do prazo fixado no art. 173, I, do CTN, não havendo efetivamente decadência de parte do crédito tributário.

Embora tenha a defesa alegado no recurso ao Conselho Pleno que todas as notas fiscais relacionadas na autuação foram efetivamente recebidas pelas empresas destinatárias em Manaus, não trouxe aos autos nenhum elemento

indicativo do adimplemento da condição para fruição da isenção grafada nas operações realizadas, prevalecendo então o cancelamento do benefício procedido pelo Fisco.

Por oportuno, transcrevo o art. 86 do Decreto n° 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 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.”

Ante o exposto, acolho a preliminar de reinclusão dos solidários [...] e [...], arguida pela Representação Fazendária. Quanto ao mérito, conheço de ambos os recursos para o Conselho Pleno, nego provimento ao recurso do contribuinte e dou provimento ao recurso da Fazenda Pública para reformar a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração, cujo ICMS a recolher é de R\$ 445.657,80 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e oitenta centavos).

Sala das sessões plenárias, em 26 de junho de 2012.

SENTENÇAS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

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

Matéria: Apuração irregular da parcela incentivada do ICMS Fomentar/Produzir (Procedência)

Julgador: Levi Silva Filho

SENTENÇA N.º 00084/12 – JULP

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o contribuinte omitiu o pagamento do imposto, em decorrência de ter apurado irregularmente a parte incentivada permitida, conforme documentação em anexo.

Consta da inicial que o período verificado é 01/2008 a 12/2010.

Detalhamento do crédito tributário, fls. 03/04.

Cópia da auditoria do movimento do ICMS fomentar/produzir, apurações de ofício e do contribuinte, fls. 05/16.

A atuada comparece a lide, relata os fatos, fala em nulidade do feito por considerar que a multa aplicada é confiscatória e ilegal, cita juristas e decisões judiciais a respeito do tema.

Fala que nas operações contestadas pelo fisco existiriam remessas em doação ou bonificação e pede o reexame do trabalho.

No final solicita a desconstituição da multa aplicada e a retidas das doações/bonificação.

FUNDAMENTOS DE FATOS E DE DIREITO

A primeira questão a ser analisada neste processo é o pedido da parte passiva de nulidade por entender que a multa aplicada tem características de confisco.

Ocorre que mesmo se uma penalidade proposta pelo autor do trabalho estiver errada, o julgador poderá corrigi-la sem que este fato seja motivo de nulidade.

Também deve ser observado que o pedido da defesa na verdade nada tem a ver com uma questão na formalização do processo, seu pedido para amparar o pleito de nulidade seria a questão do confisco e aí a parte passiva sabe muito bem que tal pedido foge a competência da instância administrativa para examiná-lo.

Se a defesa entende ser pertinente suas colocações devem levá-las a exame do poder judiciário que é quem pode decretar confisco ou ilegalidade de normas, desta maneira não vejo como acatar a solicitação de nulidade processual.

Na parte de mérito a empresa apenas fala que entre os valores exigidos teriam operações de doação/bonificação e que as mesmas devem ser retiradas da autuação. Ora esta colocação, até para se deferir uma diligência deve estar devidamente justificada, pois em caso contrário é impossível fazer novas verificações na escrita do contribuinte.

Também é preciso considerar a previsão legal contida no artigo 27, IV da lei 16.649/09, que determina:

“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:

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

Com base no texto legal reproduzido vejo ser impossível determinar diligência em virtude do pedido não estar devidamente justificado.

Na parte de mérito o pagamento do imposto e os procedimentos que devem ser adotados pelos industriais beneficiados com o programa fomentar/produzir estão claramente definidas nas normas legais em vigor, podendo ser citados os artigos 1 da IN 885/07-GSF e artigo 4, da IN 155/94-GSF, que reproduzo:

“Art. 1º Os estabelecimentos industriais enquadrados como beneficiários dos programas Fomentar, Produzir e Microproduzir devem adotar os procedimentos estabelecidos nesta instrução na apuração dos saldos de ICMS correspondente às operações incentivadas e não incentivadas pelos referidos programas, bem assim na aferição de limites fixados, na legislação, para a fruição do incentivo.”

“Art. 4º O estabelecimento industrial enquadrado no Programa FOMENTAR, de acordo com a previsão do artigo 37 e seu § 1º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.822, de 10 de julho de 1992, pagará o ICMS, apurado de conformidade com as normas impostas pela legislação tri-butária, da seguinte forma:

I - 30% (trinta por cento) do imposto devido, até o 12º (décimo segundo) dia seguinte ao do encerramento do período de apuração;

II - 70% (setenta por cento), relativo ao incentivo do FOMENTAR (art. 4º do Regulamento aprovado pelo Decreto Nº 3.822, de 10 de julho de 1992), com a especificação da receita: “ICMS INDÚSTRIA/FOMENTAR - PARTE INCENTIVADA - BD/GOIÁS”, via financiamento contratado, de acordo com as normas expedidas pelo CD/FOMENTAR.”

De acordo com o texto anterior e tendo base a falta de prova efetiva de erro no trabalho fiscal, não vejo como acatar o pedido da defesa e neste caso entendo que a exigência fazendária deva ser mantida.

CONCLUSÃO

Conheço da impugnação, nego-lhe provimento para considerar PROCEDENTE o auto de infração.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em 18 de Janeiro de 2012.

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

Matéria: Escrituração indevida de crédito na aquisição de óleo diesel (Procedência)

Julgador: Levi Silva Filho

SENTENÇA N.º 00105/12 – JULP

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o contribuinte omitiu o pagamento do imposto em decorrência de escrituração indevida de valores a título de créditos, referente as notas fiscais de aquisição de óleo diesel, cujo ICMS foi apropriado em valor superior ao informado no documento fiscal.

Consta da inicial informação a respeito dos anexos que acompanham este auto de infração.

Detalhamento do crédito tributário, fls. 03, sendo o período atuado 01/2007 a 07/2009, fls.03/04.

Solidário indicado, fls. 05, nos termos do artigo 45, XII do CTE sendo o sócio-administrador da empresa atuada.

Demonstrativo resumo dos créditos escriturados indevidamente nas operações interestaduais com combustível mensal constando o número da nota fiscal, base de cálculo, crédito aproveitado, direito de aproveitar, crédito indevido e as cópias dos documentos fiscais, fls. 07/52.

Cópia de livros e documentos, fls. 53/241.

A atuada comparece a lide representada por profissional habilitado, relata os fatos, solicita uma preliminar de retirada da lide dos solidários citando juristas e decisões judiciais que entendem serem pertinentes a este caso.

Comenta que a infração denunciada é de simples inadimplemento não comportando, portanto indicação de solidário.

Fala em nulidade do feito por cerceamento ao direito de defesa entendendo que inexistente no processo como foi o cálculo dos juros e correção monetária, daí ser impossível a empresa exercer seu direito de defesa, consagrado na CF.

No mérito fala que os valores escriturados estão corretos que tem direito aos créditos, inclusive garantidos pelo Código Tributário do Estado de Goiás, diz que tomou os valores de créditos tal qual destacados nas notas fiscais.

Cita a LC 87/96 e a CF para dizer que tem seu direito garantido, comenta que o ICMS aproveitado foi tributado de acordo com a legislação do Estado em que houve o abastecimento e não com a legislação goiana e que a regra estabelecida em Goiás é impertinente.

Reproduz a legislação goiana e a federal solicitando a manutenção dos valores creditados.

Fala que a multa aplicada ao caso afronta os princípios do não confisco e da capacidade contributiva, consagrados na CF, reproduz decisões judiciais a respeito do tema e pede que esta instância aprecie seu pedido de ilegalidade da norma.

Pede ao final retirada da lide do solidário, nulidade por cerceamento ou a improcedência do feito.

Informa fls. 306/07, endereço para onde deverão ser dirigidas as intimações de estilo.

FUNDAMENTOS DE FATOS E DE DIREITO

A primeira preliminar de nulidade a ser analisada neste processo é a de cerceamento ao direito de defesa. Segundo a defesa seu pedido estaria sustentado no fato de não saber como foram feitos os cálculos dos juros e correção, inviabilizando assim seu direito de defesa consagrado na CF.

Para fins de argumentação inicial informo a defesa que possíveis erros de cálculos, quando comprovados, não tem o poder de anular um auto de infração, ao contrário podem ser corrigidos.

No caso, entretanto, o pedido é no sentido de que não se sabe como foram feitos os cálculos de atualização do crédito tributário.

A parte passiva foi notificada do feito com base na intimação de fls. 243, onde estão impressos os valores relativos ao imposto, multa, juros, correção monetária e o total.

Bastaria para a parte passiva ter verificado o rodapé da referida intimação que nela consta, quais os dispositivos legais que foram utilizados para corrigir o valor originário exigido na inicial.

Está bastante claro a expressão “crédito tributário corrigido nos termos dos artigos 481, 482 e 483 do Dec 4852/97 (RCTE)”, deste modo não há como considerar o pedido da defesa.

Rejeito a solicitação de nulidade processual.

A outra preliminar solicitada é de retirada da lide da pessoa indicada como solidário.

Consta dos autos que a pessoa indicada é o sócio-administrador da autuada e foi indicado como solidário com base no artigo 45, XII do CTE, que reproduzo:

“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;”

Da leitura do texto reproduzido fica claro que o fisco pode indicar solidários nas omissões de pagamento de imposto, sendo estas acionistas, diretores, sócios, administradores etc... decorrentes dos atos que praticarem que resulte na omissão do tributo.

No caso deste processo, como já foi dito a pessoa indicada é o sócio-administrador e a omissão decorreu de aproveitamento indevido de crédito.

A única alegação da defesa para sustentar seu pedido de retirada da lide é que a infração é de simples inadimplemento de pagamento, esta afirmação não é verdadeira, a acusação não é de falta de pagamento de imposto lançado e sim de omissão de pagamento por se utilizar de créditos indevidos (aproveitamento de valores de imposto a maior que o destacado em documento fiscal).

Com base na razão anterior e no texto legal reproduzido, mantenho o solidário na lide.

No mérito a alegação da defesa é mais contra a lei em tese, já que se limita a falar em ilegalidade e direito ao crédito assegurado na LC e CF.

É bem verdade que o princípio do direito ao crédito está consagrado na CF, entretanto este direito deve se submeter as normas legais. Não pode um contribuinte a seu bel prazer lançar em seus livros um valor inexistente nos documentos fiscais, a lei não estabelece esta hipótese, ao contrário limita o crédito ao valor destacado em documento fiscal idôneo, cobrado nesta ou outra unidade federada.

Apenas para exemplificar, se tomar-mos a primeira nota fiscal que está copiado nos autos (116779 fls.09), vemos que o valor destacado naquele documento de ICMS é 70,38, estando informado também a base de cálculo R\$ 414,02 e a alíquota de 17%.

Se verificarmos o demonstrativo para o mês em questão (01/2007), vemos que o contribuinte aproveitou de ICMS R\$ 103,50 que corresponde a uma alíquota de 25% para a mesma base de cálculo, ora esta alíquota e este valor de crédito nem de longe estão informados na nota fiscal, observo que esta explicação vale para os demais documentos.

A alegação da parte passiva de que tem direito ao crédito destacado no documento fiscal, portanto perde o sentido, já que o valor aproveitado não esta destacado, ou seja, realmente foi aproveitado valor a maior de crédito conforme informado na peça inaugural.

Apesar de a defesa dizer que não existe base legal para a exigência, entendo que o procedimento tem amparo nas normas legais em especial os artigos 58 do CTE e 46 do RCTE, que limitam o direito ao crédito do imposto ao valor correto destacado em documento fiscal.

"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:

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

“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 tenham sido prestado o serviço, está condicionado à:

I - idoneidade da documentação fiscal, emitida por contribuinte em situação regular perante o fisco, e esteja acompanhada, quando exigido, do comprovante do pagamento do imposto ou de documento de controle previsto na legislação tributária;

II - escrituração, quando exigida, nos prazos e condições estabelecidos na legislação tributária;

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

A outra alegação da defesa no mérito é de que a multa aplicada ao caso afronta os princípios do não confisco e da capacidade contributiva, pedindo que esta instância administrativa aprecie a ilegalidade da norma.

Digo a defesa que pedidos de ilegalidade e de multa confiscatória só podem ser apreciados no poder judiciário, além do mais na legislação processual goiana consta do artigo 6 da Lei 16.649/09:

“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.”

Fica claro, portanto que o pleito da defesa não tem condições de ser analisado nesta instância administrativa.

Considerando as explicações anteriores e a prova efetiva que consta do trabalho fiscal anexado aos autos, vejo que a infração denunciada esta comprovada e neste caso o pedido da defesa não tem condições de 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 23 de Janeiro de 2012.

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

Matéria: Omissão de pagamento do imposto declarado na DPI - erro no preenchimento do DARE (Improcedência)

Julgador: Luis Fernando Corrêa Rigo

SENTENÇA N.º 00224/12 – JULP

Lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

DO RELATÓRIO

Trata-se de lançamento exigindo um crédito tributário pelo não recolhimento do imposto lançado a partir de um documento de informação extraído do banco de dados da SEFAZ/GO, e que não foi recolhido tempestivamente pelo polo passivo.

A defesa, instaurando o contraditório, via Revisão Extraordinária, alega ter retificado o DARE de pagamento por erro no seu preenchimento, logo, quer a improcedência da exordial.

DA DESCARACTERIZAÇÃO DA NÃO CONTENCIOSIDADE

Nos termos do que foi visto acima, trata-se de um processo sujeito a não contenciosidade e dessa forma, 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.

Então, analisando toda a documentação trazida aos autos observa-se que realmente a empresa, conforme documentos de folhas retro e nova DPI-SARE retificada, recolheu o valor exigido.

Frise-se que a parte passiva foi contemplada e teve assegurado o seu direito de defesa, nos termos da lei processual acima citada, trazendo prova concreta da inexistência do crédito tributário. Posto isto, concluo estar descaracterizada a não contenciosidade do referido processo.

DA CONCLUSÃO

Por tudo até aqui mencionado e diante dos fatos e fundamentos jurídicos acima, concluo haver elementos nos autos suficientes para descaracterização da não contenciosidade, logo, conheço da Impugnação, dou-lhe provimento, para decidir pela IMPROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco.

ENCAMINHE-SE para as providências legais.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 26 dias do mês de janeiro de 2012.

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

Matéria: IPVA - omissão de recolhimento (Procedência)

Julgador: David Fernandes de Carvalho

SENTENÇA N.º 00264/12 – JULP

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo deixou de efetuar o pagamento de IPVA dos exercícios de 2008 e 2009, relativo ao veículo Peugeot/Boxer Vioda AMB, placa NGR 3782, sujeitando-se, em consequência, ao pagamento do imposto no montante de R\$3.732,14 (três mil, setecentos e trinta e dois reais e quatorze centavos), mais acréscimos legais.

Propôs-se a penalidade prevista no art. 106, inciso I, da Lei nº 11.651/91, com a redação conferida pela Lei nº 13.772/00.

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece tempestivamente aos autos e impugna a ação fiscal alegando o seguinte:

a) que é inconstitucional a cobrança do IPVA no presente caso em virtude do princípio da imunidade recíproca, que veda a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços da União, dos Estados ou Distrito Federal e Municípios;

b) que, também, o Código Tributário Estadual isenta do pagamento do IPVA os veículos destinados aos serviços de ambulância, conforme verifica-se no presente caso.

Junta aos autos cópia do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo onde consta que o proprietário do mesmo é o Fundo Municipal de Saúde e constando a observação no campo próprio "Ambulância". Pede que a notificação de lançamento seja julgada improcedente.

Considerando as alegações do impugnante, às fls. 27 dos autos a autoridade julgadora remete o processo em diligência para intimação do sujeito

passivo no sentido de este providenciar junto à Coordenação do IPVA da Superintendência de Administração Tributária – SAT/SEFAZ a expedição de ATO DECLARATÓRIO de não-incidência (município) ou isenção do imposto (ambulância), para instrução processual adequada no sentido do reconhecimento do direito que o mesmo alega em sua peça de defesa.

Não obstante, o impugnante não compareceu aos autos, depois de regularmente intimado.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Tratam os presentes autos de cobrança de IPVA de veículo automotor ano fabricação 2007 pertencente ao sujeito passivo em epígrafe, relativo aos anos de 2008 e 2009, na forma do disposto nos arts. 396 e 397 do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - Decreto nº 4.852/97 -, que transcrevo abaixo:

“Art. 396. O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA - é o tributo patrimonial que incide sobre a propriedade de veículo automotor aéreo, aquático ou terrestre, quaisquer que sejam as suas espécies, ainda que o proprietário seja domiciliado no exterior (Lei nº 11.651/91, art. 90).

Parágrafo único. O imposto é vinculado ao veículo.

Art. 397. Ocorre o fato gerador do IPVA (Lei nº 11.651/91, art. 91):

I - na data da primeira aquisição do veículo novo por consumidor final;

.....

V - no dia 1º de janeiro de cada ano, em relação a veículo adquirido em exercício anterior.”

Observa-se que houve a ocorrência do fato gerador do IPVA em 1º de janeiro de 2008 e 1º de janeiro de 2009 e mesmo havendo o escalonamento nos diversos meses dos respectivos exercícios, não houve o pagamento do imposto lançado pelo Estado de Goiás.

Enviados os autos em diligência para que o sujeito passivo fizesse valer o seu direito mediante o reconhecimento da Secretaria da Fazenda, o sujeito passivo não compareceu aos autos depois de regularmente intimado para tanto.

Nesse sentido, o objeto do presente processo deve ser analisado à vista do que dispõe o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE, a seguir transcrito:

“Art. 401. É isenta do IPVA a propriedade dos seguintes veículos (Lei nº 11.651/91, art. 94):

.....

III - destinado exclusivamente ao socorro e transporte de ferido ou doente;

.....

§ 5º As isenções de que trata o caput deste artigo, exceto as previstas no seu inciso X e § 1º, devem ser objeto de reconhecimento prévio, por ato do titular do órgão próprio da Secretaria da Fazenda, mediante requerimento do interessado instruído com:

I - documento comprobatório da destinação do veículo;

II - se pessoa jurídica, cópia autenticada dos atos constitutivos consolidados e de ata da assembléia geral que tenha eleito a diretoria;

III - cópia autenticada da Cédula de Identidade e CIC (CPF/MF);

IV - documento de aquisição do veículo;

V - roteiro de solicitação de serviço, no órgão de trânsito, com indicação da placa do veículo.

VI - Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo - CRLV -, caso já tenha ocorrido o licenciamento;

VII - comprovante ou declaração de endereço do proprietário.

.....

Art. 402. O IPVA não incide sobre a propriedade de veículo pertencente (Lei nº 11.651/91,):

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

.....

§ 2º A concessão da não-incidência de que trata o caput deste artigo para pessoas jurídicas ainda não registradas no sistema próprio, deve ser objeto de reconhecimento prévio da administração tributária, mediante requerimento do interessado instruído com:

I - documento comprobatório da propriedade do veículo;

II - cópia do CNPJ;

III - cópia dos atos constitutivos e de ata da assembléia geral que tenha eleito a diretoria;

IV - roteiro de solicitação de serviço, no órgão de trânsito, com indicação da placa do veículo ou documento equivalente;

V - Certificado de Entidade Filantrópica, fornecido pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, nos casos de ser o requerente entidade de assistência social.”

Depreende-se da legislação retrotranscrita que as alegações do impugnante são passíveis de acolhimento, mas que para tanto há um

procedimento próprio junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás no sentido de verificar, pelo órgão habilitado, mediante a análise da documentação especificada nos dispositivos acima, a procedência ou não do pedido de reconhecimento de não incidência ou isenção do IPVA.

Ocorre que o sujeito passivo devidamente intimado para providenciar o ato declaratório de reconhecimento de não incidência ou isenção, foi omissivo, não adotando as medidas exigidas nos dispositivos legais transcritos acima e dessa forma não fazendo prova do seu direito.

Assim sendo, não há prova da descaracterização da não contenciosidade, na forma exigida pelo art. 36 da Lei nº 16.469/09.

CONCLUSÃO

Isso posto, não conheço do pedido de descaracterização da não contenciosidade e juro PROCEDENTE a notificação de lançamento.

INTIME-SE PARA PAGAR.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 2 dias do mês de fevereiro de 2012.

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

Matéria: Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido - registro do ICMS inferior ao constante da Nota Fiscal (Procedência)

Julgador: Zenewton Rimes de Almeida

SENTENÇA N.º 00282/12 – JULP

DO RELATÓRIO

Trata-se de exigência de imposto acrescido das cominações legais, referente à detecção de omissão do pagamento do ICMS, em razão de proceder ao registro desse imposto no Livro Registro de Saída de mercadorias em valor inferior ao constante dos documentos fiscais apontados no levantamento, conforme apurado pela Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido.

Devidamente intimados os sujeitos passivos, o principal compareceu ao feito de forma tempestiva, discorrendo sobre a suposta inconstitucionalidade do benefício fiscal e da exigência do recolhimento do Protege para usufruí-lo, citando a legislação pertinente ao assunto e alegando ofensa ao princípio da legalidade, para, finalmente, pedir pela anulação do ato praticado pelo fisco nos termos prescritos na Lei nº 13.800/2001 e 13.469/09.

Um dos sócios, cujo empréstimo efetuado à empresa atuada deu origem a parte do litígio em outro procedimento, compareceu ao feito questionando apenas sua legitimidade passiva, os demais apontados como solidários, apesar de

intimados, não compareceram tempestivamente à lide e, em consequência disso, foi lavrado o correspondente Termo de Revelia em seus nomes.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Primeiramente, deve ser observado que é vedado a esta Casa de julgamento administrativo apreciar supostas inconstitucionalidades presentes na legislação tributária estadual, ou mesmo questioná-la ou a ela se opor, diante do que se encontra prescrito no § 4º do art. 6 da Lei nº 16.469/09.

Em consequência disso e diante da demonstração inequívoca de benefício fiscal indevidamente utilizado em desacordo com a legislação tributária estadual e, como bem afirmou a defendente, que prescreve para a respectiva fruição a exigência do recolhimento da doação do PROTEGE, friso, que não seria uma mera condição, mas uma condição prevista na legislação tributária goiana para a utilização desse benefício fiscal, que, sabemos, não poderá ser aqui questionada e, em virtude disso, de pronto, deverá ser mantido integralmente este procedimento, pois não poderia a empresa autuada utilizá-lo sem o recolhimento integral ao Fundo do Protege Goiás, senão vejamos:

"Art. 1º Os benefícios fiscais, a que se referem os arts. 83 e 84 deste regulamento, são disciplinados pelas normas contidas neste anexo.

(...)

§ 3º A utilização dos benefícios fiscais contidos nos seguintes dispositivos deste Anexo é condicionada a que o contribuinte contribua com o valor correspondente ao percentual de 5% (cinco por cento) aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com aplicação da tributação integral e o calculado com utilização de benefício fiscal, para o Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás - PROTEGE GOIÁS (Lei nº 14.469/03, art. 9º, II e § 4º):

(...)

III - incisos III, V, apenas em relação à operação com produto resultante do abate de asinino, equino, caprino e muar, VII, IX, XV, XVIII, XX, XXI, XXIII, XXIV, XXV, XXVIII, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV e XXXV, todos do art. 11.

NOTA: Redação com vigência de 01.01.06 a 31.07.08.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO III DO § 3º DO ART. 1º PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 6.769, DE 30.07.08 - VIGÊNCIA: 01.08.08.

III - incisos III, V, IX, XVIII, XX, XXIII, XXV, XXVIII, XXXI, XXXII, XXXIV e XXXV, todos do art. 11."

Portanto, diante dessa prescrição legal, de uma acusação fiscal clara e precisa, das fundamentações legais mencionadas na peça basilar, fica, por consequência, afastado qualquer vício anulatório do feito, pois o lançamento possui sustentação em nossa legislação tributária, que aqui não pode ser questionada, repito.

Nesse aspecto, caberia apenas acrescentar que o fisco nada mencionou a esse respeito, entretanto, fica aqui afastada a influência dessa argumentação para solução do litígio, entretanto, apenas como um comentário, se o benefício fiscal previsto em legislação tributária estadual seria inconstitucional no entendimento da impugnante, porque o seria apenas quanto apresenta condição para sua fruição, quanto a esta não.

Sendo assim, friso, a acusação não foi afastada nem através de comprovação fática e/ou pela apresentação de fundamentação legal que oferecesse arrimo uma decisão pela anulação do feito como se pretendeu.

Quanto à ilegitimidade passiva de um dos sócios também carece de prova documental, pois sua saída da administração da sociedade foi depois do exercício auditado e, portanto, possuía esse sócio o poder de administração quanto aos fatos gerados apontados, observa-se, que são do exercício de 2009 e sua saída só se deu no exercício seguinte.

Finalmente, observa-se que os demais sujeitos passivos, apesar de intimados, não compareceram ao feito e, por isso, foi lavrado o Termo de Revelia contendo seus nomes.

DA CONCLUSÃO

Diante destes fatos, conheço da impugnação, nego-lhe total provimento, na forma e no mérito, por ausência de comprovação fática e arrimo legal, decidindo, por consequência, pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação.

INTIMEM-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 31 dias do mês de janeiro de 2012.

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

Matéria: Auditoria do Valor Adicionado - omissão da saída de mercadoria tributada (Procedência)

Julgador: Jeovalter Correia Santos

SENTENÇA N.º 00546/12 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o pagamento de ICMS em função da omissão de registro de Saídas de venda de mercadoria tributada no exercício de 2009, constatada por meio de Auditoria do Valor

Adicionado. Propõe a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea “I”, § 9º, inciso I, da Lei 11.651/91.

A acusação comprova a infração com os papéis de trabalho da Auditoria do Valor Adicionado por meio da qual o ICMS devido é calculado, Termo de Arbitramento, Extrato de Consulta a situação cadastral do sujeito passivo, com auto de infração por não registro das notas fiscais, Termo de Desconsideração da Escrita Contábil, cópias dos livros fiscais e outros documentos.

Foram indicados como sujeitos passivos solidários [...], [...], [...] e [...] por terem concorrido com a prática da infração tributária nos termos do art. 45, inciso XII, do CTE.

Regularmente intimados, os sujeitos passivos solidários foram considerados revéis por não terem apresentado suas defesas no prazo legal.

A atuada principal apresenta impugnação alegando que o lançamento foi baseado em informações do SINTEGRA que são alimentadas pelos fornecedores, as quais não comprovam que as mercadorias ingressaram no estabelecimento do contribuinte, mas apenas em território goiano.

Alega que a fiscalização, tampouco, comprovou o ingresso das mercadorias no estabelecimento da atuada com o respectivo recibo de entrega, mas deduziu que houve o fato gerador do ICMS a partir de indícios considerados com a identificação de notas fiscais pelo sistema SINTEGRA que teriam sido destinadas à impugnante, as quais não teriam sido escrituradas, portanto, o fisco deduziu que os seus valores foram pagos com recursos oriundos de vendas não contabilizadas, cujo raciocínio, apesar de engenhoso, é totalmente equivocado, mas foi a base para o arbitramento da base de cálculo.

A atuada nega, com veemência, que as mercadorias tenham ingressado em seu estabelecimento. Advoga, baseada em Acórdão deste Conselho, que em face da fiscalização não ter juntado as notas fiscais, o auto seja julgado nulo.

Discorda da forma como foram apurados os valores lançados, pois a fiscalização não considerou a existência de operações com isenção do imposto nos termos do § 2º do art. 25 do CTE. Pede que os autos sejam convertidos em diligência para comprovar que a empresa realiza operações sujeitas ao benefício da isenção parcial, no caso com redução da base de cálculo. Não apresenta provas de suas alegações, pede a improcedência do lançamento.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Não se verifica qualquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 20 da Lei n.º 16.469/09. Na medida em que a autoridade fiscal atuante é competente para realização do procedimento e para lançamento do crédito, que a infração foi identificada corretamente e que o sujeito passivo foi regularmente identificado e notificado, conforme justificarei.

Ao contrário da alegação da autuada, a fiscalização anexou, sim, notas fiscais aos autos conforme comprovam os documentos de fls. 1004/1158 bem como as constantes dos arquivos gravados em CD, fls. 1592. Descarto de pronto o pedido de nulidade do lançamento.

A Auditoria do Valor Adicionado consiste no cotejo do valor adicionado apurado com base nas informações do contribuinte (1) e o valor adicionado previsto na legislação para a atividade do contribuinte (2), sendo a diferença a menor entre (2) e (1) considerado omissão de registro de vendas de mercadorias.

Os fundamentos legais para o lançamento em questão, ao contrário das alegações do sujeito passivo estão ancorados no dispositivo legal que estabelece a presunção de omissão de saídas de mercadorias para a diferença a menor de valor adicionado é o parágrafo 1º, inciso VIII, do artigo 25 do CTE:

"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:

.....

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;"

A regulamentação de tal dispositivo legal veio com a Instrução de Serviço nº 07/04 - SGAF que em seus arts. 1º e 2º, inciso II, abaixo descrito, estabelecem que a falta do registro de notas fiscais de entrada enseja a aplicação da auditoria do valor adicionado e o arbitramento do valor das operações, parágrafo 1º, inciso VIII, do artigo 25 do CTE.

"Art. 1º A aplicação da Auditoria do Valor Adicionado, para efeito de fundamentar lançamento de crédito tributário, somente deve ser efetivada quando constatada irregularidades na escrituração fiscal ou contábil do contribuinte.

Art. 2º São ocorrências na escrituração fiscal ou contábil do contribuinte, que ensejam o arbitramento do valor das operações de saídas tributadas, especialmente:

.....

II - falta de registro de documentos fiscais de entradas, relativos a mercadorias adquiridas para industrialização ou comercialização (Lei n.º 11.651/91, art. 148, § 3º, XII);"

Está, fartamente, comprovado o não registro das notas fiscais de entradas de mercadorias, inclusive com a lavratura do auto de infração nº 4011102756446, fls. 15/18 cuja motivação para a sua lavratura foi, justamente, o não registro das notas fiscais de entrada de mercadorias.

Com isso, mesmo sendo os trabalhos de Auditoria de natureza indiciária e presumida (§ 1.º, do artigo 25 do CTE), ainda assim, invertem o ônus da prova ao sujeito passivo que deveria apresentar argumentos, acompanhados de provas de que as mercadorias, realmente, não ingressaram no seu estabelecimento, que pudessem rechaçar o lançamento que foi demonstrado, com clareza e objetividade pelo fisco às fls. 14, não o fazendo a contento, os atos administrativos presumem-se realizados de acordo com o Princípio da Legalidade. Portanto, a exigência fiscal deve prosperar.

Com relação às alegações do sujeito passivo de que a fiscalização não levou em consideração que a empresa realiza operações isentas, não tributadas ou com redução da base de cálculo, também, não procedem, por dois motivos: o primeiro é que o levantamento foi elaborado de forma segmentada por regime de tributação com as operações tributadas, isenta e não tributadas e sujeitas ao regime de substituição tributária discriminadas de forma separada, ou seja, a base de cálculo utilizada para o lançamento só levou em consideração as mercadorias tributadas, conforme prova o documento de fls. 14.

O outro motivo está na explicação contida no anexo estruturado de fls. 04, onde a fiscalização informa que utilizou a alíquota média de 10%, encontrada pela divisão do total do imposto debitado, pelo total das saídas. Com essa medida a fiscalização ponderou o valor da tributação parcial ou das mercadorias comercializadas com base de cálculo reduzida. Rejeito, dessa forma, o pedido de conversão dos autos em diligência.

Assim sendo, entendo que o lançamento do crédito tributário cumpriu as exigências do artigo 160 do CTE, decido pela manutenção da exigência fiscal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento e declaro PROCEDENTE o lançamento em questão na forma fundamentada pela fiscalização na peça básica.

Intime-se.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 13 dias do mês de fevereiro de 2012.

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

Matéria: Omissão de saída de mercadoria tributada - Controle paralelo arquivo digital apreendido (Procedência)

Julgador: Gilmar Rodrigues de Almeida

RELATÓRIO

O fisco, considerando infringidos os artigos 25, § 1.º, VI; 64, § 2.º; e 66, da lei n.º 11.651/91, impôs ao sujeito passivo, nos termos do artigo 71, VII, "I" (éle), e § 9.º, I (inciso um), da lei n.º 11.651/91, c/redação da lei 16.241/08, a obrigação de pagar ICMS no valor de R\$ 2.746.698,44 (dois milhões, setecentos e quarenta e seis mil, seiscentos e noventa e oito reais e quarenta e quatro centavos), mais acréscimos legais, pela omissão de saídas de mercadorias tributadas no importe de R\$ 18.011.137,21, no período de 01/08/10 a 31/03/11, apurado pelo confronto entre os valores declarados nos livros próprios (vendas registradas) e os valores das saídas reais (efetivas) de mercadorias encontrados em bancos de dados informatizados que o contribuinte utilizava para registrar as suas operações de saídas, de acordo com a proporcionalidade (calculada conforme § 2.º do artigo 25 da lei n.º 11.651/91) de comercialização de mercadorias tributadas em relação ao total comercializado no período.

Instruem o lançamento, dentre outros, com os seguintes documentos/demonstrativos: 1) Anexos Estruturados – de Detalhamento do Crédito Tributário, Descritivo Complementar da Ocorrência e de Identificação do Sujeito Passivo Coobrigado; 2) cópias do contrato social e de espelhos de dados da JUCEG; 3) Relatório Descritivo de Fiscalização; 4) Relação de Notas Fiscais Eletrônicas destinadas à empresa atuada (para efeito de cálculo da proporcionalidade prevista no § 2.º do artigo 25 da lei n.º 11.651/91); 4) Relatório de Ajustes das Omissões de Saídas e de Apuração do Valor do Imposto omitido; 5) Termo de Copiagem e Autenticação de Arquivos Magnéticos e Digitais; 6) Cópias de Notificações Fiscais; 7) Termos e comprovantes diversos; 8) Cópias dos livros RAICMS, Registro de Entradas, Registros de Saídas e Registro de Inventário dos períodos de referência do auto de infração; e 9) e mídias em CD's.

Intimada, a atuada atravessa peça de defesa em 1.ª instância, na qual pugna pela nulidade do lançamento, sob a alegação de cerceamento da defesa, haja vista as genéricas, a seu ver, descrição do fato, indicações do período de sua ocorrência, do dispositivo legal infringido e da penalidade proposta. Alega também que há bis in idem na exigência fiscal, porquanto um outro auto de infração descreve a mesma causa petendi, qual seja, o mesmo suposto fato gerador (omissão de saída de mercadorias). Sucessivamente, pede a aplicação da multa na forma privilegiada do § 8.º do artigo 71 da lei n.º 11.651/91.

Ao final, cautelarmente, pede a realização de diligência junto ao contribuinte com o escopo de se determinar precisamente a irregularidade cometida.

Junta procuração, termo de nomeação de inventariante e outros documentos.

Declarada a revelia do coobrigado solidário (fls.231).

Relatados, decido.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Cuidam estes autos de cobrança de ICMS, mais acréscimos legais, em decorrência de infração à legislação tributária pela omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada no confronto entre os valores declarados nos livros fiscais próprios e os valores das saídas reais de mercadorias encontrados em bancos de dados informatizados utilizados pelo contribuinte para registrar suas operações de saídas.

Não existe o alegado *bis in idem*, pois o fato gerador da obrigação tributária consubstanciada nestes autos é a omissão de saídas de mercadorias tributadas, enquanto que o fato gerador da obrigação exigida no auto de infração n.º 4.01.11.037930.00, a omissão de saídas não tributadas. Distintos, portanto, os fatos geradores.

Ademais, a omissão total das saídas de mercadorias importou em R\$ 46.741.538,53, enquanto que a base de cálculo deste lançamento, apurada pela proporcionalidade do artigo 25, § 2.º, da lei n.º 11.651/91, correspondente ao valor da omissão de saídas de mercadorias tributadas é no importe de R\$ 18.011.137,21. O valor sobejante de R\$ 28.730.446,32, correspondente às omissões (saídas sem emissão de documentos fiscais) de mercadorias não tributadas (incluindo-se as isentas, sujeitas à substituição tributária e sobre as quais não há incidência de ICMS), fora a base de cálculo da multa imposta pelo AI n.º 4.01.11.037930.00 (acima citado).

O pedido de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, sob a alegação de falta de precisão e clareza na descrição do fato, do dispositivo legal infringido e da penalidade proposta, será analisado juntamente com o mérito da autuação, porquanto se confundem.

Embora não alegadas, não há outras hipóteses de nulidades do artigo 20 da lei 16.469/09.

Não há erro na exigência fiscal, porquanto, dos demonstrativos que embasam o auto de infração, infere-se que a base de cálculo (valor da omissão das saídas tributadas) do ICMS exigido é a diferença entre o total da omissão de saídas e o total da omissão de saídas não tributadas, apurados pela confrontação dos dados referentes às vendas consignadas no banco de dados informatizado apreendido com os registros fiscais realizados em cada um dos períodos informados, nos termos da autorização legal de presunção de que as vendas realizadas por meio de controles paralelos, sem a emissão de documento fiscal (artigos 64, § 2.º, e 66, da lei 11.651/91), constituem-se em omissão de saídas de mercadorias tributadas, conforme estabelecido no § 1.º, VI, e § 2.º, do artigo 25 da lei 11.651/91:

“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:

(...)

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;

§ 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.

(...)

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.

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.”

Como houve omissão de saídas de mercadorias tributadas, o sujeito passivo deixou de pagar imposto. Neste caso, sobre a multa aplicada não pode incidir a forma privilegiada do § 8.º do artigo 71 da lei n.º 11.651/91, incidindo a forma qualificada insculpida no § 9.º do referido artigo. *Verbis*:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

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;

(...)

FORMA PRIVILEGIADA

§ 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. (grifamos).

(...)

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: (grifamos).

I - 60% (sessenta por cento), observado o disposto no inciso seguinte;”

Assim, verifica-se a desnecessidade de diligência junto ao sujeito com a finalidade de demonstrar-lhe com precisão a infração cometida, porquanto cristalinamente demonstrada na autuação.

Finalmente, considerando-se que o lançamento preencheu todas as condições do artigo 142 do CTN (160 da lei 11.651/91), deve, por estar escorreito e seguro, prosperar.

CONCLUSÃO

Ex positis, conheço da impugnação e nego-lhe provimento no sentido de julgar PROCEDENTE a exigência fiscal.

Intime-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia (GO), aos 12 dias de março de 2012.

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

Matéria: Nota Fiscal Inidônea - Aquisição de mercadoria em nome de pessoa natural por contribuinte inscrito no CCE (Procedência)

Julgador: David Fernandes de Carvalho

SENTENÇA N.º 00660/12 – JULP

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

RELATÓRIO

Consta do presente processo que o sujeito passivo prestou declaração falsa ao utilizar notas fiscais, constantes de levantamento, no valor comercial de R\$84.441,50, nas quais se consignou indevidamente os dados da pessoa física, quando o real destino das mercadorias é a empresa [...], inscrita no CCE sob o nº 10.320.139-4, conforme endereço descrito no campo próprio, e ainda, o nome de fantasia [...], inserido junto ao campo da razão social dos referidos documentos fiscais, sujeitando-se, em consequência, ao pagamento de multa formal no percentual equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor das mercadorias, na importância de R\$42.220,76 (quarenta e dois mil, duzentos e vinte reais e setenta e seis centavos), mais acréscimos legais.

Foram citados como dispositivos legais infringidos o art. 64 do CTE e o art. 163, II, do RCTE.

A penalidade proposta é a tipificada no art. 71, inciso XII, alínea "a", item 4, do CTE com as redações conferidas pelas Leis nºs 15.505/05 e 16.241/08.

Para instrução processual, juntou-se ao feito planilha que relaciona os documentos fiscais identificados pelo número, data de emissão, inscrição estadual e CNPJ/MF do emitente, constando o valor da operação totalizado mês a mês; anexou-se, também, cópias das notas fiscais relacionadas na planilha.

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece ao processo e impugna a ação fiscal alegando que é nulo o auto de infração por cerceamento do direito de defesa, em virtude da inexistência de justa causa para a sua lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude, e pelo fato de os livros fiscais estarem retidos na Delegacia Fiscal de Morrinhos, além de que os dispositivos legais citados não possibilitam o entendimento esposado na exação; no mérito, reafirma que é impossível analisar as questões meritórias porque os documentos estão retidos pela autoridade fiscal e que nunca houve intenção de lesar o fisco, ocorrendo apenas um erro material por parte das empresas emissoras dos documentos fiscais.

Pede que se julgue o auto de infração improcedente.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

No presente processo, o fisco promove a cobrança de multa formal, mais acréscimos legais, decorrente de infração à legislação tributária estadual consistente em declaração falsa quanto ao destinatário das mercadorias.

A materialidade da infração consiste na existência de cópias das notas fiscais anexadas aos autos que traz como destinatário formal das mercadorias a pessoa de Morivaldo Machado Galvão, entretanto citando-se o número do CPF/MF

da pessoa física respectiva, e omitindo-se os números do CNPJ/MF e da inscrição estadual da empresa individual.

Descarto a ocorrência de nulidade processual pelo motivo aventado pela defesa. Com efeito, a justa causa para a autuação fundamenta-se no não cumprimento de obrigações tributárias acessórias, com infração da legislação tributária, o que se encontra devidamente comprovado nos autos, tendo a fiscalização o cuidado de juntar ao processo cópia das notas fiscais que trazem a materialização da infração, o que possibilita ao impugnante sua ampla defesa, pois o feito e toda a documentação permaneceram no NUPRE de origem no prazo fixado na intimação para acesso do sujeito passivo.

Dessa forma, a defesa apresentada pelo impugnante é marcada apenas por meras alegações desprovidas de fundamentação de fato ou de direito, não havendo que se falar em nulidade quando do processo constam elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator (§ 3º do art. 20 da Lei nº 16.469/09).

No mérito, insta observar que o Código Tributário Nacional prevê a obrigatoriedade do cumprimento de obrigações acessórias, nos termos do art. 113, §§ 2º e 3º, que transcrevo abaixo:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

.....

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto nas prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente a penalidade pecuniária.”

Observa-se que a obrigação acessória tem existência distinta da obrigação principal, embora seu desiderato seja a arrecadação e fiscalização dos tributos, sendo que a inobservância da obrigação acessória implica em pagamento de penalidade pecuniária.

A fiscalização constatou que ocorrera descumprimento de obrigação tributária acessória, porquanto não se indicou no documento fiscal o verdadeiro destinatário das mercadorias, mas foram realizadas transações comerciais ocultando os dados cadastrais (CCE e CNPJ) deste, a favor da pessoa física.

Dessa forma, está perfeitamente caracterizada a infração, conforme documentação fiscal anexada ao processo.

A alegada ausência da intenção de lesar o fisco é irrelevante, à vista do disposto no art. 136 do CTN que prescreve que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Não se pode perder de vista,

também, que a ausência de menção no documento fiscal da inscrição estadual e CNPJ/MF da firma individual causa prejuízos à fiscalização, mormente considerando-se que hodiernamente a fiscalização de tributos ampara-se em informações prestadas em meio magnético (SINTEGRA), que traz como elemento fundamental para o desenvolvimento do trabalho do fisco os dados cadastrais do contribuinte, mormente inscrição estadual e inscrição na receita federal.

A informação errada quanto aos dados cadastrais é de responsabilidade do sujeito passivo autuado, tendo em vista que cumpre ao mesmo informar ao emitente do documento fiscal quais os dados do destinatário das mercadorias, devendo, em caso de erro, adotar providências junto ao emitente para a sua correção. Outrossim, é de se notar que o falado “equivoco” perdurou ao longo de quase três anos e centenas de notas fiscais emitidas, o que demonstra a intenção de permanecer no erro.

Para clareza da decisão, transcrevo abaixo a penalidade prevista para o ilícito:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

.....

XII - equivalentes aos percentuais de:

a) 50% (cinquenta por cento) do valor da operação ou prestação:

.....

4. pela emissão ou utilização de documento fiscal no qual se consigne valor diverso ao que efetivamente corresponder ao da operação ou da prestação ou declaração falsa quanto ao remetente ou destinatário da mercadoria ou serviço;

Portanto, ao adquirir mercadoria e fazer declaração falsa quanto ao destinatário destas, o autuado infringiu a legislação tributária, incorrendo na multa formal pelo fato de não ter declarado os dados reais da empresa destinatária.

Considerando a correta instrução processual e a ausência de razões constantes da impugnação para ilidir com sucesso o procedimento fiscal, decido pela procedência do auto de infração.

CONCLUSÃO

Isso posto, não acolho a alegação 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 no presente processo.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 22 dias do mês de março de 2012.

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

Matéria: Auditoria do Prejuízo na Conta Mercadoria - Não estorno do crédito na proporção do prejuízo detectado (Procedência)

Julgador: Jeovalter Correia Santos

SENTENÇA N.º 00748/12 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o pagamento de Multa Formal em razão do não estorno do crédito apropriado na proporção do prejuízo detectado na conta mercadoria. Foi proposta a multa prevista no art. 71, inciso IV, alínea “b”, do CTE com redação da Lei n.º 14.634/03.

A acusação comprova a infração com os papéis de trabalho da Auditoria do Prejuízo na Conta Mercadoria e da Auditoria Básica do ICMS e com cópias das folhas dos livros fiscais de apuração do ICMS e de inventário.

Regularmente Intimado, o sujeito passivo impugna o lançamento alegando que é uma sociedade cooperativa que não objetiva lucros, ou seja, não busca resultados econômicos para si, conforme o art. 3º da Lei nº 5.764/71.

As operações da autuada com os seus cooperados não são considerados operações mercantis e sim ato cooperativo. Sendo assim, as notas fiscais de entradas de mercadorias da impugnante não necessariamente representam operação comercial, pois os seus valores foram calculados com base em pauta fiscal de valores para fins de ICMS imposta pela Secretaria da Fazenda que normalmente estão acima do valor de mercado, o que importa em prejuízo para impugnante e seus cooperados.

Explica que nas remessas de algodão dos cooperados para o estabelecimento da impugnante há a cobrança do ICMS pelo Estado baseado na citada pauta de valores, porém nas saídas dos produtos, os valores são baseados nos preços de mercado, o que ocasiona o prejuízo na conta mercadoria. Prejuízo esses que são suportados pelos cooperados que são em última instância os pagadores a maior do ICMS.

Cita o art. 147, inciso III, alínea “c” da Carta Magna que embasa o tratamento adequado ao ato cooperado pela legislação tributária do ICMS, em especial o art. 14 da Lei Complementar nº 24/74 do Estado de Goiás. Em resumo, o Estado de Goiás descumpra a Lei Federal e cobra o ICMS na operação do cooperado com a cooperativa baseado em uma pauta de valor que habitualmente está acima do valor do mercado. Pede a improcedência do lançamento.

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.

A Instrução de Serviço nº 15/2009-SAT aprova os roteiros de auditoria e procedimentos fiscais e dentre eles está o roteiro da Auditoria do Prejuízo na Conta Mercadorias. Ela analisa os livros e documentos fiscais com o propósito de verificar se a conta Mercadoria (relativamente às operações tributadas) apresentou prejuízo no final do exercício, a fim de proceder ao estorno do crédito do ICMS proporcionalmente ao prejuízo apresentado. O roteiro é aplicável a qualquer empresa que comercialize mercadorias tributadas.

Vinculado à norma tributária, a Fiscalização demonstrou nos autos que ocorreu prejuízo na conta mercadoria na ordem de 2,46 % (dois inteiros e quarenta e seis centésimos por cento) em 2007 e 4,54 % (quatro inteiros e cinquenta e quatro centésimos por cento) em 2008 e ao aplicar esses percentuais sobre os créditos apropriados chegou ao valor do estorno não realizado pelo sujeito passivo, conforme a Auditoria da Conta Mercadoria de fls. 14 e 22.

A fundamentação legal para a exigência do estorno está consignada no art. 61, inciso IV, do CTE, abaixo transcrito, e no art. 58, inciso IV, do RCTE.

“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.”

A motivação para a lavratura do auto de infração com as características deste, está lastreada no disposto no parágrafo único do art. 147-A do CTE, abaixo transcrito.

“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”

Da leitura do texto legal acima transcrito depreende-se que a manutenção indevida de crédito de ICMS na escrita fiscal que não tenha importado em omissão do pagamento do imposto, constatada pelo fisco, acarreta a imediata lavratura do lançamento da multa formal prevista no art. 71, inciso IV, alínea “b”, do CTE, cujo

procedimento resultou no auto de infração em comento, bem como a emissão da competente notificação para que o sujeito passivo proceda ao estorno no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de seu estorno de ofício.

A impugnante alega que o prejuízo verificado decorre de diferença do preço de mercado e o preço da pauta fiscal imposta pelo Estado que é sempre superior ao do mercado, entretanto não é este o entendimento do art. 18 do RCTE, abaixo transcrito, que dispõe sobre a pauta de valores com fulcro nos arts. 9º e 10º do mesmo diploma legal, dessa forma, os valores da pauta devem refletir o preço corrente da mercadoria, ou seja, o valor do mercado. A defesa não comprovou que o preço da pauta é superior ao preço do mercado.

"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."

Em relação ao conflito de norma, legislação tributária goiana e a Federal, a pauta fiscal e a lei das cooperativas, relatado pela impugnante, desconsiderar a legislação tributária goiana seria necessário insurgir-se contra a própria norma e, nesse sentido, conforme prevê o art. 6º, §4º, da Lei n.º 16.469/09, não pode haver decisão nesta instância que implique apreciação ou declaração de ilegalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária. A exigência fiscal deve prosperar.

Como o fato demonstrado na enunciação probatória subsume-se perfeitamente à hipótese legal tem-se como demonstrada a motivação para o lançamento, e como não foi apresentado argumento capaz de refutar a acusação, mantenho a exigência fiscal, pois o lançamento cumpriu os requisitos do art. 160 do CTE.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento, declaro PROCEDENTE o auto de infração.

Intime-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 22 dias do mês de março de 2012.

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

Matéria: Auditoria Básica do ICMS - Omissão de pagamento do ICMS em razão da utilização de saldo credor fictício (Nulidade)

Julgador: Francisco Délio de Oliveira Martins

SENTENÇA N.º 00756/12 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o pagamento do ICMS em razão da utilização de saldo credor fictício lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de dezembro de 2009. A infração é comprovada com os papéis da Auditoria Básica do ICMS, com cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS e cópia da DPI.

Foram indicados como infringidos os arts. 56, I, 64, da Lei nº 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE, conjuntamente com o art. 67, I, do Decreto nº 4.852/97, que regulamenta o CTE – RCTE. Propõe a penalidade prevista no art. 71, III, “c”, do CTE, com redação da Lei nº 12.806/95.

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresenta impugnação arguindo nulidade do auto de infração em razão do caráter confiscatório da multa. No mérito, alega que possuía saldo credor em dezembro de 2009. Pede a exclusão da multa, ou a sua adequação ao fato. Requer a revisão do lançamento e ao final sua nulidade por insegurança na determinação da infração.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

A análise do mérito, em regra, requer a constatação da regularidade da relação processual.

A acusação é de que o sujeito passivo criou um saldo credor fictício e o lançou no Livro Registro de Apuração do ICMS no mês de dezembro de 2009. No entanto, verificando os documentos que instruíram a acusação não se verifica no respectivo livro qualquer lançamento de saldo credor fictício, o que se vê no referido livro é a apuração no mês 12/2009 de ICMS a recolher no valor de R\$ 2.828,77.

Pela análise da documentação acostada aos autos conclui-se que o sujeito passivo informou na Declaração Periódica de Informação – DPI, fls. 10, saldo credor no valor R\$ 23.675,46 sem que houvesse apuração no LRA do ICMS de saldo credor, com o objetivo de enganar o “sistema informatizado desta Secretaria de Fazenda” para não acusar o não recolhimento do imposto regularmente lançado e apurado em seus livros fiscais.

A infração da forma como foi posta pela acusação revela que não houve segurança na sua determinação, com flagrante cerceamento ao direito de defesa, o que impõe a declaração da nulidade do lançamento do crédito tributário em julgamento nos termos do art. 20, III e IV, da Lei nº 16.469/09.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento, para declarar NULO o lançamento do crédito tributário em julgamento nos termos do art. 20, III e IV, da Lei nº 16.469/09.

À Representação Fazendária para ciência, após archive-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 2 dias do mês de março de 2012.

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

Matéria: Auditoria Básica do ICMS - Omissão de pagamento de ICMS. Utilização de créditos em nota fiscal emitida por empresa optante do SIMPLES NACIONAL, por empresa com cadastro suspenso, nota fiscal destinada a outra empresa e nota fiscal inidônea emitida sem autorização da repartição fiscal (Procedência)

Julgador: Gilmar Rodrigues de Almeida

SENTENÇA N.º 00762/12 – JULP

RELATÓRIO

O fisco, considerando infringidos os artigos 58, §.º 3.º, I (inciso um); 66; e 67, III, da lei n.º 11.651/91, impôs ao sujeito passivo, nos termos do artigo 71, IV, “a”, da lei n.º 11.651/91, c/redação da lei n.º 14.634/03, a obrigação de pagar ICMS no valor de R\$ 242.784,46 (duzentos e quarenta e dois mil, setecentos e oitenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), mais multa e acréscimos legais, pela omissão do pagamento do imposto, em razão da escrituração indevida de créditos do tributo destacados em: 1) notas fiscais emitidas por empresa optante do SIMPLES NACIONAL; 2) notas fiscais inidôneas por terem sido emitidas por empresa com cadastro suspenso; 3) notas fiscais inidôneas por terem sido emitidas sem autorização da repartição fiscal (AIDF); e 4) nota fiscal destinada a outra empresa.

Instrui o processo, dentre outros demonstrativos/documentos, com: 1) anexos estruturados de detalhamento do crédito tributário e de identificação do sujeito passivo coobrigado, 2) espelho cadastral de contribuinte emitente de notas fiscais SUSPENSO (fls.04); 3) espelho de controle de autorizações/autenticações/liberações de uso de documentos fiscais para contribuinte (fls.06); 4) espelhos de contribuintes não habilitados e optantes do SIMPLES NACIONAL (fls.07/08); 5) relatórios de conclusão e planilhas auxiliares de AUDITORIA BÁSICA DO ICMS; 6) planilhas por notas fiscais de cálculos de ICMS registrado irregularmente (fls.17/19); 7) Termo de Apreensão n.º 1100128368-9 de notas fiscais inidôneas (fls.20); e 8) cópias de notas fiscais, de livros de Registro de Apuração do ICMS e de Registro de Entradas.

Intimado, o coobrigado solidário não apresenta defesa, sendo declarado revel (fls.244).

Também regularmente intimado, o sujeito passivo solicita a declaração de improcedência da exigência fiscal alegando basicamente que a maioria das notas fiscais consideradas inidôneas (fls.252) fora emitida por empresa autorizada a prorrogar a utilização dos documentos. Acrescenta que a atuada faz jus à

apropriação dos créditos e que não incorrera na conduta dolosa que lhe fora atribuída pelo fisco. Em seguida requer que a sua conduta subsuma-se à penalidade cominada no artigo 71, VII, “b” (revogado), da lei n.º 11.651/91, qual seja, multa de 25% sobre o valor da operação. Nesse toada, pede a retificação da descrição do fato autuado, a substituição da multa imposta, o refazimento do lançamento e a conseqüente redução da multa.

Relatados, decido.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Cuidam estes autos de cobrança de ICMS, mais acréscimos legais, em decorrência de infração à legislação tributária consubstanciada na omissão do pagamento do imposto, em razão da escrituração indevida de créditos do tributo destacados em: 1) notas fiscais emitidas por empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL; 2) notas fiscais inidôneas por terem sido emitidas por empresa com cadastro suspenso; 3) notas fiscais inidôneas por terem sido emitidas sem autorização da repartição fiscal (AIDF); e 4) nota fiscal destinada a outra empresa.

Embora não alegadas, não há nenhuma das hipóteses de nulidades do artigo 20 da lei 16.469/09.

O sujeito passivo pede a substituição da multa aplicada – 140 % - (artigo 71, IV, “a”, da lei n.º 11.651/91) pela multa da alínea “b” (revogado, portanto, sem vigência desde 27/12/2001) do inciso VII – multa de 25% - do mesmo dispositivo legal. A penalidade solicitada pelo impugnante é inaplicável, porquanto, in casu, não se tratava da utilização de documentos fiscais adulterados, viciados ou falsificados, mas sim de escrituração indevida (pois decorrente de notas fiscais inidôneas) de créditos do ICMS destacados nesses documentos fiscais.

Do artigo 23 da LC 123/2006 infere-se, como regra geral, a impossibilidade de as empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL transferirem créditos dos tributos abrangidos pelo referido sistema de tributação. Verbis:

“Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.”

Não obstante seja possível haver excepcionalmente transferência de créditos de ICMS, verifica-se em todas as notas fiscais coligidas o descumprimento dos requisitos para tal mister.

O procedimento fiscal adotado (Auditoria Básica do ICMS) demonstrou os valores de créditos do ICMS indevidamente apropriados em decorrência da inidoneidade dos documentos fiscais.

Verifica-se que as alegações do impugnante devem ser desconsideradas, porquanto destituídas do condão de ilidir a pretensão fiscal. Nos termos do artigo 19, caput e § 1.º, c/c o artigo 27, II, da lei n.º 16.469/09, compete ao sujeito passivo

mencionar na impugnação, por todos os meios legais hábeis a provar a verdade dos fatos em litígio, os motivos de fato e de direito em que se fundamentar. Vejamos da lei n.º 11.651/91:

"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;

(...)

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:

(...)

III - embora atendendo aos requisitos formais, tenha sido emitido por contribuinte em situação cadastral irregular ou por quem não esteja autorizado a fazê-lo;"

Em nenhum momento o fisco atribui ao impugnante a pecha de ter perpetrado conduta dolosa ou com má-fé. Dos dispositivos tidos como infringidos, verbi gratia, o artigo 58, § 3.º, I (acima transcrito), infere-se que o fisco relata tão-somente a vedação ao contribuinte de utilizar-se de créditos de ICMS destacados em notas fiscais consideradas inidôneas.

De fato, vê-se que a maioria das notas emitidas pela [...] ocorrera de janeiro a setembro de 2009. Nesse lapso temporal, estivera enquadrada no SIMPLES NACIONAL de 01/01/2009 a 07/04/2009 (data da suspensão cadastral). Portanto, em qualquer circunstância, seja como empresa do SIMPLES (artigo 23 da LC n.º 123/06) ou como empresa suspensa não poderia transferir créditos de ICMS.

Nos demais casos: as empresas [...] - não habilitada desde 10/02/2008 (fls.07) e [...] enquadrada no SIMPLES NACIONAL a partir de 25/07/2008 (fls.08) não poderiam transferir créditos. A outra nota fiscal (fls.48) era destinada a contribuinte do mesmo grupo empresarial, mas localizada em outra unidade da

federação, não podendo, portanto, os créditos de ICMS destacados serem apropriados pelo impugnante.

Não basta, portanto, ao impugnante discordar do procedimento de auditoria. Espera-se que, para efeito de alteração da pretensão fazendária, enumere possíveis erros e colacione aos autos trabalho de sua iniciativa demonstrando as divergências encontradas no lançamento, de modo a confrontar este, apontando os eventuais erros da fiscalização.

O fisco, por outro lado, demonstrou minuciosamente na Auditoria Básica do ICMS os valores de créditos do imposto indevidamente apropriados.

Assim, não prosperam, sob nenhum fundamento, as alegações do sujeito passivo. Portanto, por força da correção do lançamento, considero desnecessária a retificação da descrição do fato, a substituição da multa imposta e o refazimento do lançamento.

Por ter-se apropriado de créditos de ICMS destacados em notas fiscais consideradas inidôneas pelas razões acima expostas, cujos valores foram minuciosamente demonstrados em Auditoria Básica do ICMS, o fisco propôs corretamente a penalidade do artigo 71, IV, "a", da lei 11.651/91, estando, portanto, quanto a este e aos demais requisitos do artigo 8.º da lei n.º 16.469/09, escoreito o lançamento.

CONCLUSÃO

Isso posto, conheço da impugnação, nego provimento aos pedidos de substituição da multa imposta e de retificação do lançamento, e julgo PROCEDENTE o auto de infração.

Intime-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia (GO), aos 23 dias do mês de março de 2012.

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

Matéria: Escrituração indevida de crédito outorgado previsto no art. 11, inciso IX, do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, quando beneficiário da redução da base de cálculo prevista no art. 9º, inciso VIII, alínea "c", do mesmo anexo (Procedência)

Julgador: Zenewton Rimes de Almeida

SENTENÇA N.º 00807/12 – JULP

DO RELATÓRIO

Trata-se de exigência de imposto acrescido das cominações legais, efetuada através de Auto de Infração, originada da detecção de omissão de pagamento do ICMS, em razão de escrituração indevida de valores a título de crédito outorgado (inciso IX do art. 11 do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97), referentes à saída interestadual de fertilizantes, pois quando da emissão do documento fiscal já havia aproveitado o benefício fiscal da redução da base de cálculo prevista na alínea "c" do inciso VIII do art. 9º do Decreto nº 4.852/97. Acompanham notas explicativas e Auditoria Básica do ICMS.

Devidamente intimado o sujeito passivo, ele veio a comparecer ao feito de forma tempestiva, através de seu representante legal, alegando, em síntese, que a empresa poderia usufruir dos dois benefícios fiscais em questão, um concedido através de Convênio que não permite opção de utilização por ser impositivo e o outro previsto em lei estadual e constante do TARE firmado com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, o qual não teria sido suspenso pela SEFAZ, pois inexistia qualquer comunicação nesse sentido, observado o fato de não existir disposição em contrário para a dupla fruição e não se aplicar a restrição prevista no § 6º do art. 1º do Anexo IX do RCTE ao caso em análise.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Com intuito de facilitar a análise, será transcrito em seguida os dispositivos legais em questão para melhor visualização, todos do Anexo IX do RCTE:

"Art. 1º Os benefícios fiscais, a que se referem os arts. 83 e 84 deste regulamento, são disciplinados pelas normas contidas neste anexo.

ACRESCIDO O § 6º AO ART. 1º PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 6.769, DE 30.07.08 - VIGÊNCIA: 01.08.08.

§ 6º Fica vedada a utilização de mais de um benefício fiscal sobre uma mesma operação ou prestação, devendo o contribuinte, no caso de operação ou prestação em que for aplicável mais de um benefício fiscal, optar por apenas um deles, exceto nas hipóteses em que no próprio dispositivo correspondente ao benefício fiscal haja disposição em contrário.

.....

Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

IX - para o industrial fabricante de fertilizante, na operação interestadual que praticar com esse insumo agropecuário, o valor equivalente a 5% (cinco por cento) da respectiva base de cálculo, observado o seguinte (Lei nº 13.194/97, art. 2º, II, "b", 5):

a) a utilização do crédito outorgado está condicionada a que o estabelecimento fabricante esteja em dia com suas obrigações tributárias e celebre termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda;

NOTA: Redação com vigência de 01.06.98 a 31.07.08.

REVOGADA A ALÍNEA "A" INCISO IX DO ART. 11 PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 6.769, DE 30.07.08 - VIGÊNCIA: 01.08.08.

a) revogada;

b) o benefício não pode ser cumulado com o incentivo do Programa FOMENTAR.

(...)

Art. 9º A base de cálculo do ICMS é reduzida, observado o § 1º quanto ao término de vigência do benefício:

VIII - para 70% (setenta por cento) na saída interestadual com os seguintes insumos agropecuários (Convênio ICMS 100/97, cláusula segunda):

c) adubo simples ou composto e fertilizantes, especialmente, amônia, cloreto de potássio; DAP (di-amônio fosfato), DL Metionina e seus análogos, MAP (mono-amônio fosfato), nitrato de amônio, nitrocálcio, sulfato de amônio e uréia, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa, ficando mantido o crédito (Convênio ICMS 100/97, cláusulas segunda, III, e quinta, I);"

Primeiramente, temos o mesmo entendimento do sujeito passivo com relação ao prescrito no inciso VIII do art. 9º acima transcrito, portanto, o fisco procedeu de maneira correta ao optar pelo estorno do previsto no inciso IX do art. 11 desse mesmo Anexo, pois ao contrário não poderia fazê-lo, observado o fato de ainda ser ele mais benéfico.

Noutro aspecto, o § 6º do art. 1º desse Anexo é taxativo e veda a utilização da dupla fruição, exceto nas hipóteses de existência de dispositivo em contrário, o que não vem ser o caso em análise.

Sendo assim, como consta das notas explicativas de fls. 05, o § 2º da Cláusula Sexta do TARE nº 224/05 - GSF prevê que a simples publicação no DOE o ato que vier a suspender, alterar ou revogar a legislação tributária equivale a comunicação, a qual o polo passivo questiona a ausência.

Portanto, considero que as formalidades da revogação do benefício fiscal foram atendidas e que o previsto no § 6º do art. 1º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97 se aplica ao caso em análise.

DA CONCLUSÃO

Diante destes fatos e da legislação utilizada como fundamentação e acima transcrita, conheço da impugnação, nego-lhe total provimento, e, com isso, decido pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação.

Intime-se.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 26 dias do mês de março de 2012.

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

Matéria: Transporte de mercadorias com documento fiscal inidôneo - Danfe com prazo de validade vencido (Improcedência)

Julgador: Levi Silva Filho

SENTENÇA N.º 01154/12 – JULP

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o contribuinte transportava mercadoria acompanhada pela nota fiscal Danfe de número 59.961, emitida em 03/06/11 em 09/06/11, daí ter sido considerado inidôneo o respectivo documento fiscal em virtude de o prazo de validade estar vencido.

Consta da inicial a informação de que o prazo de validade do Danfe referido venceu em 06/06/11 e que foi acrescentado o IVA de 20%, sendo a cobrança de ICMS e demais cominações.

Detalhamento do crédito tributário, fls. 02, sendo o período autuado 06/2011.

Cópia do Danfe, fls. 04.

Termo de Apreensão de número 1100126524-2, fls. 05.

A autuada comparece à lide, relata os fatos dizendo que aconteceram problemas mecânicos e que o caminhão seguiu para reparo na empresa [...] e por este motivo a mercadoria foi apreendida.

Fala em nulidade do feito por erro na identificação do sujeito passivo, dizendo que o dispositivo legal citado como infringido só responsabiliza a transportadora pelo pagamento do imposto, fala que a tipificação da infração está errada se considerarmos a descrição dos fatos. Reproduz a legislação tributária.

Reproduz também decisões desta casa que entende lhe serem favoráveis em casos semelhantes.

Fala em cerceamento do direito de defesa por não entender o motivo pelo qual o agente do fisco acrescentou o IVA de 20%.

No mérito diz que o documento não é inidôneo, que o agente do fisco extrapolou os ditames da lei, diz que a nota fiscal foi registrada e o imposto pago.

Fala que a multa aplicada é ilegal, junta documentos no sentido de comprovar sua argumentação e pede ao final o acatamento de uma das preliminares ou a improcedência do feito.

Protesta também por juntada de provas, inclusive diligência para comprovar suas afirmações.

FUNDAMENTOS DE FATOS E DE DIREITO

No caso deste contencioso o fisco cobra o ICMS com acréscimo do IVA de 20% em virtude de ter sido considerado o Danfe 59.961 inidôneo, em virtude de prazo de validade vencido.

A atuada alega inicialmente uma preliminar de nulidade por erro na identificação do sujeito passivo, entendendo que o artigo 46, I "b" do CTE só responsabiliza o transportador pelo pagamento do imposto neste caso.

Na realidade a correta interpretação que deve ser dada ao dispositivo citado é que o transportador pode ser incluído como responsável na lide já que o parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal, fala em solidariedade nos casos em que a infração alcançar mais de uma pessoa, observo que o emitente da documentação é sempre o responsável direto e não há como não entendê-lo como solidário até porque esta determinação consta do artigo 45 do CTE.

Com base nas razões anteriores eu rejeito o pedido de nulidade processual.

A outra preliminar de nulidade solicitada pela defesa é de cerceamento ao direito de defesa por ter sido incluído IVA de 20% e a parte passiva não saber o motivo desta inclusão.

Na realidade esta inclusão é com base nas normas legais em vigor, estando prevista para as operações a vender, sem nota fiscal ou com documentos que forem considerados inidôneos que é o caso deste processo.

Rejeito o pedido de nulidade por cerceamento.

Antes de adentrar ao mérito deste contencioso, digo à atuada que a instância administrativa não pode apreciar pedido de ilegalidade de multa aplicada, já que tal fato implicaria em considerar a norma ilegal, neste caso, só o judiciário seria competente para analisar o pedido.

No mérito a defesa tenta inicialmente dizer que o Danfe 59.961 não é inidôneo, ocorre que nestes casos a questão é impositiva de acordo com o texto dos artigos 66 e 67, IV do CTE, que estabelecem:

"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:

IV - já tenha surtido os respectivos efeitos fiscais ou tenha sido adulterado, viciado ou falsificado;"

Considerando os textos reproduzidos fica claro que nota fiscal com prazo de validade vencido é inidônea e a mercadoria, nestes casos, é considerada desacompanhada de nota fiscal.

Na realidade existem no processo outras provas que a meu ver devem ser consideradas neste julgamento.

A autuada comprova o registro do Danfe já referido e que o mesmo foi oferecido à tributação, conforme documentos de fls. 62/67.

Além do mais pela declaração de fls. 60 e a cópia da nota fiscal de fls. 56 o caminhão que transportava a mercadoria teve problema mecânico, estando visível na nota fiscal de número 3938 o número da placa do caminhão – NLO 4298.

Na realidade o motorista, com a nota fiscal do reparo do caminhão deveria ter procurado a repartição fiscal e revalidado a data de saída.

Como a providência citada anteriormente não foi tomada na data certa, no decorrer do processo administrativo, estando provado o pagamento do imposto e que o caminhão foi reparado, a determinação contida no artigo 68 do CTE deve ser observada, já que o mesmo estabelece:

"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."

Tendo base as razões anteriores que provam o pagamento do imposto e que o motivo que ensejou a demora na saída da mercadoria do estado de Goiás, foi em decorrência de fatores alheios à vontade das partes, vejo que a inidoneidade do Danfe 59.961 deve ser afastada e a operação considerada regular.

CONCLUSÃO

Conheço da impugnação, dou-lhe provimento para considerar IMPROCEDENTE o auto de infração.

Encaminhe-se à CRF-SAT para análise e depois dar o andamento previsto em lei.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em 11 de maio de 2012.

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

Matéria: Omissão de pagamento do imposto declarado na PGDAS - SIMPLES NACIONAL (Procedência)

Julgador: Ismael Madlum

SENTENÇA N.º 01350/12 – JULP

Visto e analisado, apresento relatório, fundamentação e conclusão.

RELATÓRIO

O auto de infração acusa o sujeito passivo de não efetuar o pagamento do ICMS devido com base na receita bruta auferida, por tratar-se de empresa enquadrada no simples nacional. Propõe a imputação da multa prevista no artigo 44, inciso I, da lei federal 9.430/1996 c/ redação da lei nº 11.488/2007.

Regularmente notificada, a empresa comparece aos autos e, em sua impugnação alega que o ICMS exigido foi devidamente pago. Apresenta os Documentos de Arrecadação do Simples Nacional – DAS, relativos aos meses de janeiro e março de 2010 para comprovar sua alegação.

Solicita a improcedência do lançamento e o arquivamento do processo.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O artigo 7º da lei 16.469/2009, reza:

“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;

(..)

§ 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.”

Com efeito, a documentação trazida ao bojo do processo comprova que houve o pagamento do valor original do ICMS relativo aos meses de janeiro/2010 e março/2010, entretanto, foram efetuados respectivamente em 12/01/2011 e 20/01/2011, ou seja, após o procedimento fiscal instaurado, vez que a intimação do presente contencioso deu-se em 23/12/2010 e como reza o § 2º da lei transcrita, o

pagamento do tributo depois de iniciado o procedimento fiscal não exime o sujeito passivo da penalidade aplicável decorrente da ação fiscal desenvolvida.

Portanto, os pagamentos realizados, que foram efetuados como se espontâneos fossem, devem ser considerados, entretanto, necessitam ser recalculados, neles incluindo as cominações legais da ação fiscal desenvolvida, concedendo-se os devidos créditos relativos às quantias já recolhidas ao erário.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento e declaro PROCEDENTE o auto de infração, devendo entretanto, ser considerado, na devida proporção, os valores já recolhidos referentes ao valor principal, à multa e juros e/ou encargos.

Envie-se à GEPRO para os cálculos devidos e havendo diferença a pagar, INTIME-SE o sujeito passivo.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 30 dias do mês de maio de 2012.

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

Matéria: Arquivo Magnético SINTEGRA - omissão de entrega (Improcedência)

Julgador: Ismael Madlum

SENTENÇA N.º 01440/12 – JULP

Vistos e analisados, passamos ao relatório, fundamentação e conclusão.

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo multa formal em razão da não apresentação dos arquivos magnéticos contendo relatório de suas operações fiscais referentes aos meses de janeiro a abril de 2010. Propõe a imputação da multa prevista no artigo 71, inciso XXII, alínea “a”, da lei 11.651/1991 com redação da Lei 15.505/2005. A infração é comprovada com extrato do sistema SEFAZ.

Regularmente intimado, em 25/11/2010, a autuada apresenta impugnação, por meio de sócio, alegando que a empresa paralisou todas as suas atividades a partir de janeiro de 2010. Junta protocolo de suspensão das atividades. Alega também que a empresa não efetuou operações desde janeiro/2010. Solicita o cancelamento do auto.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O documento de fls. 19 comprova que na data de 15/01/2010, a empresa teve homologado o seu pedido de paralisação temporária das atividades. Em

adição, a análise conjugada dos documentos de fls. 21 e 22, evidencia que a derradeira operação efetuada pela sociedade empresarial foi em 31/12/2009.

Transcrevemos o § 5º do artigo 27 da IN 946/2009, correlato à matéria.

“§ 5º Durante o período de inatividade o contribuinte cuja inscrição encontrar-se paralisada temporariamente fica dispensado da apresentação de documentos, relatórios e demais obrigações acessórias relativas à sua atividade econômica.”

Portanto, considerando que a empresa não efetuou operações nos meses de janeiro a abril/2010 e solicitou paralisação temporária das atividades, entendemos que, com base no dispositivo legal transcrito, a exigência fiscal não deve prosperar.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do PEDIDO DE DESCARACTERIZAÇÃO DA NÃO CONTENCIOSIDADE, dou-lhe provimento e declaro IMPROCEDENTE o auto de infração em comento.

ARQUIVE-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 04 dias do mês de junho de 2012.

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

Matéria: Equipamento irregular no recinto de atendimento ao público - microcomputador e impressora no recinto de atendimento ao público (Procedência)

Julgador: Gilmar Rodrigues de Almeida

SENTENÇA N.º 01480/12 – JULP

RELATÓRIO

O fisco, considerando infringido o artigo 69, da lei n.º 11.651/91, c/c os artigos 232, I, e 233, do Anexo XI, do Decreto n.º 4.852/97, exige do sujeito passivo multa de natureza formal, nos termos do artigo 71, XIV, “d”, da lei n.º 11.651/91, c/redação da lei n.º 15.505/05, pela manutenção, no recinto de atendimento ao público, de 01 (um) microcomputador e de 02 (duas) impressoras, integradas ao sistema informatizado, em desconformidade com o leiaute e a autorização n.º 24012-002.

Instrui o processo, dentre outros documentos, com anexo estruturado de detalhamento do crédito tributário, Termo de Apreensão n.º 1100115420-8 e autorização de uso de SEPD e ECF.

Regularmente intimada, a autuada atravessa defesa em 1.ª instância, na qual pugna pela improcedência do auto de infração por insegurança na

determinação da infração, sob a alegação de que os equipamentos, por se encontrarem desligados, não estavam sendo utilizados.

Junta documentos e procuração ad judícia.

Relatados, decido.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Trata-se de exigência de multa formal em decorrência da manutenção, no recinto de atendimento ao público, de 01 (um) microcomputador e de 02 (duas) impressoras, integradas ao sistema informatizado, em desconformidade com o leiaute e a autorização n.º 24012-002.

Embora não alegado, não verificamos hipóteses de nulidades do artigo 20 da lei n.º 16.469/09.

No mérito, verifica-se pela legislação abaixo transcrita que, dentre outras obrigações, o sujeito passivo não poderia manter dentro do estabelecimento qualquer equipamento, integrado ao sistema informatizado, que não estivesse autorizado pelo fisco a utilizar. Verbis:

Da lei n.º 11.651/91 (CTE-GO):

“Art. 69. O regulamento poderá:

I - autorizar a utilização de equipamentos ou aparelhos mecânicos, elétricos ou eletrônicos de processamento de dados, para emissão de documentos e escrituração de livros fiscais;

(...)

Parágrafo único. É vedada a utilização dos equipamentos e documentos referidos neste artigo, em desacordo com o estabelecido em regulamento.

Do Anexo XI do Decreto n.º 4852/97 (RCTE-GO):

Art. 232. Considera-se uso irregular de equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados (Convênio ECF 1/98, cláusula terceira):

I - o 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;

(...)

Art. 233. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 231 e 232 o funcionário fiscal da SEFAZ deve apreender o ECF ou o equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados e utilizá-lo como prova de infração à legislação tributária.

Parágrafo único. A apreensão de ECF, quando também autorizado pela prefeitura para controle do imposto municipal incidente sobre prestações de serviço, deve ser imediatamente comunicada ao órgão próprio do município.”

De fato, o sujeito passivo descumpriu obrigação acessória de não fazer, qual seja, não poderia manter, sem a devida autorização de uso, dentro do estabelecimento qualquer equipamento, integrado ao sistema informatizado, que possibilitasse o registro ou processamento de dados relativos à operação com mercadoria ou com a prestação de serviços. A não observância (ato comissivo de manutenção no estabelecimento de equipamentos não autorizado) por parte da atuada desta obrigação acessória omissiva converteu-na em obrigação principal (obrigação de pagar) relativamente à penalidade pecuniária. Vejamos do CTN:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

(...)

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

Portanto, por manter dentro do estabelecimento, integrados ao sistema informatizado, equipamentos que possibilitam o registro ou processamento de dados relativos à operação com mercadoria ou com a prestação de serviços, o fisco propôs corretamente a penalidade do artigo 71, XIV, “d”, da lei n.º 11.651/91 (abaixo transcrito), estando, portanto, quanto a este e aos demais requisitos do artigo 8.º da lei n.º 16.469/09, escorregado o lançamento. Verbis:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XIV - no valor de R\$ 4.681,72 (quatro mil seiscentos e oitenta e um reais e setenta e dois centavos):

NOTA: No período de 01.01.96 a 02.01.97, 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:

(...)

m - 9,10% (de 01.02.09 a 31.01.11 R\$ 4.006,09);

(...)

d) por equipamento, por manter ou utilizar irregularmente, no recinto de atendimento ao público, equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados, inclusive calculadora ou aparelho similar com capacidade de utilizar bobina de papel;”

Dessa forma, pelo descumprimento da obrigação acessória de não fazer, qual seja, não manter dentro do estabelecimento equipamentos que possibilitam o registro ou processamento de dados relativos à operação com mercadoria ou com a prestação de serviços, é mister reconhecer a idoneidade da exigência fiscal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, mas julgo PROCEDENTE o auto de infração.

Intimem-se os advogados no endereço de fls.42.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia (GO), aos 19 dias do mês de junho de 2012.

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

Matéria: Omissão de estorno de crédito relativo a entrada de mercadoria cuja saída foi contemplada com isenção ou não tributação (Procedência)

Julgador: Jeovalter Correia Santos

SENTENÇA N.º 01645/12 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o ICMS não recolhido em razão de não ter realizado estorno de crédito relativo a entradas de mercadorias cujas saídas foram contempladas com isenção ou não tributação. Propõe a imputação da multa prevista no art. 71, inciso IV, alínea “a”, do CTE, com redação da Lei n.º 14.634/03.

A infração é comprovada com o Demonstrativo e Relatório de Estorno de Crédito e com cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS.

Regularmente intimado, o sujeito passivo, em preliminar, pede a nulidade do auto de infração em face da ausência de motivação clara do lançamento do crédito exigido, tendo em vista as dificuldades que a defesa teve de entender as razões da formalização deste, já que a legislação assegura a manutenção do crédito nas operações com produtos destinados à Zona Franca de Manaus, ou seja, segundo o seu entendimento, a fiscalização não motivou com o detalhamento necessário o lançamento nos termos do art. 142 do CTN. Pede a nulidade do auto de infração.

No mérito, discorda da vedação de manter o crédito previsto no inciso I, alínea “a” do art. 61 do RCTE com base no inciso II do § 2º do art. 155 da CF em face da ressalva constitucional “salvo determinação em contrário da legislação”

regulamentada pela Cláusula terceira do convênio nº 65/88 e art. 6º, inciso XVII do Anexo IX do RCTE, por isso advoga que não infringiu nenhuma disposição legal ou regulamentar já que o direito a fruição do benefício está albergado pela legislação acima mencionada. Cita julgados para lastrear suas alegações.

Reclama do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, o que fere o princípio constitucional da utilização de tributo com efeito de confisco. Não apresenta provas para sustentar suas alegações. Pede a improcedência do lançamento.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Não se verifica nos autos nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no art. 20 da Lei n.º 16.469/09, conforme justificarei.

A motivação para o lançamento foi demonstrada pela indicação do art. 61, inciso I, alínea “a”, do RCTE na peça básica, pelos papéis de trabalho dos demonstrativos às fls. 05/09 onde está, claramente, consignado a falta de estorno do crédito relativo a entradas de mercadorias cujas saídas foram contempladas com isenção ou não tributação.

A fundamentação fática comprovada coaduna-se com a hipótese legal de forma negativa, ou seja, comprova seu descumprimento. Com isso, deixo de acolher a liminar de nulidade por falta de motivação.

Em relação ao conflito de norma relatado pela impugnante, o fato é que as disposições do CTE consignadas no art. 61, inciso I, alínea “a” já citado estão em vigência, e, autoriza o estorno, desconsiderá-la seria necessário insurgir-se contra a própria norma e, nesse sentido, conforme prevê o art. 6º, §4º, da Lei n.º 16.469/09, não pode haver decisão que implique apreciação ou declaração de ilegalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.

Por outro lado, a Cláusula terceira do Convênio 65/88, foi inclusive revogada por força do Convênio nº 06/90 que teve efeitos suspensos por força da liminar nº 310-1/90 do STF. Porém, em plena vigência o Convênio ICMS 52/92, no Parágrafo único da Cláusula primeira é taxativo em relação a não manutenção do crédito do imposto nas operações de envio de produtos industrializados destinados à Zona Franca de Manaus. Frise-se que o art. 6º, inciso XVII, do Anexo IX, do RCTE, mencionado pela defesa, pede que o Convênio acima seja observado. A exigência fiscal deve prosperar.

Em relação ao valor da multa, em face de seu correto enquadramento legal, pelo mesmo motivo de não poder ter decisão nesta instância que implique apreciação de ilegalidade consubstanciada no § 4º do art. 6º da Lei n.º 16.469/09, deixo de acolher a todos os questionamentos de caráter confiscatório e desproporcional por não ser este o fórum adequado para tal, competindo a este conselho somente o controle da legalidade da legislação tributária em vigor. Em relação ao aspecto legal o lançamento coaduna-se com a legislação tributária em vigor, portanto, não há reparo a fazer.

Por outro lado, a defesa não apresentou argumentos suficientes para afastar os fatos motivadores do lançamento. Dessa forma, decido pela manutenção da exigência fiscal nos termos da fundamentação da peça inicial.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento e declaro PROCEDENTE o auto de infração.

Intime-se.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 5 dias do mês de julho de 2012.

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

Matéria: ECF - extravio do equipamento emissor de cupom fiscal (Improcedência)

Julgador: Zenewton Rimes de Almeida

SENTENÇA N.º 01680/12 – JULP

RELATÓRIO

O crédito tributário reclamado à lide se refere à imputação de uma multa de caráter formal, originada na presunção de extravio de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF por não ter solicitado a cessação de uso do equipamento, depois do encerramento das atividades comerciais da empresa.

O sujeito passivo compareceu ao feito, tempestivamente, afirmando, basicamente, que já teria apresentado o ECF acusado extraviado à repartição competente, juntando a cópia do respectivo protocolo.

Convertidos os autos em diligência para obter confirmação sobre a veracidade das informações, conclui o revisor pela já apresentação do pedido e autorização da cessação de uso do ECF.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O importante neste caso em questão, por se tratar de desaparecimento ou extravio de ECF, é saber se a defesa juntou ao feito a comprovação material capaz de ilidir a pretensão inicial do fisco, pois, sem estas provas, fica prevalecendo à ação fiscal, nos termos precisos do artigo 396 do CPC.

Ao se analisar os autos, principalmente o Atestado de Intervenção Técnica em ECF – AIECF (doc. fls. 43) e o Despacho revisional de fls. 44, o procedimento não deverá prosperar.

DA CONCLUSÃO

Diante destes fatos e dos fundamentos jurídicos acima, conheço da impugnação, dou-lhe total provimento, para decidir, em seguida, pela IMPROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco.

Encaminhe-se ao CRF-SAT, para análise e possível recurso.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 30 dias do mês de julho de 2012.

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

Matéria: Auditoria Específica de Mercadorias - omissão de saída de mercadoria tributada (Nulo *Ab Initio*)

Julgador: David Fernandes de Carvalho

SENTENÇA N.º 01700/12 – JUIZ

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão.

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que, conforme auditoria específica de mercadorias, o sujeito passivo realizou saída de mercadorias tributadas sem emissão de documentos fiscais, no período de 01/09/2007 a 31/12/2007, sujeitando-se, em consequência, ao pagamento de ICMS na importância de R\$60.609,83 (sessenta mil, seiscentos e nove reais e oitenta e três centavos), multa formal, mais acréscimos legais.

Foram citados como dispositivos legais infringidos, os arts. 63 e 64 do CTE e o art. 141 do RCTE.

A penalidade proposta é a tipificada no art. 71, inciso VII, alínea "I", § 9º, inciso I, do CTE, com a redação conferida pela Lei nº 13.446/99.

Para instrução processual, juntou-se ao processo o levantamento fiscal Auditoria Específica de Mercadorias, com relatórios digitais correspondentes à conclusão, relação de entradas, relação de saídas e inventários inicial e final, contidos em mídia (fls. 18), com impressão do relatório conclusão (fls. 6 a 12), bem como cópia do livro Registro de Inventário do exercício de 2007.

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece aos autos e impugna a ação fiscal alegando que não estava obrigado à elaboração de inventário das mercadorias (produtos farmacêuticos e assemelhados) em 31/08/2007 porquanto era signatário do TARE nº 122/03-GSF que lhe atribuía a condição de substituto tributário pelas operações internas subsequentes com tais mercadorias, responsabilizando-se pela apuração, retenção e pagamento do imposto quando da saída subsequente das mercadorias de seu estabelecimento, autorizando-o a receber as referidas mercadorias, adquiridas de outras unidades da Federação ou

do exterior, sem prévia retenção do imposto, não se submetendo às exigências contidas nos arts. 2º e 3º do Decreto nº 6.663/07; que, ao considerar o estoque de mercadorias em 31/08/2007 como sendo zero, a autuante incorreu em insegurança na determinação da infração com conseqüente improcedência do lançamento.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Tratam os presentes autos de cobrança de ICMS, multa formal, mais acréscimos legais, decorrente de infração à legislação tributária consubstanciada em não emissão de notas fiscais corresponde às saídas de mercadorias tributadas no período de setembro a dezembro de 2007.

O procedimento fiscal está 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;”

Constata-se que essa auditoria analisa de forma quantitativa o fluxo de entradas e saídas de mercadorias num determinado período, levando-se em consideração os estoques inicial e final com o objetivo de verificar se as entradas e saídas de mercadorias foram realizadas com a regular emissão de documentos fiscais.

Na elaboração da auditoria específica de mercadorias, é indispensável ter em mãos os estoques inicial e final, que geralmente são os referentes ao inventário realizado pelo contribuinte no último dia do ano civil, conforme prescreve o art. 336 do RCTE, que transcrevo abaixo:

“Art. 336. O inventário deve ser levantado anualmente em cada estabelecimento no último dia do ano civil (Convênio SINIEF SN/70, art. 76, § 6º).”

Entretanto, tratando-se de auditoria específica de mercadorias de exercício incompleto (em aberto), é de fundamental importância para a realização do levantamento fiscal o levantamento do estoque na data inicial ou final do

trabalho, de acordo com cada caso. Nesse sentido o Manual de Auditoria prescreve o seguinte:

“3 - TRANCAMENTO DE ESTOQUE: Constitui procedimento indispensável a ser realizado quando o exercício financeiro for incompleto (em aberto ou corrente). Consiste na contagem física dos estoques existentes no estabelecimento, relativamente às espécies de mercadoria selecionadas para investigação. A contagem física deverá ser promovida pela autoridade fiscal tão logo tenha início a ação, fiscal, a fim de não dar oportunidade para que o contribuinte arrume certos arranjos, que possam prejudicar o resultado dos trabalhos de fiscalização. Considerando que o trancamento do estoque quantificará uma das variáveis da equação fundamental, em geral - o estoque final - é de extrema importância que tal ato seja revestido de absoluta segurança e credibilidade, devendo, por isso, ser acompanhado pelo contribuinte o seu preposto a quem compete ratificar, com a aposição da assinatura, a veracidade das informações constantes de formulário próprio.”

No presente caso, trata-se de auditoria específica de mercadorias de exercício incompleto relativamente ao marco inicial do levantamento fiscal, em que não houve a realização do trancamento de estoque.

Nesse sentido, é importante observar que por outras razões que não a determinada no art. 336 do RCTE, a legislação tributária impõe ao contribuinte o dever de realizar o levantamento de estoque.

Nos autos, a autoridade fiscal autuante não esclarece o motivo de ter realizado o levantamento fiscal de exercício incompleto, sem a existência de trancamento de estoque das mercadorias do sujeito passivo. O impugnante, por sua vez, comparecendo aos autos, entende que o foi em virtude da existência do Decreto nº 6.663/07.

Compulsando os autos, observa-se a procedência da defesa do impugnante, considerando-se a determinação contida no Decreto nº 6.663/07 e a existência do TARE que atribuía ao mesmo a condição de substituto tributário, como passo a expor.

Como o sujeito passivo detinha o citado TARE, a retenção do ICMS na fonte não ocorria quando do recebimento pelo mesmo de produtos farmacêuticos e assemelhados. Dessa forma, seu estoque de mercadorias não era composto de produtos com o imposto já retido, mas de mercadorias sem imposto retido, e cuja retenção do ICMS na fonte ocorreria quando da saída das mesmas do estabelecimento do sujeito passivo.

Com o fim do regime de substituição tributária pelas operações posteriores dos produtos do Apêndice I do Anexo VIII do RCTE, dentre os quais produtos farmacêuticos e assemelhados, determinado a partir de 1º de setembro de 2007 pelo Decreto nº 6.663/07, o sujeito passivo ficou sem qualquer mercadoria com o ICMS retido na fonte.

Portanto, não havia porque falar em levantamento do estoque para o fim de recuperação de créditos do ICMS referente à retenção do ICMS na fonte.

Assim, a autoridade fiscal julgadora considerou que o sujeito passivo não tinha estoque de mercadorias em 01/09/2007, de forma equivocada, elaborando a auditoria específica de mercadorias com o pressuposto de que o autuado não realizou o levantamento de estoque nessa data, o que significaria estoque zero.

Nesse sentido, observo a existência de nulidade, visto que o procedimento adotado pela autoridade fiscal lançadora do crédito tributário apresenta insegurança na determinação da infração, especialmente quanto à determinação do estoque inicial do sujeito passivo.

Alfim, constata-se que o trabalho da fiscalização apresenta erros que determinam a nulidade do auto de infração (art. 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09).

CONCLUSÃO

Isso posto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento e julgo NULO AB INITIO o presente processo, por insegurança na determinação da infração.

À Coordenação de Representação Fazendária.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 1º dias do mês de agosto de 2012.

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

Matéria: ECF - Divergência de Carga Tributária - utilização de alíquotas do imposto e de situação tributária em desacordo com a legislação (Procedência)

Julgador: Ismael Madlum

SENTENÇA N.º 01987/12 – JULP

RELATÓRIO

A peça básica exige do sujeito passivo o pagamento do imposto e multa, acrescidos das cominações legais, referente às saídas de mercadorias através de Emissor de Cupom Fiscal – ECF, no período de 01/10/2007 a 20/07/2010, com a utilização de alíquotas do imposto e da situação tributária em desacordo com a legislação. Propõe a imputação da multa prevista no artigo 71, inciso III, alínea “a” da Lei n.º 11.651/1991, com redação da Lei n.º 11.750/1992.

Para comprovar a infração, os autuantes anexam “Nota Explicativa” e CD-ROOM contendo os relatórios analíticos do demonstrativo, “Divergências de Carga Tributária Informada e Calculada – Cupom Fiscal”, com cópia entregue ao sujeito passivo, conforme recibo de fls. 35 dos autos.

O solidário é considerado revel, Termo lavrado às fls. 51 do processo.

Intimado, o sujeito passivo autuado apresenta impugnação, na qual alega:

[i] Que não foi anexado aos autos o ICMS que a empresa pagou a maior apurada pela diferença negativa, ou seja, pelo valor correspondente à alíquota efetiva superior à estabelecida para a mercadoria, pelo que deve a autoridade fiscal apresentar o referido relatório para fins de dedução destas diferenças a favor do contribuinte;

[ii] Que o autuado adquiriu arroz e feijão dentro do estado de Goiás, conforme notas fiscais anexas, motivo pelo qual, tem direito à aplicação da alíquota de 3% e não de 7% como apurou a autoridade fiscal;

[iii] Que foi apurado ICMS na comercialização de ameixa, que é isenta de ICMS na forma do artigo 6º, inciso XI, do anexo IX do RCTE.

Através do Despacho 421/2011-JULP, os autos foram remetidos ao NUPRE de Goiânia, para nova intimação do solidário, como preceitua o artigo 14 da lei 16.469/09.

Após retorno, por meio do despacho 525/2011-JULP, o processo foi enviado em diligência à Delegacia Fiscal de Goiânia para que se apurasse e demonstrasse a base de cálculo da multa para aplicação do art. 71, III, “b” do CTE.

Em resposta ao despacho 525/2011-JULP, em decorrência de alterações no artigo 71 do CTE pela lei 17.519/2011, o revisor sugeriu a aplicação da penalidade conforme o artigo 71, inciso IV-A.

A intimação do autuado para conhecimento da revisão efetuada foi endereçada ao sócio da empresa, senhor [...], vez que o sujeito passivo autuado (empresa) e o solidário não foram localizados pelos Correios.

Autuado intimado por Edital, via diário oficial. Não houve manifestação à revisão fiscal.

É o relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

ANÁLISE DAS PRELIMINARES

Entendemos que o lançamento foi efetuado por autoridade competente e que foi correta a identificação do sujeito passivo principal.

Não ocorreu ato praticado que tenha implicado em cerceamento do direito de defesa, vez que estão presentes nos autos todos os elementos necessários para a defesa do contribuinte, com a devida instrução probatória. Há de se destacar que os dados analisados pela autoridade lançadora, geradores da exigência fiscal contida neste, foram consignados pelo próprio sujeito passivo em

seus arquivos magnéticos legalmente copiados pela SEFAZ, onde estão detalhadamente especificados, em todos os meses do período fiscalizado, os produtos, seus respectivos códigos e a diferença apurada para cada item.

Portanto, não há que se considerar a incidência de nulidades ao processo.

MÉRITO

[I] Relativamente ao pedido da impugnante para efetuar a redução do ICMS que a empresa pagou a maior apurada pela diferença negativa, ou seja, pelo valor correspondente à alíquota efetiva superior à estabelecida para a mercadoria, manifestamo-nos de forma contrária.

Em primeiro lugar, não há, nos autos, a apuração deste valor.

Além disso, ainda que houvesse, não há previsão legal para proceder a compensação direta de eventuais indébitos tributários, no bojo do processo contencioso fiscal.

O contribuinte tem direito à restituição de tributo pago o maior que o devido nos termos do artigo 172 e seguintes do código Tributário Estadual, entretanto, cabe ao autuado e não ao agente do fisco a apuração do suposto indébito existente.

[II] Não acatamos o pedido de aplicação da alíquota de 3% às operações com arroz e feijão, pois a impugnante, apesar de afirmar que adquire os produtos dentro do estado “conforme notas fiscais anexas”, de fato, nada anexou para comprovar sua assertiva.

[III] Também não é pertinente o pedido da impugnante no que se refere o produto “ameixa”.

A isenção prevista, se aplica ao produto em estado natural, na previsão legal como “fruta fresca” – artigo 6º, inciso XI, alínea “a”, item 5, do Anexo IX do RCTE – que não é o caso das operações ocorridas no estabelecimento do autuado.

Pesquisando os itens incluídos na autuação com descrição de mercadoria “ameixa”, encontramos apenas produtos industrializados, quais sejam: ameixa em calda Quero 180g, ameixa calda Olé 400g, ameixa calda 150g, ameixa goiana 250g, ameixa seca com caroço 250g, sorvete de ameixa, doce leite com ameixa, iogurte de ameixa e papinha Nestlé ameixa.

Em relação aos produtos listados não há que se falar em isenção.

Entendemos que o impugnante não apontou incorreção nos levantamentos, tampouco efetuou a anexação de documentos que justifiquem a realização de diligência.

Portanto, inconsistentes são as referidas alegações contidas na peça defensiva.

Por outro lado, a multa proposta pela autoridade lançadora, como sendo a do artigo 71, inciso III, alínea “a” – 120% do valor do imposto – deve ser modificada, tendo em vista a ocorrência de alteração na lei 11.651/1991 posteriormente à lavratura do auto de infração, tendo em vista o princípio da retroatividade mais benigna aplicável a ato não definitivamente julgado, conforme previsto no Código Tributário Nacional, dispositivo a seguir transcrito.

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

A alteração mencionada acrescentou, ao artigo 71 da Lei 11.651/1991, o inciso IV-A , mais específico à situação deste processo e com cominação menos severa que o previsto anteriormente – 80% do valor do imposto, o qual transcrevemos.

“ACRESCIDO O INCISO IV-A AO ART. 71 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.519, DE 29.12.11 - VIGÊNCIA: 29.12.11.

IV-A - de 80% (oitenta por cento) do valor do imposto omitido em decorrência da utilização de carga tributário inferior à aplicável à operação ou prestação;”

Portanto, entendemos que a exigência fiscal deve ser mantida, modificando-se a penalidade conforme relatado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da Impugnação, nego-lhe provimento e declaro PROCEDENTE o auto de infração, entretanto, a penalidade a ser aplicada é a constante no inciso IV-A do artigo 71 da lei 11.651/1991 com redação da lei 17.519/2011.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 11 dias do mês de setembro de 2012.

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

Matéria: Transporte de mercadorias com documento fiscal inidôneo - Danfe relativo a Nota Fiscal Eletrônica cancelada (Procedência)

Julgador: Luís Fernando Corrêa Rigo

SENTENÇA N.º 02213/12 – JULP

Lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

DO RELATÓRIO

Trata-se da apreensão de mercadorias sem a cobertura do documento fiscal obrigatório, conforme Termo de Apreensão constando o n.º do DANFE de n.º 132.545 que tem a sua nota fiscal eletrônica – NF-e cancelada conforme conferência fiscal, às folhas 11 e ainda outra NF-e 1181 ligada ao cancelamento do DANFE, o que caracteriza transporte de mercadorias, já acrescido do IVA sem documentação fiscal, em consequência da ação fiscal, é exigido o imposto e a multa formal específica, conforme documentos juntados aos autos.

A fiscalização entende terem sido infringidos os artigos 45,I, “a”, 64 e 66 do CTE, combinado com o artigo 145 do RCTE, tendo sido, ainda, proposta a penalidade do artigo 71, XII, “a”, 3, §9.º, I do CTE.

A empresa foi devidamente intimada para pagar ou apresentar defesa, às folhas 13/18.

A defesa, instaurando o contraditório, depois de descrever os fatos acontecidos quer a nulidade do feito por ausência de juntada dos documentos que serviram de base para a autuação gerando cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração. Quer a mudança no valor da base de cálculo e dispensa da agravante da penalidade prevista no § 9.º, I, artigo 71 do CTE por ser a mercadoria isenta. Pede, em resumo, a nulidade do feito e alternativamente a redução da base de cálculo e exclusão da atenuante do artigo 71, § 9.º, I do CTE.

É o Relatório. Passa-se à decisão da causa em si.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

A discussão da lide, no caso em questão, prende-se a analisar e decidir sobre todas as questões apresentadas pela parte passiva, sejam elas preliminares, incidentais e de mérito, objetivando saber se existe previsão legal para exigência do imposto ao transportar mercadorias (bens fungíveis, devidamente descritos no TA que fotografou o ilícito tributário) sem documento fiscal no ato de abordagem da fiscalização.

DO ASPECTO FORMAL DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

A nulidade pretendida pela parte passiva jamais foi demonstrada nos autos, pois do Termo de Apreensão constam a data da apreensão e a descrição das mercadorias e demais elementos perfeitamente identificados e que foram

recebidos e assinados pelo possuidor responsável e procurador da empresa ora autuada, o que garante segura e certeza ao valor apurado como crédito tributário.

Concluindo, entendo que 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.

DESACOLHEM-SE todos os pedidos de nulidade do feito.

DO MÉRITO DA CAUSA.

Em primeiro lugar, é de bom alvitre mencionar, que as mercadorias em questão são classificadas, pela contabilidade, como bens fungíveis, que segundo o Dicionário de Contabilidade de Antônio de Sá Lopes e A M. Lopes de Sá são descritos como: “Bens que podem ser substituídos por outros iguais em quantidade e qualidade”.

Nesse diapasão, ao Fisco caberia, por meio de Termo de Apreensão – TA, documentar a infração praticada, que é justamente a fotografia instantânea da circulação de mercadorias sem estar acompanhada da obrigatória nota fiscal. Não só o respectivo TA foi feito e assinado pelos responsáveis que, inclusive liberaram as mercadorias em nome do autuado e, portanto, seu possuidor, como nele consta que as mercadorias, no ato de abordagem do fisco, estavam efetivamente desguarnecidas da documentação fiscal obrigatória para qualquer circulação de mercadoria.

Para reforçar ainda mais a infração e documentar o aspecto fático foi juntado aos autos toda a ocorrência desde o início da abordagem do veículo até a apreensão das mercadorias para documentar a infração e sua liberação depois de comprovada a infração tributária.

Nessa linha de raciocínio, entendo, que a situação fiscal irregular se consumou, tendo sido descumprido o artigo 117 do RICMS que anota estar em situação fiscal irregular as mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigida pelo legislador para o seu transporte. Ressalte-se que transportar mercadoria sem nota fiscal já é, por si só, uma infração tributária de responsabilidade clara do transportador e possuidor, bastando, para tanto, observar o que descreve o artigo 66 do CTE, que assim menciona:

“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.”

Corroborando com nossa fundamentação, o Conselho Administrativo Tributário – CAT, em julgamento proferido pelo Pleno, em questão similar, referente ao processo n.º 5 0467722 621 15, assim decidiu:

“EMENTA: ICMS. Obrigação Tributária Principal. Mercadoria Desacobertada de Documentação Fiscal. Bens fungíveis. Impossibilidade de apresentação de nota fiscal posterior ao fato. Procedência. Decisão por maioria.

I - Transporte de mercadoria sem nota fiscal é infração tributária e deve ser punida com todo rigor, exigindo-se para o caso o ICMS com demais acréscimos legais.

II - Tratando-se de bens fungíveis a apresentação de uma nota fiscal, em data posterior a prática do delito fiscal, é um ato inócuo, uma vez que as mercadorias, por serem perfeitamente substituíveis, em quantidade e qualidade, nunca poderiam ser identificadas como sendo as mesmas da operação em questão.”

Observe-se que todo e qualquer trabalho em fiscalização de trânsito é instantâneo e tem natureza de impacto, logo, quando foi constatada a infração de natureza principal, circulação de mercadorias sem nota fiscal, não restou outra alternativa à fiscalização a não ser a de lavrar o referido auto de infração.

DAS TESES DE DEFESA NO MÉRITO

1.º) erro na base de cálculo, pois no DANFE cancelado pela empresa estaria um valor e a fiscalização considerou outro, entendo que a defesa está equivocada, pois trata-se de mercadorias sem documentação fiscal e é preciso acrescentar o IVA mencionado na autuação de 50%, logo o valor de R\$ 32.158,34 transforma-se no valor base de cálculo de R\$ 48.237,51 que deve ser exigido o imposto e a multa com os acréscimos legais.

2.º) Pelo fato das mercadorias no seu entender serem isentas, mais uma vez a defesa está equivocada, pois a referida isenção mencionada é condicionada a várias hipóteses entre elas a saída exclusivamente interna (lembre-se de Catalão é divisa do Estado de Goiás e Minas Gerais), necessita de documentação fiscal para comporvar tratar-se de produtos destinados a ração animal, como insumos agropecuários que são, o que dada a fungibilidade das mercadorias e a falta de documentação fiscal. Dessa forma, como o DANFE da operação foi cancelado não há como aceitar essa tese da defesa, posto que as mercadorias somente podem ser consideradas isentas, à luz do inciso XXV, artigo 7.º, Anexo IX do RCTE, em operações internas e com cobertura de documentação fiscal idônea para demonstrar o destino dos produtos.

3.º) pela exclusão da agravante aplicada pela fiscalização no §9.º, inciso I do artigo 71 do CTE. Deve ser ressaltado que o legislador estadual ao elaborar o novo CTE (Lei 11.651/91) privilegiou as infrações de natureza formal (obrigação tributária acessória) e em decorrência, desse descumprimento, se houvesse falta

do pagamento do imposto, aí sim, agravaria a situação com a exigência do imposto. Desta forma, houve um claro descumprimento de uma obrigação tributária de natureza instrumental a circulação de mercadorias sem documentação fiscal que foi primeiro punido com a multa formal específica e devida do artigo 71, XII, "a" 3 do CTE e como visto acima houve prejuízo ao erário, conforme previsão do legislador a situação autuada foi agravada corretamente a multa proposta com a aplicação do § 9.º, I do artigo 71 do CTE.

Nesse contexto, entendo afastadas todas as teses da defesa, logo tornaram-se alegações impossíveis de serem aceitas por não provar o nexo de causalidade com a autuação, dado serem bens fungíveis e perfeitamente identificados nos autos, devendo ser ressaltado, ainda, como se frisou acima, que o legislador estadual ao elaborar o novo CTE (Lei 11.651/91) privilegiou a infração de natureza formal (obrigação tributária de natureza instrumental) e em decorrência desse descumprimento, se houver falta do pagamento do imposto, aí sim, a situação poderia ser agravada, como foi o caso em questão, com a utilização do § 9º, inciso I, artigo 71 do CTE que, em última instância, é quem vai exigir o imposto nessa operação.

Posto isto e por tratar-se de circulação de mercadorias sem qualquer cobertura de documentação fiscal, perfeitamente identificável à lide, concluo como correto o trabalho da fiscalização em razão dos fatos acima descritos e, de consequência, mantenho a autuação em todo seu teor.

DA CONCLUSÃO

Diante de tudo até aqui mencionado e pelos fundamentos de fato e de direito acima desenvolvidos, conheço da Impugnação, nego-lhe provimento, para, em preliminar, não acolher nenhuma nulidade, assim como rejeitar todas as questões incidentais, para, no mérito, decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, com cálculo do setor competente, o que garantirá certeza e liquidez ao referido crédito tributário.

INTIME-SE o autuado do resultado desta decisão.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - JULP, em Goiânia, aos 30 dias do mês de outubro de 2012.

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

Matéria: Escrituração indevida de crédito do ICMS - crédito de ICMS nas aquisições de mercadorias destinadas a uso ou consumo registrado no livro Registro de Controle do ICMS do Ativo Permanente - CIAP (Procedência)

Julgador: Francisco Délio de Oliveira Martins

SENTENÇA N.º 02228/12 – 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 escrituração indevida de crédito do ICMS relativamente à entrada de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, erroneamente lançadas no livro CIAP e transportadas para o LRAICMS na proporção de 1/48 (um quarenta e oito avos), e, também, de crédito destacado em documentos registrados com base em cópias sem autorização da autoridade competente.

A acusação foi comprovada com os papéis da Auditoria Básica do ICMS, com os demonstrativos de apuração do ICMS, com cópias do livro Registro de Controle de ICMS do Ativo Permanente – CIAP, com as relações de documentos fiscais registrados no LRE com aproveitamento de crédito tendo por referência as cópias dos respectivos documentos sem autorização da autoridade competente, com cópias do LRE e com cópias dos respectivos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC.

Foram indicados como infringidos os arts. 58, § 3º, II, e 64, da Lei nº 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE, conjuntamente com os arts. 53 e 522, I, do Decreto nº 4.852/97, que regulamenta o CTE – RCTE.

Propõe a cominação da penalidade prevista no art. 71, IV, “a”, do CTE, com redação da Lei nº 14.634/03.

Intimado, o sujeito passivo, por intermédio de advogado devidamente constituído, impugna o lançamento, arguindo em princípio decadência do direito de lançar o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos até 18/04/07 em razão de que transcorreram mais de cinco anos entre os referidos fatos geradores e a efetiva intimação do lançamento. Contesta o valor da multa aplicada afirmando que possui efeito confiscatório em afronta ao princípio constitucional do não-confisco.

No mérito alega que os bens constantes das notas fiscais relacionadas pela fiscalização documentaram a compra de bens que compuseram equipamentos utilizados exclusivamente na extração de recursos minerais e seu processamento, os quais, em quase totalidade, foram aplicados para a formação da tubulação que liga todas as áreas do estabelecimento, desde a extração até o processamento de minérios e que a tubulação além de ter contato direto com o minério extraído é equipamento indispensável para a realização das atividades da Impugnante, devendo, portanto, serem contabilizados no Ativo Imobilizado da empresa. Assegura a correção de seu procedimento com o argumento de que a legislação tributária não conceituou o que vem a ser dito como ativo permanente e, pela vedação à legislação tributária de alterar a definição, o conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, norteou seus procedimentos nos princípios contábeis e na legislação relacionada, especialmente nas disposições do art. 179 da Lei nº 6.404/76, no Regulamento do Imposto de Renda e em Pareceres da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Assevera que na condição de estabelecimento industrial encontra-se isenta do pagamento do diferencial de

alíquota relativo aos bens destinados ao ativo imobilizado, nos termos do art. 6º, inciso XCII, do Anexo IX, do RCTE.

Afirma que mesmo que não pudesse contabilizar na conta do ativo imobilizado os referidos bens, não poderia a fiscalização exigir o recolhimento do ICMS a título de diferencial de alíquotas, por não poder ser considerados como de uso e consumo da Impugnante, mas caracterizados como produtos intermediários, nos termos da Instrução Normativa nº 990/10, uma vez que, além de terem contato direto com os minerais extraídos e beneficiados, são consumidos em decorrência desse contato direto com tais minerais, o que daria inclusive o direito de apropriar os créditos do ICMS que incidiu nas aquisições.

Contesta o condicionamento do aproveitamento do ICMS à autorização da autoridade fiscal, com a afirmação de que tal condicionamento ao aproveitamento do crédito do ICMS pago nas operações anteriores viola o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, e que tal exigência não encontra respaldo no Código Tributário Estadual, sendo, por isso, também ilegal.

Pede a improcedência do lançamento e, não sendo o caso, a adequação da multa a valores que não violam princípios constitucionais que norteiam a exigência do tributo. A defesa transcreve em sua peça impugnatória decisões judiciais, pareceres, doutrinas e dispositivos legais para sustentar suas alegações, todavia não junta aos autos nenhum 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 nº 16.469/2009, pois a autoridade autuante é competente para o lançamento, a infração foi perfeitamente determinada e a penalidade proposta é a legalmente prevista para a infração.

Examinando a decadência do direito de exigir o ICMS diferencial de alíquota dos fatos geradores ocorridos até 18 de abril de 2007 arguida pelo sujeito passivo, vejo que não lhe assiste razão, pois as disposições do art. 150, § 4º, do CTN, no entendimento desse Órgão Julgador aplicam-se em relação ao tributo regularmente lançado e recolhido, o que não é o caso em questão. No caso em comento, para a contagem do prazo decadencial, aplicam-se as disposições do art. 182 do CTE.

Dessa forma como os fatos geradores ocorreram no ano de 2007, o prazo decadencial iniciou-se no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja no dia 1º de janeiro de 2008, e, findava-se no dia 31 de dezembro de 2012, portanto, como o sujeito tomou ciência do lançamento em 18 de abril de 2012, antes de transcorridos o prazo decadencial de cinco anos, rejeito a decadência arguida pela Impugnante.

O crédito tributário exigido decorre de duas infrações imputadas ao sujeito passivo, uma de apropriação de crédito destacado em notas fiscais de aquisição de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento e a outra de

apropriação de crédito do ICMS destacado em cópia de documento sem autorização da autoridade competente.

Para o deslinde do mérito, a primeira questão a ser dirimida é se se trata de bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento como escriturou a Impugnante, uma vez que nesse caso teria direito ao crédito do ICMS, ou se se trata de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento como afirma a acusação, pois neste caso, o contribuinte encontra-se impedido de creditar-se do imposto nos termos dos dispositivos legais abaixo:

Lei nº 11.651/91 – Código Tributário Estadual

“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;

NOTA: relativamente a data de vigência para aproveitamento do crédito para uso e consumo ver art. 522 do RCTE

Decreto nº 4.852/97 – Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE

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

I - a mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entrada a partir de 1º de janeiro de 2007 (Lei nº 12.972/96, art. 3º, parágrafo único, I, “a”);

NOTA: Redação com vigência de 30.12.03 a 27.12.06.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO I DO ART. 522 PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 6.634, DE 11.06.07 - VIGÊNCIA: 28.12.06.

I - a mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entrada a partir de 1º de janeiro de 2011 (Lei nº 12.972/96, art. 3º, parágrafo único, I, “a”);

NOTA: Redação com vigência de 28.12.06 a 31.12.10.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO I DO ART. 522 PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 7.345, DE 18.05.11 - VIGÊNCIA: 01.01.11.

I - a mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entrada a partir de 1º de janeiro de 2020 (Lei nº 12.972/96, art. 3º, parágrafo único, I, “a”);” (grifei)

Examinando o campo “descrição resumida” na identificação dos bens no livro CIAP, constantes da planilha de fls. 50/53, vê-se que os bens autuados constituem peças para reposição/conserto em máquinas (peças mecânicas ou eletroeletrônicas), material destinado à obra civil (vigas, tubos, conexões, cantoneiras, etc.).

O entendimento firmado no Conselho Administrativo Tributário é que esse tipo de material escapa ao conceito contábil de ativo imobilizado, conforme decisão proferida no ACÓRDÃO DO CONP Nº 02248/05, que assim ementou:

“EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento do diferencial de alíquota. Bens destinados ao uso ou consumo. Procedência. Decisão não unânime.

I – No âmbito do ICMS, o bem integrado ao ativo imobilizado é: aquele que permanece existindo como coisa móvel, e de existência autônoma, durante e após essa integração, tal como adentrou no estabelecimento e que, em tal condição, pode ser objeto de saída, transferência, restituição em arrendamento mercantil, furto, roubo, inventário ou baixa decorrente do esgotamento de sua utilidade específica;

II – É destinado ao uso ou consumo o bem que, embora adentre o estabelecimento como coisa móvel, perde essa condição quando sua utilização, seja por reposição de parte de um outro bem, seja por destruição física não vinculada direta e proporcionalmente à atividade industrial;

III – Ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, por território goiano, de bem oriundo de outro Estado, adquirido por contribuinte do imposto e destinado ao uso ou consumo do estabelecimento (art. 13, III, da Lei nº 11.651/91).”

Em relação ao material destinado à obra de construção civil a Assessoria Tributária da Superintendência da Receita Estadual já manifestou, em seu Parecer nº 196/2002 – AST, no sentido de que o “...o material de construção, antes de sua agregação à construção é mercadoria, mas nesse estado não integra o ativo imobilizado. Ele é na realidade um material de consumo utilizado na construção de determinado prédio, passando a fazer parte do ativo imobilizado como imóvel...”.

No mesmo sentido decidiu a Terceira Câmara Julgadora deste Conselho Administrativo Tributário, em seu ACÓRDÃO DA III CJUL Nº 02000/06, conforme ementa abaixo:

“EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Diferencial de alíquotas. Mercadoria para consumo. Manutenção da autuação. Maioria.

I – As aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a construção ou ampliação de complexo industrial são consideradas como destinadas ao consumo final e, como tal, sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquotas.

II – Procedência da autuação.”

Dessa forma não há como acolher os argumentos da defesa de que procedeu em conformidade com o disposto no art. 179 da Lei nº 6.404/76, com os princípios da contabilidade e com base em pareceres emitidos por autoridade do

Fisco Federal para justificar a classificação das mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento como ativo imobilizado.

Também razão não existe à defesa ao afirmar que as mercadorias objeto da autuação não caracterizam mercadorias destinadas ao uso ou consumo, sendo produtos intermediários na interpretação dada pela Instrução Normativa nº 990/10 com a justificativa de que são consumidos em decorrência de contato direto com os minerais extraídos e beneficiados. Está evidenciado nos autos que os tubos foram destinados à obra de construção civil não fazendo parte integrante de máquina, ferramenta ou equipamento utilizado no processo de industrialização, nem mesmo há comprovação de que perdem utilidade em decorrência do contato direto com o produto que está sendo fabricado.

Portanto, as mercadorias relacionadas na planilha “Planilha Demonstrativa de Lançamentos de Créditos Indevidos no Livro CIAP – Exercício 2007”, fls 050/053, são bens destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, cujo aproveitamento do crédito do ICMS encontra-se vedado por força do art. 3º, parágrafo único, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 12.972/96.

Quanto ao crédito de ICMS com base em cópia de documento fiscal, tem-se que o disposto no art. 58, caput, do CTE, demonstrado em linhas anteriores, deixa bem claro que o aproveitamento do crédito do ICMS se faz nos termos do disposto na legislação tributária e esta, no art. 53 do RCTE, condiciona a apropriação do crédito do ICMS nesta situação à autorização da autoridade competente, conforme dispositivo transcrito:

Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE

“Art. 53. Ocorrendo perda ou extravio da 1ª (primeira) via do documento fiscal respectivo, pode o contribuinte solicitar, ao Delegado Fiscal de sua circunscrição, o registro e, se for o caso, o aproveitamento do imposto cobrado na operação ou prestação anterior, anexando ao pedido uma cópia autenticada da via pertencente ao emitente do documento, além de outros documentos que comprovem a efetiva entrada da mercadoria, ou da utilização do serviço pelo estabelecimento.

§ 1º O Delegado Fiscal, à vista da regularidade da operação ou prestação, devidamente comprovada na forma deste artigo, deve autorizar o registro e, se for o caso, o aproveitamento do crédito respectivo ao estabelecimento destinatário, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias contados da data de protocolização do pedido, podendo determinar a realização da diligência para complementar informação ou esclarecer circunstância que julgar necessário.

§ 2º Do despacho denegatório do aproveitamento do crédito, cabe recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da notificação, ao Superintendente da Receita Estadual, o qual deve proferir decisão administrativa final sobre o aproveitamento, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de protocolização do recurso.

§ 3º Inexistindo deliberação nos prazos estabelecidos, o contribuinte pode, se for o caso, creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido e caso sobrevenha decisão contrária irrecurável, no prazo de 15 (quinze) dias da

respectiva notificação, deve proceder ao estorno dos créditos escriturados, com os acréscimos legais cabíveis inclusive a multa de caráter moratório.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos em que a 1ª (primeira) via do documento fiscal, por motivo de exigência legal, deva ficar retida em outro órgão ou instituição, hipótese em que a cópia autenticada da 1ª (primeira) via ou a própria 2ª (segunda) via do documento substitui a via pertencente ao emitente do documento.”

Portanto, não estando de posse da 1ª via do documento fiscal, o aproveitamento do imposto cobrado na operação ou prestação anterior, destacado no documento fiscal, só é permitido quando devidamente autorizado pelo Delegado Fiscal ou pelo Superintendente da Receita Estadual, quando denegatório o despacho do titular da Delegacia Fiscal.

A escrituração dos créditos do ICMS relativos aos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC, discriminados nas relações de fls. 085/087 se deram à vista de cópias do documento, conforme se observa dos carimbos de autenticação no corpo dos mesmos, não se verificando autorização da autoridade fiscal, portanto indevidamente, nos termos do art. 53 do RCTE.

O lançamento do crédito tributário em exame se deu à luz da legislação tributária estadual vigente à época do fato gerador, questionar a possibilidade de vedação de apropriação do crédito tributário por norma estadual é questionar a norma em si, e nesse sentido, como há vedação expressa a este Órgão Julgador de decidir com base em apreciação ou declaração de constitucionalidade de normas expedidas pela Administração Tributária, não apreciarei as alegações de inconstitucionalidades, mormente a alegação de afronta aos princípios constitucionais de não confisco, de não cumulatividade do ICMS, e demais alegações de afronta à Constituição Federal, nos termos do art. 6º, § 4º, da Lei nº 16.469/09.

No mesmo sentido, contestar a multa não é impugnar o auto de infração, mas a norma genérica, a lei em si. A multa cominada é a prevista no art. 71 do CTE, adequada para a infração em comento, não se verificando erro na sua aplicação. A lei vincula a administração tributária a promover a aplicação da multa na constatação da infração à legislação tributária, não lhe permitindo acrescê-la ou reduzi-la sem previsão legal, portanto deixo de apreciar as alegações de afronta a princípios constitucionais, inclusive ao princípio constitucional do não-confisco.

Como não há outro argumento ou documento capaz de ilidir a acusação, e por ter o lançamento atendido as disposições do art. 160, do CTE, declaro procedente o lançamento do crédito tributário em julgamento.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento, para declarar PROCEDENTE o lançamento do crédito tributário em julgamento, condenando o sujeito passivo ao pagamento do ICMS e demais acréscimos legais.

Intime-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 26 dias do mês de setembro de 2012.

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

Matéria: Desistência da Fase Contenciosa - pagamento integral do crédito tributário lançado (Encerramento da Fase Contenciosa)

Julgador: Francisco Délio de Oliveira Martins

SENTENÇA N.º 02427/12 – 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 omissão de saída de mercadoria tributada, constatada mediante auditoria no controle paralelo de vendas apreendidos no estabelecimento do sujeito passivo, verificada pelo comparativo entre cada saída realizada e os documentos fiscais emitidos relativos a essas vendas. A infração é comprovada com os papéis da auditoria, com os demonstrativos anexos, com cópia da notificação, com cópias dos livros registro de saída, e com o relatório de saídas apreendido no estabelecimento do sujeito passivo.

Intimado, o sujeito passivo, por intermédio de advogado devidamente constituído, vem aos autos e apresenta impugnação em primeira instância, cujo conteúdo deixo de relatar tendo em vista que houve por parte do sujeito passivo desistência do contencioso fiscal, conforme fundamentos abaixo relatados.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Em consulta ao Sistema Informatizado desta Secretaria da Fazenda constatei o pagamento integral do crédito tributário exigido na peça inicial do auto de infração em julgamento, o que caracteriza confissão irretratável da dívida e consequente desistência da impugnação.

A norma contida nos dispositivos do art. 6º, § 2º, da Lei nº 16.469/09 veda a apreciação dos casos em que haja confissão irretratável, portanto deixo de apreciar o referido pedido.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, não conheço da impugnação, para, nos termos dos artigos 6º, § 2º, da Lei 16.469/09, declarar ENCERRADA A FASE CONTENCIOSA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

Encaminhe-se à GEPRO para as providências legais. Após, se for o caso, intime-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 04 dias do mês de dezembro de 2012.

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

Matéria: Omissão de registro de nota fiscal no livro Registro de Entradas - nota fiscal de entrada não registrada (Procedência)

Julgador: Luís Fernando Corrêa Rigo

SENTENÇA N.º 02442/12 – JULP

Lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

DO RELATÓRIO

Trata-se de um crédito tributário, em razão do não registro nos livros fiscais de diversas notas fiscais de aquisições interestaduais, nos períodos e valores indicados nos autos, conforme relatório, livros e demais documentos juntados aos autos para fundamentação da acusação fiscal, às folhas 32/276.

A fiscalização entende terem sido infringidos os artigos 64 do CTE, combinado com o artigo 308 do RCTE, tendo sido, ainda, proposta a penalidade do artigo 71, VII, “c” do CTE.

O sujeito passivo foi intimado a pagar ou apresentar defesa sobre o referido auto de infração, às folhas 277, no endereço do seu extrato cadastral, às folhas 276, e como não houve possibilidade do cumprimento do ato intimatório pelos Correios, conforme documento, às folhas 278, o NUPRE realizou diretamente sua intimação por Edital e em seguida não tendo se manifestado, nos prazos definidos na lei, foram lavrados os termos de Revelia e de Perempção, às folhas 279/285 dos autos.

Por meio de Pedido de Revisão Extraordinária a defesa, através de seus representantes legalmente constituídos, querendo instaurar o contraditório na fase administrativa, de pois de uma breve narrativa dos fatos acontecidos, alega, preliminarmente, o cabimento do seu pedido por absoluta ineficácia de intimação e conseqüente cerceamento ao seu direito de defesa, conforme farta argumentação apresentada, às folhas 292/300. Em seguida, confiante na aceitação da sua defesa, no mérito, alega o seguinte: 1.º) excesso de exação por erro no cálculo da multa formal por não ter levado em conta, quando da aplicação da penalidade a atenuante prevista pelo § 8.º do artigo 71 do CTE; 2.º) cancelamento da multa imposta no tocante as notas fiscais em que já existe cobrança de imposto em outro auto de infração de n.º 4 0111034 331 36; 3.º) necessidade de redução de 50% no valor da multa aplicada em relação as notas em que não haja cobrança de imposto; 4.º) entende que a multa aplicada tem o nítido caráter confiscatório, nos termos da argumentação e decisões que lhe entende favorável. Em conclusão, pede preliminarmente o acolhimento do Pedido de Revisão Extraordinária com anulação de todos os atos posteriores ao vício formal apresentado e lhe devolvido o prazo

para pagamento do débito com os descontos legais. Caso não seja esse o entendimento do CAT julgar diretamente o mérito, requerendo o cancelamento do crédito tributário nos termos dos itens a e b apresentados na conclusão de sua defesa. Na remota hipótese de não ser esse o entendimento do julgador quer, ainda, a redução da multa em 50% com aplicação do § 8.º, artigo 71 do CTE e, por fim, protesta pela juntada posterior de quaisquer documentos que se façam necessários e pede, também, pela produção de todas as provas admitidas em direito, assim como requer, desde já, que todas as intimações sejam efetuadas aos representantes legais da empresa autuada.

Por meio do Despacho n.º 0866/2012-CAT foi admitido seu Pedido de Revisão Extraordinária por estar comprovado que existiam vícios de legalidade no ato de intimação da empresa autuada, nos termos do artigo 53 da Lei 13.800/01, concluindo que deveriam ser anulados o edital de intimação, às folhas 279 e demais atos subseqüentes. Por outro lado, decidiu, ainda, pelos não cabimento de uma nova intimação do contribuinte restabelecendo todos os prazos da lei processual, uma vez que concluiu já ter havido a tomada de conhecimento da existência do processo, nos termos do inciso IV do artigo 14 da Lei 16.469/09, o que não deixa de ser uma forma de intimação prevista na Lei 16.469/09.

Então, com base na decisão e no juízo de admissibilidade acima, nos termos do inciso II, § 4.º do artigo 43 da lei 16.469/09, foi determinado o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio a Primeira Instância para que sejam distribuídos a julgamento para apreciação da peça defensiva, o que se fará a seguir.

É o relatório. Passa-se à decisão.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO (O LIMITE DA LIDE)

O objeto da lide é decidir sobre todas as questões apresentadas pela parte passiva sejam elas preliminares, incidentais e/ou de mérito, verificando ao final se procede o entendimento da defesa de que não houve a infração de natureza formal no caso ora em julgamento e/ou as demais questões que implicariam na redução do valor da multa proposta pela fiscalização.

DO ASPECTO FORMAL DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

No Direito moderno é de bom alvitre limpar o processo do excesso de formalismo, devendo buscar que as formas sejam, apenas e tão-somente, uma proteção para o direito e não uma causa de perda para o próprio direito.

A nova Lei Processual n.º 16.469/09, como a anterior Lei 13.882/01, que definem o Processo Administrativo Tributário – PAT, seguindo o caminho do Direito Processual Civil e Penal, adotaram a posição de que só haveria nulidade se a lei assim expressamente o declarar, quando pelos incisos do seu artigo 20 definiu, de forma clara e objetiva, quais seriam as nulidades absolutas e pelo § 3.º do referido artigo reiterou que nas demais nulidades, qualquer das autoridades ali definidas

seria competente para promover ou determinar sua correção, deixando bastante evidenciado a diferenciação entre as falhas formais sanáveis e insanáveis.

Nesse contexto, seguindo a orientação legal e doutrinária acima descrita, o julgador para se pronunciar sobre qualquer nulidade, além do pedido estar enquadrado em uma das quatro hipóteses, precisa, também, ficar evidenciado que tal ato trouxe um efetivo prejuízo a quem o estiver alegando, conforme afinada jurisprudência dos nossos tribunais, que assim afirma:

“Torna-se necessário, para que se declare a nulidade de um ato, além da sua alegação oportuna, a demonstração do prejuízo daquele que a denuncia. Essa é a regra geral, valendo ressaltar que, em se tratando de ato processual, a lei não dá valor à nulidade se dela não resultou prejuízo para as partes – CPC, art.249, § 1.º.” (Ac. Das Câms. Reuns. Do TJPA de 13.05.87)

Nesse diapasão, não basta ao sujeito passivo pedir determinada nulidade daquelas previstas nos quatro incisos do artigo 20 da Lei nº16.469/09, precisa, também, demonstrar que tal ato trouxe um efetivo prejuízo a quem o está alegando.

DO CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA FALHA DE INTIMAÇÃO

Ao elaborar sua defesa o representante legal da empresa autuada apresenta, preliminarmente como questão de nulidade parcial uma falha em uma das fases de sua intimação e que já decidida pelo acolhimento parcial, conforme Despacho de n.º0866/2012-CAT, inclusive, negando a sua pretensão para anulação de todos os atos posteriores ao vício formal apresentado e, ainda, devolução do prazo anterior para pagamento do débito com os descontos legais de nova intimação.

Nesse sentido, ficou caracterizado apenas o cerceamento ao direito de defesa de forma parcial e que já tendo sido devidamente decidido pelo Despacho, às folhas 412, assim como, definindo seus limites, quando considerado a empresa tinha sido autuada por tomada de conhecimento do processo, nos termos do inciso IV do artigo 14 da Lei 16.469/09, determinando que o processo retornasse a fase de julgamento em primeira instância, o que, também, concordo.

De outro lado, como não existe mais nenhuma outra questão de natureza preliminar apresentada pela defesa, apenas e tão somente, questões que tem natureza meritória, implica dizer que não há outro pedido formal de nulidade do feito, nos termos precisos do artigo 20 e seus incisos da Lei Processual 16.469/09.

Então, concluo que o lançamento tributário, sob o aspecto formal, com o acolhimento da Revisão Extraordinária, 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.

DESACOLHEM-SE outros pedidos de nulidade do feito.

DA QUESTÃO INCIDENTAL DA MULTA CONFISCATÓRIA

A tese da defesa é pelo cancelamento da autuação porque entende que a multa aplicada tem o nítido caráter confiscatório, nos termos da argumentação e decisões que lhe entende favorável (3.^a questão).

A pretensão da parte passiva ao levantar a inconstitucionalidade ou, ainda, a ilegalidade de determinados artigos do Código Tributário Estadual, seja porque motivo for, esbarra na competência do Conselho Administrativo Tributário, posto que a prerrogativa originária, específica e privativa é única e exclusiva do Poder Judiciário para julgar essas questões.

Tal questão tem como pressuposto fundamental a separação dos poderes que tem como um dos seus princípios o da PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE de qualquer norma inserida no ordenamento jurídico pátrio, ainda, que tal Princípio, declarado em vários votos no plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, esteja implícito ganhou destaque e reforço na regra constitucional do § 3.º do artigo 103 da CF/88.

Nessa linha de raciocínio além das questões relevantes acima existe a impossibilidade concreta da autoridade administrativa julgadora no Processo Administrativo Tributário de abandonar a lei por considerá-la inconstitucional temos, em primeiro plano, o artigo 97 da CF/88 que afirma que *“somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”*.

Por essa regra fica demonstrado que o STF tem a chamada reserva de plenário para declaração de lei ou ato normativo como inconstitucional no controle difuso. Seus Ministros vem afirmando em vários votos que tal reserva do plenário deriva do princípio da presunção de constitucionalidade de qualquer norma inserida no ordenamento jurídico pátrio, conforme visto acima, somadas as razões de segurança jurídica que numa eventual decisão administrativa em favor do pólo passivo acolhendo a inconstitucionalidade de lei ou qualquer ato normativo implicaria numa decisão definitiva para o Estado, suprimindo assim a matéria da apreciação do STF e, de consequência, violando aos princípios: Da Presunção de Constitucionalidade das normas jurídicas e da segurança jurídica.

Frise-se, que tal impossibilidade do julgador sobre essas questões foi taxativamente mencionada pelo legislador ao elaborar a nova Lei Processual 16.469/09, em especial, o § 4.º do artigo 6.º, que incorporando os princípios acima e o artigo 97 da CF/88, assim menciona:

“Não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária.” (grifo nosso)

Corroborando com o debate, verifica-se que as multas por não serem tributos, jamais podem ter como parâmetro tais princípios, posto que sua fixação tem o nítido propósito de desestimular a infração tributária, tornando o descumprimento de uma obrigação tributária, um mau negócio para o infrator ao estipular reprimenda suficiente para coibir desrespeito às normas legais. Entretanto, ainda assim, o legislador do CTE possibilita uma redução gradativa e significativa para quem confessa a infração e efetua o seu recolhimento, nos termos do artigo 171 do CTE.

Para concluir este tópico, entendo que deva ser citado a decisão do STF sobre este assunto, quando assim afirmou:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. MULTA COM CARÁTER CONFISCATÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não se pode pretender desarrazoada e abusiva a imposição por lei da multa – que é pena pelo descumprimento de obrigação tributária – , sob o fundamento de que ela, por si mesma, tem caráter confiscatório. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AL-AgR 685380/RS. Rel. Min. EROS GRAU. Julgamento: 20/05/2008. DJ 06-06-2008)

Dessa forma, deixo de acolher a pretensão da parte passiva de ver declarada, na fase administrativa, a inconstitucionalidade da norma prevista pelo artigo 71 e seus incisos do CTE, até porque o referido Código Tributário Estadual, a Lei 11.651, desde 1991 está em vigor e até hoje nenhum dos nossos tribunais declarou tal artigo como ilegal e/ou inconstitucional.

REJEITA-SE essa pretensão da parte passiva.

DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO (SOBRE A INFRAÇÃO PRATICADA)

As questões, na parte meritória, referem-se a saber se existe prova efetiva dos registros dos referidos documentos fiscais de aquisições, a qualquer título, nos livros fiscais do sujeito passivo, origem da infração de natureza formal, apreciando de forma incidental as seguintes questões: 1.º) do excesso de exação por erro no cálculo da multa formal por não ter sido excluída a relação de notas fiscais, pois já existe cobrança de imposto em outro auto de infração de n.º 4 0111034 331 36; 2.º) necessidade de redução de 50% no valor da multa aplicada em relação as notas em que não haja cobrança de imposto nos termos do § 8. do artigo 71 do CTE, nos termos das argumentações e decisões que lhe entende favorável.

DA DIFERENÇA ENTRE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA E PRINCIPAL.

De início, deve ser registrado que as obrigações tributárias, segundo o Código Tributário Nacional - CTN, que é uma Lei Complementar, são autônomas e distintas, logo tem vida própria, como pode ser observado pela leitura atenta dos artigos 114 e 115 do CTN que passo a citar:

“Art. 114 - Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115 - Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.” (grifou-se)

Neste sentido, não existe qualquer dúvida na lei complementar, de que a obrigação tributária de natureza principal tem fato gerador, próprio e específico, que é bastante diferente do fato gerador das obrigações tributárias acessórias, o que vem a demonstrar que a multa formal jamais poderá ser excluída, pelo argumento de que na situação em questão, na qual ela está sendo aplicada, não existe qualquer possibilidade de trazer prejuízo aos cofres públicos. A obrigação tributária acessória, a que pese seu nome, no direito tributário tem vida própria, ligada ao cumprimento, a prática ou abstenção de determinados atos de natureza instrumentais. O julgador que assim não proceder estará decidindo, claramente, contra a lei, o que não é admitido pelo direito em hipótese alguma.

O tributarista Luciano Amaro, em seu festejado livro de Direito Tributário com muita didática esclarece o que vem a ser a expressão acessoriedade no Direito Tributário, quando assim afirma:

“A Acessoriedade da obrigação dita “acessória” não significa (como se poderia supor, à vista do princípio geral de que o acessório segue o principal) que a obrigação tributária assim qualificada dependa da existência da obrigação principal à qual necessariamente se subordine. As obrigações tributárias acessórias (ou formais ou, ainda, instrumentais) objetivam dar meios à fiscalização tributária para que esta investigue e controle o recolhimento de tributos (obrigação principal) a que o próprio sujeito passivo da obrigação acessória, ou outra pessoa, esteja, ou possa estar, submetido”.

Na mesma linha de raciocínio, o, também, tributarista Paulo de Barros Carvalho afirma que o legislador do Código Tributário Nacional – CTN traçou as fronteiras que separam as duas entidades associando-as a fatos intrinsecamente distintos: O FATO LÍCITO para obrigação tributária e o FATO ILÍCITO para penalidade pecuniária.

Então, pode-se concluir que a obrigação tributária (principal ou instrumental) decorre de um FATO (lícito principal e ilícito instrumental) previsto na lei (principal) ou legislação (instrumental) que tem a seguinte estrutura: HIPÓTESE – MANDAMENTO – SANÇÃO. A lei e/ou legislação em se tratando de obrigação tributária principal (de DAR) ou instrumental (de FAZER, TOLERAR OU NÃO FAZER), descreve uma hipótese que é a previsão de uma situação abstrata de um

antecedente (quer dizer, de um fato que irá ou pode acontecer). Posteriormente, acontece o FATO (lícito ou ilícito) que corresponde aos termos da hipótese. A seguir, vem o mandamento, que é o comando contido na norma, isto é, um comando de DAR, FAZER, TOLERAR e NÃO FAZER, que atua instantaneamente, logo após a ocorrência dos seus fatos geradores, comando que deve ser atendido pelo sujeito passivo. Por fim, sobrevém uma SANÇÃO, que é uma penalidade prevista em lei, que se aplica contra o sujeito passivo que não obedeceu ao comando (não pagando o imposto, não emitindo nota fiscal, não apresentando os demonstrativos, não liberando o uso dos respectivos documentos fiscais como no caso em questão).

SOBRE AS INFRAÇÕES FORMAIS (permanentes e instantâneas)

O sujeito passivo descumpriu, de forma clara e objetiva, a Legislação Tributária Estadual quanto a obrigação tributária de natureza instrumental, relacionada a obrigatoriedade de escriturar nos livros fiscais de Registro de Entrada, as entradas de mercadoria a qualquer título, inclusive, as que foram juntadas nos autos, ainda que tenham sido originadas de operações de devolução, conforme pode ser observado pelos artigos citados a seguir do Decreto 4.852/97.

"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;

.....

§ 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, ressalvada a hipótese do imposto relativo ao diferencial de alíquotas”;(grifou-se o que se pretende destacar)

Então, pode ser observado que o sujeito passivo deixou de proceder a escrituração fiscal de diversas notas fiscais de entrada, sejam elas a qualquer título, referente aos meses e valores descritos nos autos, sendo que a defesa apresenta as seguintes questões:. 1.º) do excesso de exação por erro no cálculo da multa formal por não ter sido excluída a relação de notas fiscais, pois já existe cobrança de imposto em outro auto de infração de n.º 4 0111034 331 36; 2.º) necessidade de redução de 50% no valor da multa aplicada em relação as notas em que não haja cobrança de imposto nos termos do § 8. do artigo 71 do CTE; 3.º) cancelamento da autuação porque entende que a multa aplicada tem o nítido caráter confiscatório, nos termos da argumentação e decisões que lhe entende favorável, que serão analisadas uma a uma a seguir.

Do excesso de exação por um suposto erro no cálculo da multa formal, em razão de não ter sido excluída a relação de notas fiscais na qual já existe cobrança de imposto em outro auto de infração de n.º 4 0111034 331 36 (1.ª questão)

A defesa pretende com essa tese alegar uma suposta duplicidade de lançamentos e/ou excesso de exação, no seu entender sobre uma dupla cobrança de multa, o que não concordo pelos argumentos apresentados a seguir.

O processo n.º 4 0111034 331 36 refere-se a um lançamento tributário em que a fiscalização exige o diferencial de alíquota incidente nas operações de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento autuado, conforme relação de notas fiscais juntadas aos autos para fundamentação da acusação fiscal, isto é, fato gerador relacionado ao descumprimento de uma obrigação tributária de natureza principal, que tem penalidade específica definida pelo artigo 71, inciso III, “f” do CTE.

De outro lado, o processo em questão refere-se a exigência de uma multa formal que, tem fato gerador completamente diferente, relacionado com o descumprimento de uma obrigação tributária de natureza instrumental, em razão do não registro nos seus livros fiscais próprios de diversas notas fiscais de aquisições interestaduais, que tem penalidade específica definida pelo artigo 71, VII, “c” do CTE.

Nesse sentido, não há como acolher a tese de defesa de exclusão de determinado grupo de notas fiscais adquiridas de fora do estado para uso e consumo da empresa, pois deveria ter cumprido os dois fatos geradores, primeiro deveria ter registrado todos os documentos nos seus livros fiscais próprios, conforme artigo 88 e 308 do RCTE acima mencionados, em seguida deveria apurar, declarar e lançar o valor do diferencial de alíquota no livro Registro de Apuração do ICMS e recolher no prazo estabelecido na legislação.

Da necessidade de redução de 50% no valor da multa aplicada em relação as notas em que não haja cobrança de imposto nos termos do § 8.º do artigo 71 do CTE (2.ª questão)

Importa frisar, de início, que, não existe diferença em relação a infração formal por descumprimento de obrigações tributárias de natureza instrumental relacionadas a não escrituração de diversas notas fiscais em seus livros fiscais sejam eles de papel e/ou em meio magnético digital, conforme pode ser observado do artigo que define a penalidade para ambos os casos e que, diga-se de passagem, sequer menciona o fato da escrituração ser em papel ou digital, senão vejamos:

“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;” (grifo nosso)

Então, da leitura atenta do dispositivo legal percebe-se, de forma clara e objetiva, que o não registro ou o registro com valor incorreto (seja em livros em papel ou em meio digital) de documentos fiscais (seja eles confeccionados em papel ou em meio magnético como a nota fiscal eletrônica) relativos à entrada a qualquer título, aquisição ou utilização de mercadorias devem ser punidos com a multa formal corretamente proposta pela fiscalização, uma vez que realmente não houve escrituração, o que impede a dispensa da penalidade formal no caso em questão, permitindo apenas analisar a aplicação, ou não, da atenuante proposta pela defesa do §8º, artigo 71 do CTE.

Outrossim, a tese defensiva, ainda que judiciosos os seus motivos, não é válida para a descaracterização da infração de natureza instrumental permanente no tempo, devidamente comprovada pela fiscalização, posto que as notas fiscais juntadas aos autos não foram escrituradas nos seus livros fiscais, quando ainda gozava da espontaneidade fiscal, sendo assim, deve ser punido com a infração formal do artigo 71, VII, “c” do CTE, devendo agora ser verificada a possibilidade de aplicação da atenuante prevista pelo §8.º, artigo 71 do CTE.

SOBRE A FORMA PRIVILEGIADA

O legislador tributário goiano, seguindo orientação do Direito Penal, apresenta possibilidade, quando da aplicação das multas tributárias, utilizar-se de atenuantes e agravantes. No caso ora em discussão, torna-se necessário discutir a possibilidade da aplicação da atenuante prevista no § 8.º, artigo 71 do CTE, porém, reexaminado essa possibilidade, com muita cautela, em razão da alteração proposta para esse mesmo dispositivo legal, por força da lei 16.241 de 18 de abril de 2008, dessa forma, passo a analisar tal aplicação.

Em primeiro lugar, é de bom alvitre frisar que tal questão é de natureza meramente interpretativa e subjetiva, logo não estando proposta essa atenuante pela fiscalização, quando da formalização do auto de infração, passa a ser uma questão da exegese do julgador, portanto, de sua inteira responsabilidade, com o valiosos subsídios do artigo 106 inciso I do CTN.

Nessa linha de raciocínio, com a publicação da Lei 16.241, em 18 de abril de 2008, houve uma modificação no mencionado dispositivo legal (§ 8.º do artigo 71 do CTE), passando a condicionar a aplicação dessa atenuante, apenas e tão somente, para os casos descritos do inciso V ao inciso XII do mencionado artigo 71 do CTE.

Pelo novo regramento da aplicação dessa atenuante e como a penalidade do caso, ora em julgamento, esta prevista pelo artigo 71, inciso VII, alínea "c" do CTE, portanto, dentro das hipóteses mencionadas pelo legislador para aplicação desse benefício, concluo ser plenamente possível a sua aplicação, desde que verificado, também, se a infração já foi corrigida, dentro do estrito controle da legalidade e dela não resultou em falta de recolhimento do imposto.

Observando os documentos descritos e juntados, às folhas 34/110, observa-se que são todos relacionados a aquisições interestaduais para uso e consumo e/ou ativo imobilizado da empresa atuada e que, portanto, não trazem suficientes condições para se afirmar com segurança que não houve, ainda que indiretamente, falta de recolhimento do imposto em todas as situações ali previstas, pois temos notas de aquisição de combustíveis e derivados de petróleo de fora do estado e, portanto, sujeitos a substituição tributária, inclusive, pelo diferencial de alíquota, devido para Goiás e outras situações, em que foi exigido o diferencial de alíquota pelo próprio autor do procedimento fiscal (aquisições interestaduais destinadas a uso e consumo) no outro auto de infração de n.º 4 0111034 331 36, desta forma, como a penalidade é de 25% sobre o valor da operação, entendo não ser possível a aplicação dessa atenuante no caso em questão

Ressalte-se, por fim, que o não registro pela empresa do porte da que foi atuada de notas fiscais de aquisições de mercadorias que não geram crédito fiscal tem o nítido propósito de ocultar o recolhimento obrigatório do diferencial de alíquota devido ao Estado de Goiás nas situações de incidência dessa complementação desse imposto.

Posto isto, concluo pela legalidade do crédito tributário formalizado pelo lançamento tributário, por ser originado de uma obrigação tributária nascida de um fato gerador concerto e de uma Lei em abstrato.

DA CONCLUSÃO

Em síntese, 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, assim como, rejeitar quaisquer questões incidentais e, no mérito, decidir pela PROCEDÊNCIA

da pretensão inicial do fisco, em cálculo do setor competente, garantindo assim, certeza e liquidez a esse crédito tributário.

INTIME-SE o autuado do resultado desta decisão.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - JULP, em Goiânia, aos 4 dias do mês de dezembro de 2012.