



ÍNDICE DOS ACÓRDÃOS 2013-2014

ASSUNTO	DECISÃO	ÓRGÃO ACÓRDÃO
ALÍQUOTA		
Exportação de mercadoria fora do prazo - adequação de alíquota	Procedência Parcial	IV CJUL 01713/13
APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO		
Crédito escriturado indevidamente relativo à energia elétrica	Improcedência	CONP 02054/13
Crédito relativo a devoluções sem comprovação de venda/remessa da mercadoria	Procedência	I CJUL 02487/13
Crédito relativo à entrada de bens destinados ao ativo imobilizado - arrendamento mercantil	Procedência	I CJULT 00026/13
Crédito relativo à matéria prima, insumos e energia elétrica nas saídas isentas ou não tributadas	Procedência	CONP 01661/13
Crédito relativo à mercadoria ou bens, destinados ao Ativo Imobilizado integrado até 31.12.2000	Procedência Parcial	CONP 01616/13
Crédito relativo ao prejuízo na conta mercadoria	Procedência	III CJUL 00617/13
Crédito relativo ao serviço de transporte rodoviário de carga, gás liquefeito de petróleo	Procedência	III CJUL 00951/13
Falta de estorno de crédito relativo às saídas contempladas com isenção	Improcedência	I CJUL 00854/13
Falta de estorno de crédito relativo às saídas de insumos destinados à Zona Franca de Manaus	Procedência	CONP 00112/13
Mercadorias excluídas da Substituição Tributária - Aquisição Fundo de Estoque - falta do livro Registro de Inventário	Procedência	CONP 02130/13
AUDITORIA BÁSICA DO ICMS		
Aproveitamento de crédito relativo à entrada de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento e à energia elétrica consumida no setor administrativo e ao serviço de telecomunicação	Procedência	III CJUL 00912/13
Crédito aproveitado sem comprovação documental	Procedência	I CJULT 00819/13
Estorno de débito do ICMS incidente sobre as saídas de mercadorias a título de brinde, doação, imobilizado e mercadorias para padronização sem respaldo na legislação	Procedência	I CJULT 00208/13

tributária

Falta de estorno de crédito do ICMS sobre serviços de transporte rodoviário de cargas, referente a operações beneficiadas com isenção ou não tributação do ICMS Procedência IV CJUL [02288/13](#)

Falta de estorno proporcional às saídas contempladas com redução da base de cálculo Procedência Parcial I CJUL [00461/13](#)

Fata de estorno de crédito do ICMS relativo a entrada de soja em grãos correspondente à emissão de nota fiscal emitida para fins de acerto de estoque - quebra técnica Procedência III CJUL [01586/13](#)

Omissão de recolhimento do ICMS - ST incidente na comercialização de álcool anidro Procedência Parcial III CJUL [00889/13](#)

Omissão de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária (ST) Improcedência III CJUL [00966/13](#)

Omissão do ICMS na importação de mercadorias realizada por empresa integrante do grupo econômico signatário de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE Improcedência II CJUL [02301/13](#)

Utilização indevida de benefício fiscal. Existência de crédito em dívida ativa Improcedência IV CJUL [01061/13](#)

Utilização indevida de mais de um benefício sobre a mesma operação - Vedação Procedência CONP [01432/13](#)

AUDITORIA COMPARATIVA CONTÁBIL - FISCAL

Omissão de saída de mercadoria tributada - suprimento indevido de caixa Procedência III CJUL [01021/13](#)

AUDITORIA DA CONTA FORNECEDORES

Omissão de saída de mercadoria tributada - passivo fictício Procedência Parcial CONP [01819/13](#)

AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES

Omissão de saída de mercadoria tributada - insuficiência de caixa e saldo devedor maior que o reconstituído Procedência Parcial III CJUL [00856/13](#)

Omissão de saída de mercadoria tributada - suprimento indevido de caixa Improcedência II CJUL [00384/13](#)

AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO

Débito a menor e/ou falta de registro de débito do ICMS Procedência Parcial II CJUL [01841/13](#)

Deixou de escriturar notas fiscais de saída nos registros da escrituração digital - EFD Procedência II CJUL [02594/13](#)

Falta de escrituração de nota fiscal de saída no livro Registro de Saídas Improcedência I CJULT [00865/13](#)

AUDITORIA DE AVALIAÇÃO DE ESTOQUE

Aumento indevido de parte das mercadorias constantes do inventário - Multa Formal Procedência CONP [00254/13](#)

AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO

Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro Procedência Parcial IV CJUL [00069/13](#)

Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro	Improcedência	II CJUL	00296/13
Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro	Procedência	IV CJUL	00526/13
Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro	Improcedência	IV CJUL	01597/13
Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro	Procedência	II CJUL	01601/13
AUDITORIA DO PREJUÍZO NA CONTA MERCADORIA			
Falta de estorno de crédito tributário proporcional ao prejuízo obtido na conta mercadoria	Procedência	IV CJUL	00059/13
AUDITORIA DO VALOR ADICIONADO			
Omissão de saída de mercadoria tributada	Procedência	I CJUL	00187/13
Omissão de saída de mercadoria tributada	Improcedência	II CJUL	01232/13
Omissão de saída de mercadoria tributada	Procedência	II CJUL	01650/13
AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS			
Omissão de entrada de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores - ICMS - ST	Procedência	IV CJUL	02609/13
Omissão de saída de mercadoria tributada	Procedência Parcial	IV CJUL	01632/13
Omissão do registro de entradas	Procedência Parcial	IV CJUL	01158/13
BASE DE CÁLCULO DE ICMS			
Falta de inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores relativos a juros, seguros e outros valores	Procedência	IV CJUL	01539/13
Prestação de serviço de transporte interestadual - CTCR sem incluir pedágio no cálculo do ICMS	Improcedência	I CJUL	00670/13
CONTROLE PARALELO (CAIXA 2)			
"Saída de mercadorias tributadas com utilização de documentos denominados "Extrato para Conferência Futura" para os quais não foram emitidos as respectivas notas fiscais"	Procedência Parcial	CONP	00455/13
Utilização de aplicativo que permite o controle paralelo de vendas	Procedência	II CJUL	00143/13
DECADÊNCIA			
Extravio de documentos fiscais	Decadência	I CJULT	00088/13
Falta de comunicação do encerramento de atividades	Decadência	CONP	01331/13
Omissão do registro de saída de mercadorias - Auditoria Básica do ICMS	Rejeição de Decadência Parcial	CONP	00771/13
Saída de mercadoria tributada sem emissão de documentação fiscal	Decadência	III CJUL	00563/13
Utilização de benefício fiscal sem o	Rejeição de	CONP	00396/13

cumprimento de condicionante	Decadência Parcial		
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA			
Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo	Improcedência	III CJUL	00389/13
Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo	Procedência Parcial	I CJULT	01677/13
Aquisição de mercadorias destinadas a construção de granjas aviárias vinculadas a projeto agroindustrial em regime de parceria ou integração	Improcedência	CONP	01368/13
Aquisição de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do contribuinte	Procedência	II CJUL	00752/13
Recebimento de mercadoria em transferência interestadual	Procedência	II CJUL	00134/13
EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - ECF			
Irregularidade nas vendas - utilização de alíquota efetiva e situação tributária em desacordo com legislação tributária	Procedência	II CJUL	01666/13
Violação de memória fiscal - redução de vendas registradas	Procedência	III CJUL	01488/13
ESTABELECIMENTO COM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR			
Mercadoria sem documentação fiscal em estabelecimento em situação cadastral irregular	Procedência	CONP	02484/13
EXTINÇÃO			
Remessa de gado sem emissão de documento fiscal de estabelecimento de produtor rural para abate em frigorífico	Extinção	CONP	01621/13
IMPOSTO DECLARADO EM DPI			
Divergência de informações entre o livro Registro de Apuração ICMS e o declarado DPI	Procedência	I CJUL	00344/13
Falta de indicação na DPI X SARE do valor do imposto	Procedência	CONP	00899/13
Omissão do pagamento de imposto declarado em DPI - Retificação de DPI	Improcedência	CONP	01285/13
Omissão do pagamento de imposto declarado em DPI - Vendas com cartão de crédito	Procedência	IV CJUL	00362/13
IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO			
Falta de comprovação da efetiva exportação	Procedência Parcial	CONP	01828/13
Mercadoria remetida para exportação, com não incidência, sem a devida comprovação legal da operação	Procedência	CONP	02519/13
Remessa interestadual de mercadoria (ouro refinado em barras) com não incidência do ICMS e sem Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda, destinada a outro	Procedência	CONP	01660/13

[estabelecimento do mesmo contribuinte, com fim específico de exportação.](#)

IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES - IPVA

[Falta de pagamento do imposto](#) Improcedência CONP [01439/13](#)

[Fraude no Departamento Estadual de Trânsito - registro fraudulento de veículo em nome do autuado](#) Improcedência CONP [02236/13](#)

IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS

[Diferença de valores de bens partilhados](#) Procedência I CJUL [00697/13](#)

[Imposto sobre extinção de usufruto vitalício](#) Procedência II CJUL [02565/13](#)

INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO

[Falta dos requisitos legais para acolhimento do recurso](#) Inadmissibilidade CONP [01501/13](#)

[Instrução processual em desacordo com determinação legal](#) Inadmissibilidade CONP [02012/13](#)

[Instrução processual enseja apreciação do recurso](#) Rejeição de Inadmissibilidade CONP [01973/13](#)

[Recurso inepto](#) Inadmissibilidade IV CJUL [02600/13](#)

[Recurso intempestivo](#) Inadmissibilidade CONP [02253/13](#)

INIDONEIDADE DOCUMENTAL

[Mercadoria transportada não correspondente àquela constante do documento fiscal](#) Improcedência CONP [01911/13](#)

[Transporte de mercadoria diversa da indicada no documento fiscal](#) Procedência Parcial CONP [00395/13](#)

MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOCUMENTO FISCAL IRREGULAR

[Emissão de documento fiscal sem o destaque do ICMS - Substituição Tributária](#) Procedência Parcial CONP [02476/13](#)

[Mercadoria \(carvão vegetal\) desacobertada de documento fiscal](#) Procedência CONP [02123/13](#)

[Saída de mercadoria tributada sem emissão de documento fiscal](#) Procedência CONP [00947/13](#)

MULTA FORMAL

[Aquisição de mercadoria em quantidade incompatível com uso e consumo do adquirente](#) Procedência II CJUL [01347/13](#)

[Calçamento de documento fiscal - Aplicação do § 8º do art. 71 do CTE](#) Procedência III CJUL [00063/13](#)

[Destruição de documentos fiscais em razão de sinistro](#) Improcedência CONP [01218/13](#)

[Extravio de documentos fiscais - aplicação atenuante prevista no art 71, § 3º do CTE](#) Procedência Parcial II CJUL [00474/13](#)

[Extravio de documentos fiscais - aplicação de atenuante prevista no art. 71, § 3º do CTE](#) Procedência Parcial CONP [00620/13](#)

[Extravio de documentos fiscais - Suspensão de ofício de inscrição estadual](#) Improcedência CONP [00458/13](#)

[Informação divergente entre DPI e arquivo magnético](#) Procedência I CJULT [00251/13](#)

Inidoneidade de documento fiscal e suspensão cadastral	Improcedência	I CJUL	00858/13
Manutenção de saldo credor em escrituração fiscal - impedimento de julgador	Procedência	CONP	02316/13
Mercadoria entregue a destinatário diverso do indicado no documento fiscal	Procedência	IV CJUL	00497/13
Omissão de saídas de mercadorias não tributadas - Auditoria do Movimento Financeiro	Improcedência	III CJUL	00393/13
Transferência de crédito entre empresas diversas	Procedência	IV CJUL	00654/13
Transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal	Improcedência	CONP	00038/13
Uso de SPED e dispensa de escrituração de livros fiscais	Improcedência	CONP	01831/13
Utilização indevida de alíquota interestadual - alegação de condição de contribuinte	Procedência	II CJUL	00139/13
Utilização indevida de alíquota interestadual - alegação de condição de contribuinte	Improcedência	II CJUL	00318/13
NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS			
Benefício fiscal concedido aos atacadistas - mercadoria destinada consumidor final	Procedência Parcial	CONP	01475/13
Exclusão de valores relativos ao PIS/COFINS do cálculo do ICMS	Procedência	CONP	02329/13
Saída de produtos médicos - stents - com isenção do ICMS	Procedência	CONP	02395/13
Utilização indevida da isenção prevista no art. 6º, LXIII, Anexo IX - RCTE - saída energia elétrica	Procedência Parcial	IV CJUL	00009/13
Utilização indevida de benefício fiscal - operação interna com produtos de informática	Procedência Parcial	CONP	01818/13
Utilização indevida de benefício fiscal na aquisição de veículo direto da montadora ou importador	Procedência	CONP	00334/13
Utilização indevida do benefício do Simples Nacional	Procedência	I CJUL	02542/13
NOTA FISCAL DE ENTRADA - OMISSÃO REGISTRO - ICMS			
Omissão de registro de nota fiscal de entrada de mercadorias	Procedência Parcial	III CJUL	01524/13
Omissão de registro de nota fiscal de entrada de mercadorias	Procedência	I CJULT	01718/13
NULIDADES - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO SUJEITO PASSIVO			
Cerceamento - nulidade da sentença - falta de apreciação de não contenciosidade	Nulidade	I CJULT	01472/13
Cerceamento - nulidade parcial - falta de entrega de mídia	Nulidade Parcial	I CJUL	00030/13
Cerceamento do direito de defesa - nulidade parcial - falta de intimação de novos sócios	Nulidade	IV CJUL	00288/13

NULIDADES - ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

Erro na identificação do sujeito passivo - diferencial de alíquotas - estabelecimento destinatário diverso do atuado	Nulidade	III CJUL	00892/13
Erro na identificação do sujeito passivo - mercadoria desacobertada - responsabilidade do passageiro	Nulidade	CONP	00002/13
Erro na identificação do sujeito passivo - mercadoria desacobertada - veículo pertencente pessoa diversa da atuada	Nulidade	IV CJUL	02350/13

NULIDADES - INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL

Incompetência Funcional - lançamento por AFRE I - falta de tributação de valor agregado	Nulidade	CONP	01407/13
Incompetência Funcional - lançamento procedido por AFRE I - ITCD	Nulidade	III CJUL	01579/13

NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO

Afastamento de insegurança - crédito indevido - descumprimento de condicionantes	Nulidade	CONP	01777/13
Afastamento de insegurança - ITCD - insegurança fundamentada nas razões de mérito	Nulidade Parcial	CONP	01038/13
Insegurança - auditoria do movimento financeiro - existência de matriz domiciliada em outra Unidade da Federação	Nulidade	IV CJUL	00507/13
Insegurança - auditoria específica - indústria - omissão detectada pela saída subprodutos	Nulidade	III CJUL	00884/13
Insegurança - controle paralelo - inclusão de compras e vendas - Simples Nacional	Nulidade Parcial	I CJUL	01120/13
Insegurança - controle paralelo - parte do controle relacionada a empresa diversa atuada	Nulidade	I CJUL	02099/13
Insegurança - estorno indevido de débito - falta demonstração da repercussão saldo credor	Nulidade	I CJUL	01717/13
Insegurança - falta de emissão de passe fiscal - comprovação da saída de mercadoria	Nulidade	I CJULT	01260/13
Insegurança - falta de estorno de crédito - infração diversa da descrita no Auto de Infração	Nulidade	I CJUL	00386/13
Insegurança - ITCD - ausência de laudo de avaliação	Nulidade	II CJUL	02555/13
Insegurança - ITCD - insegurança na determinação da base de cálculo	Nulidade	III CJUL	01626/13
Insegurança - mercadorias desacobertas em estoque - optante pelo simples nacional	Nulidade	I CJUL	01582/13
Insegurança - nota fiscal inidônea - falta de comprovação da reutilização	Nulidade	III CJUL	02579/13
Insegurança e cerceamento - crédito indevido - acusação diversa da infração detectada	Nulidade	I CJULT	01790/13

Insegurança na determinação da base cálculo - mercadorias desacobertadas	Nulidade	I CJUL	01205/13
Insegurança na determinação da infração - utilização de informações extraídas do SINTEGRA	Nulidade	CONP	01076/13
OPERAÇÃO COM GADO			
ICMS - Substituição Tributária pela Operação Anterior	Procedência	II CJUL	01135/13
Redução indevida de base de cálculo	Procedência	CONP	01409/13
OUTROS			
Impedimento de autoridade fiscal para realização do trabalho de auditoria	Rejeição de Nulidade	CONP	02319/13
Remessa de mercadoria (vesturário) para industrialização (lavanderia) sem emissão de documento Fiscal	Procedência Parcial	IV CJUL	02111/13
Transformação de couro cru, oriundo de outra unidade da Federação, em Wet Blue	Procedência	CONP	01861/13
PASSE FISCAL			
Falta de comprovação da saída de mercadorias do território goiano - falta de baixa de passe fiscal	Improcedência	CONP	01222/13
Falta de comprovação da saída de mercadorias do território goiano - falta de baixa de passe fiscal	Improcedência	IV CJUL	01537/13
Falta de comprovação da saída de mercadorias do território goiano - não apresentação do passe fiscal	Improcedência	CONP	00370/13
RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO			
Multa formal por falta de apresentação de arquivo magnético - contribuinte dispensado de apresentá-lo	Indeferimento	CONP	00723/13
Recolhimento de ICMS em duplicidade	Deferimento	CONP	00475/13
Recolhimento de ICMS maior que o devido no processo	Deferimento Parcial	CONP	02231/13
SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO			
Prestação de serviço medido de televisão por assinatura via satélite - tomador de outra Unidade da Federação	Procedência	CONP	02010/13
Prestação onerosa do serviço de comunicação utilizando indevidamente a isenção	Procedência	CONP	02135/13
SOLIDARIEDADE			
Aquisição de mercadoria sem nota fiscal - Substituição Tributária pela Operação Posterior - sujeito passivo solidário não exercia a administração da empresa - exclusão do solidário	Exclusão de Solidário	CONP	01699/13
Sujeito passivo solidário não compunha o quadro societário da empresa - exclusão do	Exclusão de Solidário	CONP	01630/13

[solidário](#)

[Utilização indevida de benefício fiscal - reinclusão do solidário](#)

Reinclusão de Solidário CONP [01615/13](#)

SUBFATURAMENTO

[Prestação de serviço de beneficiamento \(descaroçamento de algodão\) com valor subfaturado](#)

Procedência CONP [00828/13](#)

[Prestação de serviço de transporte com valor subfaturado](#)

Improcedência CONP [00622/13](#)

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

[Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo](#)

Improcedência CONP [00041/13](#)

[Omissão de recolhimento do ICMS - ST quando da saída das mercadorias do estabelecimento](#)

Improcedência II CJUL [00803/13](#)

ZONA FRANCA DE MANAUS

[Falta de comprovação do internamento - condição para usufruir do benefício fiscal](#)

Procedência Parcial CONP [01695/13](#)

[Falta de comprovação do internamento - condição para usufruir do benefício fiscal](#)

Procedência Parcial CONP [02011/13](#)

[Falta de comprovação do internamento de mercadoria na Zona Franca de Manaus](#)

Procedência Parcial CONP [00119/13](#)

ÍNDICE DAS SENTENÇAS 2013-2014

ASSUNTO	DECISÃO	ÓRGÃO	SENTENÇA
Falta de escrituração no livro próprio da nota fiscal de entrada - Multa Formal	Procedência parcial	JULP	00040/13
Omissão do pagamento do ICMS. Apuração do ICMS pelo Simples Nacional por não optante	Procedência	JULP	00152/13
Omissão de pagamento do ICMS. Utilização de crédito outorgado inexistente.	Procedência parcial	JULP	00270/13
Extravio de Nota Fiscal - Não apresentação no prazo legal contado da data da publicação da portaria de suspensão do cadastro estadual por desaparecimento do contribuinte.	Improcedência	JULP	00295/13
Omissão de pagamento do ICMS. Utilização de carga tributária inferior a estabelecida pela legislação tributária.	Procedência	JULP	00330/13
Omissão de saída de mercadoria tributada - Auditoria do Movimento Financeiro - déficit financeiro	Nulo	JULP	00422/13
IPVA - omissão de recolhimento.	Nulo	JULP	00511/13
Extravio de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF. Encerramento de atividades do estabelecimento.	Improcedência	JULP	00563/13

<u>Omissão de saída de mercadoria tributada - Auditoria do Movimento Financeiro - déficit financeiro</u>	Procedência	JULP	<u>00579/13</u>
<u>Omissão de pagamento do ICMS - ST. Aquisição interestadual de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária.</u>	Procedência	JULP	<u>00625/13</u>
<u>Omissão de saída de mercadoria tributada - Auditoria do Movimento Financeiro - déficit financeiro</u>	Nulo	JULP	<u>00808/13</u>
<u>Omissão do registro de nota fiscal de entrada no livro Registro de Entrada e na Escrituração Digital - EFD</u>	Procedência	JULP	<u>00902/13</u>
<u>ITCD. Omissão de pagamento. Doação de valor em moeda corrente declarado no Imposto de Renda para aquisição de veículo.</u>	Procedência	JULP	<u>01009/13</u>
<u>Omissão de apuração e pagamento do ICMS - ST, no momento das saídas para o território goiano de mercadorias descritas no Convênio ICM 81/93.</u>	Procedência	JULP	<u>01477/13</u>
<u>Omissão de pagamento de ICMS-ST. Falta de fornecimento de informação ao contribuinte substituto de remessa de gasolina para contribuinte deste Estado, nos termos do Convênio nº 110/2007.</u>	Improcedência	JULP	<u>01771/13</u>
<u>Omissão de saída de mercadoria tributada - Auditoria Específica de Mercadorias.</u>	Procedência	JULP	<u>02238/13</u>
<u>Omissão de saída de mercadorias tributadas - Auditoria das disponibilidades - Saldo Credor na Conta Caixa.</u>	Nulo	JULP	<u>02323/13</u>
<u>Omissão do registro de nota fiscal de entrada no livro Registro de Entradas e na Escrituração Digital - EFD</u>	Procedência	JULP	<u>02517/13</u>



ESTADO DE GOIÁS
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

MARCONI FERREIRA PERILLO JÚNIOR
Governador do Estado

ANA CARLA ABRÃO COSTA
Secretária da Fazenda

JOSÉ ARTUR MASCARENHAS DA SILVA
Presidente do CAT

SELEÇÃO DE ACÓRDÃOS

Nº 31

EXERCÍCIO DE 2013

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

Carlos Alberto Bueno – Gerente da Representação Fazendária

Emildes Luzia Marques – AFRE II (Coordenadora)

Francisco Délio de Oliveira Martins – Julgador de Primeira Instância

Márcio Nogueira Pedra – Conselheiro Fiscal

Rickardo de Souza Santos Mariano – Conselheiro Classista

Terezinha Alves Cardoso – Assessora das Federações

CONSIDERAÇÕES DA COMISSÃO ORGANIZADORA

A Presidência do Conselho Administrativo Tributário – CAT, conforme Portaria n.º 5/2014-CAT, constituiu a comissão composta por representantes dos Conselheiros, Julgadores de Primeira Instância, Fazenda Pública, Assessoria Jurídica e Assessoria das Federações, para executar a tarefa de selecionar os acórdãos, dentre os aprovados no ano de 2013, para publicação em volume próprio.

Ao contextualizar o material disponível para trabalho, a comissão observou, naturalmente, os critérios designativos da Presidência e apresentou proposta contendo uma maior diversidade possível de temas, sem contudo abandonar matérias já contempladas em outras seleções e que continuam sendo úteis para conhecimento e pesquisa por parte daqueles que buscam referência no trabalho deste Conselho.

Via alternativa ao questionamento no Poder Judiciário, o CAT, no exercício da sua função precípua de controle da legalidade do lançamento, conquistou, ao longo de sua história, respeito de quem, de forma direta ou indireta, se interessa pelo resultado do trabalho dessa Casa de Julgamentos. É nesse viés que os seus julgados podem servir de referência para o embasamento de relevantes discussões jurídico-tributárias.

O princípio da segurança jurídica recomenda que o posicionamento das decisões, incluídas as administrativas, seja coerente e escudado em razões, argumentos e fundamentações relevantes, e que, na media possível de isenção de subjetividade, esteja ancorado nas normas tributárias e nas jurisprudências dos tribunais superiores. Esse princípio, sempre almejado pelo julgador no exercício da sua função de decidir, é observado nas decisões deste Colegiado, decisões essas incluídas, por amostragem, na seleção que ora apresentamos.

Em que pese a facilidade de acesso, via internet, a todos os julgados proferidos por este e outros tribunais administrativos, e mesmo judiciais, este volume, pelo compilado de matérias que apresenta, pretende propiciar facilidade de consulta e até mesmo despertar ou provocar discussões que poderão culminar em mudanças de entendimentos e posicionamentos sobre determinados temas, num processo natural de adequação e acompanhamento da evolução social e do direito.

A Comissão.

COMPOSIÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

PRESIDENTE

José Artur Mascarenhas da Silva

VICE-PRESIDENTE

Aldeci de Souza Flor

SECRETÁRIA GERAL

Sheila da Silva Chaves

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA

João Divino de Brito

Jorge Antônio Bezerra Oliveira

Nislene Alves Borges

Talita Pimenta Félix

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA

Antônio Martins da Silva

Gilmar Rodrigues de Almeida

José Luiz Rosa

José Pereira D'abadia

Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

Valdir Mendonça Alves

TERCEIRA CÂMARA JULGADORA

Aldeci de Souza Flor

Edson Abrão da Silva

Mário de Oliveira Andrade

Masayuki Missao

Rickardo de Souza Santos Mariano

Victor Augusto de Faria Morato

QUARTA CÂMARA JULGADORA

Heli José da Silva

Lidilone Polizeli Bento

Nivaldo Carvelo Carvalho

Nivaldo José Mendes

CONSELHEIROS SUPLENTEs OU CONVOCADOS

Aguinaldo Fernandes de Melo

Cláudio Henrique de Oliveira

David Fernandes de Carvalho

Elias Alves dos Santos

José Eduardo Firmino Mauro

José Paixão de Oliveira Gomes

Luis Antônio da Silva Costa
Mauricio Ribeiro de Paiva
Márcio Nogueira Pedra
Paulo Diniz
Renato Moraes Lima
Rodolfo Ramos Caiado

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Antônio Carlos Mendonça de Freitas
Eulália Ribeiro da Cunha
Idelmar de Paiva Neto
Laurismar Braz da Costa
Luís Fernando Corrêa Rigo
Ricardo Antônio Barbosa Batista
Valéria Cristina Batista Fonseca
Zenewton Rimes De Almeida

COMPOSIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO FAZENDÁRIA (*)

Alberto Alves Ferreira
Cláudio Azzi
Denilson Alves Evangelista
Fábio Eduardo Bezerra Lemos e Carvalho
Gerluce Castanheira Silva Padua
José Ferreira de Sousa

(*) 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
Allen Anderson Viana
Álvaro Falanque
Antônio Martins da Silva
Carlos Andrade Silveira
Célia Reis Di Rezende
Cláudio Henrique de Oliveira
David Fernandes de Carvalho
Delcides de Souza Fonseca
Edson Abrão da Silva
Elias Alves dos Santos
Heli José da Silva
Ismael Madlum
Jorge Antônio Bezerra Oliveira
José Luiz Rosa
José Paixão de Oliveira Gomes
José Pereira D'abadia
Lidilone Polizeli Bento
Luis Antônio da Silva Costa
Manoel Antônio Costa Filho
Márcio Nogueira Pedra
Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes
Nivaldo Carvelo Carvalho
Paulo Diniz
Renato Moraes Lima
Rickardo de Souza Santos Mariano
Rodolfo Ramos Caiado
Victor Augusto de Faria Morato
Washington Luis Freire de Oliveira

JULGADORES QUE PROLATARAM AS SENTENÇAS

Francisco Délio de Oliveira Martins
Gerluce Castanheira Silva Pádua
Gilmar Rodrigues de Almeida
Jeovalter Correia Santos
Lidilone Polizeli Bento
Luís Fernando Corrêa Rigo
Mário Nunes Cedro
Nislene Alves Borges
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 <i>Causa Mortis</i> 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 conterá, 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.

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 autuada;

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

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

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

Subseção VI

Das Provas e das Diligências

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

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

I - demonstrativos de levantamentos;

II - outros meios de prova.

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

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

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

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

§ 4º Reputam-se verdadeiros, também, os fatos cujos elementos de provas estejam caracterizados em livros, arquivos eletrônicos ou quaisquer documentos do sujeito passivo deixados de ser conservados durante o prazo decadencial ou prescricional dos créditos tributários decorrentes dos referidos atos, fatos ou negócios.

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

Subseção VII

Das Nulidades

Art. 20. São nulos os atos praticados:

I - por autoridade incompetente ou impedida;

II - com erro de identificação do sujeito passivo;

III - com cerceamento do direito de defesa;

IV - com insegurança na determinação da infração.

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

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

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

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

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

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

Subseção VIII

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

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

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

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

Subseção IX

Da Eficácia das Decisões

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

Art. 24. São 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 preempção deve ser lavrado:

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

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

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

b) recurso voluntário;

c) recurso para o Conselho Pleno.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Subseção II

Do Preparo e do Saneamento de Processos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - intimação do sujeito passivo para:

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

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

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

II - vista de processo, quando da primeira instância;

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

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

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

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

VII - remessa do processo para:

a) cumprimento de diligências determinadas pelas autoridades julgadoras;

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

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

d) inscrição em dívida ativa, quando:

1. ocorrer 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;

06.08.12. ACRESCIDA A ALÍNEA "C" AO INCISO i do art. 34 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, de 16.07.12 - VIGÊNCIA:

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

06.08.12. ACRESCIDA A ALÍNEA "D" AO INCISO i do art. 34 PELO ART. 1º DA LEI Nº 17.757, de 16.07.12 - VIGÊNCIA:

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

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

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

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

Subseção VII

Dos Recursos à Sentença de Primeira Instância

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

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

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

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

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

Subseção VIII

Do Recurso para o Conselho Pleno

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

I - não unânime;

II - unânime:

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

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual;

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

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

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

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

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

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

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

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

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

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

I - diligência;

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

Seção III

Do Processo de Restituição

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

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

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

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

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

Seção IV

Do Processo de Revisão Extraordinária

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

I - pelo titular da GECOPE, referente a:

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

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 defensoria, 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.

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

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

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

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

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

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

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 GEOPE 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 - VPRES;

III - Conselho Pleno - CONP;

IV - Câmaras Julgadoras - CJUL;

V - Julgadores de Primeira Instância - JULP.

§ 1º São órgãos auxiliares do CAT:

I - Secretaria Geral - SEGE;

II - Gerência de Controle Processual - GEPRO.

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

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

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

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

Art. 55. O CAT compõe-se, em segunda instância de julgamento, de 21 (vinte e um) Conselheiros efetivos, sendo 11 (onze) representantes do fisco e 10 (dez) representantes dos contribuintes, nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de 04 (quatro) anos, dentre brasileiros maiores de 25 (vinte e cinco) anos de idade, de ilibada reputação e de notórios conhecimentos jurídicos e fiscais, preferencialmente portadores de diploma de curso superior.

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, consangüíneos ou afins, até o 3º (terceiro) grau civil.

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

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

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

II - quanto aos representantes dos contribuintes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 nº 5.486, de 25 de setembro de 2001.

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

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

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

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

ALCIDES RODRIGUES FILHO

Jorcelino José Braga

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

Matéria: ALÍQUOTA - Exportação de mercadoria fora do prazo - adequação de alíquota (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01713/13

Relator: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ICMS. RECURSO VOLUNTÁRIO. NÃO EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS DENTRO DO PRAZO LEGAL. CONFISSÃO PARCIAL. ADEQUAÇÃO A ALÍQUOTA APLICÁVEL. RECURSO PROVIDO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Em momento algum o Fisco acusa o sujeito passivo de desvio de mercadorias, em suposta simulação com o escopo de mantê-las sub-repticiamente no Estado de Goiás. Ao contrário, a afirmativa fiscal é no sentido de que as mercadorias transpuseram as fronteiras goianas, seguiram para comercial exportadora e, irregularmente, não foram exportadas em prazo legalmente previsto. Não subsunção do fato a nenhuma das hipóteses descritas no art. 12, II, "d" do CTE.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 13 de setembro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 1.638.073,16 (um milhão, seiscentos e trinta e oito mil e setenta e três reais e dezesseis centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 196.568,78 (cento e noventa e seis mil, quinhentos e sessenta e oito reais e setenta e oito centavos), com adequação da alíquota para 12%, considerando, no entanto, o pagamento de fls.767, para possível extinção do crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Em 05 de março de 2008, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 278.472,44 (duzentos e setenta e oito mil, quatrocentos e setenta e dois reais e quarenta e quatro centavos), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter, nos meses de julho a novembro de 2004, remetido com não-incidência do ICMS as mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nºs 13.384, 14.725, 14.788, 15.042, 15.096, 15.178, 15.190, 15.923, 15.933, 15.972, 15.974, 16.394, 16.900, 16.903, 16.994, 16.995, 16.996, 16.998, 16.999, 17.004, 17.005, 17.006, 17.007, 17.008, 17.009, 17.010, 17.011, 17.016, 17.017, 17.018 e 17.019, para a empresa Comercial Exportadora Comércio e Indústrias Brasileiras Coinbra S/A, estabelecida em Paraguaçu Paulista - SP, com o fim específico de exportação, sem que elas tenham sido enviadas para o exterior no prazo de até 90 dias, contados da data da saída das mercadorias do seu estabelecimento, perdendo então o benefício.

Citados como infringidos os artigos 38, parágrafo único e 64, ambos da Lei nº 11.651/91 c/c o artigo 79, inciso I, do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso IX, "b", da Lei 11651/1991, agravada pelo § 9º, inciso I do mesmo artigo e diploma legal.

Foram arrolados como coobrigados: [...], [...] e [...], autuados com base nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/1991, conforme documentos de fls. 04 a 06.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Ordem de Serviço, fls.11; Demonstrativo de exportações efetivadas fora do prazo, fls. 12 a 13; Convênio ICMS 113/96, fls. 15 a 20; Consulta Histórico Despacho, fls. 21 a 32; Memorandos de Exportação: nº 007/05, de fls. 33; nº 008/05, de fls. 40; nº 14/2005, de fls. 51; nº 015/05, de fls. 60; nº 016/05, de fls. 66; nº 017/04, de fls. 72; nº 025/05, de fls. 78; nº 026/05, de fls. 84; nº 032/05, de fls. 90; nº 035/05, de fls. 99; nº 036/05, de fls. 109; nº 039/05, de fls. 133; nº 040/05, de fls. 138; nº 041/05, de fls. 142; nº 043/05, de fls. 147, todos devidamente acompanhados de cópias das notas fiscais das mercadorias exportadas, Comprovante de Exportação, conhecimentos de embarque, Registros de Exportação - RE e Registros no Siscomex.

Intimados a empresa autuada e o solidário [...] em 15.04.2008 (fls. 162 e 163), o solidário [...] em 14.04.2008 (fl. 164) e a solidária [...] em 10.04.2008 (fl. 165), a empresa e os solidários [...] e [...] apresentam impugnação em peças distintas (fls. 168 a 170, 406 a 408 e 402 a 404, respectivamente), declarado revel o solidário [...] (fls.166).

Na impugnação, a empresa pede a improcedência do lançamento, alegando que vem carrear toda a documentação referente às notas fiscais lançadas no auto, comprovando a efetiva exportação requerendo ainda a juntada de planilha realizada pela autuada com as datas de exportação e requerendo sejam apreciadas e que seja convalidado o procedimento.

Alega ainda que a autuação se deu de forma errada, em total desarmonia com a legislação, sendo que o auditor fiscal não tem a capacidade de simplesmente autuar e usar texto futuro (posto que a legislação foi alterada posteriormente ao fato ora relatado) em prejuízo ao contribuinte.

Junta ao feito os seguintes documentos: Procuração Ad Judicia Et Extra, fls. 171; Memorandos de Exportação nº 007/05 ,de fls. 172; nº 008/05, de fls. 181; nº 14/2005, de fls.194; nº 015/05, de fls. 206; nº 016/05, de fls. 213; nº 017/05, de fls. 220; nº 025/05, de fls. 229; nº 032/05, de fls. 248; nº 033/05, de fls. 258; nº 035/05, de fls. 269; nº 036/05, de fls. 282; nº 039/05, de fls. 300; nº 040/05, de fls. 306; nº 041/05, de fls. 313; nº 043/05, de fls. 320; nº 45, de fls. 337; nº 50, de fls. 348; nº 79, de fls. 358; nº 80, de fls. 374; nº 94, de fls. 390; nº 2356, de fls. 296; nº 2433, de fls. 298 a 299, todos devidamente acompanhados de cópias das notas fiscais das mercadorias exportadas, Comprovante de Exportação, conhecimentos de embarque, Registros de Exportação - RE e Registros no Siscomex.

O solidário [...], na impugnação, pede a improcedência do feito porque entende que as mercadorias tidas como re-introduzidas no mercado interno, foram exportadas.

A solidária [...], na impugnação, requer a juntada de planilha realizada pela autuada com as datas de exportação e pede que seja convalidado o procedimento, por entender que não houve qualquer prejuízo ao erário Estadual, pois as mercadorias saíram rumo ao exterior.

O julgador singular, atendendo solicitação das partes, exara o Despacho nº 596/08, de fls. 412, determinando o encaminhamento dos autos à Gerência de Arrecadação e Fiscalização, para que diligencie o feito verificado se os documentos apresentados pela defesa comprovam de fato, as exportações.

Em resposta ao Despacho nº 596/08, o diligenciador, em relatório, de fls. 413 a 416 e 421 a 424 (outra via do mesmo relatório), afirma na conclusão que as mercadorias foram exportadas após o prazo previsto no artigo 79 do anexo XII, (relatório páginas 12 e 13); que o contribuinte não pediu prorrogação do prazo previsto no § 2º do artigo 79 do anexo XII; que somente outra lei, amparada por um convênio nacional, pode conceder outra desoneração, visto que a previsão do artigo 37, inciso I, alínea "a" do CTE é vinculada ao prazo regulamentar; que as notas fiscais de efetiva exportação, emitidas pela comercial exportadora, não cumpriram a determinação do artigo 76 do anexo XII do decreto 4.852/97, pois não identificaram as notas fiscais de remessa com fim específico de exportação; que os Registros de Exportação não identificam a empresa remetente/produzida das mercadorias. Também assevera que as quantidades declaradas nos documentos de remessa são diferentes dos que constam nos documentos de comprovação da exportação. Assim, conclui que os Comprovantes de Exportação, Registros de Exportação e as Notas Fiscais emitidas pela comercial exportadora não comprovam a efetiva exportação das mercadorias constantes nos documentos fiscais que originaram este contencioso, visto que não vinculam as mercadorias exportadas com as mercadorias remetidas com fim específico de exportação.

Intimidados os figurantes do polo passivo do resultado da diligência, apenas a empresa [...] apresenta manifestação, fls. 437 a 438, alegando que a acusação promoveu a autuação porque o sujeito passivo não teria cumprido o prazo para apresentação da comprovação da exportação e que a impugnante não tem o controle sobre a exportação dos produtos remetidos para esse fim, mas sim a empresa comercial exportadora. Somente ela, portanto, é quem deveria ser autuada; e que, por outro lado, tem a seu favor o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, pois, conforme sentença prolatada nos autos n.º 4010800765841, o beneficiamento do algodão em caroço é uma atividade industrial, o que levaria a nova verificação das provas considerando esse prazo e não o de 90 (noventa) dias.

Retornando os autos a julgamento em Primeira Instância, o julgador prola a Sentença nº 6930/2009, de fls. 440 a 442, decidindo pela procedência do auto de infração.

Fundamenta a decisão argumentando que, do relatório de fls. 416, verifica-se que as notas fiscais de exportação não identificam as notas fiscais de remessa e, além disso, as quantidades das notas de remessa são distintas daquelas informadas nos Registros de Exportação, o que não possibilita o vínculo da remessa com a efetiva exportação; que é irrelevante se discutir o prazo para comprovação da exportação porque os documentos que pretendiam comprovar a exportação não vinculam as notas fiscais de remessa, tornando-se inaptos à comprovação da exportação; que como não há outro argumento ou documento, patrocinado pela defesa, capaz de refutar a acusação, mantém a exigência fiscal, pois o lançamento cumpriu os requisitos do art. 160 do CTE.

Intimados a empresa autuada e os solidários [...], [...] e [...], apenas a empresa e os solidários [...] e [...] apresentam recurso voluntário em peças distintas (fls. 450 a 452 e 469 a 500 (aditamento), 456 a 458 e 453 a 455, respectivamente), o solidário [...] teve contra si lavrado o Termo de Perempção de fls. 448.

No recurso interposto, a autuada formula, em preliminar, arguição de nulidade do lançamento, relacionado à hipótese de insegurança na determinação da infração (fls. 469 a 471).

No mérito, aduz que há excesso de exação, pois fora aplicada a alíquota interna ao invés da que é específica para a exportação.

Prossegue, alegando não ter praticado a infração estampada na basilar, pois todas as mercadorias foram enviadas à trading exportadora; que praticou a exportação do tipo indireta, operação prevista no Convênio ICMS 113/96 e ratificada pelo anexo XII do RCTE; que as exportações estão confirmadas por Memorandos de Exportação, introduzidos pelo Anexo Único do Convênio ICMS 113/96; que o fisco goiano não pode exigir do sujeito passivo os Registros de Exportação – RE, uma vez que são de responsabilidade do exportador; que quando da lavratura do presente auto de infração, as exportações já haviam sido realizadas. Cita diversos julgados desta Casa para sustentar sua tese; que todas as mercadorias discriminadas nas notas fiscais arroladas na inicial foram exportadas e tal circunstância está confirmada pelos citados memorandos.

O sujeito passivo também apresenta a relação de todos os memorandos de exportação nos quais estão contidas as notas fiscais não consideradas pelo fisco goiano para ao final reiterar que o Memorando de Exportação de acordo com a lei, é considerado documento hábil para a comprovação das operações de exportação e que foi expedido pela comercial exportadora em favor do remetente para a comprovação da saída das mercadorias para o exterior, nos termos do § 1º, do art. 77, do Anexo XII, do RCTE; que resta comprovado nos autos, mediante a citada documentação e os comprovantes de exportação, emitidos pela Receita Federal, que as exportações de algodão procedentes do Estado de Goiás, foram exportadas segundo as normas acessórias vigentes à época, nos termos do Convênio ICMS 113/96 e do art. 76 e seguintes do Anexo XII do RCTE.

Por fim, pede o deferimento da juntada do presente aditamento ao recurso voluntário, a determinação de nova revisão fiscal, em face das provas e a reforma da decisão singular para considerar improcedente o auto de infração.

A recorrente junta cópias dos memorandos de exportação nº 035/05 (fl. 501) e seu conjunto probatório que inclui a Nota Fiscal nº 14.725 (fl. 502), nº 4620 (fl. 503) e a nº 74241, de fl. 504; Carta de Comunicação de Irregularidades às fls. 505; relatório SISCOMEX, de fls. 506 a 508; comprovante de exportação à fl. 509; Conhecimentos de Embarque de fls. 510 a 512; memorandos de exportação: nº 039/05 e seu conjunto probatório, de fls. 513 a 520; nº 025/05 (1ª via), de fls. 521; nº 025/05 (3ª via) e documentação, de fls. 522 a 534; nº 45 e respectiva documentação de fls. 535 a 545; nº 50 e respectivos documentos, de fls. 546 a 556; nº 008/05 e documentos, de fls. 557 a 569; nº 007/05 e documentação, de fls. 570 a 580; nº 14/2005 e respectiva documentação, de fls. 581 a 590; nº 033/05 e documentação, de fls. 591 a 601; nº 032/05 e documentação, de fls. 602 a 613; nº 79 e documentação, de fls. 614 a 629; nº 043/05 e documentos, de fls. 630 a 646; nº 036/05 e documentação, de fls. 647 a 658; nº 80 e documentação, de fls. 659 a 668; nº 015/05 e documentos, de fls. 669 a 677; nº 017/05 e documentos, de fls. 678 a 688; nº 040/05 e documentos, de fls. 689 a 697; nº 016/05 e documentação, de fls. 698 a 705; nº 041/05 e respectiva documentação, de fls. 706 a 714; nº 026/05 e respectivos documentos de fls. 715 a 722.

Todos os Memorandos de Exportação se fazem acompanhar de cópias das Notas Fiscais das mercadorias exportadas, Conhecimentos de Embarque, Registros de Exportação-RE e documentação do SISCOMEX.

A solidária Elizabeth Schlatter, recorrente, pede a improcedência do lançamento, alegando que todas as mercadorias foram exportadas; que a autuação se deu de forma errada, em total desarmonia com a legislação, e que o Auditor fiscal não tem a capacidade de simplesmente autuar e usar texto futuro em prejuízo do contribuinte; que a parcela de mercadoria enviada fora do prazo é muito pequena, sendo certo que o restante, em sua maioria, fora exportado no prazo legal previsto na legislação; assim, vem requerer seja convalidado o procedimento, pois não houve qualquer prejuízo ao erário Estadual, tendo sido a mercadoria foi efetivamente exportada; que a exportadora entregou cópia autenticada de todos os documentos colhidos com a exportadora que comprovam a saída das mercadorias rumo ao exterior, quais sejam, memorandos de exportação, notas fiscais da empresa autuada, notas fiscais da própria exportadora e Registros de Exportação; que para tal, requer seja deferido o pedido de prazo suplementar de 40 dias para remessa dos documentos restantes necessários a elucidação dos fatos; que todo o material neste ato juntado deve ser apreciado, e que por certo culminará com a improcedência. Vem carrear toda a documentação referente às notas fiscais lançadas no auto, comprovando a efetiva exportação, requerendo, ainda, a juntada de planilha realizada pela autuada com as datas de exportação, para as quais solicita apreciação.

O solidário [...], recorrente, reitera as alegações e o pedido formulados pela solidária [...].

A Segunda Câmara, em face da juntada de documentos pelo sujeito passivo, por meio da Resolução nº 176/2010, de fls. 723, converte o julgamento em diligência ao órgão de apoio à segunda instância para que intime o sujeito passivo solidário [...] no endereço de fl. 05 para apresentar sua defesa em 2ª instância.

Cumprindo a Resolução nº 176/2010, intimou-se o solidário [...], fls. 724 a 725, não tendo o mesmo apresentado defesa (recurso voluntário), lavrou-se o Termo de Perempção de fls. 726.

A Primeira Câmara, em decisão unânime, materializada no Acórdão nº 1018/2011 (fls. 729 a 734), acolhe a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo.

Entendeu o autor do voto que não resta dúvida de que o cerne da acusação é o fato de que a exportação, que teria sido efetivamente comprovada, se deu em prazo superior ao estabelecido pela legislação invocada pelo fisco, que seria o artigo 79 do Anexo XII do CTE.

E, ainda, se o fisco deseja punir a não-comprovação da exportação deve utilizar outro lançamento, que não este que ora se aprecia; que na situação presente, o fisco iniciou o trabalho com um foco, apontando um tipo de infração, e continuou apontando outra irregularidade, diferente daquela que embasou a peça acusatória.

A Representação Fazendária, por meio do Despacho nº 1977/11-GERF/SR, de fls. 735, confirma a decisão cameral.

A autuada, fundamentando-se na alínea "d" do inciso II, do art. 41 da Lei nº 16.469/2009, apresenta recurso para o Conselho Pleno (fls. 738 a 741), pedindo a reforma do acórdão cameral, para que julguem o mérito, declarando a procedência, em parte, do lançamento do crédito tributário, com aplicação da alíquota nominal de 12%, sobre a base calculada de R\$ 1.638.073,16, o que resultará no valor original do ICMS, de R\$ 196.568,78, já extinto pelo pagamento (fl. 744).

Alega a autuada que é cabível o recurso em face da prova inconteste cuja existência se ignorava na ocasião do julgamento cameral, consistente no pagamento de 70,60% do crédito tributário objeto do presente AIIM.

Aduz ainda que há excesso de exação, motivado pela aplicação da alíquota interna de 17%, sobre a base de cálculo da mercadoria destinada à empresa comercial exportadora estabelecida em outra unidade da federação, totalizando a base calculada de R\$ 1.638.073,16 e o ICMS a recolher de R\$ 278.472,44; que as autoridades fiscais responsáveis pela expedição e manutenção do presente lançamento de ofício, violaram o dispositivo do inciso IV, do art. 27, da Lei nº 11.651/91-CTE.

Posteriormente, junta cópia de Planilha de Baixa e Imputação de Processos (fls. 748), contendo o pagamento da parte não litigiosa.

Os autos seguiram ao Conselho Pleno, que deliberou pelo conhecimento do recurso e conseqüente retorno dos autos à fase cameral.

A ementa do acórdão, lavrada pelo Conselheiro relator, José Paixão de Oliveira Gomes, ficou assim redigida:

“Processual. Reforma da decisão cameral que anulou o auto de infração. Retorno dos autos à Câmara Julgadora. Provimento.

A decisão de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração, declarada em fase cameral e após o pagamento de parte do crédito tributário, não se compatibiliza com a confissão parcial do débito que esse pagamento implica, devendo então ser modificada, procedendo-se à devolução dos autos ao órgão julgador para apreciação de toda a matéria.”

Os autos foram baixados à presente sede cameral para análise do pagamento parcial, realizado pelo sujeito passivo, referente tão-somente à adequação da alíquota aplicada no levantamento original deste lançamento, reduzindo-a de 17% para 12%.

É o relatório.

DECISÃO.

Há que se separar, no crédito tributário discriminado na inicial, a parcela para cujo interesse de recorrer há preclusão lógica daquela cuja contenciosidade permanece incólume.

Com efeito, a única questão com a qual remanesce irresignada a parte é quanto à aplicação da alíquota de 17% sobre o total da base de cálculo auferida no levantamento constante da inicial. Pretende, por meio de seu recurso, que se lhe aplique a alíquota interestadual de 12%, referente às operações interestaduais.

Penso, neste particular, que assiste razão à recorrente.

Em momento algum o Fisco acusa o sujeito passivo de desvio de mercadorias, em suposta simulação com o escopo de mantê-las sub-repticiamente no Estado de Goiás. Ao contrário, a afirmativa fiscal é no sentido de que as mercadorias transpuseram as fronteiras goianas, seguiram para comercial exportadora e, irregularmente, não foram exportadas em prazo legalmente previsto. Ainda que em oportunidade posterior, o Fisco agrave a acusação asseverando que sequer haveria provas de que tais mercadorias teriam sido efetivamente exportadas, o fato é que em momento algum a presunção discriminada no art. 12 do CTE, *in verbis*, fora apresentada pelo Fisco nestes autos, não fazendo parte integrante de sua acusação:

“Art. 12. Para os efeitos da legislação tributária:

[...]

II - considera-se:

[...]

d) saída deste Estado e a este destinada, a mercadoria:

1. encontrada em situação fiscal irregular, permitida a aplicação da alíquota própria, caso seja inequivocamente conhecido o destino da mercadoria;
2. consignada em documento fiscal relativo a operação de saída interestadual, sem a comprovação da respectiva saída do território goiano;
3. que adentrar o território goiano, com documentação fiscal indicando como destino outra unidade da Federação, sem a comprovação da efetiva saída do Estado de Goiás;"

Depreende-se que a confissão é meio de prova. Não é por outra razão que se encontra arrolada dentro do Capítulo VI do Estatuto de Processo Civil, o qual discorre exclusivamente sobre provas, além do art. 212 e seguintes do Código Civil.

Disso tudo, com a adequação da alíquota aplicável, de 17% para 12%, adiro à pretensão do sujeito passivo, conhecendo de seu recurso (na parte que lhe remanesce), mantendo a base de cálculo de R\$ 1.638.073,13 e reduzindo o ICMS para o valor de R\$ 196.568,78, já recolhido e confessado pelo sujeito passivo, conforme documento às fls. 767 dos autos.

Sala das sessões, em 18 de setembro de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito escriturado indevidamente relativo à energia elétrica (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02054/13

Relator: Conselheiro Márcio Nogueira Pedra

EMENTA: *Processual. Nulidade por cerceamento ao direito de defesa. Rejeitada. Decisão não unânime. Deve ser afastada a nulidade do lançamento quando não ficar caracterizado cerceamento do direito de defesa pela omissão na citação dos dispositivos legais infringidos. Mesmo porque o equívoco na indicação dos artigos que fundamentam a acusação fiscal não é motivo suficiente para determinar a nulidade do lançamento, pois não há que se falar em nulidade processual quando dos autos constarem elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator. É o que preconiza o § 3º, do artigo 20, da Lei nº 16.469, de 19/01/2009, norma reguladora do processo administrativo tributário no Estado de Goiás. ICMS. Obrigação principal. Aproveitamento de crédito de ICMS na entrada de energia elétrica por estabelecimento extrator/comerciante. Creditamento indevido. Decisão por maioria. Nos termos do art. 522 do RCTE, até o dia 31 de dezembro de 2019 a entrada de energia elétrica dá direito ao crédito quando for utilizada por contribuinte enquadrado no código de atividade econômica de indústria.*

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 01 de outubro de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Foram vencedores os Conselheiros Márcio Nogueira Pedra, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, David Fernandes de Carvalho, Nislene Alves Borges, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva e Allen Anderson Viana. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca e Aguinaldo Fernandes de Melo. Quanto ao mérito, 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 Márcio Nogueira Pedra, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, David Fernandes de Carvalho, Nislene Alves Borges, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Luiz Rosa, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Aguinaldo Fernandes de Melo, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira e Allen Anderson Viana, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública exige o pagamento de imposto e acréscimos legais, em razão da escrituração indevida de créditos do ICMS, relativos à aquisição de energia elétrica. Suportam a acusação fiscal cópias da declaração periódica de informações – DPI e espelho cadastral indicando que a empresa tem atividade extrativa e de comércio atacadista.

Informados como infringidos o artigo 58 do CTE, combinado com o artigo 46 do RCTE. A penalidade proposta é a do artigo 71, IV, “a”, CTE.

A atuada impugna o lançamento em primeira instância alegando exercer atividade de indústria e comercialização de cimento. Que desenvolve atividade industrial relativa a britagem de pedra. Que o crédito do ICMS incidente sobre a energia elétrica tem fundamento na legislação.

A Julgadora de primeiro grau analisou as razões trazidas pela defesa e julgou procedente o lançamento.

O contribuinte apresentou recurso à Câmara Julgadora reafirmando os seus argumentos.

A Câmara Julgadora converteu o feito em diligência, para que autoridade fiscal, comparecendo ao estabelecimento do sujeito passivo, faça descrição detalhada das atividades desenvolvidas pela empresa, manifestando-se sobre a existência de atividade de britagem de pedras e beneficiamento.

A autoridade fiscal relata em sua diligência que a energia elétrica consumida pela recorrente é praticamente toda empregada no processo de britagem das pedras.

Intimada do resultado da diligência a atuada reafirma pedido de improcedência do lançamento.

A Câmara Julgadora, por maioria de votos, julgou improcedente o auto de infração por entender que o sujeito passivo desenvolve atividade industrial, sendo, portanto, legítimo o seu direito ao crédito do ICMS relativo à aquisição de energia elétrica que é consumida na referida atividade.

A Fazenda Pública recorre da decisão afirmando que, conforme informação cadastral, a empresa atuada tem código de atividade de extrator mineral e de comércio atacadista. Faz referência ao artigo 2º, da Lei nº 13.772/2000, para dizer que a atividade da empresa não lhe assegura o aproveitamento do crédito do imposto relativo à aquisição de energia elétrica.

O sujeito passivo, em contradita ao recurso, afirma que o fato de a empresa ser atacadista de produtos de extração mineral não a desqualifica como indústria.

Posteriormente, por meio de memorial(fl's 164), a recorrida argui cerceamento ao direito de defesa pois o auto de infração não fez indicação expressa ao artigo 522, "b", 2, do RCTE, que só autoriza o crédito do imposto relativo à aquisição de energia elétrica para os estabelecimentos cadastrados como indústria.

É o relatório.

DECISÃO

A atuada apresenta, tardiamente, preliminar de cerceamento ao direito de defesa por falta de citação, no lançamento, do art 522, "b", 2, do RCTE. Na verdade, a correta indicação do dispositivo é artigo 522, inciso II, alínea "a", item 2, RCTE. Transcrevo abaixo a citada norma :

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

[...]

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

NOTA: Redação com vigência de 30.12.03 a 27.12.06.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO Ao CAPUT DO INCISO II DO art. 522 PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 6.634, DE 11.06.07 - VIGÊNCIA: 28.12.06.

II - relativamente à energia elétrica e ao serviço de comunicação, até o dia 31 de dezembro de 2010 (Lei nº 13.772/00, art. 2º):

NOTA: Redação com vigência de 28.12.06 a 31.12.10.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO CAPUT INCISO II DO ART. 522 PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 7.345, de 18.05.11 - VIGÊNCIA: 01.01.11.

II - relativamente à energia elétrica e ao serviço de comunicação, até o dia 31 de dezembro de 2019 (Lei nº 13.772/00, art. 2º):

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

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

A omissão referida pelo contribuinte não é suficiente para afirmar a existência de cerceamento ao direito de defesa. Primeiro, porque a atuada, em momento algum, demonstrou qualquer dúvida sobre a acusação apresentada pelo Fisco. Todas as suas alegações convergem para a afirmação de que desenvolve atividade industrial tendo, portanto, direito ao crédito do imposto. Em suma, a atuada não deixou transparecer que a ausência de citação do dispositivo legal , no auto de infração, tenha contribuído para cercear o seu direito de defesa. Em

segundo lugar, bem de ver que o mencionado artigo foi transcrito pela Julgadora singular em sua sentença (fls 88). Finalmente, invoco o § 3º, do artigo 20, da Lei nº 16.469, de 19/01/2009, que afasta a decretação de nulidade em decorrência de incorreções ou omissões do lançamento, quando presentes elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator. É a seguinte a letra da lei :

“Artigo 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.”

Com estes argumentos, afastado a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa.

No mérito, embora o sujeito passivo, em contradita ao recurso, afirme que o fato de a empresa ser atacadista de produtos de extração mineral não a desqualifica como indústria, o fato é que, em processos deste tipo, o importante é verificar o código de atividade econômica sob o qual se encontrava cadastrado o estabelecimento, à época dos fatos geradores. Isto porque, a questão aqui colocada tem sua solução estampada no item 2, da alínea “a”, do inciso II, do artigo 522, RCTE (Dec nº 4.852/1997) que acima transcrevemos. A norma tem determinação expressa e direta, só pode utilizar o crédito do ICMS destacado no documento de aquisição da energia elétrica o contribuinte enquadrado no código de atividade econômica de indústria. As informações cadastrais de fls 05 e 32 deixam claro que o contribuinte estava cadastrado com a atividade de extração e britamento de pedras, bem como comércio atacadista de produtos de extração mineral. A sua atividade é de extrator e comerciante, não de indústria.

Convém mencionar que o Regulamento do Código Tributário Estadual (Dec nº 4.852/1997), ao classificar os contribuintes por atividade, distingue, de modo claro, o estabelecimento industrial, do estabelecimento comercial e do estabelecimento extrator. Vejamos o que diz a norma :

“Artigo 34.

[...]

§ 2º Considera-se:

[...]

II - extrator, a pessoa natural ou jurídica que exerça, por qualquer meio ou processo, a atividade de extração de substância mineral ou fóssil;

[...]

IV - industrial, a pessoa natural ou jurídica que exerça atividade que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo;

[...]

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;”

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa e , no mérito, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno e dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 29 de outubro de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito relativo a devoluções sem comprovação de venda/remessa da mercadoria (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02487/13

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: *Processual. Pedido de diligência. Nulidade da decisão singular. Nulidade da peça básica. Insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa. Rejeitados.*

I - Deve-se rejeitar o pedido de diligência fiscal quando estes forem desprovidos de demonstrativos de auditoria comparativa fiscal, da lavra do próprio sujeito passivo, e que apontassem todos os erros e omissões praticados pelos agentes autuantes ocorridos no levantamento original.

II - Rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão singular por cerceamento do direito de defesa e insegurança quando todo o trabalho exarado pelo julgador singular estiver em sintonia com o ordenamento jurídico, acompanhada de redação clara, concisa e assertiva estando ausentes quaisquer tipos omissões, contradições, inseguranças ou obscuridades.

III - Inocorrendo nos autos quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 20 da Lei nº 16.469/09, mister se faz rejeitar a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo.

ICMS. Obrigação principal. Omissão do ICMS-ST. Aproveitamento indevido a título de crédito dos valores lançados na GIA-ST no campo deduções. Imposto destacado nas notas fiscais de devoluções. Não comprovação da efetiva venda/remessa e devolução de mercadorias em quantidade a maior ou que não constem das notas fiscais de venda/remessa. Procedência.

Provado nos autos que o sujeito passivo promoveu a omissão do imposto no regime da substituição tributária em virtude do aproveitamento indevido a título de crédito dos valores lançados nas GIA-ST no campo deduções referente ao imposto destacado nas notas fiscais de devoluções, ao não comprovar a efetiva venda ou remessa e devolução de mercadorias em quantidades maiores ou que não constem nas notas fiscais de venda ou remessa, procedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19 de agosto de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, Márcio Nogueira Pedra e

Célia Reis Di Rezende. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença singular, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, Márcio Nogueira Pedra e Célia Reis Di Rezende. 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 Allen Anderson Viana, Márcio Nogueira Pedra e Célia Reis Di Rezende. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considero procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, Márcio Nogueira Pedra e Célia Reis Di Rezende.

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento tributário exigindo imposto por substituição tributária do atuado, de valores lançados na Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária (GIA-ST), no campo deduções, referente ao imposto destacado nas notas fiscais de devolução, por não ter comprovado a efetiva venda/remessa, devoluções em quantidade maior e outras em que as mercadorias não constam nas notas fiscais de venda/remessa, conforme, notificações, demonstrativos, notas explicativas e demais documentações juntadas ao feito, objetivando fundamentar a acusação fiscal.

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 45, VI do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97 Convênio ICMS 37/94. Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, IV, "a" do CTE, com redação da Lei 14.634/03.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: anexo estruturado – detalhamento do crédito tributário, procuração, cópia portaria nº 068/09-GSF, relação das devoluções não comprovadas deduzidas na GIA-ST, cálculo dos estornos de créditos nas notas fiscais devolução, cópia notas fiscais, notificações fiscais e AR's, relação das notas fiscais (fls. 03-96).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documentos de fls. 97-98.

O sujeito passivo apresentou impugnação, fls. 100-107, depois de descrever os fatos acontecidos, recolheu a parte que entendeu em documento de folhas 145 em seguida pediu a nulidade pelo fato da infração não ter sido bem especificada pela fiscalização. No mérito, requereu uma perícia de forma a permitir utilizar seu sagrado direito ao crédito fiscal, pois existe dificuldade em se estabelecer um critério justo. Pediu em resumo ao final da sua defesa a nulidade e/ou improcedência do feito.

Juntamente com as razões de impugnação foram trazidos aos autos os seguintes documentos: cópia documento de identificação advogado, procuração, cópia contrato social, cópia intimação, cópia do auto de infração, comprovante de

pagamento, cópia da relação das devoluções não comprovadas deduzidas na GIA-ST, planilhas com notas fiscais de devolução, cópia de notas fiscais (fls. 108-440).

O julgador singular prolatou sentença nº 829/2010, onde decidiu pela procedência do auto de infração (fls. 441-445).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documentos de fls. 446-447.

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, fls. 450-461, nulidade do auto de infração por violação ao artigo 142 do CTN e 160 do CTE, eis que não apresenta elementos indispensáveis à identificação da matéria tributável. Argumentou que a obscuridade em relação a eventual ilegalidade cometida pela Recorrente constitui violação à garantia de contraditório e a ampla defesa. Defendeu que todas as mercadorias devolvidas possuem relação com as notas fiscais de venda/remessas emitidas pela Recorrente ao seu cliente, ou seja, todas as mercadorias constantes nas notas de devolução apontadas pelo fiscal foram regularmente emitidas pela recorrente para o seu cliente. Asseverou que os documentos anexados na impugnação comprovam o direito da Recorrente de aproveitar os créditos de ICMS-ST nas hipóteses em que fato gerador presumido não ocorreu.

Ao final, requereu a nulidade ou a improcedência do lançamento ou ainda a realização de diligência.

O sujeito passivo, posteriormente, anexou cópia do documento de identificação do sujeito passivo e substabelecimento (fls. 474-477).

DECISÃO

Passo a decidir e de plano devo rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo por entender tal qual o julgador singular que não cabe a solicitação de perícia com o objetivo único de comprovar as alegações e dificuldades da parte passiva. De fato, devo informar àqueles que se dizem prejudicados pelos levantamentos executados pelo fisco, para que, em concomitância com a retórica jurídica, apresentem levantamentos de sua própria lavra, com base nos mesmos parâmetros adotados pelos agentes autuantes, nos quais devem apontar os erros e omissões cometidos pela fiscalização.

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 é aceito por esta Casa. 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 ou 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.

Ademais, a argumentação exarada pelo douto julgador singular, Luís Fernando Correia Rigo, no aresto vergastado pela recorrente, segue na mesma direção e por isso devo acolhê-la, na íntegra, “*in verbis*”:

“A nova lei processual 16.469/09, ora em vigor, define, de forma objetiva, pelo artigo 34, o prazo de 30 dias, contados da intimação do auto de infração ou do termo de revelia para apresentação de Impugnação pelo sujeito passivo, sendo que, pelo artigo 27 do mesmo dispositivo legal, assevera que a defesa deve ser instruída com os documentos que a fundamente, inclusive os motivos que justifiquem as solicitações de diligências (inciso IV).

No mesmo sentido, o livre convencimento do julgador é princípio fundamental de qualquer decisão soberana e, desta forma, jamais poderá sofrer qualquer influência das partes em litígio, razão porque qualquer solicitação das partes deve vir, obrigatoriamente, acompanhada de uma demonstração cabal da sua necessidade sem o que não se mostra um meio válido para conversão do feito em diligência, a menos que o julgador tenha dúvidas a esclarecer nos autos.

Nesse diapasão, qualquer revisão em procedimentos fiscais bem fundamentados e instruídos com todos os demonstrativos e demais provas necessárias a comprovar a infração tributária, em que a fiscalização utilizou livros e documentos fiscais em poder do próprio autuado para se concretizar deveria, obrigatoriamente, vir acompanhada, de forma clara e objetiva, de provas robustas e cabais apontando as supostas falhas, incongruências e contradições na atuação.

Por outro lado, não cabe a solicitação de perícia no único objetivo de apenas comprovar as alegações e dificuldades da parte passiva, pois no Processo Administrativo Tributário, como um processo de conhecimento, rege-se pelo Princípio da Verdade Material, impondo ao sujeito passivo, que possui toda documentação utilizada pelo fisco o ônus de provar, concretamente, as supostas irregularidades cometidas pelo Fisco em trabalho de fiscalização fundamentado e motivado.

Tal fundamentação tem por base a idéia de que todos os lançamentos tributários efetuados com base na declaração do sujeito passivo, que tem o dever de manter e escriturar todos os seus livros e documentos fiscais e contábeis, inerentes a sua atividade mercantil, justificam, de forma objetiva, a inversão do ônus da prova consagrado no artigo 378/380 do CPC, quando tal dispositivo, de forma explícita, assevera que os livros comerciais sempre fazem prova contra o seu proprietário e seus sucessores, equivalendo, portanto, a uma confissão todos os seus registros.

Então, pelo Princípio da Verdade Material e pelo que consta do artigo 396 do CPC houve uma contestação (solicitação de uma perícia sem esclarecer os motivos que a fundamente) e sem qualquer outra prova material concreta objetivando contestar o trabalho fiscal, como por exemplo, a juntada de documentos fiscais ignorados ou utilizados de forma errada na conferência fiscal, tendo em vista que a fiscalização só trabalhou com documentos fiscais emitidos pelo próprio autuado e explicou detalhadamente cada operação em que foi exigido o ICMS-ST. Nesse contexto, tais alegações não podem ser considerados como provas de igual teor das juntadas pela fiscalização, pois jamais obedeceram aos mesmos critérios e parâmetros utilizados. Em síntese, não há na legislação processual em vigor qualquer previsão que obrigue, nessa situação específica, o julgador a converter o feito em diligência, apenas e tão somente, no objetivo de provar o que foi meramente alegado pelo pólo passivo e/ou para solucionar suas dúvidas.

Nessa linha de raciocínio, com base nas fundamentações acima entendo que não houve, por parte do pólo passivo, a demonstração, objetiva e cabal, de nenhum erro nos cálculos do levantamento de auditoria comparativa fiscal demonstrada na lide, logo, não acolho tal pedido da parte passiva por entender que dos autos constam farta documentação probatória suficiente para o julgamento do feito, sem a necessidade de convertê-lo em diligência, nos termos do artigo 19 da Lei 16.469/09.”

Face ao exposto, nada mais devo acrescentar, motivo pelo qual voto por rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo.

Na seqüência, o douto representante legal da recorrente argui a nulidade da decisão singular, por insegurança. De início, devo argumentar que a nulidade de qualquer decisão deve se dar quando não estiverem presentes os requisitos dos artigos 458 e 459, ambos do Código de Processo Civil. De fato, como poderiam prosperar as decisões nas quais encontram-se ausentes o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva, tanto em conjunto como separadamente? Verifico que tal não ocorre com a decisão vergastada, pois sua arquitetura atende aos dispositivos retrocitados. Por oportuno, transcrevo-os abaixo, *verbatim*:

“Art. 458 - São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

[...]

Art. 459 - O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.”

Após ler e reler todo o trabalho executado pelo decisor monocrático devo considerá-lo impecável. Verifico terem sido atendidos os ditames legais e apreciadas todas as controvérsias. No mesmo diapasão, verifico não haver quaisquer inseguranças, contradições ou obscuridades na redação que pudessem causar óbice à defesa, motivos pelos quais devo rejeitar a preliminar de nulidade da decisão singular, por insegurança, arguida pela recorrente.

No mesmo liame devo rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, ambas arguidas pela parte passiva. De fato, ao compulsar estes autos, verifico não estarem presentes nenhum dos requisitos apontados pelo Manual de Defesa Fiscal Mínima no Processo Administrativo Tributário e que pudessem macular de vício o presente lançamento. Por oportuno e pedagógico, transcrevo-os abaixo, *“in verbis”*:

“8.4.4. – NULIDADE POR INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO

Se for o caso, o Contribuinte poderá argüir a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, se constatar que:

- a) a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com os demonstrativos ou documentos anexados pelo autuante,
- b) a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com a fundamentação legal da suposta infração,
- c) ocorreram divergências de valores entre os levantamentos integrantes do lançamento, ou destes com o auto de infração,
- d) o lançamento foi instruído com levantamento incompleto, que não confirma a suposta infração objeto da autuação,
- e) há insegurança quanto à denominação do produto, ou quanto ao agrupamento de produtos diversos, no levantamento específico.”

[...]

8.4.3. – NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Esta nulidade evidencia-se no processo pela existência de atos ou omissões ou procedimentos defeituosos, que prejudicam ou impedem o exercício do amplo direito de defesa, como, por exemplo, as argüições seguintes:

- a) a apreensão e retenção pela autoridade administrativa dos documentos necessários à defesa do Contribuinte, ou a devolução dos documentos ao mesmo, após a intimação, suprimindo seu prazo processual para defesa,
- b) os documentos do Contribuinte foram apossados pela autoridade administrativa sem emissão do competente Termo de Apreensão, configurando posse ilícita,
- c) a ausência na instrução processual de documento fiscal citado pelo autuante e que não consta dos arquivos do Contribuinte,
- d) o trancamento de estoques sem o devido acompanhamento e assinatura do Contribuinte,
- e) o arbitramento de lucro sem a desclassificação formal da escrita contábil, se possuir,
- f) informações divergentes de quebra técnica ou utilização de índice impreciso em levantamento específico,
- g) falha na eleição do domicílio fiscal do Contribuinte no lançamento, incorrendo a regular intimação, para pagar o débito ou defender-se,
- h) falha na intimação postal, quando a correspondência for remetida para endereço incorreto, ou não servido pelos Correios, caso da zona rural, e devolvida sem a identificação do destinatário,

- i) falha na intimação por edital, se ocorreu anterior falha na intimação postal,
- j) nulidade do auto de infração, por estar destituído de demonstrativo que lhe deu origem,
- k) a juntada aos autos, por parte da fiscalização, de novos documentos, aditivos ou revisão, sem que o Contribuinte tenha sido intimado para manifestar-se.'

Ante o exposto devo concluir que o feito ora em tela está despidido das aludidas preliminares de nulidade arguidas pela parte, porém para que não se argumente “*a posteriori*” que o julgamento cameral foi parcial ao não apreciar as especificidades trazidas a lume pelo ínclito representante legal da recorrente, passo a manifestar-me.

De proêmio, o sujeito passivo diz não saber qual obrigação tributária foi descumprida. Entende haver obscuridade entre o que está estampado no lançamento e o que a Fazenda Pública requer. Argumenta não conseguir identificar qual foi a irregularidade patrocinada. Em seguida, ao reler a peça recursal, verifico que o sujeito passivo faz menções a todos os erros e irregularidades ocorridas, notadamente com relação às notas fiscais emitidas por seu cliente. Ora, doutos colegas julgadores, como pode o sujeito passivo alegar desconhecer qual infração lhe fora imputada se ele próprio comparece aos autos para não somente citá-las, mas também para defender-se? Ademais, considero que não é relevante se a nota fiscal não preenche os requisitos legais, mas o certo é que o destinatário não poderia creditar-se do imposto.

Nesse ponto o próprio contribuinte, às fls. 456 destes autos, assevera tratar-se de retorno de mercadorias impróprias para consumo e com uma justificativa de que o cigarro é bem fungível. Argumenta ainda que o fluxo de notas fiscais de saída e de devolução é expressivo e de que o cliente não se atenta, em alguns casos, para a indicação correta das notas fiscais de venda. Entendo que neste caso, deveria o sujeito passivo estar ciente em face da ausência das condições relativas ao aproveitamento do crédito. Optou, ao contrário, por arguir a inocorrência do fato gerador presumido e entende que em virtude disso, faz jus ao crédito do imposto.

Devo argumentar ainda que todas as notas fiscais de devolução têm a correspondente nota fiscal de venda e que isto poderia ser verificado pela documentação acostada quando da impugnação destes autos, a qual foram anexadas as notas fiscais de devolução e de remessa, suficientes para justificar as devoluções, além das Guias Interestaduais de Arrecadação por substituição tributária – GIA-ST. Impende salientar que a apresentação de notas fiscais com quantidades de mercadorias suficientes para contrabalançar as devoluções, não assegura a regularidade das devoluções.

No mérito, tal qual o julgador singular, devo considerar que o feito deve prosperar. De fato, as provas colacionadas aos autos atestam de maneira inequívoca a prática da infração estampada na basilar. Senão vejamos, para citarmos alguns exemplos:

Veja-se às fls. 08, por exemplo, no primeiro caso, o ICMS da nota fiscal de remessa não foi pago, logo nada há a ressarcir. No segundo caso, a nota fiscal de devolução (são todas notas fiscais da Distribuidora de Cigarros [...], de Goiânia) faz referência a notas fiscais de remessa que não são da Philip Morris. Em outros casos, a nota fiscal de devolução não menciona a nota fiscal de venda ou remessa. Logo adiante, o produto indicado na nota fiscal de devolução não confere com o produto da nota fiscal de venda/remessa. Há ainda outros casos em que a nota fiscal de devolução cita produtos em quantidade maior do que a quantidade constante da nota fiscal de vendas. Cabe aqui uma digressão. É factível que notas fiscais de devolução possam discriminar menor quantidade de produtos que a nota fiscal de vendas, porém é inadmissível que informe quantidades maiores. Não se devolve o que não se recebeu. Verifico também haver casos em que os produtos indicados na nota fiscal de devolução há haviam sido devolvidos em outra nota fiscal de devolução (dupla devolução). A título de exemplo basta observar que a distribuidora emitiu a Nota Fiscal nº 3075, devolvendo mercadorias (cigarros) (fls.85). Por sua vez, esta nota faz referência à Nota Fiscal da Philip Morris (NF 61180 de 17/12/2007 (fls.87). Ocorre que, as mercadorias desta mesma nota já haviam sido devolvidas pelas notas fiscais nºs 1176, 2437 e 2439 (fls. 79 a 84).

A questão em comento é tratada pela legislação tributária, plasmada pelo artigo 15, inciso I e II, bem como pelo artigo 163, § 8º do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, os quais reproduzo abaixo, *verbis*:

Art. 15. São os seguintes os procedimentos a serem observados na ocorrência de devoluções de mercadorias:

I - no retorno, devido à recusa no recebimento ou ao desencontro de endereço, a devolução poderá ser efetuada com cobertura da 1ª (primeira) via da própria nota fiscal originária, desde que no seu verso seja feita indicação contendo carimbo da empresa ou órgão, conforme o caso, e assinatura do responsável pela observação dos motivos da não entrega, cuja declaração poderá ser feita:

a) pelo destinatário que se recusou a receber as mercadorias;

b) pela empresa de transporte de cargas (pessoa jurídica), encarregada da entrega;
c) pelo chefe da AGENFA da localidade da devolução;

d) pelo agente do Fisco em serviço no Posto Fiscal de divisa interestadual, quando se tratar de mercadoria devolvida por contribuinte de outra Unidade da Federação, para este Estado ou com trânsito obrigatório pelo mesmo:

e) pelo agente do Fisco em serviço no primeiro Posto Fiscal por onde transitarem as mercadorias devolvidas, quando fora dos dias úteis ou do horário normal de expediente das AGENFA;

II - na devolução, após seu recebimento, o estabelecimento adquirente deverá emitir Nota Fiscal modelo 1, em nome do remetente da mercadoria, nela citando o número, a série e a data do documento fiscal originário, declarando, ainda, o motivo da devolução.”

[...]

Art. 163. A Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, observada a disposição gráfica, deve conter, nos quadros e campos próprios, as seguintes indicações (Convênio SINIEF SN/70, art. 19):

[...]

“§ 8º O campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES do quadro DADOS ADICIONAIS deve, também, conter:

I - indicação, impressa ou mediante carimbo, sobre a operação, como: preço a vista, preço final, quantidade, valor e datas de vencimento das prestações, na hipótese de venda a prazo, quando não houver emissão de nota fiscal-fatura ou de fatura ou, ainda, quando esta for emitida em separado;

II - tabela de decodificação impressa por meio indelével, quando, em substituição à aposição do código da Tabela do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI -, no campo CLASSIFICAÇÃO FISCAL, for indicado outro código, podendo ser utilizado o verso da nota fiscal, no caso de insuficiência de espaço;

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 30.09.09.

REVOGADO O INCISO II DO § 2º DO ART. 163 pelo art. 6º do DECRETO nº 7.043, de 29.12.09 - vigência: 01.10.09.

II - revogado;

III - o número, a data da emissão e o valor da operação do documento original, na nota fiscal emitida relativamente à saída de mercadoria em retorno ou em devolução;

IV - a indicação do imposto, separadamente, por operação interestadual tributada e não tributada, cujas mercadorias estejam sujeitas ao regime de substituição tributária e acobertadas pela mesma nota fiscal.”

E, por último, mas não menos importante, acolho de plano a manifestação do douto julgador singular, Luís Fernando Corrêa Rigo, que na decisão singular de fls. 441 a 445 manifestou-se acerca desta questão, com as cautelas de praxe, pela procedência do auto de infração em tela. Por oportuno, devo reproduzi-la abaixo, por também adotá-la como razão de voto, *ipsis litteris*:

“A Constituição Federal de 1988 passou para os estados federados a competência para cobrança do imposto sobre combustíveis e seus derivados, vindo primeiro o Convênio ICMS n.º 66/88, com status de lei complementar por força do § 8º, artigo 34 dos ADCT, em seguida a Lei Complementar 87/96, estabelece a condição de substituto tributário, em primeiro lugar e diretamente, à empresa emissora dos documentos fiscais de mercadorias sujeitas a substituição tributária do Convênio 37/94, por meio do regime de Substituição Tributária em troca do regime normal de tributação(débito e crédito).

Neste contexto, fundamentado nas disposições legais já definidas foram elaborados diversos Convênios de ICMS entre eles: o Convênio ICMS n.º 37/94, visando uniformizar entre os estados federados a cobrança do ICMS-ST e disciplinar as devoluções quando por algum motivo a operação não ocorrer, por meio do regime

da substituição tributária, inclusive, quanto ao diferencial de alíquota, quando as mercadorias não forem destinadas a comercialização ou industrialização.

Frise-se, apenas para ressaltar o que se entende como sendo o cerne da questão ora em discussão a não comprovação, clara e objetiva, do polo passiva das supostas devoluções mencionadas na GIA-ST em que para ser aceito pela fiscalização precisaria que a remessa anterior tenha existido e sobre ela tenha sido recolhido o imposto para o Estado de Goiás, que as notas fiscais pertençam realmente a empresa autuada e, também, que as quantidades que foram e voltaram sejam rigorosamente iguais e dos mesmos produtos, conforme determinação da legislação que implantou o regime tributário da substituição tributária substituindo integralmente o regime normal de tributação, sendo assim, os demonstrativos juntados aos autos às folhas 08/12 trazem de forma especificada todo o estorno realizado pela fiscalização e seus motivos e fundamentos, resultando ao final na exigência do ICMS-ST descrito nos autos.

Então, a substituição tributária pelas operações posteriores era devida, tanto que foram emitidos os respectivos comprovantes para pagamento em nome do autuado, sendo que no desfazimento do negócio é imperioso que haja a comprovação, via notas fiscais de devolução, de forma a que fique assegurado ser o mesmo produto, a mesma quantidade, o recolhimento anterior para que o autuado possa se ressarcir do imposto recolhido anteriormente aos cofres públicos, caso contrário, como comprovou a fiscalização o aproveitamento dos créditos da forma como foi feita pelo autuado se tornou irregular e, portanto, deveria ser todo estornado nos meses descritos nos autos.

Então, diante da clareza da legislação acima citada, não há como duvidar de que, no caso em questão, o Estado de Goiás deve realmente exigir o imposto por substituição tributária sobre os aproveitamentos indevidos, a título de crédito, dos valores lançados na Guia Nacional de Informações e Apuração do ICMS Substituição Tributária (GIA-ST), nos campos deduções, referente ao imposto destacado nas notas fiscais de devolução, por não ter comprovado a efetiva venda/remessa, outras pelas devoluções em quantidade maior e outras, ainda, em que as mercadorias não constavam nas notas fiscais de venda/remessa, conforme, notificações, demonstrativos, notas explicativas e demais documentações juntadas ao feito.

Com a fundamentação acima observa-se que a impugnante não conseguiu descaracterizar a infração tributária descrita nos autos e ainda tem contra si o fato de que levou clara e nítida vantagem no negócio, ou seja, deixou de pagar imposto no limite dos créditos referentes às notas fiscais detalhadas nos demonstrativos fiscais.

Posto isto, concluo que está caracterizada a infração fiscal pelo descumprimento de uma clara obrigação tributária, baseada numa lei em abstrato e num fato gerador concreto, fazendo gerar o crédito tributário reclamado pelo lançamento de ofício.

DA CONCLUSÃO

Diante destes fatos e das provas juntadas ao feito, conheço da Impugnação, negolhe provimento, para, em preliminar, não acolher nenhuma das nulidades, assim como, no mérito, decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, em cálculo do setor competente, considerando o recolhimento de folhas 145, o que garantirá certeza e liquidez ao crédito tributário.”

Ante o exposto, nada mais devo acrescentar, motivo pelo qual voto conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 02 de dezembro de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito relativo à entrada de bens destinados ao ativo imobilizado - arrendamento mercantil (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 00026/13

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: *Processual. Preliminar de cerceamento do direito de defesa. Arguição pela atuada. Rejeição. Decisão unânime. Preliminar de insegurança na determinação da infração. Arguição pela atuada. Rejeição. Decisão unânime. Mérito. ICMS. Aproveitamento indevido de crédito. Arrendamento mercantil. Bens destinados ao ativo imobilizado. Não atendimento de condicionantes fixadas na legislação para o aproveitamento do crédito. Procedência. Decisão unânime.*

I - Rejeita-se a arguição de cerceamento do direito de defesa, tendo sido assegurado ao sujeito passivo o contraditório e a ampla defesa;

II - Não se acolhe a arguição de insegurança na determinação da infração, estando a irregularidade fiscal claramente relatada e devidamente instruído auto de infração;

III - Declara-se procedente o auto de infração que exige o imposto omitido decorrente da apropriação indevida de crédito pela entrada de bens no estabelecimento do sujeito passivo, em operação de arrendamento mercantil, destinado ao ativo imobilizado.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 14 de setembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar 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. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Cláudio Henrique de Oliveira e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes. 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 Paixão de Oliveira Gomes, Cláudio Henrique de Oliveira e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

Em 30 de setembro de 2011, o fisco exige o ICMS no valor de R\$ 112.500,00 (cento e doze mil e quinhentos reais), multa e acréscimos legais da atuada, na condição de contribuinte, em razão desta, na condição de contribuinte, ter, nos meses de maio a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010 e janeiro a agosto de 2011, apropriado de crédito pela entrada

de mercadoria destinada ao ativo imobilizado, em operação de arrendamento mercantil, sem observar as condicionantes previstas nos incisos I e II do § 5º do art. 46, § 5º, I e II, do Código Tributário Estadual, tornando indevida a apropriação do crédito.

Citados como infringidos os arts. 58, §§ 3º e 6º e 64, da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 46, §§ 4º e 5º, do Decreto nº 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 71, IV, “a”, da Lei nº 11.651/91.

A ação fiscal foi dirigida ao estabelecimento da autuada, tendo sido anexados à peça básica Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 3 a 5), cópias de notas fiscais (fls. 6 a 16), cópia de páginas do Livro Registro de Controle de ICMS do Ativo Permanente (fls. 17 a 18), de livros Registro de Apuração do ICMS (fls. 20 a 109) e extrato de Consulta – TARE (fl. 110).

Intimada em 13/10/2011 (fl. 112), a autuada apresenta impugnação (fls. 115 a 146), após relatar os fatos, formula em preliminar arguição de nulidade, relacionando a hipótese de cerceamento do direito de defesa, alegando que não existe no processo o demonstrativo e a metodologia do cálculo dos juros e da correção monetária.

No mérito, pede a improcedência do lançamento, alegando que os valores escriturados estão corretos e que o contribuinte tem direito aos créditos, inclusive garantidos pela Constituição Federal (CF) e pelo Código Tributário Estadual (CTE).

Cita a Lei Complementar nº 87/96 e a CF/88 para dizer que o Decreto Estadual nº 4.852/98 tenta impor limites ao direito ao crédito violando o princípio da não cumulatividade consagrado na CF. Comenta afirmações de juristas acerca do assunto para concluir ser inconstitucional a pretensão do Fisco.

Diz que a multa aplicada afronta os princípios do não confisco e da capacidade contributiva, fixados na CF/88, reproduz decisões judiciais a respeito do tema e pede que esta Instância administrativa aprecie seu pedido de ilegalidade da norma.

Vindo o processo a julgamento em Primeira Instância, o julgador, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões da defesa, decide pela procedência do lançamento, consoante a Sentença nº 129/2012 (fls. 169 a 172).

Intimada, a autuada apresenta recurso voluntário (fls. 177 a 220), 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.

Alega falta de fundamentação legal dos juros de mora e da correção monetária no auto de infração.

Afirma que a negação ao contribuinte o direito de se defender amplamente da atuação fiscal, bem como ter seus argumentos de defesa devidamente

analisados pela autoridade julgadora, é prática que macula o processo administrativo.

No mérito, pede a improcedência do lançamento, reitera alegações formuladas anteriormente de que os valores escriturados estão corretos e que o contribuinte tem direito aos créditos, inclusive garantidos pela CF/88 e pelo CTE.

Cita a Lei Complementar nº 87/96 e a CF/88 para dizer que o Decreto Estadual nº 4.852/98 tenta impor limites ao direito ao crédito violando o princípio da não cumulatividade consagrado na CF. Comenta afirmações de juristas acerca do assunto para concluir ser inconstitucional a pretensão do Fisco.

Diz que a multa aplicada afronta os princípios do não confisco e da capacidade contributiva, fixados na CF/88, reproduz decisões judiciais a respeito do tema e pede que esta Instância administrativa aprecie seu pedido de ilegalidade da norma, bem como a exclusão ou redução do percentual da multa aplicada.

Informa que as intimações de estilo deverão ser feitas exclusivamente em nome da advogada RAQUEL ELITA ALVES PRETO, no endereço constante à fl. 219.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por cerceamento do direito de defesa, manifesto-me pela sua rejeição, tendo em vista que em nenhum momento nestes autos foi negado ao contribuinte o direito de se defender amplamente da autuação fiscal e as razões apresentadas na impugnação foram devidamente apreciadas no órgão julgador de Primeira Instância.

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração, pelo fato da irregularidade fiscal estar claramente relatada e devidamente instruído auto de infração, notando que a tipificação da infração está correta para o ilícito denunciada.

Considero correta a colocação dos dispositivos dos juros de mora e da correção monetária (arts. 481 e 482, do RCTE) no formulário de intimação (fl. 111), tendo em vista que o cálculo do débito são realizados pelo sistema informatizado da Secretaria da Fazenda, automaticamente, quando solicitado, sendo que este formulário também acompanha a intimação do auto de infração, portanto a ausência desses dispositivos no auto de infração não macula o processo.

QUESTÃO MERITÓRIA

Dirigindo-me ao mérito, por pertinência, reproduzo as disposições constantes do art. 58, §§ 3º e 4º, do Código Tributário Estadual (CTE) e do art. 46, §§ 4º e 5º, do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE):

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

[...]

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

I - idoneidade da documentação fiscal;

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

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

[...]

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

[...] (destaque oportuno)

“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):

[...]

§ 4º 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:

[...]

§ 5º Na hipótese prevista no § 4º deste artigo, em se tratando de operação de arrendamento mercantil, o crédito correspondente ao imposto pago na aquisição do bem pode ser apropriado pelo estabelecimento arrendatário, observado o seguinte (Convênio ICMS 04/97, cláusula primeira):

I - a empresa arrendadora deve possuir inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado - CCE -, por meio da qual deve ser feita a aquisição do bem;

II - a empresa arrendatária deve ser signatária de termo de acordo de regime especial para tal operação;

[...]” (destaques oportunos).

Os dispositivos reproduzidos, em destaque, estabelecem que os créditos pelas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, só podem ser aproveitados se a empresa arrendadora tiver inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCE) e a empresa arrendatária possuir termo de acordo de regime especial (TARE) para tal operação.

A presente exigência fiscal decorreu do fato da empresa goiana RODOVIÁRIO [...] LTDA ter adquirido da empresa paulista FACCHINI S/A, em operação mercantil, mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, apropriando a adquirente do crédito do imposto pago pela entrada dos bens, na proporção de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, sem a observância das condições estabelecidas nos incisos I e II do § 5º do art. 46 do RCTE, anteriormente reproduzido, tornando indevida a apropriação.

Nestes autos, a alegação da recorrente é mais contra a lei em tese, já que limita-se a falar em ilegalidade e o direito assegurado na Lei Complementar nº 87/96 e na vigente Constituição Federal; de que não existe base legal para a exigência fiscal; que a previsão no RCTE (art. 46, §§ 4º e 5º) é inconstitucional.

Passo à análise das alegações da defesa, afirmando que é bem verdade que o princípio do direito ao crédito está consagrado na CF/88, entretanto este direito deve se submeter às normas legais. Não pode um contribuinte a seu bel prazer lançar em seus livros fiscais 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 em outra unidade da Federação.

A exigência inicial tem amparo nas normas legais em especial o art. 58, §§ 3º e 4º do CTE e art. 46, §§ 4º e 5º, do RCTE, reproduzidos anteriormente.

Se a defesa entende ser pertinente a afirmação de inconstitucionalidade do art. 46, §§ 4º e 5º, do RCTE, deve levá-la a exame do Poder Judiciário que é quem de direito para decretar nulidade de leis, decretos e normas.

A recorrente ainda alega que a multa aplicada afronta os princípios do não confisco e da capacidade contributiva, fixados na CF/88, reproduz decisões judiciais a respeito do tema e pede que esta Instância administrativa aprecie seu pedido de ilegalidade da norma, bem como a exclusão ou redução do percentual da multa aplicada.

Sobre a alegação exposta no parágrafo anterior, mais uma vez informo à recorrente que pedidos de ilegalidade e de multa confiscatória só podem ser apreciadas no Poder Judiciário (competência exclusiva), além do mais na legislação processual goiana consta o art. 6º da Lei nº 16.469/09:

“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.”

Ante o exposto, rejeito as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, sendo a primeira, por cerceamento do direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração. Quanto ao mérito, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 15 de janeiro de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito relativo à matéria prima, insumos e energia elétrica nas saídas isentas ou não tributadas (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01661/13

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Preliminar. Retorno a lide de solidário excluído na fase cameral. Provimento. ICMS. Obrigação principal. Falta de estorno de crédito pela aquisição de mercadoria, cuja saída foi beneficiada com isenção. Procedência.

1. 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.

2. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado pela entrada da mercadoria no estabelecimento, quando a saída da mercadoria resultante do processo de industrialização ou produção for isenta ou não tributada (art. 61, I, "b", do CTE).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 12 de março de 2013, decidiu, por maioria de votos, acatar a preliminar de reinclusão do sujeito passivo solidário [...] na lide, arguida pela Fazenda Pública. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Renato Moraes Lima, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, José Luiz Rosa, Aguinaldo Fernandes de Melo, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Alcedino Gomes Barbosa. Quanto ao mérito, também, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Renato Moraes Lima, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, José Luiz Rosa, Aguinaldo Fernandes de Melo, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Alcedino Gomes Barbosa que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Trata-se de exigência do ICMS no valor de R\$ 223.940,99 (duzentos e vinte e três mil e novecentos e quarenta reais e noventa e nove centavos), relativo ao estorno de crédito não efetuado pelo sujeito passivo, referente à matéria prima, insumos e energia elétrica, proporcional às operações de saída isenta de torta de algodão, conforme demonstrado na Auditoria Básica do ICMS, correspondente aos meses de outubro e dezembro de 2006, bem como os meses de julho a dezembro de 2007.

A base legal dada por infringida foi capitulada nos artigos 61, inciso I, letra "a" e 64 da Lei n.º 11651/91 c/c artigos 58, inciso I, letra "a", 60 e 61 do Decreto n.º 4852/97, sendo proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso IV, alínea "a", da Lei n.º 11651/91, CTE com redação da Lei n.º 14634/03.

Foi identificado como sujeito passivo solidário o Sr. [...], na condição de representante da empresa autuada, nos termos do artigo 45, inciso XII do CTE (fls. 04).

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: consulta contribuinte - base JUCEG (fls. 05/06); procuração (fls. 07); cópia do registro de utilização de documentos fiscais e termos de ocorrências (fls. 08/10); auditoria básica do ICMS (fls. 11-24) e demonstrativo de saídas internas isentas de torta de algodão (fls. 25/51).

Inconformados com a decisão singular que confirmou a exigência fiscal, os sujeitos passivos apresentam, em peça única, fls. 91/104, recurso voluntário no qual pedem a exclusão do solidário da lide e, no mérito, a improcedência do lançamento sob alegação de que a saída da torta de algodão se enquadra na hipótese de isenção prevista na alínea "c" do inciso XXV do art. 7º do Anexo IX do RCTE, que prevê a manutenção do crédito pelas entradas, pois a empresa é indústria registrada no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e o produto se enquadra na categoria de suplemento alimentar.

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por maioria de votos, acolheu a preliminar de exclusão do solidário da lide e, no mérito, por maioria de votos, reformou a sentença singular e considerou improcedente o auto de infração, aduzindo que a mercadoria em questão é um suplemento de ração animal e pelo texto da alínea "c" do inciso XXV do art. 7º do Anexo IX do RCTE é prevista a manutenção do crédito.

A Fazenda Pública, fls. 113/116, interpôs recurso para o Conselho Pleno, requerendo o retorno do solidário excluído a lide, sob argumento de que o Sr. Sr. [...], conforme documento de fls. 07, possui poderes de gerência exclusiva.

No mérito, assevera que para fazer jus ao benefício na condição de suplemento, a autuada precisaria preencher os seguintes requisitos: 1) há que ser produto industrializado; 2) a fabricante tem que estar registrada no MAPA; 3) o produto produzido tem que estar registrado no MAPA; 4) o número do seu registro

tem que estar indicado no documento fiscal; 5) tem que haver rótulo ou etiqueta identificando o produto; e, 6) o suplemento seja em forma de vitaminas, aminoácidos ou minerais

Menciona, ainda, que pela legislação tributária estadual e pelo Convênio ICMS 100/97 o produto Torta de Algodão não se enquadra como suplemento, portanto, o fisco está correto em exigir o estorno do crédito correspondente as aquisições de matéria prima e insumos.

Em contradita, o sujeito passivo pede a manutenção da decisão cameral, esclarecendo que possui todos os requisitos exigidos pela legislação para fazer jus ao benefício legal, quais sejam: 1) é indústria de transformação de matéria prima em produto acabado, portanto, a torta de algodão é produto industrializado; 2) está devidamente registrada no MAPA desde 2002; 3) o produto torta de algodão também está registrado no MAPA; 4) o número do registro consta em todas as notas fiscais de torta de algodão emitidas pela empresa; 5) o rótulo da sacaria utilizada para embalagem da torta de algodão contém o número de registro no MAPA; 6) a torta de algodão produzida pela autuada contém vários tipos de vitaminas, micro nutrientes, sendo, conforme registro no MAPA, por si só uma fonte de suplemento alimentar para animais classificada como ingrediente.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente quanto ao retorno a lide do solidário excluído na fase cameral, entendo que assiste razão a Fazenda Pública estadual, visto que o Sr. [...] possui poderes de gerência exclusiva, conforme pode ser verificado no documento de fls. 07.

O administrador da firma autuada ao recolher o ICMS a menor em razão da falta de estorno dos créditos, proporcional às operações de saídas isentas de torta de algodão, 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;”

Quanto ao mérito, cumpre destacar que o objeto da acusação é a falta de estorno dos créditos relativos as aquisições de matéria prima, insumos e energia elétrica proporcional as saídas isentas, já que o benefício fiscal para a torta de

algodão, prevista no art. 7º, XXV, "f", do Anexo IX do RCTE não concede acumuladamente o benefício fiscal da manutenção do crédito.

Os arts. 61, I, "b" e 64, ambos da Lei nº 11.651/91 (CTE), c/c art. 58, I, "b", do Decreto nº 4.852/97 (RCTE) e o art. 7º XXV do anexo IX do RCTE estabelecem o seguinte:

"Art. 61. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado, a mercadoria ou bem entrados no estabelecimento, quando:

I - imprevisível a ocorrência das circunstâncias seguintes, na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço que:

[...]

b) for integrada ou consumida em processo de produção ou industrialização, quando a saída da mercadoria resultante for isenta ou não tributada,"

"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:

[...]

c) for integrada ou consumida em processo de produção ou industrialização, quando:

1. a saída da mercadoria resultante for isenta ou não tributada;

2. houver saída isenta ou não tributada e sendo impossível determinar a qual delas corresponde a mercadoria, na proporção em que estas saídas representarem do total das saídas no mesmo período;"

"art. 7º São isentos de ICMS, observado o § 1º quanto ao término de vigência do benefício:

[...]

XXV - a saída interna com os seguintes insumos agropecuários, aplicando-se, também, a isenção quando os insumos forem destinados à utilização na apicultura, aqüicultura, avicultura, cunicultura, ranicultura e sericultura (Convênio ICMS 100/97, cláusula terceira e § 5º da cláusula primeira):

[...]

c) ração para animal, concentrado, suplemento, aditivo, premix ou núcleo, fabricados pelas respectivas indústrias registradas no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA -, desde que cada produto seja registrado no órgão competente do MAPA, o número do seu registro seja indicado no documento fiscal, haja o respectivo rótulo ou etiqueta identificando o produto e o produto se destine exclusivamente ao uso na pecuária, ficando mantido o crédito, observando, ainda, o seguinte (Convênio ICMS 100/97, cláusulas primeira, III, e quarta, I).

1. Entende-se como (Convênio ICMS 100/97, cláusula primeira, § 2º)

1.1 ração animal, qualquer mistura de ingredientes capaz de suprir as necessidades nutritivas para manutenção, desenvolvimento e produtividade dos animais a que se destina;

1.2 concentrado, a mistura de ingredientes que, adicionada a um ou mais elementos em proporção adequada e devidamente especificada pelo fabricante, constitua uma ração animal;

1.3 suplemento, o ingrediente ou a mistura de ingredientes capaz de suprir a ração ou concentrado, em vitamina, aminoácido ou mineral, permitida a inclusão de aditivo;

[...]

f) alho em pó, calcário calcítico, caroço de algodão, feno, farelo: de arroz. exceto o gordo, de girassol, de glúten de milho, de germen de milho desengordurado, de quirera de milho, da casca e da semente de uva ou de polpa cítrica; **farelo e torta: de algodão**, de amendoim, de babaçu, de cacau, de linhaça, de mamona, de milho ou de trigo; farinha: de peixe, de ostra, de carne, de osso, de pena, de sangue ou de víscera; glúten de milho; sal mineralizado; sorgo; e outros resíduos industriais, **destinados à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal** (Convênio ICMS, cláusula primeira, VI)." (sem grifo no original).

A autuada sustenta que a torta de algodão pode ser considerada um suplemento e, por isso, seria enquadrada no benefício previsto na alínea "c" do mesmo dispositivo, com previsão de manutenção de crédito, enquanto o Fisco classifica o produto na alínea "f" que não possui o benefício fiscal da manutenção do crédito.

O Sujeito Passivo é empresa industrial que adquire e processa caroço de algodão para extração de óleo vegetal e derivados, sendo a torta de algodão um subproduto obtido da extração do óleo contido no grão do algodão que, após ser esmagado, é denominado torta, podendo ser utilizado diretamente na alimentação animal ou na elaboração de rações.

O produto denominado "torta de algodão" (alínea "f") não se confunde com os produtos denominados "suplementos" (alínea "c"), cujas saídas internas são isentas com manutenção do crédito relativo as entradas, como quer o sujeito passivo.

O item 1.3 da alínea invocada pelo sujeito passivo apresenta a definição de suplemento como sendo o ingrediente ou a mistura de ingredientes capaz de suprir a ração ou concentrado, em vitamina, aminoácido ou mineral, permitida a inclusão de aditivo.

Por se tratar de benefício fiscal a interpretação da norma que disponha sobre exclusão do crédito tributário deverá ser literal, ou seja, deve ter interpretação restrita, sem dar à norma concessiva do benefício alcance maior do que o pretendido pelo legislador.

O Sujeito Passivo juntou à sua peça defensiva o Registro de Estabelecimento perante a Superintendência Federal de Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (fls. 155) certificando que o Sujeito Passivo está devidamente registrado na área "Alimentos para Animais", na atividade de "Fabricante", classificado como "Ingredientes".

Também anexou o registro do produto Torta de Algodão com casca, marca Fatura, sob o nº GO-08472 00001-6, perante o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

Ao contrário do que argumenta a defesa, a Torta de Algodão não pode ser classificada como um suplemento para fins de concessão do benefício fiscal da manutenção do crédito somente porque o produto e a empresa estão registradas no MAPA. O certificado do MAPA não categorizou a Torta de Algodão como suplemento, apenas registrou a marca Fatura para o produto torta de algodão com casca produzido pela empresa.

Os insumos agropecuários indicados na alínea "c" são resultantes de um processo industrial específico para a sua produção, ou seja, são oriundos de uma atividade própria para fabricação dos produtos qualificados como ração para animal, concentrado, suplemento, aditivo, premix ou núcleo, alcançando, por isso, os benefícios fiscais da isenção e da manutenção do crédito.

Em contrapartida, os insumos agropecuários indicados na alínea "f", não alcançados pelo benefício fiscal da manutenção do crédito, representam produtos não industrializados (caroço de algodão, sal mineralizado, sorgo) ou subprodutos e resíduos industriais resultantes de uma outra atividade industrial principal (por exemplo: farinha ou torta de algodão, farelo de arroz, de girassol, de glúten de milho, de gérmen de milho desengordurado, de quirera de milho).

Fica claro na análise do dispositivo acima mencionado que o legislador quis outorgar um benefício fiscal maior (isenção e manutenção do crédito pela entrada) para aqueles produtos resultantes de um processo industrial específico para a sua produção do que para os produtos resultantes (subprodutos ou resíduos) de outra atividade industrial principal, ainda que submetidos a um novo processo de industrialização.

Portanto, o produto torta de algodão, conforme claramente mencionado no dispositivo, se enquadra apenas na hipótese de isenção prevista no art. 7º, XXV, "f" do Anexo IX do RCTE que não prevê a hipótese de manutenção dos créditos pelas entradas, sujeitando o contribuinte, que promover a saída com isenção, a efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado.

Diante do exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública, dou-lhe provimento para retornar a lide o solidário e, no mérito, reformar a decisão cameral e julgar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 12 de setembro de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito relativo à mercadoria ou bens, destinados ao Ativo Imobilizado integrado até 31.12.2000 (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01616/13

Autora do Voto Vencedor: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: *Arguição de decadência parcial do lançamento. Não acolhimento. ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento do imposto. Créditos de ICMS não estornados, relativos a mercadorias ou bens, destinados ao Ativo Imobilizado, integrados até 31 de dezembro de 2000. Procedência parcial.*

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.*

2. *O contribuinte deve efetuar o estorno do imposto creditado, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, for objeto de saída ou prestação não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço (artigo 21, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96).*

3. *O valor a estornar relativo à mercadoria ou bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento é o equivalente ao obtido pela multiplicação do respectivo crédito pelo fator igual a 1/60 (um sessenta avos) da relação entre a soma das saídas e prestações isentas e não tributadas e o total das saídas e prestações no mesmo período (artigo 62, RCTE - redação vigência 01.01.98 a 29.12.03).*

4. *A entrada de bens do ativo imobilizado no estabelecimento, até 31 de dezembro de 2000, deve obedecer a sistemática de aproveitamento e estorno do crédito do ICMS de acordo com a legislação aplicável em 31 de dezembro de 2000 (artigo 3º, da Lei nº 13.772/00).*

5 - É procedente o auto de infração que reclama o ICMS omitido em decorrência da apropriação a maior de crédito referente à entrada de bem do ativo imobilizado, calculado sem considerar a proporcionalidade das operações ou prestações tributadas em relação às operações ou prestações totais.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de maio de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os

Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Paulo Diniz e Edson Abrão da Silva. Quanto ao mérito, também, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS a recolher de R\$ 102.941,08 (cento e dois mil, novecentos e quarenta e um reais e oito centavos), considerando o pagamento efetuado com os benefícios da Lei 17.252/11. Foram vencedores os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Paulo Diniz e Edson Abrão da Silva que votaram pela procedência parcial do lançamento fiscal no valor do ICMS a recolher de R\$ 58.383,72 (cinquenta e oito mil, trezentos e oitenta e três reais e setenta e dois centavos) considerando o pagamento efetuado com os benefícios da Lei 17.252/11.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo omitiu o pagamento de ICMS, em razão do não estorno do crédito apropriado, referente às entradas de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, proporcionalmente às saídas isentas ou não tributadas, conforme apurado no demonstrativo de estorno de crédito, referente ao período de 01/01/2003 a 31/12/2003. Em consequência, foi reclamado o imposto devido na importância de R\$ 129.741,60 (cento e vinte e nove mil setecentos e quarenta e um reais e sessenta centavos) juntamente com os acréscimos legais.

Considerou a autoridade lançadora que a infração noticiada está em dissonância com as disposições do art. 61, I, "c", do Código Tributário Estadual (CTE); art. 3º, da Lei 13.772/00; e artigos. 58, I, "d"; e 62 do Decreto nº 4.852/97 (RCTE). Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, IV, do CTE.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: ordem de serviço nº 0082/2008, portaria nº 583/08 - GSF, nota explicativa; demonstrativo do estorno de crédito; demonstrativo da base do estorno do crédito; cópia livro fiscal (fls. 03-80).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documentos de fls. 81-82.

Instaurando o contraditório o sujeito passivo apresentou impugnação ao lançamento (fls. 90 a 105), alegando, preliminarmente, a decadência do direito de lançar o crédito relativo a fato gerador anterior a 17 de setembro de 2003; que houve cerceamento do direito de defesa, porque a fiscalização não especificou o que era tributado e o que não era, quando utilizou o CFOP 6.949, que reúne nessa categoria um infindável número de operações. No mérito, alegou que o cálculo matemático da fração, que deve corresponder ao percentual de estorno a se realizar, está errado, porque a fiscalização utilizou, tanto no numerador como no denominador, a eles somados, o valor correspondente a faturamentos alheios à incidência do ICMS; e reclama da natureza confiscatória da multa aplicada. Ao final, pediu a realização de diligência para comprovar as suas alegações quanto ao erro do cálculo, e a improcedência do lançamento. Juntou aos autos planilha demonstrativa dos serviços categorizados nos CFOP's 5.303 e 5.307 para sustentar suas alegações.

Conforme sentença de fls. 243 a 245, o julgador singular decidiu pela procedência da pretensão fiscal.

Em seu recurso voluntário e memorial, o sujeito passivo reiterou os argumentos impugnatórios e, ainda, através de aditamento do recurso, acrescentou que há equívocos na explicitação das operações que constam da coluna "Outras", do CFOP's 5.303 e 5.307, sendo correto afirmar que tais valores referem-se a parcelamento de faturas, correção de refinanciamento, multa e juros, portanto, não configuram fatos geradores do ICMS. Ao final, pediu realização de perícia e anulação da decisão singular (fls. 248 a 269; 294 a 297; e 394 a 396).

Pela Resolução 236/2009, a Terceira Câmara Julgadora resolveu converter o julgamento em diligência à Gerência de Substituição Tributária para que fosse verificado se realmente ocorreu inclusão indevida de valores oriundos de receitas estranhas à tributação pelo ICMS, como isentas e não tributadas, para efeito de cálculo do estorno do crédito de ICMS, das aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, e elaborado novo demonstrativo, caso necessário (fls. 428/429).

Como resultado da diligência o valor original da diferença de ICMS a recolher foi retificado para R\$ 107.501,12 (fls. 431 a 436).

Ao se manifestar sobre o trabalho de revisão, o sujeito passivo reiterou os argumentos anteriores sobre a decadência e, ainda, aduziu que "no tocante à exclusão das operações realizadas sob a rubrica CFOP 6.949", o entendimento expressado no Relatório Diligencial merece reparo, haja vista a alegação de suposta impropriedade dos documentos fiscais apresentados pela recorrente. Requereu nova diligência a fim de comprovar o alegado (fls. 444 a 449 e 463 a 466).

Conforme Resolução 229/2010, a Câmara Julgadora, considerando que, após o trabalho revisional realizado em atendimento à Resolução nº 236/2009 (fls. 428), o sujeito passivo discutiu apenas o estorno relativo às notas fiscais nºs 6, 22, 85 e 299, resolveu intimar o sujeito passivo para, no prazo de até trinta dias: 1)

juntar ao processo cópias legíveis de vias das notas fiscais nos 6, 22, 85 e 299, eventualmente obtidas junto aos destinatários; e 2) consolidar o seu pedido de procedência parcial, demonstrando e informando valores a partir de alteração da planilha "demonstrativo do estorno de crédito - após revisão diligencial" elaborada no trabalho revisional de fls. 440.

O sujeito passivo, devidamente intimado e legalmente representado, reiterou os mesmos argumentos da impugnação, sem contudo trazer fato novo e alegou que a maior parte do crédito em exigência está fulminado pela decadência. Pediu provimento do recurso voluntário interposto.

No julgamento cameral, por unanimidade de votos, foi rejeitada a preliminar de nulidade da sentença singular, bem como o pedido de diligência, formulado pelo representante do sujeito passivo. E, por maioria de votos, foi rejeitada a preliminar de decadência parcial, no valor de R\$ 98.301,56 (noventa e oito mil, trezentos e um reais e cinqüenta e seis centavos), referente ao período de janeiro a setembro de 2003, arguida pelo sujeito passivo. Quanto ao mérito, decidiu a Câmara Julgadora reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre o valor do ICMS a recolher de R\$ 102.941,08 (cento e dois mil, novecentos e quarenta e um reais e oito centavos).

Intimada, a Fazenda Pública, conforme Despacho nº 643/2012, manifestou entendimento de que a decisão cameral não comporta recurso ao Conselho Pleno, por parte da Representação Fazendária, por não se enquadrar em nenhuma hipótese prevista no art. 41, §1º, da Lei 16.469/09 (fls. 627).

Em seu recurso ao Conselho Pleno (fls. 631-642), o sujeito passivo informou que pagou parcialmente o débito em discussão, através da adesão à anistia instituída pela Lei estadual 17.252/11, porém, o cálculo foi feito com base no auto de infração original. Argumentou que como a 4ª Câmara retificou o valor do lançamento, houve pagamento a maior do que o pretendido, ou seja, houve efetiva quitação de 57% do débito. Alegou que o recurso para o Conselho Pleno é cabível no caso concreto e encontra respaldo no inciso I do artigo 41 e na alínea "a" do inciso II do mesmo artigo da Lei 16.469/09. Asseverou que a exigência fiscal mostra-se parcialmente afetada pela decadência, haja vista que a recorrente somente foi intimada da lavratura do auto de infração em 18/09/2008, ou seja, a mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores anteriores a 17/09/2003. Ao final, requereu que o valor quitado em anistia seja deduzido do valor da autuação retificado e que seja declarada a decadência do crédito fiscal remanescente. O seu recurso encontra-se acompanhado dos documentos de fls. 643/676.

Concluído o relatório, passo às razões do meu voto.

DECISÃO

Com relação à Preliminar de decadência e à matéria de mérito, concordo inteiramente com as razões apresentadas pelo ilustre Conselheiro Heli José da Silva, por meio do Acórdão nº 145/12, relativo ao julgamento deste processo na

fase cameral e, por isso, com a devida “vênia” transcrevo partes do referido acórdão como razões do meu voto:

O sujeito passivo arguiu a decadência parcial do lançamento em relação ao período compreendido entre janeiro e setembro 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 17 de setembro de 2008, fls. 88, portanto, não ocorreu a decadência pleiteada.

Ao proceder à análise do conteúdo do presente processo, verifiquei que a exigência fiscal em comento, surgiu assentada no pressuposto de que a autuada deixou de proceder ao devido estorno de crédito de ICMS, no exercício de 2003, relacionado com as entradas de mercadorias para o ativo fixo que ocorreram até o ano de 2000, na proporção em que a soma das saídas e prestações isentas e não tributadas representam no total das saídas e prestações no mesmo período.

Por considerar que a Nota Explicativa exarada pelos autuantes AFRE's Marcelo de Mesquita Lima e Donizete Miguel de Lima, transcreve, de forma fidedigna a situação fática e jurídica do lançamento, transcrevo-a, tornando-a, assim, parte integrante deste Acórdão. Assim:

“CRÉDITOS DO ICMS NÃO ESTORNADOS, RELATIVOS A MERCADORIAS OU BENS, DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO INTEGRADOS ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 2000.

Foram auditadas as operações de saída da empresa acima qualificada, do exercício de 2003, a fim de se verificar a regularidade do estorno de créditos, especificamente os decorrentes de mercadorias ou bens destinados ao ativo imobilizado da empresa.

Acerca do tema, preceitua a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 21, I, que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço.

No mesmo sentido, a legislação tributária estadual dispôs sobre a obrigatoriedade do estorno de crédito de ICMS nos casos de bens integrados no ativo imobilizado até 31 de dezembro de 2000, na Lei nº 11.651/91 em seu art. 61, I, “c”, com redação dada pela Lei nº 12.972/96, com vigência de 01.01.97 a 31.12.00, e no art. 3º da Lei nº 13.772/00, in verbis:

Lei nº 11.651/91 – 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 serviço que:

[...]

c) integrada ao ativo imobilizado ou utilizada no consumo do próprio estabelecimento, relativa e proporcionalmente à parcela das operações ou prestações isentas ou não tributadas, na forma do regulamento e atendido o seguinte:

1. as saídas e prestações com destino ao exterior consideram-se como sendo tributadas;

2. a alienação do bem, antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da sua aquisição, implicará o estorno;

2.1. integral, se a alienação se der no curso do primeiro ano;

2.2. proporcional ao tempo que faltar para completar o quinquênio, na razão de um sessenta avos por mês ou fração, a partir do primeiro ano, inclusive.

Lei nº 13.772/00 – Art. 3º. A entrada de bens do ativo imobilizado no estabelecimento até 31 de dezembro de 2000, deve obedecer a sistemática de aproveitamento e estorno do crédito do ICMS de acordo com a legislação aplicável em 31 de dezembro de 2000.

Como se pode ver, muito embora a Lei nº 13.772/00 tenha alterado a Lei nº 11.651/91, Código Tributário Estadual, no caso, sua alínea “c” do inciso I do art. 61, deixando de citar como caso de estorno a mercadoria ou bem integrados ao ativo imobilizado, o art. 3º desta mesma lei alteradora determina que nesta hipótese, deve-se observar a legislação vigente em 31 de dezembro de 2000, sanando, assim, qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade de proceder ao estorno de crédito de ativo imobilizado.

Este assunto foi regulamentado pelo Decreto nº 4.852/97, Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE -, em seus arts. 58, I, “d” (redação original com vigência de 01.01.98 a 31.12.00), e art. 62 (caput, com vigência de 01.01.98 a 29.12.03 e incisos vigentes desde 1998), os quais dispõem respectivamente, sobre as hipóteses em que o estorno deve ser procedido e o valor a estornar em cada período. Vejamos, então, tais artigos, com as vigências determinadas pelo art. 3º da Lei nº 13.772/00, ou seja, vigentes até 31.12.00:

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:

[...]

d) integrada ao ativo imobilizado do estabelecimento, quando houver:

1. saída de produto ou mercadoria isentos ou não tributados;

2. perecimento, sinistro, furto, roubo, ou qualquer outro motivo que implique a deterioração do bem;

Art. 62. O valor relativo à mercadoria ou bem que são destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento é o equivalente ao obtido pela multiplicação do respectivo crédito pelo fator igual a 1/60 (um sessenta avos), da relação entre a soma das saídas e prestações isentas e não tributadas e o total das saídas e prestações no mesmo período, devendo ser observado, ainda, o seguinte:

I – as saídas e prestações com destino ao exterior consideram-se como sendo tributadas;

II – não é computada para efeito do cálculo do valor a estornar a saída de mercadoria ou bem:

a) que constitua mera movimentação física, nos termos da legislação tributária, desde que devam retornar ao estabelecimento;

b) em devolução ou retorno;

III – a alienação do bem, antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos contados da data da sua aquisição, implica o estorno:

a) integral, se a alienação se der no curso do primeiro ano;

b) proporcional ao tempo que faltar para completar o quinquênio, na razão de 1/60 (um sessenta avos), por mês ou fração, a partir do primeiro ano, exclusive.”

Concluem, pois, os autuantes, que o sujeito passivo não estornou o devido crédito, conforme “Demonstrativo de Estorno do Crédito” juntado ao processo. Destacaram, ainda, na Nota Explicativa, a metodologia utilizada para o cálculo em questão.

A revisão, cujo resultado encontra-se nas fls. 431/436, meticulosamente realizada, acatou parte dos argumentos expendidos pelo sujeito passivo e adequou o valor do crédito tributário para a importância de R\$ 107.501,12 (cento e sete mil, quinhentos e um reais e doze centavos).

Com a apresentação das cópias das Notas Fiscais nºs 6, 22, 85 e 299 (fls. 587/590), requeridas por Resolução, e, após analisá-las, acolhi o pedido do sujeito passivo, e adequei a revisão realizada, em especial nos meses de março, maio e setembro de 2003, que passaram a ter os seguintes valores:

Mês	total isentas	total geral	coeficiente	valor a estornar
03/03	R\$ 378.187,40	R\$ 2.015.155,41	0,187671580	R\$ 10.816,38
05/03	R\$ 429.622,64	R\$ 2.909.176,33	0,147678446	R\$ 8.511,40
09/03	R\$ 498.838,72	R\$ 3.572.895,20	0,139617506	R\$ 8.046,81

Nesse diapasão, examinando, pois, o mérito do processo, não vejo como acatar, na totalidade, 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, deixou de realizar o estorno do crédito constante do lançamento, remanescendo como ICMS a recolher o valor R\$ 102.941,08 (cento e dois mil, novecentos e quarenta e um reais e oito centavos), assim especificados:

Janeiro/03	R\$ 9.041,49
Fevereiro/03	R\$ 6.691,22
Março/03	R\$ 10.816,38
Abril/03	R\$ 9.115,42
Mai/03	R\$ 8.511,40
Junho/03	R\$ 8.494,57
Julho/03	R\$ 6.368,81
Agosto/03	R\$ 7.253,24
Setembro/03	R\$ 8.046,81
Outubro/03	R\$ 8.507,84
Novembro/03	R\$ 11.444,09
Dezembro/03	R\$ 8.649,81
Soma Total	R\$ 102.941,08

Nesta circunstância, entendo que o sujeito passivo não atendeu a orientação definida pela lei tributária e não comprovou a realização do estorno do crédito em questão, condição esta que, por si só, confirma a constituição do presente crédito.

Assim, estando as minhas razões de voto assentadas nas mesmas justificativas que acabo de transcrever, voto, rejeitando a preliminar de decadência parcial do crédito tributário, referente ao período de janeiro a setembro de 2003 e, no mérito, conhecendo do recurso para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 102.941,08 (cento e dois mil, novecentos e quarenta e um reais e oito centavos), conforme já discriminado, devendo ser considerado o pagamento efetuado com os benefícios da Lei 17.252/11.

Sala das sessões plenárias, em 10 de setembro de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito relativo ao prejuízo na conta mercadoria (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00617/13

Relator: Conselheiro Ismael Madlum

EMENTA: PROCESSUAL. Arguição de nulidade por insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Pedido de diligência. Negado. ICMS. Obrigação Principal. Falta de estorno proporcional ao prejuízo acusado na Conta Mercadorias. Procedência.

I - Não há que se admitir incidência de insegurança quando o levantamento fiscal demonstra com clareza e detalhamento a infração denunciada.

II - Desnecessária a remessa dos autos em diligência quando o mesmo contém os elementos necessários e suficientes para a sua apreciação.

III - 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, conforme preceitua o art. 61, inc. IV, da Lei 11.651/1991;

IV - Deve ser declarado procedente o lançamento que exige estorno de crédito do ICMS, proporcional ao prejuízo apresentado na conta mercadorias, sempre que o sujeito passivo não tenha efetuado, tempestivamente, o referido estorno, consoante preceitua a legislação tributária.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. 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 Ismael Madlum, José Luiz Rosa e Edson Abrão da Silva. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conheceu do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Ismael Madlum, José Luiz Rosa e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

A peça básica exige do sujeito passivo, em 15 de julho de 2011, o pagamento do ICMS, multa e acréscimos legais do autuado, referente aos fatos

geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2009, em razão deste haver deixado de estornar o crédito do imposto na proporção do prejuízo apurado em sua Conta Mercadoria.

Em impugnação à primeira instância, o autuado alega insegurança na determinação da infração, pois entende que o levantamento fiscal não teria demonstrado com eficácia a infração denunciada, pois:

a) deixou de individualizar as mercadorias tributadas, isentas, sujeitas à ST e com BC reduzida;

b) os valores apresentados como compra e venda, fls. 08/09, não correspondem aos valores lançados nos livros fiscais;

c) as deduções levadas a cabo pelo agente fiscal, estão fora do contexto legal, ou seja, do previsto para o prejuízo da conta mercadoria.

Alega que o valor contábil das entradas tributadas é de R\$ 66.123.650,17, enquanto o fisco apurou 58.366.418,70 e o das saídas com ICMS normal é de 58.680.673,10 e o apurado pelo fisco foi de R\$ 48.724.638,82 e com estes números a conta mercadoria na apresenta prejuízo.

Afirma também que o valor das mercadorias de 31/12/2009 não foi considerado pela fiscalização. Pede:

a) A extinção da exigência fiscal,

b) A realização de perícia contábil (diligência) para a determinação do valor do estorno nos termos do artigo 61, inciso IV do CTE;

c) O cancelamento da multa de 140% com a aplicação da multa de 40%, prevista no artigo 71, inciso IV, "b".

Despacho 743/11 do julgador singular remete o processo em diligência para que o autuante se manifeste sobre os supostos erros cometidos e a falta de individualização dos valores.

Em seu relatório diligencial, o revisor autuante explica que a auditoria foi realizada de acordo com a IS 15/2009-SAT, fornecendo as informações:

Que o valor contábil total das compras das mercadorias isentas foi obtido a partir dos valores das notas fiscais de aquisição, perfazendo um total de R\$ 4.496.516,20, enquanto que o montante de tais operações no L.R. de Apuração do ICMS totaliza 24.770.224,10, indicando uma diferença de R\$ 20.273.708,00 de mercadorias registradas com isentas, porém sem as respectivas notas fiscais, o que influencia decisivamente no resultado do levantamento.

Na sequência, detalha o preenchimento das linhas do levantamento com seus respectivos valores.

Informa que a empresa não escriturou em seus livros fiscais os valores relativos às reduções de base de cálculo, porém que tais reduções não influem nesta auditoria.

Pugna pela manutenção dos valores originais do auto de infração.

Intimado em 05/06/2012 acerca do resultado da revisão, o sujeito passivo manteve-se silente.

O julgador singular julga o auto de infração procedente.

Intimada quanto à decisão singular, que considerou procedente o auto de infração, tempestivamente, a autuada comparece ao feito ofertando recurso voluntário contra a decisão monocrática, doc. fls. 121/125, reiterando a preliminar de nulidade argüida na fase impugnatória.

Quanto ao mérito persevera na mesma linha defensiva declinada na sua impugnação, arguindo que o levantamento realizado não demonstrou com eficácia a infração denunciada. Entende que a multa aplicada é indevida e deve ser anulada na sua totalidade.

É, em síntese, a narrativa dos fatos. Passo a decidir.

DECISÃO

De maneira unânime, foi afastada a possibilidade de realização de nova diligência, vez que, a executada a pedido do julgador singular, de fls. 108/110, trouxe os necessários esclarecimentos ao conhecimento do processo.

No que se refere à preliminar de nulidade por insegurança da determinação da infração, também por entendimento unânime, esta Câmara decidiu por sua rejeição, por entender que não se configurou nenhuma das hipóteses previstas nos incisos do art. 20 da Lei 16.469/2009.

O levantamento fiscal analisa o crédito do ICMS relativo às mercadorias tributadas, sendo que as isentas e sujeitas à substituição tributária foram devidamente segregadas. Portanto, no que tange à matéria de preliminar incidente, sustento que o lançamento foi efetuado por autoridade competente, que foi correta a identificação do sujeito passivo principal, que não ocorreu ato ou procedimento de técnica fiscal praticada que tenha implicado em cerceamento do direito de defesa, vez que foram fornecidos de forma clara e inteligível todos os elementos necessários para a defesa do contribuinte e com a devida instrução probatória.

Ainda, que a infração foi determinada com segurança, que o dispositivo infringido e a penalidade proposta guardam conexão entre si e com o fato descrito no histórico da peça inicial.

Portanto, não há que se considerar a incidência de nulidades ao processo.

Entrando na análise do mérito do processo, por ser elucidativo e para apontar a motivação legal do meu voto, transcrevo o artigo 61, inciso IV, da Lei 11.651/91 – CTE, e o artigo 58, inciso IV do Decreto 4.852/97 – 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: (Redação dada pelo artigo 1.º da Lei 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.”

Ao investigar 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 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 na peça basilar.

Observo que o relatório diligencial explica com muitos detalhes e critério o preenchimento de cada uma das linhas do formulário de auditoria, onde o revisor destaca que o “valor contábil de isentas” foi obtido a partir dos valores das notas fiscais de aquisição, vez que do montante total registrado no exercício fiscalizado (R\$ 24.770.224,20), apenas (R\$ 4.496.516,20) possui suporte documental, o que indica a importância de R\$ 20.273.708,00 em mercadorias isentas sem comprovação de aquisição, fato que converge o resultado da auditoria para o prejuízo.

Também anota o revisor que, para o cálculo do ICMS contido nos inventários inicial e final, foi adotado o critério preconizado no artigo 59 do RCTE, utilizando-se os valores contábeis totais das aquisições e os valores dos créditos do imposto do exercício correspondente, informados nos livros fiscais do contribuinte, através dos quais encontra-se a alíquota média. Em seguida, a alíquota encontrada é aplicada sobre os valores contábeis das mercadorias declaradas no inventário.

Importa ressaltar que a auditoria realizada possui três partes: 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. Ao final, 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.

No caso em julgamento, apurou-se “PREJUÍZO” na avaliação da Conta Mercadorias, que transferida para a apuração do estorno do crédito do ICMS devido pelo prejuízo, culminou com a diferença do imposto a recolher nos termos do campo “37” do formulário do levantamento fiscal que confere base normativa a este contencioso, no valor original de R\$ 624.405,86 (seiscentos e vinte e quatro mil, quatrocentos e cinco reais e oitenta e seis centavos).

Relevante destacar que a autuação contida neste processo, apenas surgiu devido ao não cumprimento, pela autuada, de forma espontânea e tempestiva, do comando normativo inserto no art. 61, inciso IV, da Lei 11.651/1991 – CTE, ensejando, portanto, o imperativo do lançamento de ofício.

Nessa direção, quanto ao mérito, meu entendimento, unânime com meus pares nesta Terceira Câmara de Julgamento é pela manutenção da peça básica e, por conseguinte, da sentença monocrática, considerando-se que a autuada não apresentou qualquer documento e/ou elemento capaz de afastar a acusação contida na peça vestibular e reformar a sentença censurada.

Ao teor de todo o exposto, por unanimidade, foi afastada a nulidade por insegurança na determinação da infração e, por ser dispensável, foi rejeitada a solicitação de diligência. Quanto ao mérito, à vista dos elementos probantes anexados aos autos pela autoridade fiscal, e em respeito ao preconizado pela legislação tributária, voto, em sintonia com todos os meus pares, conhecendo do recurso apresentado pela autuada, negando-lhe provimento para manter a decisão singular e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 08 de abril de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Crédito relativo ao serviço de transporte rodoviário de carga, gás liquefeito de petróleo (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00951/13

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: Processual. Pedido de diligência. Requerimento de autoria do sujeito passivo. Rejeitado. Exclusão dos solidários do polo passivo da lide e nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa.

I- Os pedidos de diligência fiscal devem ser rejeitados quando forem desprovidos de fundadas razões ou fatos controversos ou ainda apresentarem caráter protelatório.

II- Deve-se excluir o solidário da lide quando não houver provas de que tenham agido ao arrepio da lei comercial, ou fraudulenta, ou que tenham agido com excesso de poderes, excetuando-se os casos em que o solidário exerça a presidência da empresa.

III - 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.

ICMS. Obrigação principal. Omissão no estorno do crédito do ICMS sobre serviços de transportes rodoviário de cargas. Saída e entrada de gás liquefeito de petróleo. Operações isentas ou não tributadas pelo ICMS. Procedência.

Provado nos autos que o sujeito passivo deixou de estornar o crédito do ICMS sobre serviços de transportes rodoviários de cargas relativas à entrada ou saída de gás liquefeito de petróleo, sobre o qual não há a incidência do imposto, procedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de dezembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Por unanimidade de votos, acolher a preliminar de exclusão dos solidários [...], [...], [...], [...] e [...] da lide, argüida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Renato Moraes Lima. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do Diretor Presidente [...] da lide, argüida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Renato Moraes Lima. Vencido o Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo. E, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, argüida pela autuada, por cerceamento do 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. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Renato Moraes Lima.

RELATÓRIO

Notícia a inicial que o sujeito passivo deixou de estornar, nos termos exigidos na notificação fiscal de 25/01/2010, o crédito do ICMS sobre serviços de transportes rodoviários de cargas, na importância de R\$ 485.746,58, no mês 12/2005, relativo à entrada/saída de mercadorias (GLP), sendo essas operações isentas ou não tributadas pelo ICMS. Em consequência, deverá pagar o imposto no valor acima mencionado, juntamente com penalidade e os acréscimos legais, conforme demonstrativo e documentos anexos.

OBS: A documentação probatória deste processo é a mesma constante do auto de infração nº 4 0110002 315 49 de 25/01/2010.

Foram dados como infringidos os artigos 60, I, "a" e 147-A Lei 11.651/91, combinado com o artigo 46, II, "a", "b", Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade no artigo 71, IV, "c" da Lei 11.651/91 com redação da Lei 14.634/2003.

Foram nomeados como solidários as pessoas de: [...], [...], [...], [...], [...] e [...].

Os autos foram instruídos com os seguintes documentos: Detalhamento do Crédito Tributário de fls.03; Descrição complementar da ocorrência de fls.04; Identificação do sujeito coobrigado de fls.05/10; Notificação Fiscal de fls.11; Recibo da Notificação Fiscal de fls.12; Auditoria da Conta Corrente do ICMS de fls.13/14; Demonstrativo Aproveitamento Indevido Crédito ICMS Serviços de Transportes de fls.15; Cópia da Ata de Reunião do Conselho de Administração de fls.16/20; Notificação Fiscal de fls.21; Ordem de Serviço de fls.22; Consulta Detalhada do Contribuinte Pessoa Jurídica de fls.23/24.

Autuada e solidários foram intimados em 08/03; 10/03 e 11/03/2010 às fls.25/38, a pagar a quantia exigida ou em caso de discordância apresentar impugnação à Primeira Instância, porém todos os coobrigados tiveram contra si lavrado o termo de Revelia de fls.39.

A autuada apresentou impugnação em primeira instância, fls.42/58, onde inicialmente fez um relato dos fatos, solicitou uma preliminar de retirada da lide dos solidários, solicitou o exame de uma preliminar de nulidade do auto de infração dizendo que o procedimento é nulo por cerceamento, vez que a maneira como o fisco elaborou o levantamento obstruiu a possibilidade de defesa. No mérito reproduziu a legislação e diz que o auto é improcedente, pois o GLP é sujeito ao imposto ST operações posteriores. Fez comentários acerca de um voto prolatado no STF e pediu ao final a nulidade, improcedência e que não juntou documentos aos autos devido ao volume dos mesmos.

Foram trazidos aos autos os seguintes documentos: Procuração de fls.59; cópia de documentos pessoais de fls.60; Publicação da ATA de Reunião do Conselho de Administração de fls.61/65; cópia de intimação de fls.66; cópia do Detalhamento do Crédito Tributário de fls.67; cópia do auto de infração de fls.68; cópia da Notificação Fiscal de fls.69; anexo notificação de fls.70; cópia do SEDEX de fls.71.

O julgador singular prolatou a sentença de nº 4153/2010, às fls.73/75, e decidiu pela Procedência do lançamento. Destacou que com base nos textos legais reproduzidos fica claro que o fisco goiano tem amparo para considerar indevidos os créditos aproveitados, já que sendo a operação isenta ou não tributada não há crédito para ser aproveitado, da mesma forma no RCTE está claro que o pólo passivo só pode aproveitar crédito de ICMS relativo ao serviço de transporte de cargas se a operação for tributada pelo ICMS e no caso a operação interestadual com GLP não é tributada pelo imposto.

A parte passiva e os solidários foram intimados em 13/07/2010, às fls.76/89, a pagar a quantia exigida ou em caso de discordância apresentar recurso voluntário, porém foi lavrado termo de Perempção em relação aos solidários de fls.90.

O sujeito passivo, de plano, arguiu a necessidade de exclusão da sujeição passiva dos responsáveis solidários, salientando que a matéria, muito embora alegada em impugnação, não foi enfrentada pela autoridade julgadora singular. Ademais disso, enumerou vício, irregularidade e obscuridade no procedimento de fiscalização, no auto de infração e também desconhecido pela sentença singular, especialmente o fato suscitado na impugnação de ter o auto de infração apenas informado o período para estorno (forma genérica) e não de acordo com os documentos relacionados, conforme fls. 109. A partir de então fundamentou seu pedido de improcedência do auto de infração.

A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de nulidade da sentença singular, por cerceamento do direito de defesa, arguida pela Conselheira Relatora, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento. Nos termos dos artigos 25 e 51, § 6º, II, do Regimento Interno do CAT, o julgamento foi realizado com maioria simples por falta de Representante classista.

A Fazenda Pública concordou com o acórdão cameral e não apresentou recurso ao Conselho Pleno, afirmando que não se amolda em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 41 da Lei 16.469/09 e encontra-se em consonância com elementos de prova que instruem o feito (fls. 128).

O Julgador singular prolatou sentença nº 397/2012, onde rejeitou as preliminares, manteve os solidários na lide e no mérito decidiu pela procedência do auto de infração (fls. 128-131).

A parte passiva foi intimada a pagar a quantia exigida ou em caso de discordância apresentar recurso voluntário, conforme documentos de fls. 132-133.

O sujeito passivo interpôs recurso voluntário, às fls.136/155, arguindo primeiramente a exclusão dos solidários da lide, afirmando que os mesmos não incorreram em quaisquer das hipóteses previstas no Código Tributário para aferir-se a responsabilidade dos mesmos, ou seja, não agiram em hipótese alguma com dolo, fraude ou simulação, atitudes que os tornariam responsáveis solidários.

Aduziram ainda que a responsabilidade da pessoa física não pode decorrer da simples falta de pagamento de tributo. Pediu a improcedência do auto de infração, com seu consequente arquivamento, seja por ser devido o ICMS sobre o frete, independentemente da natureza da mercadoria transportada, seja pela comprovação de que os serviços de fretes foram arcados pela Recorrente - tomadora - são identificados a operações subsequentes tributadas e vinculadas na atividade da empresa, de comércio varejista de GLP, seja pela inexistência dos benefícios da isenção ou mesmo da não tributação na operação subsequente (comercialização/varejista/saída de GLP), conforme legislação do Estado de Goiás.

Juntou aos autos os seguintes documentos: cópia de documentos pessoais de fls.156; Subestabelecimento de fls.157; Procuração de fls.158; Publicação da ATA de Reunião do Conselho de Administração às fls.159/165.

Pela Resolução 027/2012 a Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, na sessão realizada no dia 1/6/2012, acatando proposição do Conselheiro Relator, considerando que a autoridade atuante recomenda nos campos OCORRÊNCIAS e DESCRIÇÃO COMPLEMENTAR DA OCORRÊNCIA, que o presente processo seja analisado em conjunto com o PAT nº 4011000231549, que trata da mesma irregularidade; considerando que o PAT mencionado encontra-se, atualmente, em outra fase processual; resolveu, por unanimidade de votos, encaminhar o presente processo a SEGE (Secretaria Geral) a fim de aguardar o de nº 4 0110002 315 49 alcançar a mesma etapa processual para que ambos sejam pautados para julgamento em conjunto.

DECISÃO

Passo a decidir e acompanhado pela unanimidade do voto de meus pares, não dou guarida ao pedido de diligência formulado pelo representante legal do sujeito passivo por entender que todo o feito encontra-se em perfeita ordem para apreciação. O requerimento passivo não encontra eco no Princípio do Livre Convencimento, pois verifico não haver fundadas razões ou fatos controversos que devam ser apreciados.

Considero que o *quadro demonstrativo*, ao qual alude a parte, está completo, bem como não se observa a necessidade de “reparos” no auto de infração lavrado para que sejam elencadas todas as notas fiscais ou os CTCRC’s não reconhecidos pela fiscalização como passíveis de tomada de créditos. Todo o feito está devidamente instruído pelo agente atuante e caso houvesse a necessidade de diligência, esta deveria vir precedida de levantamento da própria lavra do sujeito passivo, que apontasse erros e omissões praticadas pelo agente fiscal. A realização do citado ato processual, formulado pelo sujeito passivo em

nada muda o curso deste processo e sua natureza é meramente protelatória, o que é rejeitado por esta Casa.

Na sequência devo acolher a preliminar de exclusão dos solidários [...], [...], [...], [...] e [...] do polo passivo da lide, arguida pelo sujeito passivo, por entender que a indicação dos citados sócios, identificados nos documento de fls 05 a 09 destes autos, para responderem pelo crédito fazendário, deve vir acompanhada da comprovação de que tenham 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 ou administração, 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 dos sócios de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta a sócios-gerente, administradores, diretores ou equivalentes, só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se for comprovada a prática de infração à lei pelo dirigente, e não apenas quando ele simplesmente exercer 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 conserva-se de acordo com o meu entendimento, que foi externado em outros julgados semelhantes.

Encerrada a presente discussão na qual faço-me acompanhar pela unanimidade do voto de meus pares, deixo de manifestar-me quanto ao pedido de exclusão do Diretor Presidente, [...], do polo passivo da lide, por ter sido voto vencido. Meus doutos colegas conselheiros entenderam que sua manutenção como coobrigado para eventual cobrança do crédito tributário é legal, tese com a qual não concordo.

E, por último, mas não menos importante, devo rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica por cerceamento do direito de defesa, arguida pela parte por entender que inexistente a propalada ausência de fundamentação no auto de infração. De fato, tal qual o julgador singular, verifico que o histórico da inicial está bem claro, ao dizer que o contribuinte aproveitou créditos de ICMS relativo ao serviço de transporte rodoviário de cargas nas entradas/saídas de GLP, sendo que

tais operações eram isentas ou não tributadas. Compulsando-se os autos, verifico que os demonstrativos anexados aos autos atestam que as operações na qual o contribuinte aproveitou os créditos são interestaduais.

Ademais, alegar que não teve como fazer a defesa do presente processo não pode ser considerado, já que em 25/01/2010 foi notificado para fazer o estorno, porém em 27/01/2010 respondeu ao fisco dizendo que a documentação estava em sua Matriz e só em 18/02/2010 a peça inicial foi lavrada, motivo pelo qual não há como dar guarida à aludida preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo haja vista que o polo passivo tinha sim conhecimento de quais operações o fisco estava questionando. Tal como o douto julgador singular, não vejo como considerar esta solicitação da defesa já que o polo passivo tinha conhecimento de quais operações o fisco estava questionando.

Visto que não estão presentes nenhum dos pressupostos previstos no Manual de Defesa Fiscal Mínima no Processo Administrativo Tributário, abaixo transcritos, que agasalhariam possível cerceamento do direito de defesa, devo rejeitar a aludida preliminar de nulidade, “*in verbis*”:

“8.4.3. – NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Esta nulidade evidencia-se no processo pela existência de atos ou omissões ou

procedimentos defeituosos, que prejudicam ou impedem o exercício do amplo direito de

defesa, como, por exemplo, as arguições seguintes:

- a) a apreensão e retenção pela autoridade administrativa dos documentos necessários à defesa do Contribuinte, ou a devolução dos documentos ao mesmo, após a intimação, suprimindo seu prazo processual para defesa,
- b) os documentos do Contribuinte foram apossados pela autoridade administrativas em emissão do competente Termo de Apreensão, configurando posse ilícita,
- c) a ausência na instrução processual de documento fiscal citado pelo autuante e que não consta dos arquivos do Contribuinte,
- d) o trancamento de estoques sem o devido acompanhamento e assinatura do Contribuinte,
- e) o arbitramento de lucro sem a desclassificação formal da escrita contábil, se possuir,
- f) informações divergentes de quebra técnica ou utilização de índice impreciso em levantamento específico,
- g) falha na eleição do domicílio fiscal do Contribuinte no lançamento, incorrendo a regular intimação, para pagar o débito ou defender-se,
- h) falha na intimação postal, quando a correspondência for remetida para endereço incorreto, ou não servido pelos Correios, caso da zona rural, e devolvida sem a identificação do destinatário,

- i) falha na intimação por edital, se ocorreu anterior falha na intimação postal,
- j) nulidade do auto de infração, por estar destituído de demonstrativo que lhe deu origem,
- k) a juntada aos autos, por parte da fiscalização, de novos documentos, aditivos ou revisão, sem que o Contribuinte tenha sido intimado para manifestar-se.”

Como se vê, é imperativo a rejeição aos argumentos passivos, motivo pelo qual, acompanhado na unanimidade do voto de meus pares, rejeito a aludida preliminar de nulidade da peça básica por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo.

No mérito, não obstante os argumentos do sujeito passivo esgrimidos na peça recursal, considero que o feito deve prosperar. De fato, considero que o sujeito passivo autuado só pode aproveitar o crédito do ICMS sobre a prestação de serviços de transportes se a operação for tributada. Ocorre que sobre as operações havidas com o transporte de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP tal não está previsto e por isso a conduta praticada pelo recorrente promoveu a omissão no recolhimento do imposto devido pela empresa ao erário. As provas colacionadas aos autos bem o demonstram. Sobre a seguinte questão, considero que a manifestação do douto julgador singular às fls. 130/131 tratou com a devida propriedade a questão. Por oportuno, transcrevo-a abaixo, “*ipsis litteris*”, adotando-a como razão de decidir:

“No mérito a fala da defesa não tem nenhuma base nas normas legais em vigor. A linha defendida pela defesa é no sentido de que as operações estão sujeitas a ST, ocorre que esta afirmação não é verdadeira já que as operações são interestaduais e neste caso não há substituição tributária devida ao Estado de Goiás.

Reproduzo os artigo 60, I "a" do CTE e 46, I e II "a e b" do RCTE, que estabelecem:

Art. 60. Não implicará crédito, para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

I - as entradas de mercadorias ou bens ou utilização de serviços:

a) resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas;

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;

NOTA: A Lei 13.772/00, de 28.12.00, com vigência a partir de 01.01.01, altera o art. 58, §6º do CTE e estabelece os procedimentos relativos ao direito à apropriação do crédito decorrente da entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, quando adquirido após 31.12.00.

II - de serviço de transporte interestadual e intermunicipal utilizado pelo estabelecimento:

a) remetente de mercadoria, correspondente à operação tributada pelo imposto, contratada com cláusula CIF;

b) destinatário de mercadoria, correspondente à operação tributada pelo imposto, contratada com cláusula FOB;

Com base nos textos legais reproduzidos fica claro que o fisco goiano tem amparo para considerar indevido os créditos aproveitados, já que sendo a operação isenta ou não tributada não há crédito para ser aproveitado, da mesma forma no RCTE está claro que o polo passivo só pode aproveitar crédito de ICMS relativo ao serviço de transporte de cargas se a operação for tributada pelo ICMS e no caso a operação interestadual com GLP não é tributada pelo imposto.

Com base nas razões anteriores vejo que o pedido da defesa não tem condições de ser acatado, deste modo rejeito o pedido da defesa.

CONCLUSÃO

Conheço da impugnação, nego-lhe provimento para considerar PROCEDENTE o auto de infração.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em _____ de Fevereiro de 2011.

LEVI SILVA FILHO
JULGADOR"

Face ao exposto, nada mais devo acrescentar, motivo pelo qual voto em uníssono 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 28 de maio de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Falta de estorno de crédito relativo às saídas contempladas com isenção (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00854/13

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária principal. Saídas de mercadorias contempladas com isenção. Falta de estorno de crédito relativo à entrada. Improcedência. Decisão por unanimidade.

1. Comprovando-se, através dos lançamentos efetuados pelo sujeito passivo na Declaração Periódica de Informações - DPI, que os estornos exigidos pela legislação foram corretamente efetuados, deve-se considerar improcedente o auto de infração que promove o estorno de ofício.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 22 de março de 2013, 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 Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 02 de dezembro de 2011, o Fisco exige ICMS, multa e demais acréscimos do autuado, em virtude da omissão do pagamento de ICMS, no período de outubro de 2009 a dezembro de 2010, em razão da falta de estorno de crédito relativo à entrada de mercadorias para industrialização, cujas saídas de produtos industrializados foram contempladas com isenção. Em consequência, é cobrado o imposto no valor original de R\$ 781.999,45 (setecentos e oitenta e um mil, novecentos e noventa e nove reais e quarenta e cinco centavos), com os acréscimos legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 61, inciso I, alínea “a”, e 64, ambos da Lei nº 11.651/91, c/c o artigo 58, inciso I, alínea “a”, e 60, do Decreto nº 4.852/97, propondo-se a penalidade prevista no artigo 71, inciso IV, alínea “a”, do Código Tributário Estadual – CTE, com redação da Lei nº 14.634/03.

O atuante descreveu, em Nota Explicativa contida no Anexo Estruturado – Descritivo Complementar da Ocorrência, documento de fls. 04/06, todo o trabalho realizado. Assim, destacou:

“Com a revogação do benefício na manutenção do crédito, a partir de 01/05/2008, nas operações de saídas internas com isenção envolvendo produtos descritos no Artigo 7º, XXV, “n”, do Anexo IX, do Decreto 4.852/97, o contribuinte deveria ter

efetuado o correspondente estorno do crédito descrito no Artigo 58 do mesmo Regulamento.

Em 27/12/10, em razão da revogação do benefício da manutenção do crédito, aplicável à operação interna com adubo e fertilizante, foi publicada a Lei 17.236 dispensando o contribuinte de efetuar o pagamento do débito de ICMS resultante da exigência estorno de crédito, em montante igual ou inferior ao valor do estorno, desde que atendessem algumas exigências. Vejamos a regulamentação pelo Decreto 7.203/2010:

Art. 2º. Em razão da revogação do benefício da manutenção do crédito, aplicável à operação interna com adubo e fertilizante, efetivada pelo art. 2º do Decreto nº 6.717, de 30 de janeiro de 2008, que deu nova redação ao art. 7º, XXV, "n", do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado – RCTE, fica:

I – dispensado o contribuinte de efetuar o pagamento do débito de ICMS resultante da exigência do estorno de crédito, em montante igual ou inferior ao valor do estorno;

II – extinto o crédito tributário constituído em função de o contribuinte não ter efetuado o estorno exigido, desde que o contribuinte comprove havê-lo efetuado.

§ 1º. Para a implementação do disposto neste artigo o contribuinte deve, até o dia 28 de fevereiro de 2011:

I – elaborar demonstrativo do estorno mensal do crédito do ICMS aproveitado indevidamente e fazer o correspondente registro no livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, Modelo 6;

II – protocolizar requerimento junto à Secretaria da Fazenda, acompanhado do demonstrativo do estorno mensal do crédito do ICMS e de cópia do registro efetuado no livro exigidos no inciso I.

§ 2º. Ato do Secretário da Fazenda pode estabelecer outros procedimentos que se fizerem necessários para a implementação do disposto neste artigo.

O contribuinte, atendendo às exigências estipuladas no artigo 2º do Decreto 7.203/2010, protocolou processo nº 201100004008922, para obter o benefício da dispensa do pagamento.

Em Livro de Registro de Apuração de ICMS, o contribuinte apresenta estornos de créditos efetuados no próprio período no valor de R\$ 1.278.309,22. No processo apresenta estorno complementar de diferença apurada pela empresa no valor de R\$ 1.289.191,63 e lançados em Livro de Apuração de ICMS de dezembro de 2010.

Em levantamento mensal elaborado por esta fiscalização, apuramos um estorno de crédito devido no valor R\$ 3.349.500,30. Somando os valores estornados pelo contribuinte dentro do próprio período e a diferença apresentada em processo chegamos ao valor total estornado de R\$ 2.567.500,85. Portanto, a diferença entre o estorno apurado de ofício e a realizada pelo contribuinte foi de R\$ 781.999,45. Valor correspondente ao lançado neste Auto de Infração.

Em demonstrativo anexo ao processo nº 201100004008922 o contribuinte apresenta cálculo de estorno entre os períodos de maio/2008 a dezembro/2010 superior ao apurado por esta fiscalização. No entanto, apresenta em Livro de

Ocorrência, anexo ao processo, abatimentos de supostos estornos praticados nos meses de maio de 2008 a outubro de 2008 e que não constam em Livro de apuração de ICMS. Os abatimentos fizeram que o estorno efetivo declarado pelo contribuinte ficasse inferior ao apurado de ofício. Assim, mesmo com o benefício do Decreto 7.203/2010, o contribuinte efetuou estorno de crédito menor do que o devido.

Cópia do processo nº 201100004008922 e cópia de demonstrativo mensal de estorno de crédito e resumo em anexo.”

Foram anexados ao processo os demonstrativos da auditoria realizada, documentos de fls. 08/57, sendo que às fls. 57 encontra-se o Demonstrativo – Resumo – de Estorno de Crédito referente às Saídas Internas com Isenção sem Manutenção de Crédito. Juntou-se, também, as cópias das páginas do livro Registro de Apuração do ICMS, e do processo número 201100004008922, bem como Planilha de Estorno de ICMS, fls. 58/257.

Com as anuências previstas em lei, estabeleceu-se o contraditório e a ampla defesa, tendo sido intimado o autuado na data de 12 de dezembro de 2011, fls. 258.

Tempestivamente, o autuado comparece ao feito com suas alegações de defesa, fls. 261/271, descrevendo, inicialmente, o teor da acusação, para, após, esclarecer que a razão das distorções ocorridas no livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS, ocorreu devido a problema no sistema de impressão do livro que zerou os quadros “débito do imposto – estornos de créditos” e “crédito do imposto – outros créditos – crédito outorgado”. Destacou: *“Embora tenha zerado o lançamento dos valores correspondentes, na DPI os citados valores foram lançados normalmente.”*

Complementa: *“Em consequência desse evento o valor do SALDO CREDOR A TRANSPORTAR P/O PERÍODO SEGUINTE registraram valores incorretos, mas, na DPI os valores foram corretamente lançados, não havendo, conseqüentemente, omissão nos estornos devidos no período, conforme iremos demonstrar mês a mês em seguida.”*

Assim, apresenta o Demonstrativo de fls. 266, indicando os estornos feitos na DPI, e, portanto, confirmatórios da correção dos estornos de créditos efetivados pela empresa, em cumprimento às normas estatuídas na Lei nº 17.236/10, na forma regulamentada pelo Decreto nº 7.103/10.

Junta, outrossim, os documentos de fls. 272/338.

Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração.

O julgador singular exara o Despacho nº 222/12 – JULP, fls. 340, para que o autuante analise a Impugnação apresentada e planilha nela contida, se manifestando se as falhas identificadas na Auditoria Básica do ICMS acarretaram em falta de recolhimento do ICMS nos períodos, ou apenas descumprimento de obrigação acessória passível de penalização em outro procedimento.

O resultado da diligência encontra-se consolidado no documento de fls. 344/347, no qual o autuante indica que as diferenças relacionadas com os meses de maio e junho de 2008, constantes do auto de infração, deixam de existir em razão de retificação no levantamento, e, após as correções o valor da diferença passa a ser de R\$ 563.145,26 (quinhentos e sessenta e três mil, cento e quarenta e cinco reais e vinte e seis centavos).

Em relação às considerações constantes do Despacho nº 222/12 – JULP, manifesta com o seguinte teor:

“Sobre as considerações do nobre Julgador de Primeira Instância de que os ‘dados informados através de DPI’s apresentadas pela empresa, que supostamente teriam apurado os saldos mensais corretamente’, temos a informa que:

Conforme registros em Livro de Ocorrências (pag. 215 a 221) o contribuinte descreve por mês de referência os estornos a serem beneficiados pela Lei 17.236/10, referentes às entradas cujas saídas foram beneficiadas pela isenção sem manutenção de crédito.

No demonstrativo do estorno de crédito efetuado em Livro de Ocorrências com a finalidade de obter dispensa de pagamento do débito de ICMS, nos termos da Lei 17.236/10, o contribuinte registra como estornos já efetuados nos meses de julho a outubro de 2008 os seguintes valores (pag. 215 e 216):

Julho de 2008	R\$ 228.152,56
Agosto de 2008	R\$ 228.152,56
Setembro de 2008	R\$ 102.905,82
Outubro de 2008	R\$ 115.453,55

Estes valores de estorno que o contribuinte registra em Livro de Ocorrências como efetuados nos períodos de apuração correspondentes (julho a outubro de 2008) implicaram no registro a menor do estorno complementar registrado no mesmo Livro de Ocorrências (Lei 17.236/10 e Decreto 7.203/10), o que por sua vez ocasionou um pedido de dispensa de pagamento, nos termos da Lei 17.236/10, também a menor. Tais valores de estorno constantes no demonstrativo registrado em Livro de Ocorrências não constam em Livro de Apuração de ICMS (páginas 78, 80, 82 e 89). Os registros dos estornos constam apenas em DPI’s (páginas 312 a 330).

Portanto, realmente, os estornos referentes a julho de 2008 a outubro de 2008 constam em DPI’s, no entanto não foram registrados em Livro de Apuração de ICMS. (destaque no original).”

Continua o insigne diligenciador:

“... o ilustre Julgador determina que o autuante manifeste ‘se as falhas identificadas na Auditoria Básica do ICMS acarretaram em falta de recolhimento do ICMS nos períodos, ou apenas descumprimentos de obrigação acessória passíveis de penalização em outro procedimento’. Sobre tal determinação informamos que o contribuinte apurou o saldo complementar de estorno devido em Livro de Ocorrências (nos termos da Lei 17.236/10 e Decreto 7.203/10) e efetuou, também, em Livro de Ocorrências, abatimentos referentes a estornos constantes em DPI’s e

que, no entanto, não constam em Livro de apuração de ICMS. Se for utilizar os valores registrados em DPI's em substituição aos valores lançados em Livro de apuração, as diferenças deixam de existir pois validariam os cálculos de abatimentos apresentados pelo contribuinte em registro em Livro de Ocorrências e Processo nº 201100004008922 (páginas 213 a 221), nos termos do Decreto 7.203/10. Na hipótese de acatar as alegações do impugnante, de que se deva utilizar como corretos os dados constantes em DPI, não encontrei previsão para multa de caráter formal.”

Os levantamentos realizados no trabalho revisional encontram-se às fls. 348/361.

O sujeito passivo apresenta manifestação quanto ao resultado da diligência, documento de fls. 366/371, reiterando a falha verificada na escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS, mas que a mesma não afetou qualquer recolhimento do tributo, haja vista que os estornos foram indicados nas DPI's de forma correta, e que já no mês de novembro de 2008, os dados constantes do livro Registro de Apuração do ICMS são coincidentes com os da DPI. Melhor dizendo, acompanhando-se os registros contidos nas DPI's, que são os mesmos informados no livro de Ocorrências, nos meses em questão, em consonância com os demais valores indicados no livro de Apuração do ICMS, chegar-se-á aos valores definidos no mês de novembro de 2008, no qual, inclusive já ocorreu saldo devedor.

Conclui, ao final:

“Finalmente, considerando estar devidamente demonstrado a não ocorrência do fato gerador da exigência fiscal descrita no Auto de Infração – omissão de estorno de crédito – ora abalizada pela própria manifestação fiscal em seu parecer, é o presente para requerer, como de fato requeremos, seja acolhido em toda sua plenitude nosso recurso voluntário apresentado a esse Colendo Órgão Julgador, apreciando como improcedente a exigência formulada e determinando seu arquivamento por ser de inteira justiça.”

O julgador singular exara a Sentença nº 2.287/12 – JULP, fls. 373/374, e não acolhe a tese de defesa apresentada pelo sujeito passivo, julgado procedente em parte o lançamento no valor original de R\$ 563.145,26 (quinhentos e sessenta e três mil, cento e quarenta e cinco reais e vinte e seis centavos).

A Representação Fazendária se manifesta concordando com a decisão, fls. 375.

O sujeito passivo, irredimido, interpõe Recurso Voluntário, defensivo de fls. 380/395, juntando os demonstrativos de fls. 396/447. Reitera os argumentos anteriormente apresentados, enfatizando que no livro Registro de Apuração do ICMS zerou os quadros “débito do imposto – estornos de créditos” e “crédito do imposto – outros créditos – crédito outorgado”, relativos aos meses de julho a outubro de 2008. Destaca: *“Embora tenha zerado o lançamento dos valores correspondentes no livro Registro de Apuração do ICMS, na DPI os citados valores foram lançados normalmente. Em decorrência desse evento o valor do SALDO CREDOR À TRANSPORTAR P/O PERÍODO SEGUINTE, embora tenha registrado*

valores incorretos no RAICMS, na DPI os valores foram corretamente lançados, não havendo, conseqüentemente, omissão nos estornos devidos no período conforme iremos demonstrar mês a mês em seguida.”

Apresenta, assim, o Demonstrativo de fls. 384, indicando os corretos lançamentos feitos na DPI, os quais ao serem transpostos para o livro Registro de Apuração do ICMS, demonstram a inexistência de falta de estorno.

Para demonstrar a correção do seu procedimento procede à juntada aos autos de: (i) cópia da folha do Resumo da Apuração do Imposto no livro RAICMS dos meses em questão; (ii) cópia do Resumo da Apuração do Imposto do livro RAICMS na forma que seria apresentado se tivesse sido impresso corretamente; (iii) cópia da Declaração Periódica de Informações – DPI enviado à Secretaria da Fazenda onde se verifica a coincidência dos valores lançados entre RAICMS recuperado e a DPI; (iv) cópia do Anexo da DPI – Outros Créditos informando em destaque o valor do crédito outorgado; (v) cópia do Anexo da DPI – estornos de créditos informando em destaque o valor do crédito estornado; (vi) cópia das entradas e saídas do livro RAICMS, documentos de fls. 396/447.

Pugna, por derradeiro, pela improcedência do lançamento.

Este é o relatório.

DECISÃO

Não havendo preliminares a serem examinadas, estando presentes os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

De proêmio, visando certificar da exatidão dos valores indicados pelo sujeito passivo em suas manifestações e contidos nos diversos documentos e planilhas juntados pelo mesmo, procedi, através do Termo de Juntada, fls. 450, das cópias das Declarações Periódicas de Informações – DPI's relativas aos meses de julho a novembro de 2008, fls. 451/493.

Examinando o mérito do processo, convenço-me que as razões apresentadas pelo sujeito passivo devem ser acatadas.

Realmente, o mesmo incorreu em falhas na elaboração e impressão do livro Registro de Apuração do ICMS nos meses de julho a outubro de 2008. Entretanto, os valores contidos nas Declarações Periódicas de Informações – DPI, são fidedignos à sua movimentação, inclusive no que pertine aos estornos de créditos informados no livro de Ocorrências, à vista da legislação de regência, destacada no relatório de linhas volvidas.

Confrontando, pois, os dados contidos nos relatórios das DPI's juntadas aos autos às fls. 451/493, com os indicados pelo sujeito passivo, os contidos nas anotações do livro de Ocorrências, os apresentados pelo autuante, conclui-se pela inexistência de falta de estorno, e, conseqüente, falta de recolhimento do imposto pelo sujeito passivo. Ressalva-se, entretanto, que o mesmo incorreu em falha

procedimental, ao escriturar de forma errônea o livro Registro de Apuração do ICMS, deixando de incluir nos mesmos diversos valores – créditos e débitos, em confronto com os dados apresentados nas Declarações Periódicas de Informações – DPI, passível de eventual penalidade formal.

Nesse diapasão, meu entendimento, comum com a unanimidade dos meus pares, é pelo acatamento das razões apresentados pelo recorrente.

Diante do exposto, no mérito, voto, em consenso unânime, para conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão singular, e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 02 de maio de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Falta de estorno de crédito relativo às saídas de insumos destinados à Zona Franca de Manaus (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00112/13

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Delcides de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Falta de estorno de crédito de insumos destinados à Zona Franca de Manaus. Exigibilidade suspensa para julgamento da ADIN 310-1/90. Procedência. Manutenção da decisão singular.

1 - Não existe previsão legal para interromper o trâmite processual neste Contencioso Administrativo, mas tão somente suspender a exigibilidade do crédito tributário das reclamações e dos recursos, nos termos do art. 151, inciso III do CTN;

2 - O Fisco deve lançar de ofício os créditos tributários devidamente apurados em levantamento fiscal, nos termos do Art. 173, I do CTN, evitando de forma preventiva o instituto da decadência.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 27 de setembro de 2012, 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, Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor, Manoel Antônio Costa Filho, José Paixão de Oliveira Gomes, Victor Augusto de Faria Morato, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Delcides de Souza Fonseca, Carlos Andrade Silveira, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Cláudio Henrique de Oliveira e Paulo Diniz, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

O presente crédito tributário refere-se à omissão no pagamento de imposto, originário em razão da falta de estorno de créditos do ICMS relativos à entrada de insumos cujos produtos finais resultantes foram beneficiados com a isenção fiscal e destinados à Zona Franca de Manaus, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Em consequência deverá pagar o ICMS no valor de R\$ 538.229,58 (quinhentos e trinta e oito mil, duzentos e vinte nove reais e cinquenta e oito centavos), juntamente com as penalidades e acréscimos legais.

A autoridade lançadora indicou como infringida as disposições dos artigos 61, I, "b" e 64 do Código Tributário Estadual - CTE (Lei nº 11.651/91) combinado com o artigo 58, I, "c", 2 do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE (Decreto nº 4.852/97). Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, IV, "a" do CTE, com redação da Lei 14.634/03.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Auditoria do estorno de crédito e CFOPs Tipos 50, 60, 61 e 70.

As alegações impugnatórias levaram a julgadora singular a decidir pela improcedência do feito fiscal, em razão, do dispositivo contido na Cláusula Terceira do Convênio 65/88, Sentença nº 3456/2011 - JULP, fls. 81/83.

Dessa decisão recorreu a Representação Fazendária no recurso, fls. 84/87, pedindo a reforma da decisão singular afirmando que a Cláusula Terceira do Convênio ICMS n.º 65/88 foi revogada pelo Convênio ICMS n.º. 06/90. Informou, ainda, que os efeitos do Convênio ICMS 06/90 encontra-se suspenso em razão de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN n.º 310-1/90.

Na contradita ao recurso fazendário, fls. 92/101, a atuada afirma que além da suspensão dos efeitos do Convênio ICMS nº 06/90 deve ser considerado, ainda, que o Decreto-Lei nº. 288/67 equipara a saída destinada à Zona Franca de Manaus a uma exportação para o exterior, situação que não exige o estorno do crédito.

A decisão cameral proferida no Acórdão nº 316/2012, fls. 104/107, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso de ofício, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar procedente o auto de infração.

O sujeito passivo apresentou recurso para o Conselho Pleno, fls. 111/120, onde rebateu as argumentações feitas pela Fazenda Pública no recurso *ex-officio*. Explicou que a Fazenda ao afirmar que o julgamento de Tribunais Superiores, que não seja jurisprudência consolidada, não por ser acatado por este Conselho, não observou que o julgamento em questão não trata do disciplinamento de determinada matéria, que seria transformada em jurisprudência, mas sim de julgamento que retira do mundo jurídico a norma que autorizaria o fisco a proceder de ofício os créditos em discussão.

Alertou ainda que a cláusula terceira do Convênio ICMS 65/88, na prática, não teve sua validade negada, pois o Convênio 06/90 que revogou esta cláusula foi objeto de ADIN e teve seus efeitos suspensos por liminar. Após, asseverou que o estorno de créditos de ICMS de insumos de mercadorias destinadas a Zona Franca de Manaus é inexigível, pois a Constituição equiparou as saídas destinadas a Zona Franca a saídas com fim de exportação. Alegou que o Estado de Goiás aderiu ao Convênio ICMS 65/88, que regulamentou a isenção das saídas destinadas a Zona Franca, e, a cláusula terceira deste convênio autoriza a manutenção dos créditos. Citou acórdãos deste Conselho que embasa sua tese. Ao final, requereu a improcedência do lançamento.

DECISÃO

Inicialmente cabe destacar que não há como acolher o pedido do contribuinte para sobrestar a tramitação processual até que haja uma decisão definitiva na ADIN nº 310-1/90, por falta de previsão legal. Contudo, considera-se suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos moldes estabelecidos pelo art. 151, inciso III do CTN, ou seja, o processo seguirá todos os ritos administrativos previstos por este Contencioso Administrativo até o julgamento final, deixando de ser inscrito em dívida ativa, em caso de convalidação dos valores lançados, até que a decisão da cautelar da referida ADIN.

Em relação ao mérito, o julgamento monocrático considerou improcedente o auto de infração, basicamente, com base no dispositivo contido na cláusula terceira do convênio icm 65/88, que dispõe:

“Cláusula terceira. Fica assegurado ao estabelecimento industrial que promover a saída mencionada na cláusula primeira a manutenção dos créditos relativos às matérias primas, materiais secundários e materiais de embalagens utilizados na produção dos bens objeto daquela isenção”.

Acontece que houve a revogação expressa dessa cláusula pelo convênio icms n.º 06/90, que entrou em vigor a partir de 01/01/91, e que serviu de motivação para a interposição da adin nº 310-1/90.

A isenção pretendida pela polaridade passiva encontra amparo no inciso xvii do art. 6º do rcte, que vigorou entre 01.01.98 a 19.03.07 propunha:

“Art. 6º São isentos do ICMS:

[...]

XVII - 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)”

A irregularidade fiscal restou constatada nos autos pelo falta de estorno de créditos do ICMS pela aquisição de insumos cujos produtos finais resultantes, beneficiados com isenção fiscal, foram destinados à Zona Franca de Manaus.

Dessa forma, não há como dar guarida à autuada quando equipara a presente autuação à saída para a Zona Franca de Manaus, com a finalidade específica de exportação, sendo esta última tratada como não incidência (art. 37, I,

“a” do CTE), enquanto aquela se refere tão somente ao benefício específico da isenção (art. 6º, XVII, Anexo IX do RCTE).

A arguição de que houve afronta ao estabelecido no Decreto-Lei 288/67 não pode ser objeto de avaliação por este Conselho, por extrapolar suas atribuições específicas, restando-nos acompanhar a tramitação no STF do julgamento da referida ADIN.

Reputa-se correto o procedimento fiscal que resguardou o crédito tributário de uma possível decadência, em uma eventual cassação da cautelar concedida, nos termos definidos pelo art. 173, I do CTN.

Essa interpretação provém do art. 807 do CPC, *in verbis*:

“Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”.

Pelo 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, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do inciso V do art. 151 do CTN, enquanto não proferida decisão definitiva nos autos da ADIN nº 310-1/90, em trâmite no STF.

VOTO VENCIDO

Data máxima venia, por discordar do voto exarado pelo eminente relator, passo a relatar as razões do voto vencido por considerar que a questão é puramente de interpretação do artigo 155, § 2º do inciso X, letra “a” da Constituição Federal, senão vejamos.

A regra estatuída pelo artigo 155, § 2º, X, letra “a” da Constituição Federal é regra de imunidade e está assim redigida:

“X – não incidirá

a) Sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores.”

Essa redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 42, publicada no Diário Oficial – DO de 31 de dezembro de 2003, portanto não mais vigorando o texto anterior. A partir de 2004 se a imunidade da exportação de mercadorias e de serviços, ainda que não industrializadas, fosse estendida a quaisquer outros tipos de mercadorias, ainda que não se tratassem de produtos industrializados, estaria

então assegurado, de acordo com o texto constitucional, o direito a manutenção e ao aproveitamento dos créditos de ICMS incidentes nas operações anteriores.

Ora, no caso em comento, os créditos glosados dizem respeito aos das mercadorias que foram exportadas para a Zona Franca de Manaus a partir de 2008, quando então já vigorava a Emenda Constitucional 42. Assim sendo, as exportações para aquela região deve ser equiparada àquela cujas operações destinam-se ao exterior e de consequência aplicável o instituto da imunidade tributária, independentemente do exportador ser ou não ser, estabelecimento industrial.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação fiscal.

Sala das sessões plenárias, em 22 de janeiro de 2013.

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

Matéria: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO - Mercadorias excluídas da Substituição Tributária - Aquisição Fundo de Estoque - falta do livro Registro de Inventário (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02130/13

Redator do Voto: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

EMENTA: ICMS. Processual. Preliminar de reinserção da empresa sucessora na lide. Acolhida. Obrigação principal. Estorno de ICMS pela não apresentação do livro Registro de Inventário. Procedência.

1. É obrigado ao pagamento do imposto devido a pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, a qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, em relação aos fatos geradores do imposto ocorridos nas operações ou prestações por esta realizadas, até a data da aquisição, integralmente, se o alienante cessar a exploração da atividade (art. 47, inciso II, "a" do CTE);

2. A aquisição do ponto comercial e dos bens do ativo imobilizado, bem como a continuidade da exploração da atividade, constitui aquisição de fundo de comércio, situação caracterizadora da sucessão, ficando a empresa adquirente, obrigada ao pagamento do imposto devido pela empresa sucedida até a data da aquisição;

3. As exclusões de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para o atacadista, o distribuidor e o varejista devem seguir os preceitos determinados pelos inc. I, II e III do art. 81 do RCTE, para efeito de controle e homologação do Fisco das operações inseridas no Livro Registro de Apuração de ICMS, no título de outros créditos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 03 de julho de 2012, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de reinclusão da sucessora [...] S/A, arguida pela Fazenda Pública. Foram vencedores os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor, 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 e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Paulo Diniz, Carlos Andrade Silveira e Delcídes de Souza Fonseca. Quanto ao mérito, também 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 Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aldeci de Souza Flor, 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 e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Paulo Diniz, Carlos Andrade Silveira 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

O auto de infração reclama ICMS em razão do aproveitamento indevido de crédito, referente às mercadorias excluídas do regime de substituição tributária, uma vez que a atuada não apresentou livro Registro de Inventário contendo escrituração das quantidades e valores destas mercadorias, no período de 01/09/2007 a 30/09/2007.

A atuada teve como infringidos o art. 81, incisos I, II e III do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97 e Decreto 6.663/07, IN 877/07-GSF, sendo proposta a penalidade do art. 71, IV, "a", da Lei 11.651/91, com a nova redação da Lei 14.634/03.

Foi incluído como coobrigado a empresa [...] S/A, nos termos do 47, inc. II, alínea "a" da Lei 11.651/91 e art. 45, inc. VIII da Lei 11.651/91. Explícita que a empresa sucessora adquiriu mercadoria, bens e/ou material de consumo da alienada e permaneceu no mesmo endereço da empresa alienada, herdando o ponto, seus clientes, listas de fornecedores, dentre outras e etc.

Para instrução do feito foram juntados os seguintes documentos: Relatório de Entradas/Saídas/Indicadores Fiscais utilizando valor contábil (fls. 11), notificação da empresa para apresentação dos livros fiscais (fls. 12), notificação da solidária fiscal para apresentar notas fiscais de aquisição do ativo imobilizado e/ou material de consumo da empresa Lins (fls. 18), cópias de notas fiscais (fls. 19 a 22).

Na peça impugnatória a atuada direta solicita o cancelamento do auto de infração e a solidária a sua exclusão da lide.

Sobreveio a sentença singular (fls. 52 a 54), que decidiu pela procedência do Auto de Infração, asseverando que os atuados não trouxeram para os autos provas capazes de infirmar a acusação fiscal, estribada pela legislação tributária estadual, a qual fica inteiramente ratificada.

A atuada principal manifesta por meio do Recurso Voluntário (fls. 59 a 60), que paralisou as atividades em outubro de 2007 e apresentou o inventário do período de agosto de 2007. Alega que comprovou o crédito proveniente do imposto recolhido antecipadamente pela recorrente, bem como o direito ao creditamento pelo fim da substituição tributária, sanando assim a irregularidade apontada. Requer a improcedência do auto de infração.

A solidária, a empresa [...] S/A, apresenta recurso, pugnando pela sua exclusão da lide, aduzindo, para tanto, que a responsabilidade por sucessão decorre de transferência de patrimônio de uma empresa a outra, acarretando a aquisição de fundo de comércio e dando continuidade à exploração, o que não é o caso. Aduz que houve a preliminar de cerceamento ao direito de defesa pelo fato do julgador não ter apreciado corretamente as razões defensórias. Alega que não deu causa à autuação, pois não tem qualquer relação jurídica ou comercial com a empresa devedora. E que a empresa principal não se dissolveu para aplicação da sucessão requerida, tendo apenas requerido a paralisação de suas atividades. Finaliza requerendo o acatamento da preliminar aduzida e solicita a exclusão da lide.

Na decisão cameral acolheu-se a preliminar de exclusão da lide da solidária [...] S/A. E no mérito, conheceu-se do recurso da recorrente, deu-lhe provimento para reformar a sentença singular para considerar improcedente o lançamento fiscal.

Foi juntado aos autos o Parecer fls. 68/70, da lavra do auditor Júlio Cesar de Carvalho, requerendo a manutenção do auto de infração nos termos da inicial.

A Representação Fazendária pugna pela reforma da decisão cameral ao fundamento de que a autuada não apurou os estoques das mercadorias excluídas da substituição tributária antes do início da ação fiscal e além de não ter atendido a notificação de fl. 12, também, não trouxe prova do encaminhamento do arquivo magnético correspondente, no prazo estabelecido em norma estatuída pela IN 877/2007-GSF; que há provas nos autos de que a solidária [...] S/A é sucessora da autuada e por isso a imputação na condição de solidária. Diz ser equivocada a fundamentação do acórdão cameral que se baseou em prova emprestada de outro processo (4 0109044815 80), lavrado contra outro estabelecimento da mesma empresa, portanto, de assunto alheio ao presente processo. Finaliza requerendo a manutenção da solidária na lide e procedência do Auto de Infração.

Intimada a autuada para contraditar o recurso fazendário manteve-se silente.

É o relatório.

DECISÃO

Questão preliminar

Trata-se de recurso da Fazenda Pública contra decisão cameral, proferida por meio do Acórdão nº 2062/2011 (fls. 72 a 77), que por maioria de votos, reformou a decisão singular, excluindo da lide a solidária [...] S/A e, no mérito, considerou improcedente o auto de infração. A Representação Fazendária requer que seja julgado procedente o auto de infração reincluindo na lide a solidária.

Inicialmente examinaremos a questão relativa a exclusão do sujeito passivo solidário da lide, a empresa [...] S/A.

A responsabilidade sucessória de uma empresa que adquirir outra é definida na Seção II - Da Sujeição Passiva por Transferência da Obrigação Tributária e Subseção III - Da Sucessão pelo art. 47, inciso II da Lei 11.651/91 do CTE, nos seguintes termos:

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO ART. 47 PELO ART. 1º DA LEI Nº 12.972, DE 27.12.96 - VIGÊNCIA: 01.01.97

"Art. 47. É obrigado ao pagamento do imposto devido:

I - a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação, incorporação ou cisão de outra ou em outra, em relação aos fatos geradores ocorridos nas operações ou prestações realizadas até a data do ato, pela pessoa jurídica de direito privado fusionada, transformada, incorporada ou cindida;

II - a pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, a qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, em relação aos fatos geradores do imposto ocorridos nas operações ou prestações por esta realizadas, até a data da aquisição:

a) integralmente, se o alienante cessar a exploração da atividade;

b) subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar nova atividade dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação;"

No caso vertente, os autuantes identificaram pelas notas fiscais nº 729, 730, 731 e 733, que a autuada direta, a empresa [...] PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA, vendeu ativo imobilizado para a solidária [...] S/A, que passou a explorar a mesma atividade comercial, respondendo integralmente pelos impostos devidos pelo fato da alienante ter cessado a exploração da referida atividade.

É fato que, à época da infração, nos meios de comunicação foi amplamente divulgado a aquisição da empresa [...] PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA pela empresa [...] S.A. A título ilustrativo reproduzo texto de período de agosto de 2007:

"[...] abrirá dez novas lojas, em 60 dias

Seis semanas depois de "reestrear" na Bovespa, [...] compra pontos de venda de outra marca, em Goiânia, para expandir número de unidades na região.

Menos de dois meses após ingressar no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo, a rede de farmácias [...] anunciou hoje a abertura de até dez novas lojas em Goiânia, num prazo de 60 dias. As unidades serão inauguradas em pontos onde funcionavam lojas da goiana [...] Produtos Farmacêuticos, comprados de uma vez pela outra empresa.

Em comunicado enviado nesta terça-feira (21/08) à Bovespa, a [...] explica que "*não irá ocorrer a aquisição da [...]*", mas que esta última fará a "cessão de pontos comerciais" para a instalação de unidades com a marca da compradora.

A expansão acelerada nessa região é uma das estratégias da [...] para alcançar a meta de fechar 2007 com 210 lojas no Brasil. Hoje, a rede é formada por 192 unidades, das quais 12 foram abertas desde o início deste ano.

O lance também reforça os sinais de busca por crescimento, por parte da empresa, depois da estréia no Novo Mercado da Bovespa. A rede de farmácias já dispunha de capital aberto, mas com o aumento de 2120% no valor de seus papéis, em um ano, optou por lançar novas ações em 03 de julho de 2007, desta vez num nível mais alto de governança corporativa. O volume de capital em circulação subiu, então, de 16,4% para 48,6% do total. Negociados inicialmente no topo do preço previsto - 15 reais por ação - os papéis levaram a empresa a captar 341 milhões de reais, para cumprir um plano de reforma e aquisição da empresa [...] PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA pela empresa [...] S/A, de giro. A [...] Produtos Farmacêuticos, que atua em quatro cidades de Goiás e Mato Grosso, manterá em funcionamento parte da rede atual de 16 lojas." (grifos oportunos)

Dos fatos narrados, depreende-se que a empresa autuada adquiriu o ativo imobilizado da solidária, bem como o fundo de comércio, permanecendo no mesmo endereço continuando a exploração do negócio, nos termos da sucessão prevista no art. 47, inciso II, alínea "a", da Lei nº 11.651/91 e no art. 133, do Código Tributário Nacional - CTN.

Não há como manter a decisão cameral que excluiu da lide a solidária, quando ficou caracterizada a sucessão comercial pelo compra do ativo imobilizado em 24/09/2007 pela empresa [...] S/A, sendo que o início das atividades da mesma ocorreu logo em seguida, em 02/10/07. Ademais, a Sefaz suspendeu a inscrição da empresa [...] PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA somente em 23/03/09, que em momento algum descaracterizou a sucessão, que é realizada pela venda do fundo de comércio.

Dessa forma, a empresa [...] S/A, deve ser reinserida na lide na qualidade de sucessora da empresa [...] PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.

Questão meritória

A atuação teve por embasamento a cobrança de ICMS em razão do aproveitamento indevido de crédito, por valores informados em outros créditos na DPI relativa ao mês de setembro de 2007, referente às mercadorias excluídas do regime de substituição tributária, uma vez que a autuada não apresentou livro Registro de Inventário contendo escrituração das quantidades e valores destas mercadorias, no período de 01/09/2007 a 30/09/2007, contrariando os dispositivos transcritos nos art. 2º e 3º do Decreto nº 6.663/2007 e IN 877/2007-GSF.

Para efeito de sustentação do auto de infração, recorremos aos ensinamentos contidos no art. 81 do Anexo VIII, inc. I, II e III do RCTE, abaixo transcrito:

"Art. 81. Sempre que uma espécie de mercadoria for excluída do regime de substituição tributária, o atacadista, o distribuidor e o varejista devem:

NOTA: Artigo renumerado, a partir de 01.08.99, para 78 pelo art. 3º do Decreto nº 5.067, de 25.06.99 e a partir de 01.03.00, para 81 pelo art. 1º do Decreto nº 5.227, de 09.05.00. 01.03.00, para 81 pelo art. 1º do Decreto nº 5.227, de 09.05.00.

I - relacionar as mercadorias da referida espécie, existentes no dia anterior ao da exclusão, valorando-as ao custo da última aquisição respectiva e escriturando suas quantidades e valores no livro Registro de Inventário;

II - adicionar ao valor total da relação o valor correspondente à aplicação do IVA respectivo, previsto nos Apêndices I e II, aplicando sobre o resultado obtido a alíquota vigente para as operações internas;

NOTA: A Instrução Normativa nº 877/07-GSF, de 26.09.07, estabelece procedimentos relacionados ao estoque inventariado nos termos do Decreto nº 6.663/07, que excluiu as mercadorias relacionadas ao Apêndice I deste Anexo, do regime da Substituição Tributária pelas operações posteriores.

III - registrar, o valor encontrado no campo 007-OUTROS CRÉDITOS do livro Registro de Apuração do ICMS, com a expressão: CRÉDITO DE IMPOSTO APROPRIADO NOS TERMOS DO ART. 78 DO ANEXO VIII DO RCTE, no mês da exclusão.”

A disposição supra definida é também normatizada pelo art. 8º da IN 887/2007-GSF para os estabelecimentos que operem com mercadorias relacionadas no inciso XII, Apêndice I, Anexo VIII do RCTE.

No caso em apreço, o contribuinte não apresentou, quando notificado, em 22/10/2009, os livros fiscais e arquivos magnéticos tipo 74 até 31/10/07, conforme preconizado pelo art. 8º da IN 887/2007-GSF, para apuração dos estoques inventariados e aferição dos valores computados na DPI em “outros créditos” no montante de R\$ 18.548,45, que deveriam ser submetidos ao controle da Fiscalização, eventualmente ressarcido nos livros fiscais da empresa. Tal aferição se faz necessária para restituir ao sujeito passivo o valor do imposto devido por substituição tributária das operações posteriores e futuras, que fora recolhido e cujo montante tornou-se elemento do custo da mercadoria na formação do estoque.

A não apuração antes do início da ação fiscal, inviabilizou o valor apurado no Livro Registro de Apuração do ICMS e implicou no estorno dos créditos apurado na inicial.

Pelo exposto, acolho a preliminar de reinclusão da sucessora [...] S/A. Em relação ao mérito, conheço do recurso da Fazenda Pública, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 05 de novembro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Aproveitamento de crédito relativo à entrada de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento e à energia elétrica consumida no setor administrativo e ao serviço de telecomunicação (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00912/13

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Omissão de pagamento de imposto. Aproveitamento indevido de crédito relativo à entrada de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento e à energia elétrica consumida no setor administrativo e ao serviço de telecomunicação. Confirmação da decisão singular. Procedência.

1. Lícito ao fisco estornar os créditos aproveitados pelo contribuinte em desacordo com a legislação tributária vigente e, conseqüentemente, exigir o imposto omitido;

2. Confirmada a decisão singular que considerou procedente o lançamento.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de maio de 2013, 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 Antônio Martins da Silva, Álvaro Falanque e Edson Abrão da Silva.

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 escrituração mensal indevida a título de crédito no livro Registro de Apuração do ICMS nº 018-E, fls. 94, de valores relativos a entrada de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, energia elétrica consumida no setor administrativo e serviços de telecomunicação.

Foram mencionados como infringidos o art. 58, § 3º, inciso II, da Lei nº 11.651/91 c/c o artigo 522, do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com cópias dos demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS e do livro Registro de Apuração do ICMS.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação a autuada compareceu ao processo por meio da peça de fls. 172 a 185 onde, após discorrer longamente e com citação de doutrina

sobre o princípio da não-cumulatividade do ICMS previsto no art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, afirma o seguinte:

1 - Que com o advento da Lei Complementar nº 87/96, foi reconhecido o direito ao crédito do ICMS destacado em documentos relativos a entrada de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento a partir de 1º de janeiro de 1998, porém, tal faculdade tem sido prorrogada por sucessivas Leis;

2 - Que no final do ano de 2006 havia grande expectativa dos contribuintes no sentido de que a partir de janeiro de 2007 seria permitido o aproveitamento do crédito relativo à entrada de bens destinados ao uso e consumo;

3 - Que a expectativa foi frustrada com o advento da Lei Complementar nº 122, de 12 de dezembro de 2006, permitindo do aproveitamento do crédito somente a partir de 1º de janeiro de 2011;

4 - Que em razão da novel disposição inserida pela Emenda Constitucional nº 42, criando a alínea "c" no inciso III no art. 150 da Constituição Federal, estabelecendo a denominada noventena para a vigência de lei que institui ou aumenta tributo, resolveu promover o aproveitamento do crédito relativo aos materiais destinados ao uso e consumo, energia elétrica consumida no setor administrativo e serviços de telefonia relativamente ao período de 13/12/06 a 11/03/07, objeto do presente lançamento;

Após tais considerações, pediu a improcedência do lançamento.

Por meio da Sentença nº 092/13, de fls. 209 a 210, o julgador singular considerou procedente o lançamento.

Inconformada a empresa autuada interpôs o recurso voluntário de fls. 215 a 232, reafirmando os argumentos expendidos na primeira instância e pedindo a reforma da decisão singular para considerar improcedente o lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

Da análise do livro Registro de Apuração do ICMS extrai-se que no mês de maio de 2007 a empresa autuada escriturou, de forma extemporânea com supedâneo no art. 47, inciso III do Decreto nº 4.852/97, na linha 6 (Outros Créditos), do quadro Crédito do Imposto, o valor de R\$ 581.235,11 (quinhentos e oitenta e um mil, duzentos e trinta e cinco reais e onze centavos), relativamente ao ICMS destacado em documentos fiscais de entrada de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, de energia elétrica utilizada no setor administrativo e de serviço de telecomunicação, relativamente ao período de 13/12/06 a 11/03/07.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que limitação ao longo do tempo do direito ao crédito nas situações acima descritas, encontra-se regulada no art. 33, da Lei Complementar nº 87/96. Vejamos:

"Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I— somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 1998;

I— somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2000; (Redação dada pela LCP nº 92, de 23.12.1997)

I— somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2003; (Redação dada pela LCP nº 99, de 20.12.1999)

I— somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2007; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I— somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011; (Redação dada pela Lcp nº 122, de 2006)

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020; (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010)

II – a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor;

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento: (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; (Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

b) quando consumida no processo de industrialização; (Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e (Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses; (Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

d) a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses; (Redação dada pela Lcp nº 122, de 2006)

d) a partir de 1ª de janeiro de 2020 nas demais hipóteses; (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010)

[...]

IV – somente dará direito a crédito o recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento: (Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

a) ao qual tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza; (Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

b) quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais; e (Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

~~c) a partir de 1ª de janeiro de 2003, nas demais hipóteses. (Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)~~

~~c) a partir de 1ª de janeiro de 2007, nas demais hipóteses. (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)~~

~~c) a partir de 1ª de janeiro de 2011, nas demais hipóteses. (Redação dada pela Lcp nº 122, de 2006)~~

c) a partir de 1ª de janeiro de 2020 nas demais hipóteses. (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010)."

Referidas disposições encontram-se positivadas na legislação tributária do Estado de Goiás por meio do art. 522, do Decreto nº 4.852/97. Vejamos:

"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");

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

NOTA: Redação com vigência de 30.12.03 a 27.12.06.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO Ao CAPUT DO INCISO II DO art. 522 PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 6.634, DE 11.06.07 - VIGÊNCIA: 28.12.06.

II - relativamente à energia elétrica e ao serviço de comunicação, até o dia 31 de dezembro de 2010 (Lei nº 13.772/00, art. 2º):

NOTA: Redação com vigência de 28.12.06 a 31.12.10.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO CAPUT INCISO II DO ART. 522 PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 7.345, de 18.05.11 - VIGÊNCIA: 01.01.11.

II - relativamente à energia elétrica e ao serviço de comunicação, até o dia 31 de dezembro de 2019 (Lei nº 13.772/00, art. 2º):

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

1. for objeto de operação de saída de energia elétrica;
2. for utilizada por contribuinte enquadrado no código de atividade econômica de indústria;
3. houver operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;

b) o recebimento de serviço de comunicação utilizado pelo estabelecimento, quando:

1. tiver sido prestado ao estabelecimento na execução, por este, de serviços da mesma natureza;
2. houver operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais."

Aliás, é oportuno registrar que a autuada não contesta as vedações aos créditos relativos a entrada de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento e a entrada de energia elétrica consumida no setor administrativo e ao serviço de telecomunicação.

A justificativa por ela apresentada para o aproveitamento dos créditos é o sentido de que o período de 13/12/06 a 11/03/07, corresponde aos noventa dias, previsto no art. 150, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal para a entrada em vigor Lei Complementar nº 122, de 12 de dezembro de 2006, tendo em vista que, no seu entendimento, ao vedar o direito de crédito nas situações anteriormente especificadas a referida lei provocou o imediato aumento do valor do ICMS a pagar.

Diz o art. 150, inciso III, alínea "c" da Constituição Federal:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

[...]

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumento, observado o disposto na alínea b;"

Entendo que razão não assiste a empresa atuada na sua afirmação no sentido de que ao vedar o direito de crédito a Lei Complementar nº 122/06 aumentou o valor do tributo. Assim, reputo como correto o procedimento do fisco consistente em estornar o crédito aproveitado ao arrepio do disposto no art. 33, da Lei Complementar nº 122/06 e do art. 522, do Decreto nº 4.852/97.

Por derradeiro, ressalto que a insurgência da empresa atuada é em relação ao art. 2º da Lei Complementar nº 122/06 que prevê a sua entrada em vigência na data de sua publicação - ocorrida em 13/12/06 -, situação que, no seu entendimento, está em desconformidade com a alínea "c", do inciso III, do art. 150, da Constituição Federal que assevera que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

A análise dessa questão refoge à competência desse Conselho por força do disposto no § 4º, do art. 6º, da Lei nº 16.469/09 que ao regular o Processo Administrativo Tributário, estabeleceu que não pode haver decisões que impliquem em apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela administração tributária (art. 6º, § 4º).

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o lançamento.

Sala das sessões, em 20 de maio de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Crédito aproveitado sem comprovação documental (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 00819/13

Relator: Conselheiro Ismael Madlum

EMENTA: *SOLIDARIEDADE. Preliminar de exclusão na lide do responsável solidário, arguida pelo mesmo. Negada.*

ICMS. Obrigação tributária principal. Auditoria Básica do ICMS. Aproveitamento indevido de crédito no campo "crédito do imposto" do Livro Registro de Apuração do ICMS sem comprovação documental. Procedência.

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. (artigo 45, inciso XII, CTE).

II - não implica crédito o imposto correspondente a documento fiscal que não for apresentado à fiscalização, quando exigido, ainda que escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

III - o lançamento do crédito tributário deve ser declarado procedente quando o sujeito passivo não contrapor razões para descaracterizar a irregularidade que motivou a sua formalização.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 01 de março de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida por ele mesmo. Foram vencedores os Conselheiros Ismael Madlum e Victor Augusto de Faria Morato. Vencido o Conselheiro Paulo Diniz que votou pela exclusão do solidário da lide. 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 Ismael Madlum, Paulo Diniz e Victor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

Em 09/02/2009, o fisco exige o pagamento do ICMS no valor originário de R\$ 5.728,77, acrescido da penalidade e acréscimos legais, em virtude de o sujeito passivo ter omitido o pagamento do ICMS em decorrência da escrituração indevida

de crédito com base em suposto recolhimento indevido de imposto, sem, entretanto, a comprovação documental do recolhimento a maior.

Proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 11.651/91 com a redação conferida pela Lei nº 14.634/03.

Considerados infringidos os artigos 58, §3º, II e 64 da Lei 11.651/91 c/c o artigo 47, III, “b” do Decreto 4.852/97.

Foram anexados aos autos os seguintes documentos: Auditoria Básica do ICMS, em que na Parte 3/3 - Conclusão, evidenciam-se valores de imposto omitido em decorrência da escrituração indevida de créditos, detalhadas em Demonstrativo Auxiliar - Créditos Escriturados Indevidamente; cópia do livro Registro de Apuração do ICMS e outros demonstrativos que explicam o trabalho fiscal.

Tendo sido regularmente intimados, os sujeitos passivos – atuado e solidário – comparecem ao feito e impugnam a ação fiscal. Após análise da peça, o julgador singular, nos termos da Sentença 6973/09-JULP, não acolhe as alegações de nulidade processual e julga procedente o auto de infração.

Irresignada com a decisão monocrática, a atuada e o solidário apresentam recursos voluntários em separado, sobre os quais tecemos as considerações a seguir.

O recurso da atuada, de fls. 138 a 154, não arguiu preliminares de nulidade processual. No mérito, aborda questões que não dizem respeito a este contencioso. Como a empresa sofreu outras autuações, a matéria de mérito tratada pela recorrente em sua defesa está relacionada aos autos de infração números 4010900524323 e 4010900524919 – estorno de crédito do ICMS devido à apropriação de crédito de energia elétrica.

A peça recursal do solidário, fls. 155 a 163, pede a sua exclusão do pólo passivo e quanto ao mérito, adota a mesma linha utilizada pela recorrente atuada, ou seja, reporta-se a assunto que não é o fato motivador da lavratura deste.

É o breve relatório.

DECISÃO

Em vista do equívoco da peça defensoria no que tange à abordagem do mérito, relativamente ao mesmo, ambas as peças não ineptas.

Examinando o mérito do procedimento fiscal, não vejo como reformar a decisão singular, haja vista que os argumentos apresentados pelo sujeito passivo não são suficientes e oportunos para ilidir o lançamento.

Objetivando maior clareza à decisão, transcrevo o artigo 58, § 3.º, da Lei 11.651/91 – CTE, e o artigo 57, inciso VII, do Decreto 4.852/97 - RCTE:

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

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

I – idoneidade da documentação fiscal;

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

Art. 57. Não implica crédito (Lei 11.651/91, art. 60):

.....
VII – o imposto correspondente a documento fiscal que não for apresentado à fiscalização, quando exigido, ainda que escriturado no livro Registro de Entradas;”

Relativamente ao pedido de exclusão da lide do sujeito passivo solidário, não o acolho, visto que, na condição de sócio administrador, participa diretamente da gestão da empresa, e por conseguinte, da decisão gerencial de que decorreu a prática da infração à Lei nº 11.651/1991, capitulada neste contencioso fiscal no campo “DISPOSITIVO LEGAL INFRINGIDO” da peça basilar, conduta que se subsume ao artigo 45, inciso XII, do mesmo diploma legal, 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.”

Em baso meu entendimento considerando que, o artigo 45, XII, transcrito, encontra-se estreitamente relacionado com o artigo 124, do Código Tributário Nacional:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

Como se pode observar, a redação do *caput* do artigo 45 da Lei nº 11.651/91, pela expressão “*pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”, estabelece uma conexão visceral entre esse dispositivo e o inciso I do artigo 124 do CTN.

Resta evidente que o sócio administrador da pessoa jurídica, possui claro e inequívoco interesse comum com a empresa na situação que venha a se constituir fato gerador do ICMS.

Além disso o sócio administrador está expressamente designado em lei estadual como sujeito passivo solidário.

De fato, a sociedade empresarial, com existência no mundo do Direito por uma ficção legal na forma de “pessoa” jurídica, não tem existência concreta. Entretanto, atua sobre o mundo real através de seus representantes legais, ou seja, por meio dos seus sócios administradores, gerentes ou quaisquer prepostos, cujas ações e omissões por eles praticadas, submetem-se ao império da lei, o que inclui as obrigações perante as leis tributárias.

Concluo portanto que, se a empresa, atua no mundo fático, por meio de atos praticados por quem a representa, inegável que quem dá causa às ilegalidades, assim como aos ilícitos, é realmente aquele que a conduz.

Importa ressaltar, que no caso em tela, a omissão de recolhimento do imposto não advém de simples inadimplemento. A conduta ilegal, objetivamente praticada, da apropriação indébita de crédito do imposto estadual, está caracterizada pela escrituração de valores sem comprovação documental, ou seja, foi um ato exercido em oposição ao preconizado pela lei tributária estadual.

Com base nas razões trazidas, entendo que não há como excluir da lide o sujeito passivo solidário identificado.

Pelo exposto, em sintonia com a maioria dos meus pares, voto por rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide e quanto ao mérito, em total concordância com os demais julgadores, conheço do Recurso Voluntário, nego-lhe provimento, para manter a decisão singular que considerou PROCEDENTE o auto de infração.

Sala das sessões, em 26 de abril de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Estorno de débito do ICMS incidente sobre as saídas de mercadorias a título de brinde, doação, imobilizado e mercadorias para padronização sem respaldo na legislação tributária (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 00208/13

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Omissão pagamento do imposto por estorno de débito de saída de mercadoria tributada.*

PRELIMINARES

1. Nulidade parcial dos autos. Sentença singular.

O julgador singular não está obrigado a analisar os argumentos da parte, separadamente, bastando enfrentar a questão controvertida e fundamentar a decisão.

2. Insegurança na determinação da infração.

Não há nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, pois expostos com precisão os fundamentos do lançamento fiscal.

MÉRITO.

Ocorre o fato gerador do imposto, no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. (art. 13, I, CTE).

É devido o ICMS quando não haja nenhuma previsão legal de exclusão do débito.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 10 de outubro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial dos autos - da sentença singular - por cerceamento do direito de defesa. Também por votação unânime, rejeitar a preliminar de insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz e Cláudio Henrique de Oliveira. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz e Cláudio Henrique de Oliveira.

RELATÓRIO

A descrição da ocorrência é de que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS, ao efetuar estorno de débito incidente sobre as saídas de mercadorias a título de brinde, doação, imobilizado e mercadoria para padronização, devidamente registrado no livro registro de saída e transportado para o livro registro apuração, contudo anulado em virtude do procedimento de estorno do valor levado a débito no quadro "outros créditos, item 07 - Estorno de débito do livro registro apuração ICMS", referente ao exercício de 2008.

A omissão do ICMS está demonstrada em planilha, na qual são relacionadas as notas fiscais, data, CFOP, valor base de cálculo, alíquota e ICMS omitido, mensalmente. Ao certificar o livro apuração no campo outro crédito confere-se o valor da planilha, além da auditoria básica do ICMS.

Em impugnação é alegada a preliminar de nulidade do auto de infração por falta de subsunção do fato à norma, pois os dispositivos indicados como infringidos, tratando do cumprimento de obrigação acessória, não guardam relação com a penalidade capitulada, havendo penalidade específica, art. 71, inciso I, alínea "a" da Lei 11.651/91, e nem com a descrição do fato, no caso omissão do pagamento do ICMS.

Quanto ao mérito, argumenta que para a operação de remessa de bens do ativo imobilizado não há incidência do ICMS, por não ser uma operação mercantil, dada a ausência de transferência da titularidade e não se referir a mercadoria, aplicando ao caso a Súmula 166 do STJ. Em relação às remessas a título gratuito - mercadoria para padronização, portanto materiais de uso e consumo, utilizados pelos revendedores para padronização em suas vendas, não configuram relação comercial e nem transfere a titularidade, pois ao final são devolvidos à recorrente. Portanto, não possuem elementos para incidência do tributo.

Relevando tudo isso, o estorno do débito visou unicamente afastar a cumulatividade do imposto.

Sustenta, ainda, a abusividade da penalidade, devendo aplicar a mais específica e menos onerosa.

Irresignado com essa decisão é interposto recurso voluntário, resumindo tratar a acusação do caso de remessa interestadual do botijão e material de uso e consumo utilizado pelo revendedor, sustentando a nulidade da sentença singular por restar comprovado que o julgador não analisou a incorreta aplicação da multa capitulada, generalizando o tratamento dado a cada operação de remessa, o que leva a sua nulidade.

Nesta oportunidade, reafirma a nulidade do auto de infração por falta de subsunção do fato à norma, para tanto reproduzindo a mesma argumentação exposta na impugnação.

No tocante à remessa de bens do ativo imobilizado, reafirma posicionamento de não operação mercantil e nem transferência de posse ou propriedade, reconhecendo que mesmo havendo procedimento incorreto, não se fazem presentes os pressupostos da incidência do tributo, portanto não deve prevalecer a exigência. Por mais, salienta que não aproveitou o crédito do ICMS a que faria jus pela aquisição.

Relativamente à remessa a título gratuito de bens com sua logomarca para os revendedores, conforme contrato, pelas mesmas características de não configurar uma relação comercial e nem transferência de titularidade, não há incidência do ICMS.

Confirma que o procedimento do estorno foi exatamente para afastar a cumulatividade do imposto.

Reafirma a abusividade da multa, quer pela discrepância com os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, quer pela decisão do Supremo Tribunal de Federal de que a multa não deve ultrapassar o valor do imposto cobrado.

DECISÃO

Reportando aos termos da fundamentação da decisão singular preferida nestes autos, extrai-se o seguinte:

“Portanto, não devemos aqui adentrar e discussões sobre a tributação de operações de remessas ou de transferências de bens do ativo para outras unidades da Federação (observe-se que os destinatários são distintos do remetente), se essas não se referem a operações mercantis, se seriam relativas ao uso ou ao consumo do estabelecimento ou se seriam destinadas a revendedoras que possuiriam contratos firmados com o impugnante, se seriam brindes, doações, pois todas foram tributadas pela remetente na origem e tiveram seus registrados realizados nos livros fiscais.

Se essas operações não fosse tributadas a remetente não as tributaria, o que faz desmoronar todos os argumentos defensórios nesse sentido, que, inclusive, não possuem arrimo legal.

Sendo assim, o caso é simples, ou seja, o sujeito passivo realizou diversos estornos de débitos sem respaldo da legislação tributária estadual acarretando, por consequência, em não recolhimentos dos impostos devidos em cada uma delas, que foram pago por ele, tendo em vista a inexistência de provas nos autos da existência dos seus respectivos pagamentos e, em contraponto a estes pagamentos, foram os respectivos débitos estornados.”

Não resta dúvida que foi mencionado na peça de impugnação, quanto ao mérito, separadamente, pelo sujeito passivo, a operação de remessa de bens do ativo imobilizado e a remessa a título gratuito de bens objeto dos contratos firmados com os revendedores – mercadoria para padronização.

Pelo transcrito verifica-se que a apreciação pelo julgador singular em relação ao mérito foi englobada, mas sem deixar de conceder resposta ao argumentado pela defesa. Ou seja, deixou bem claro que os diversos estornos débitos realizados pelo sujeito passivo não encontram respaldo na legislação tributária, observando que o próprio contribuinte processou a tributação de toda a operação no momento da emissão da nota fiscal sendo lançado no livro fiscal respectivo.

É importante ressaltar que a incumbência do julgador é enfrentar a questão controvertida e fundamentar a decisão, não precisando, com isso, analisar todos os argumentos da parte e debater todos os artigos de lei incidentes na espécie, separadamente.

Relativamente à outra questão levantada que seria motivo de nulidade da sentença singular relacionada à incorreta aplicação da multa capitulada, melhor sorte não assiste ao impugnante, considerando a expressa fundamentação extraída da própria sentença:

“Noutro aspecto, a multa imputada pelo fisco está correta e não deverá ser alterada, pois a que pretende a impugnante se aplica apenas ao caso de ICMS lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS e não recolhido, o que não se aplica ao caso apresentado, que se refere à identificação pelo fisco de estornos de débitos lançados no LRAICMS pela empresa sem qualquer amparo na legislação.”

Desse modo, rejeitada a preliminar de nulidade da sentença singular.

Eis abaixo a capitulação dos artigos infringidos e capitulados no auto de infração: art. 56, I, da Lei 11.651/91 e art. 67, inciso I, do Decreto 4852/97:

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;

.....

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:

I - os débitos e créditos do imposto verificados, respectivamente, nos livros de Registro de Saídas e Registro de Entradas, são totalizados ao final do período fixado, e transportados para o livro Registro de Apuração do ICMS;

E o que diz a ocorrência extraída do auto de infração? Diz que o contribuinte efetuou estorno de débito relativo a saída de mercadoria tributada, no

livro apuração, muito embora devidamente registrado no livro registro de saída, o que é vedado, haja vista consistir o débito o montante escriturado no livro registro de saída.

Nesse sentir, há nítida coerência entre o que se acusa e os dispositivos capitulados, muito embora bastasse ao auditor oferecer o fato ficando atribuído ao julgador encaixá-lo à norma.

Assim, rejeitada a preliminar de insegurança na determinação da infração, dada que os fundamentos do lançamento fiscal não foram atingidos.

Quanto ao mérito é preciso indicar o disposto no inciso I do art. 13 da Lei 11.651/91, senão vejamos:

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;

Vê-se que qualquer saída de mercadoria, seja qual for a modalidade da operação, implica em ocorrência do fato gerador do ICMS, o que foi muito bem entendido pelo sujeito passivo ao emitir a nota fiscal de saída, haja vista o destaque o imposto e o efetivo registro no livro respectivo.

Desse modo, as saídas de brinde, doação, imobilizado, material de consumo, ainda com condição de retorno, subsumem-se à hipótese de incidência do disposto na norma acima.

É relevantíssimo destacar que a forma de exclusão do débito do imposto decorre das hipóteses de não incidência ou isenção, porquanto as operações consignadas no histórico não são alcançadas por nenhuma das modalidades, por isso inserindo no contexto da tributação normal.

Desse modo, considerando a literalidade do dispositivo dada pela chamada Lei Kandir no sentido de determinar ocorrido o fato gerador do imposto na saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular, e a praxe comercial do cômputo do ICMS na operação de transferência, exatamente para que haja a transferência do crédito para o estabelecimento destinatário, o qual terá o débito pela saída, de maneira a ajustar a apuração do imposto, é que se firma a exigência do ICMS, ficando, com o advento da referida lei, prejudicada a aplicação da Súmula 166 do Supremo Tribunal Federal.

A alegação de que o estorno do débito seria necessário para atender ao princípio da não cumulatividade é contraditória, pois o que de fato acontece, via procedimento adotado de estorno de débito, é a anulação de qualquer débito, enquanto houve o efetivo lançamento da parcela do crédito no momento da escrituração do livro entradas, recaindo na cumulação.

A multa capitulada, conforme já exposto acima, é a específica e adveio da lei, não podendo, conforme defeso pelo § 4º do art. 6º da Lei 16.469/09 – proferir decisão que implica apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária - ser arredada por esta Corte Administrativa, em virtude da incumbência a ela atribuída relacionada ao controle da legalidade do ato, apenas.

Posto isso, levando em conta as provas existentes nos autos, voto conhecendo do recurso voluntário, negando-lhe provimento, para manter a sentença atacada tal como lançada, por seus próprios e jurídicos fundamentos e por estes ora agregados.

Sala das sessões plenárias, em 19 de fevereiro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Falta de estorno de crédito do ICMS sobre serviços de transporte rodoviário de cargas, referente a operações beneficiadas com isenção ou não tributação do ICMS (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02288/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: Processual. Exclusão dos sujeitos passivos solidários da presente lide. Preliminar arguida pelo sujeito passivo direto e acolhida.

Processual. Nulidade da peça básica por cerceamento do direito de defesa. Preliminar arguida pelo sujeito passivo direto e rejeitada.

Processual. Nulidade da sentença singular. Preliminar arguida pelo sujeito passivo direto e rejeitada.

ICMS. Obrigação principal. Omissão de estorno de ICMS sobre serviço de transporte rodoviário de cargas, referente a operações beneficiadas com isenção ou não tributação do ICMS. Procedência.

I - Não restando demonstrado que os sujeitos passivos solidários concorreram para a prática da infração tributária, os mesmos devem ser excluídos da lide;

II - Rejeita-se a arguição de cerceamento do direito de defesa, estando o auto de infração confeccionado conforme o artigo 142 do CTN;

III - Tendo a sentença sido redigida com simplicidade e clareza, contendo os elementos legalmente previstos, não há que se falar em nulidade da mesma;

IV - Não implicará crédito, para compensação com o montante do imposto devido as entradas de mercadorias ou bens ou utilização de serviços, resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas;(CTE, art. 60, I, a);

V - 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. (CTE, art. 147-A);

VI - Declara-se procedente o auto de infração que exige imposto decorrente do não estorno de créditos de ICMS indevidamente aproveitados pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12 de agosto de 2013, decidiu, por maioria de votos, acolher o pedido de exclusão dos solidários [...], [...], [...], [...], [...] e [...], formulado pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Carlos Andrade Silveira e Nivaldo Carvelo Carvalho. Vencido o Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira. 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 Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira e Nivaldo Carvelo Carvalho. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença singular, arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira e Nivaldo Carvelo Carvalho. 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 Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

Trata-se de um lançamento tributário no qual se exige, do sujeito passivo, ICMS e multa em razão de não estorno do crédito do imposto relativo a serviço de transporte rodoviário de cargas de GLP, cujas operações de saídas são isentas ou não tributadas pelo referido ICMS.

A descrita infração encontra-se disposta nos artigos 60, I, "a" e 147-A da Lei 11.651/91, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso IV, alínea "c", da Lei n.º 11.651/91, com redação da Lei 14.634/2003.

Foram indicados como sujeitos passivos solidários: [...], [...], [...], [...], [...] e [...].

Regularmente intimados, somente o sujeito passivo direto ingressa com impugnação à Primeira Instância, de folhas 63/106, requerendo, em sede de preliminares, que o auto de infração nº 4011203476481, seja julgado conjuntamente com este em análise, porque considera que um deles deverá ser anulado, pois entende que é impossível admitir a aplicação de duas multas decorrentes do mesmo fato sem incorrer em *bis in idem*. Alega que, da forma como foi aplicada a multa, fere o princípio constitucional do não confisco, já que além da multa de 100% do auto em julgamento, será aplicada a multa de 40%, por meio do auto de infração acima, sobre o mesmo fato.

A impugnante declara, ainda, que a fiscalização não comprovou que os diretores tenham agido com excesso de poderes, dolo, fraude ou simulação, conforme preceitua o art. 135, inciso III, do CTN, ou tenham concorrido para a prática da infração tributária. Cita decisões de tribunais superiores e deste

Conselho para lastrear o seu pedido de exclusão dos sujeitos passivos solidários do polo passivo da lide.

Discorre sobre as atividades empreendidas pela empresa, sobre a venda interna de gás liquefeito de petróleo - GLP e, em virtude dessa, teria direito aos créditos originários dos ICMS referentes aos serviços de transporte rodoviário de cargas nas aquisições e nas transferências em operações anteriores, tendo em vista ser substituída em relação ao ICMS da mercadoria e substituta em relação ao frete contratado, tendo em vista o princípio da não cumulatividade do imposto previsto no art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal.

Conclui que o ICMS, de acordo com a Constituição Federal, está estruturado pelo sistema de imposto contra imposto e não pelo sistema mercadoria contra mercadoria como quer o fisco caso prevaleça o veto ao crédito.

Afirma que os valores exigidos no auto de infração são relativos a serviços de frete arcados pela impugnante cujo ICMS foi devido, independentemente da natureza da mercadoria transportada, alega ainda que inexistente o benefício da isenção ou da não tributação nas saídas de GLP, pois pelo fato de ser imune nas operações interestaduais, não está com a fase de tributação encerrada, uma vez que foi cobrado o ICMS pelas operações subsequentes, conforme a legislação tributária goiana, motivos pelos quais advoga o direito ao crédito.

Apresenta uma planilha com os créditos que diz ser de operações interestaduais em ocorrerem operações subsequentes, cujo imposto foi recolhido por substituição tributária que lhe garante o direito ao crédito. Pede que o auto se anulado ou retificado.

Alega, por fim, que os serviços de transporte em questão foram contratados a preço FOB que ocorreu por conta da impugnante, motivo pelo qual advoga o creditamento do imposto incidente, pois suportou o valor do serviço do frete.

Cita decisão do STF para lastrear os seus argumentos e requer: o julgamento em conjunto com o auto de infração nº 4011203476481, visto que a multa aplicada corresponde ao mesmo fato; afastamento dos diretores (sujeitos passivos solidários por não terem agido com dolo ou excesso de poderes; anulação do auto de infração em face de que erro por vetar o creditamento do imposto cobrado por substituição tributária por associação errônea das operações de transportes com as operações anteriores, isentas ou não tributadas; a improcedência por ser devido o ICMS do frete independentemente da natureza das mercadorias transportadas. Junta documentos em folhas 107/125.

O julgador singular, em Sentença nº 2557/2012-JULP, de folhas 127/131, decide pela procedência da exigência fiscal em comento, nos termos da peça inicial.

Intimados da decisão monocrática descrita acima, apenas a empresa autuada interpõe Recurso Voluntário, de folhas 145/164, reiterando toda a

argumentação apresentada na peça defensiva anterior. Junta documentos em folhas 165/171.

Em seguida, a Terceira Câmara deste Conselho Administrativo Tributário, mediante Resolução nº 093/2013, de folhas 173 e 174, determina a retirada do presente processo de pauta e seu encaminhamento à Secretaria Geral – SEGE, para ser redistribuído juntamente com o processo nº 4011203476481, em razão da relação de dependência entre ambos.

É o relatório.

DECISÃO

Em uma atenta análise de todo o processo, entendo, inicialmente, ser justo e necessário o acolhimento da preliminar de exclusão dos sujeitos passivos solidários [...], [...], [...], [...], [...] e [...], da presente lide, arguida pelo sujeito passivo direto, uma vez que não restou plenamente comprovado que os mesmos tenham concorrido para a prática da infração tributária descrita na peça vestibular.

Ainda em sede de preliminares, entendo que não há que se falar em nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa, pois o presente lançamento foi confeccionado com a observância criteriosa de todos os ditames do artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, além de terem sido concedidas todas as oportunidades de defesa previstas no ordenamento jurídico vigente.

Por fim, quanto às questões preliminares, analisando aquela referente à nulidade da sentença singular, arguida pelo sujeito passivo, manifesto-me pela sua rejeição, por estar a sentença em conformidade com o disposto no artigo 38 da Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009:

“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.”

Dirigindo-me ao mérito, observo inicialmente que o Código Tributário Estadual (CTE), em seu art. 60, I, “a”, determina que não implicará crédito, para compensação com o montante do imposto devido as entradas de mercadorias ou bens ou utilização de serviços, resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas:

Art. 60. Não implicará crédito, para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

I - as entradas de mercadorias ou bens ou utilização de serviços:

a) resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas;

O mesmo CTE, em seu art. 147-A, estabelece que 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:

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.

No caso em apreciação, a fiscalização, em Auditoria da Conta Corrente do ICMS, constatou que, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, o contribuinte efetuou aproveitamento indevido de crédito do ICMS sobre serviços de transporte rodoviário de cargas referentes a operações beneficiadas com isenção ou não tributação do ICMS e, ainda, a transporte a maior de saldo credor do ICMS, notificando-o a promover o estorno dos créditos aproveitados indevidamente, concedendo-lhe o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a prática deste ato, não tendo realizado o estorno, o Fisco promoveu de ofício.

Prosseguindo na análise os autos, verifica-se, em primeiro lugar, como bem esclareceu a defesa, que a empresa autuada tem como ramo de comércio a venda de gás liquefeito de petróleo em operações internas no Estado de Goiás (cadastrada como comércio atacadista de gás liquefeito de petróleo), e, portanto, inexistindo tributação dos serviços de transporte rodoviário de cargas nas operações subsequentes, tanto pela isenção (inciso XLI, do art. 7º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97) das operações internas já substituídas para o frete como pela não incidência (alínea “b” do inciso I do art. 37 do CTE) nas remessas interestaduais do GLP.

Sendo assim, não houve desrespeito a qualquer um dos princípios alegados e, com isso, não se aplicando as jurisprudências, doutrinas, decisões administrativas mencionadas pela recorrente, pois a fundamentação apontada pelo Fisco oferece o arrimo necessário à manutenção deste procedimento.

Nesse sentido, não havendo, então, operação tributada subsequente, não há que se falar em apropriação de créditos referentes às operações anteriores tributadas quanto ao frete contratado, sendo desnecessária adentrar na discussão a respeito das cláusulas FOB e/ou CIF.

A recorrente ainda entende que a substituição tributária constitui novo fato gerador do imposto. Trata-se de entendimento equivocado, pois a substituição tributária é a responsabilização legalmente prevista de alguém (contribuinte) pelo imposto devido em determinada operação ou prestação.

Finalmente, ser substituída quanto ao pagamento do ICMS referente ao frete não acarreta em autorização para ser apropriado o ICMS destacado na operação anterior, principalmente, quando a saída subsequente for contemplada com isenção ou não incidência para a operação sem previsão de manutenção expressa do crédito na legislação tributária estadual.

Concluindo, não tendo o sujeito passivo demonstrado nos autos a regularidade dos créditos por ele apropriados, correto o estorno procedido pelo Fisco, confirmando-se a sentença condenatória de Primeira Instância.

Ante todo o exposto, voto, inicialmente, acolhendo a preliminar de exclusão dos sujeitos passivos solidários [...], [...], [...], [...], [...] e [...] da presente lide, arguida pelo sujeito passivo direto. Ainda em sede de preliminares, voto rejeitando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa. Por fim, quanto às preliminares, voto rejeitando, também, aquela de nulidade da sentença singular, arguida pelo sujeito passivo. Quanto ao mérito, voto conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular, a qual considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 13 de novembro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Falta de estorno proporcional às saídas contempladas com redução da base de cálculo (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00461/13

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária principal. Saídas de mercadorias contempladas com redução da base de cálculo. Créditos do ICMS aproveitados. Inexistência de legislação mantenedora dos créditos. Estornos realizados de ofício. Procedência parcial. Decisão por unanimidade.

1. É procedente o lançamento que acusa o aproveitamento indevido de crédito do ICMS, em razão do não estorno proporcional em face às saídas contempladas com o benefício da redução da base de cálculo, sendo lícita a anulação do crédito do imposto apropriado a maior pelo contribuinte;

2. Operação ou prestação subsequente contemplada com redução da base de cálculo, inexistindo dispositivo legal mantenedor do crédito apropriado na sua integralidade, implica na efetivação do estorno proporcional do imposto de que se tiver creditado o contribuinte. (artigo 61, da Lei nº 11.651/91 - CTE).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 22 de fevereiro de 2013, 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\$ 298.362,74 (duzentos e noventa e oito mil, trezentos e sessenta e dois reais e setenta e quatro centavos) conforme revisão de fls. 484/485, devendo ser considerado os pagamentos realizados nas datas de 12/12/06, 27/12/06 e 19/11/12 conforme constam da planilha de fls. 1.089, para fins de possível extinção do crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 12 de junho de 2006, o Fisco exige ICMS, multa e demais acréscimos do autuado, em virtude da omissão do pagamento de ICMS, no período de fevereiro de 2001 a dezembro de 2003, referente a registros indevidos de créditos na importância original de R\$ 299.087,06 (duzentos e noventa e nove mil, oitenta e sete reais e seis centavos), em face a não efetivação, pelo contribuinte, do estorno determinado na legislação, proporcional às saídas contempladas com redução da base de cálculo não contempladas com manutenção do crédito, conforme demonstrado na auditoria de fls. 17/79.

A ação fiscal, realizada de forma escoreita, foi dirigida ao estabelecimento do autuado, tendo sido anexados à peça básica os documentos relativos à auditoria fiscal realizada, docs. fls. 06/251.

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, propondo-se a penalidade prevista no artigo 71, inciso IV, do Código Tributário Estadual – CTE, com redação da Lei nº 12.806/95.

Foram qualificados como responsáveis solidários os sócios administradores, Senhor [...] e Senhora [...], fls. 04/05.

Com as anuências previstas em lei, estabeleceu-se o contraditório e a ampla defesa, tendo sido intimados os autuados, sendo que os solidários permitiram a lavratura dos Termos de Revelia de fls. 275 e 276.

Tempestivamente, o autuado principal, representado por advogada, comparece ao feito com suas alegações de defesa, fls. 260/264, alegando, em preliminar, a decadência de parte do lançamento em relação ao período de fevereiro a junho de 2001.

No mérito, após invocar o contido no artigo 2º, da Lei nº 13.194/97, esclarece que a Assembléia Legislativa autorizou a manutenção do crédito, e que o Decreto Regulamentar não pode contrariar a Lei. Destaca: *“Portanto, se a Lei 13.194 autorizou a manutenção do crédito, o impugnante não pode ser apenado por exercer este direito, até mesmo porque não há conflito entre Lei e Regulamento, devendo este sempre ser afastado quando contrariá-la.”*

Alega, ainda, erros no levantamento com o argumento de nem todas as vendas foram realizadas com redução de base de cálculo e que nem todas as vendas foram tributadas.

Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração.

O ilustre julgador monocrático ao proceder a sua análise, atento às razões apresentadas pelo autuado, entende que o lançamento de ofício está coerente e conforme aos ditames legais. Exara, assim, a Sentença nº 8.210/06, fls. 278/279, na qual rejeita a decadência suscitada pelo sujeito passivo, e mantém o lançamento.

Intimados, os responsáveis solidários quedam-se silentes, propiciando a lavratura dos Termos de Perempção de fls. 286/287.

O autuado principal apresenta o Recurso Voluntário de fls. 291/293, no qual detalha situações que entende não terem sido consideradas na auditoria realizada, em especial: outras espécies de benefícios não observados; que há manutenção de crédito para outros tipos de saídas; e a necessidade da exclusão do ICMS Substituição Tributária do valor contábil das vendas.

Assim, junta planilha, fls. 294/330, na qual concorda com a parcial procedência no lançamento no valor do ICMS de R\$ 283.750,38 (duzentos e oitenta e três mil, setecentos e cinquenta reais e trinta e oito centavos).

A Primeira Câmara converte o julgamento em diligência, para fins de revisão, conforme Resolução de fls. 332.

O resultado da revisão encontra-se consolidado no documento de fls. 334/336, tendo a revisora destacado: *“Em que pese a recomendação feita na Resolução nº 114/2007, para que fosse feita a revisão do lançamento à luz do contraditório apresentado pelo sujeito passivo de fls. 294 a 330, não foi possível cumprir tal solicitação, porque o contribuinte não indicou, dentre as operações lançadas no livro Registro de Apuração do ICMS, aquelas que se utilizaram de outros benefícios fiscais com manutenção de crédito, ou seja, quais saídas tributadas não entram na categoria de vendas com redução equivalente à alíquota de 7% e nas quais há manutenção de crédito.”*

O sujeito passivo se manifesta a respeito do resultado da revisão, fls. 348/350, não concordando com o mesmo. Argumenta: *“O inconformismo do contribuinte, como demonstrado nas planilhas por ele juntadas, versa basicamente sobre a utilização de CFOPs de operações em que não há redução de base de cálculo, pois não se referem à venda de mercadoria.”*

Mantém, outrossim, o pedido de parcial procedência nos valores acima destacados.

Posteriormente, promove a juntada dos documentos de fls. 353/370. Também, a Planilha de Baixa e Imputação de Processos, fls. 372, indicativa do pagamento parcial do crédito tributário.

Exara-se nova Resolução, fls. 373, para fins de nova revisão.

O sujeito passivo promove a junta das cópias das páginas do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 378/482, referentes aos exercícios de 2001, 2002 e 2003.

A nova revisão encontra-se demonstrada às fls. 484/485, tendo o revisor definido como valor remanescente o ICMS na importância de R\$ 298.362,74 (duzentos e noventa e oito mil, trezentos e sessenta e dois reais e setenta e quatro centavos). Indica, ainda, a existência de dois pagamentos realizados nas datas de 12 e 27 de dezembro de 2006, relativos ao lançamento. Junta os demonstrativos e documentos de fls. 486/1075.

Intimado para se manifestar a respeito do resultado da revisão, o sujeito passivo continua não concordando com o mesmo, e reafirmando o entendimento pela parcial procedência no valor do ICMS de R\$ 283.750,38 (duzentos e oitenta e três mil, setecentos e cinquenta reais e trinta e oito centavos).

Após, junta-se aos autos a Planilha de Baixa e Imputação de Processos, fls. 1089, indicando os pagamentos realizados pelo sujeito passivo em relação ao processo, a saber, em valores originais:

(i) R\$ 142.066,36 no dia 12 de dezembro de 2006;

(ii) R\$ 142.066,36 no dia 27 de dezembro de 2006;

(iii) R\$ 21.482,11 no dia 19 de novembro de 2012.

Este é o relatório.

DECISÃO

Não havendo preliminares a serem examinadas, estando presentes os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

Examinando o mérito do processo, convenço-me que a manutenção da exigência inicial do Fisco deve prevalecer, considerando-se que, quanto ao crédito do ICMS vige o princípio da não cumulatividade, insculpido no artigo 155, § 2.º, item 1, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993)

omissis.

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 (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993)

[...]

§ 2.º. o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 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.

A oferta dessa segurança constitucional fez o Estado incorporar esse princípio em sua legislação desde o nascimento do antigo ICM, prevalecendo como regra no artigo 55, da atual Lei n.º 11.651/91, com alterações posteriores, na seguinte ordem:

“Art. 55. O imposto é não-cumulativo, compensado-se o que for devido em cada operação ou prestação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado, observando-se, ainda, o seguinte:

Importante observar que com o surgimento de uma obrigação tributária, exsurge o direito de compensação com o que se pagou na etapa anterior com a geração do débito na etapa posterior. A utilização correta desta forma é que torna possível a apropriação do crédito pelo sujeito passivo e garante o seu direito de compensar com o débito para apurar o montante do imposto devido.

Na situação contida neste contencioso, a diferença reclamada surgiu com o aproveitamento indevido do crédito de ICMS, face à sua escrituração sem o correspondente estorno proporcional, em relação às saídas de mercadorias contempladas com o benefício da redução da base de cálculo, cuja a legislação de regência não prevê a manutenção do crédito na sua integralidade, procedimento este que reduziu a carga tributária a ser cumprida pelo polo passivo e causou a ocorrência de ilícito fiscal, cuja punição se acha tipificada na peça básica.

Por ser pertinente e para melhor clareza do meu voto, transcrevo o disposto no artigo 61, § 3.º da Lei nº 11.651/91 – CTE:

“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;

[...]

§ 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;

[...]”

Conclui-se, inevitavelmente, que não tendo o contribuinte laborado de forma adequada, ensejou-se a ação corretiva da autoridade fiscal, pois consoante o contido no artigo 8.º, inciso XXI, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, abaixo transcrito na redação vigente à época dos fatos geradores, o benefício da redução da base de cálculo, para os produtos nele relacionados, não é contemplado com a manutenção integral dos créditos, devendo-se, portanto, aplicar o estatuído no § 3º, do artigo 61, do CTE, acima destacado.

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

[...]

XXI – na operação interna com areia natural e artificial, saibro, material britado, dentre este a brita, o pedrisco com pó, o rachão britado e a pedra marroada, de tal forma que resulte a aplicação sobre o valor da operação do equivalente ao

percentual de 7% (sete por cento), devendo ser observado o seguinte (Lei nº 13.194/97, art. 2º, I, “a”, 5):

NOTA: Redação com vigência de 01.08.00 a 31.08.06.

a) o benefício só se aplica ao produto extraído no Estado de Goiás, hipótese em que o contribuinte revendedor deve exigir de seu fornecedor a indicação da origem do produto, na nota fiscal correspondente à aquisição;

b) o benefício não alcança operação contemplada com outra redução da base de cálculo ou concessão de crédito outorgado, sendo facultada a opção pelo benefício mais favorável;

NOTA: Redação com vigência de 01.08.00 a 31.07.08.

c) o estabelecimento que realiza a saída deve estar adimplente com o ICMS relativo à obrigação tributária vencida a partir de 1º de agosto de 2000, exceto aquela com exigibilidade suspensa, correspondente a operação ou, se for o caso, a período de apuração anterior à operação de saída.

NOTA: Redação com vigência de 01.08.00 a 31.07.08”

Assim, da análise do dispositivo legal em referência, depreende-se que o legislador goiano não albergou a hipótese de manutenção integral dos créditos anteriormente apropriados.

Portanto, não constando do dispositivo que trata da redução da base de cálculo, a permissão para manutenção integral do crédito, há que se aplicar o disposto no artigo 61, do Código Tributário Estadual – CTE, consoante se conclui da análise do artigo 2º, do anexo IX, do RCTE, “in verbis”:

“Art. 8º. O benefício fiscal da manutenção do crédito quando concedido deve constar do mesmo dispositivo do regulamento que dispuser sobre a não incidência, isenção ou redução da base de cálculo.”

Nesse diapasão, meu entendimento, comum com a unanimidade dos meus pares, é pela manutenção da decisão singular, adequando-a ao resultado da revisão realizada, haja vista a inexistência de legislação mantenedora dos créditos estornados, ou seja, não há previsão legal para a manutenção integral dos créditos apropriados.

Diante do exposto, no mérito, voto, em consenso unânime, 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 do ICMS original de R\$ 298.362,74 (duzentos e noventa e oito mil, trezentos e sessenta e dois reais e setenta e quatro centavos), conforme a revisão de fls. 484/485, devendo ser considerado, ainda, os pagamentos realizados nas datas de 12 e 27 de dezembro de 2006, e 19 de novembro de 2012, conforme constam da planilha de fls. 1.089, para fins de possível extinção do crédito tributário.

Sala das sessões, em 15 de março de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Fata de estorno de crédito do ICMS relativo a entrada de soja em grãos correspondente à emissão de nota fiscal emitida para fins de acerto de estoque - quebra técnica (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01586/13

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. rejeitada.

Torna-se inócuo o questionamento sobre nulidade da lide, quando tal inquirição for desprovida de amparo legal.

ICMS. Auditoria básica do ICMS. Omissão de recolhimento do imposto. Crédito não estornado. Procedente.

Mantém a decisão monocrática que julgou procedente a exordial, quando estiver demonstrado nos autos que o polo passivo agiu ao arrepio da norma tributária tida por afrontada pela autoridade lançadora.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 14 de dezembro de 2012, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelo Relator. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Renato Moraes Lima. Vencido o Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do 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. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Renato Moraes Lima.

RELATÓRIO

O presente crédito tributário refere-se a débito de imposto, no valor de R\$23.969,08 (vinte e três mil, novecentos e sessenta e nove reais e oito centavos), em razão da falta de estorno de crédito relativo a entrada de soja em grãos, cujo ICMS substituição tributária pelas operações anteriores foi apurado, recolhido e creditado, nos meses de julho e agosto de 2.006, cópia livro registro apuração 2.006 e 2.007, anexos, que não foi estornado no ano de 2.006 por apresentar saldo credor naquele período, sendo transportado para o mês de julho de 2.007, onde termina o crédito acumulado, observar nota fiscal 10999 de 29/12/2. 006, cópia anexa, emitida para fins de acerto de estoque, ou seja, quebra técnica.

A autoridade lançadora indicou como infringidas as disposições dos artigos 61, III e 64 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91)

combinado com o artigo 58, III do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97). Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, IV, alínea A, item 0 do CTE, com redação da Lei 14.634/03.

Foram identificados como sujeitos passivos solidários os consignados às fls. 04 a 06.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: ordem de serviço 0115/08, Auditoria Básica do ICMS, cópia nota fiscal, termo de acordo de regime especial, cópia livro fiscal e procuração (fls. 03-77).

Os sujeitos passivos foram intimados, conforme documentos de fls. 78-86, tendo sido lavrado termo de revelia em relação aos solidários (fls. 87).

A autuada através de representante legal, devidamente constituído, compareceu ao feito, fls. 89-116, alega que o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE 083-GSF firmado com esta Secretaria da Fazenda em sua cláusula terceira estabelece o momento do recebimento dos grãos, para apuração das reais quantidades, descontada umidade, impureza, ardidos e outros, e geração da nota fiscal de entrada para fins de regularização e controle da mercadoria; que as operações de aquisições de soja dão-se no período de safra, com preços menores que na entressafra, momento de sua saída tributada; que não existe norma legal competente determinando o estorno, princípio da não-cumulatividade; que os dispositivos legais, artigo 61, inciso III e artigo 58, inciso III prescrevem que devem ser estornados os créditos aproveitados no momento da entrada da mercadoria, quando não ocorrer saídas ou não sejam tributadas; que as suas operações de saídas foram devidamente tributadas; que não é permitido exigir estorno de crédito de ICMS em decorrência da quebra-técnica e que mesmo que tivesse, deveria ser na proporção do percentual de imposto aproveitado. Contesta a multa aplicada, por apresentar caráter confiscatório. Requer o cancelamento deste e protesta por provar o alegado pela juntada de novos documentos. Junta documentos fls. 117-164.

A Julgadora Singular prolatou sentença nº 929/09-COJP decidindo pela procedência do auto de infração (fls. 166-169).

Os sujeitos passivos foram intimados, conforme documentos de fls. 170-178, tendo sido lavrado termo de perempção em relação aos solidários (fls. 179).

Inconformado o sujeito passivo apresenta recurso voluntário, fls. 181-196, argumentando, em síntese, que a decisão singular não apreciou todas as questões levantadas pelo requerente, portanto, está eivada de vício, devendo ser anulada para que outra seja proferida, mediante o exame integral das questões apresentadas pelo polo passivo.

DECISÃO

Deixo de tecer comentário sobre a preliminar de exclusão dos solidários da lide, que argui nesta sessão de julgamento, tendo em vista que fui vencido

neste quesito, pois, os nobres companheiros que compõem esta cameral entenderam que todos os nomeados pelos passivos solidários, se enquadram na orientação contida no inciso XII do artigo 45 do CTE, devendo assim permanecer na lide.

Sobre a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa, não a acolho por não haver nos elementos constitutivos da lide qualquer ofensa ao capítulo que trata da nulidade dos atos processuais, inserto no inciso III do artigo 20 da Lei nº 16.469/09. A infração e a correspondente penalidade foram corretamente aplicadas, a instrução processual na fase de conhecimento efetivada de maneira precisa, os prazos processuais respeitados inclusive que vista dos autos à partes litigantes nos momentos processuais que por “ex legis” lhe são próprios. Assim, rejeitada está a preliminar em comento.

Com as questões primeiras solucionadas, volvo-me à razão de mérito desta demanda, e de pronto, ratifico o juízo exarado pelo sentenciador “a quo” que julgou procedente a preambular e o faço, após acurado estudo dos elementos formalizadores deste volume, onde observei que a existência de TARE 083-03-GSF, fls. cuja cópia encontra-se ao processo, fls. 16 “usque” 21, celebrado entre a epigrafada e a SEFAZ-GO, no qual implementa tratamento tributário específico nas operações com soja em grão.

Destaco que na Cláusula Quarta, parágrafo único do mencionado Termo de Acordo de Regime Especial está inserido que o imposto operações anteriores constitui crédito para a acordante, “verbis”:

"Cláusula quarta. A apuração do imposto, relativamente às operações anteriores de que trata este regime, será feita mensalmente mediante a escrituração regular dos documentos fiscais no livro Registro de Entradas, hipótese em que o ICMS pode ser pago juntamente com aquele devido por suas operações próprias de saída, resultando um só débito por período, mediante o seu registro a débito na conta gráfica do imposto, no campo OUTROS DÉBITOS do livro Registro de Apuração do ICMS.

Parágrafo único. O valor do ICMS de que trata esta cláusula constitui crédito para a ACORDANTE, que poderá registrá-lo, no respectivo período de apuração, no livro Registro de Apuração do ICMS, no Quadro CRÉDITO DO IMPOSTO - "Outros Créditos" com a expressão: CRÉDITO DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA, CONFORME TARE Nº 083/03-GSF."

Saliento também o acordado na Cláusula oitava do referido TARE, que segue transcrito:

"Cláusula oitava. A ACORDANTE se compromete a observar a legislação tributária aplicável e a cumprir obrigações fiscais quer de natureza principal ou acessória."

Para aduzir que, mediante a orientação supra, busco a determinação contida na norma legal, descrita na folha de rosto deste tomo como afrontada, o

que equivale dizer, inciso III do artigo 61 do CTE e inciso III do artigo 58 do RCTE, que serão transcritos na sequência:

"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:

[...]

III - inexistir, por qualquer motivo, de operação ou prestação posterior.

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

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

E concluo que não ocorreu a operação posterior, relativa à saída da mercadoria relacionada na nota fiscal nº 10999, cópia acostada ao processo à fl. 16, emitida para fins de acerto do estoque e sem tributação. Assim, conforme estabelece as normais descritas em linhas volvidas, deveria o sujeito passivo ter procedido ao estorno do crédito da mercadoria entrada no seu estabelecimento, cuidando esse que o polo passivo não teve, situação que me leva a julgar procedente a vestibular.

Pelo exposto, foi rejeitada a preliminar de exclusão dos solidários da lide, que argui. Por unanimidade de votos, rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Quanto ao mérito, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 29 de agosto de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão de recolhimento do ICMS - ST incidente na comercialização de álcool anidro (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00889/13

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: *Processual. Preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário, identificado no documento de fl. 04, da lide, arguída por ele. Acolhida.*

A ausência de comprovação segura de que o sujeito passivo solidário teve interesse comum na situação constitutiva do fato gerador do imposto, ou tenha concorrido para a prática de infração à letra da lei tributária vigente à data da ocorrência do fato descrito na peça exordial, nos termos do art. 45 da Lei nº 11.651/91, motiva a sua exclusão da lide.

ICMS. Omissão no recolhimento do ICMS incidente sobre a comercialização de álcool anidro, submetida ao regime de substituição tributária por ser adquirido de fornecedor goiano e destinado a contribuinte interestadual. Procedência.

A decisão singular é confirmada no julgamento cameral quando esta, estribada na instrução processual, se convencer de que o procedimento do sujeito passivo ocasionou prejuízo ao Estado de Goiás, principalmente quando se tratar de falta de recolhimento do imposto por substituição tributária.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de março de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de exclusão da lide da solidária [...] AÇÚCAR E ÁLCOOL S/A, por ela arguida. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer dos recursos do contribuinte e da solidária, negar-lhes provimento para confirmar a sentença singular que julgou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

No auto de infração, a fiscalização exige o cumprimento da obrigação tributária do sujeito passivo, cujo fato gerador da sua lavratura tem a seguinte redação:

“Deixou de repassar ao Estado de Goiás, nos termos previstos nos Convênios ICMS 03/99 e 110/07, e art. 51, § 3º da Lei nº 11.651/91, o ICMS Substituição Tributária apurado no Anexo VI, demonstrativo do recolhimento do ICMS substituído, relativo às aquisições de Álcool Anidro, oriundas do Estado de

Goiás do fornecedor goiano, identificado sob o número do cadastro estadual 10.518.002-5, e referente ao mês de abril/2011, em conformidade com os Anexos IV e V, relatório das operações interestaduais com álcool anidro, do SCANC – Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis, que lhe foram apresentados pelas empresas que foram identificadas pelo CNPJ nºs 33.461.567/0007-00, 33.461.567/0001-14, 00.175.884/0007-00, 00.175.884/0005-49, e 00.175.884/0002-04, remessas realizadas por esta e/ou por seus clientes, adquiridos conforme Notas Fiscais nºs 47750, datada de 15/04/2011, 47776, de 15/04/2011, 47812, de 16/04/2011, 47807, de 16/04/2011, 47952, de 18/04/2011, 47751, de 15/04/2011, 48122, de 23/04/2011, 48104, de 23/04/2011, e 48109, de 23/04/2011, conforme demonstrativos e demais documentos anexos. Em consequência, fica a autuada, na condição de substituta tributária e a empresa remetente (fornecedor) goiana como sujeito passivo solidário, obrigados a recolher o imposto omitido na importância de R\$ 94.926,49 (noventa e quatro mil, novecentos e vinte e seis reais e quarenta e nove centavos), juntamente com a penalidade e acréscimos legais.”

A autoridade lançadora indica a infração descrita no parágrafo anterior de acordo com os arts. 45, inciso XIII; 51 e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c arts. 12, § 5º; 12-A; 62; 62-A; 62-E; 62-G; 62-J; 62-L; 62-P; e 67-A do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97 c/c a Cláusulas 19ª e 19-Aª do Convênio ICMS 03/99 e Cláusulas 29ª e 30ª do Convênio 110/07. Em seguida propôs a penalidade prescrita no art. 71, inciso III, alínea "g" do CTE.

A empresa goiana, identificada no cadastro estadual sob o número 10.518.002-5 foi indicada como sujeito passivo solidário da lide, cuja conclusão fiscal é que ele concorreu para a prática da infração tributária, conforme previsão do art. 45, inciso XIII, da Lei nº 11.651/91.

Para instrução processual, a autoridade fiscal anexa a documentação de fls. 05 a 47 e demais documentos basilares da constituição do crédito tributário.

Os sujeitos passivo e solidário foram intimados para pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação à Primeira Instância, conforme documentos de fls. 48/52.

Às fls. 55 a 59, o sujeito passivo solidário ingressa com impugnação a Primeira Instância e inicia a sua defesa com o requerimento de insubsistência do auto de infração, visto que o fato gerador ocorre com o transporte do produto, cuja responsabilidade tributária é das empresas destinatárias, conforme identificadas nas notas fiscais que acobertaram a saída das mercadorias deste Estado e nas cláusulas do Convênio ICMS 03/1999 que transcreve:

“Cláusula décima nona A. O contribuinte substituto que realizar operação interestadual com combustíveis derivados do petróleo e com álcool anidro combustível – AEAC, será responsável solidário pelo recolhimento do imposto devido à unidade federada de destino (...).

Cláusula vigésima. (...) a distribuidora de combustíveis, ou o importador responderá pelo recolhimento dos acréscimos legais previstos na legislação da unidade

federada de destino das mercadorias, na hipótese de entrega das informações previstas no Capítulo V fora do prazo estabelecido na cláusula décima sexta.”

“Portanto, nobre julgador, repise-se, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS referente às notas fiscais constantes do auto ora impugnado é das empresas Distribuidoras e não da IMPUGNANTE, razão pela qual requer-se preliminarmente que seja declarado insubsistente o presente auto.”

No mérito, o impugnante continua com as transcrições das Cláusulas quinta e vigésima sexta com o fim de anular o lançamento tributário – sujeito passivo coobrigado com base no inciso IV e § 2º da Lei nº 16.469/2009.

Ao finalizar a sua tese, o contribuinte requer *“o cancelamento do auto de infração e, por consequência, insubsistente o seu registro, por ser medida de JUSTIÇA.”*

Os documentos de fls. 60 a 126 instruem a peça impugnatória.

A impugnação da autuada, fls. 129 a 142, tem por suporte a afirmação de ser ela credora de precatórios vencidos e não liquidados pelo Estado de Goiás e, por isso, optou por quitar os seus débitos relativos a sua condição de substituto tributário com o Estado por meio dos créditos que possui com a Fazenda Pública Estadual. Portanto, para estes débitos, pleiteou a compensação, administrativamente com a Secretaria da Fazenda.

Para auxiliar a sua tese de defesa, o contribuinte cita diversas jurisprudências de tribunais superiores e doutrinas para provar que a compensação de crédito tributário pleiteada pela impugnante é plenamente admitida como forma de extinção da obrigação tributária.

O impugnante requer a nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação, por inexistência da multa quando a obrigação tributária principal for paga por meio da compensação requerida, e, ainda, a redução do valor da multa por entender que, uma vez quitado o crédito tributário dentro do prazo de 30 (trinta) dias da data da intimação, ele tem esse direito garantido pela própria legislação tributária.

A escritura pública de cessão de titularidade dos precatórios comprovam o direito da autuada bem como pareceres de juristas são anexados à peça de defesa.

A instrução da peça impugnatória do sujeito passivo se fez com as cópias dos documentos de fls. 147 a 249.

O Julgador Singular prolata a Sentença de nº 2246/2012 – JULP, fls. 251 a 255, e declara procedente o auto de infração.

Após as intimações de fls. 256 a 258, o sujeito passivo recorre da decisão singular, fls. 261 a 279, ratifica as razões da impugnação e ao final requer seja

julgado improcedente o auto de infração ou caso não seja acolhido o pedido formulado, seja reduzida a multa.

A sujeição passivo solidária recorre da decisão singular, fls. 281 a 293, na qual requer seja declarado insubsistente o auto de infração ou seja reduzida a multa para 30% do valor da operação.

Instrui a peça recursal com os documentos de fls. 294 e 295.

É o relatório.

DECISÃO

Os contribuintes do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, em especial os que comercializam combustíveis como álcool anidro combustível carburante, sujeito ao recolhimento do imposto por substituição tributária pela operação anterior, sempre que promoverem operações de saída interestaduais com este produto deve informar ao responsável pelo repasse, conforme determina a Cláusula décima nona - A e os Capítulos III e IV do Convênio 03/1999.

Observei, no lançamento inaugural deste processo, que o contribuinte goiano prestou as informações exigidas na legislação interna e facultou a exigência do crédito fiscal pelo lançamento de ofício.

Noto, ainda, que o art. 45 do CTE não abriga a indicação do contribuinte goiano para responder pela lide como sujeito passivo solidário, em especial porque ele demonstrou o cumprimento da sua obrigação de informar ao setor fiscal sobre a operação realizada, o que mostra a ausência de interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação tributária, condição primeira para suporte da indicação de polo passivo solidário da lide prevista no referido artigo. Por isto, concluo o meu convencimento de que ele deve ser excluído da relação processual.

Para encerrar este voto, o faço para acolher o pedido de exclusão do sujeito passivo solidário, identificado no documento de fl. 04, da lide.

Com isto, vejo que a indicação do fornecedor goiano dos produtos combustíveis, submetidos ao regime de substituição tributária pela operação anterior, não prospera porque ele não causou prejuízo a este Estado e nem concorreu para a prática do ato fiscal ilícito causador do lançamento tributário ora em discussão.

Vencido o questionamento preliminar, o julgador dirige ao mérito da ação, cujo voto contém o seguinte fundamento:

Antes de iniciar o discurso deste voto, esclareço que o pretendido pelo recorrente quanto aos precatórios como forma de liquidação do processo, o Conselho Administrativo Tributário se vê impedido, pelas razões que exponho:

O art. 3º da Lei nº 16.469/2009 insere que o processo administrativo tributário, para reconhecimento do direito de qualquer das partes, adotou a divisão que transcrevo:

“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.”

Entretanto, ao estabelecer a competência para apreciação e julgamento do contraditório pelo Conselho Administrativo Tributário, a legislação processual restringiu o poder decisório ao determinado no art. 6º da Lei nº 16.469/2009, que transcrevo:

“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.”

O direito do contribuinte de querer a quitação do seu débito tributário por meio de compensação com os precatórios de que é possuidor não se despreza, mas deve ser requerido de forma correta e dirigida a quem compete deferir ou indeferir o pretendido. Por esta razão, o Conselho Administrativo Tributário não aprecia o pleiteado pela parte de direito.

Em face à descrição do fato gerador do imposto, o responsável pelo cumprimento da obrigação de liquidar a parcela do imposto por substituição tributária pela operação anterior é do adquirente interestadual do álcool anidro combustível carburante, conforme previsão do art. 12-A do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97, que transcrevo neste voto:

“Art. 12-A. A refinaria de petróleo ou suas bases são substitutas tributárias em relação ao imposto incidente na operação anterior interna ou interestadual com álcool etílico anidro combustível - AEAC - e biodiesel - B100 - destinados a distribuidora de combustível que promover a saída da gasolina resultante da mistura com o AEAC ou óleo diesel resultante da mistura com B100 (Convênio ICMS 110/07, cláusula vigésima primeira).”

As Cláusulas décima nona e décima nona – A do Convênio 03/1999 e repetida nas Cláusulas vigésima e trigésima do Convênio 110/2007, estas últimas transcrita abaixo, referem-se à obrigatoriedade do adquirente interestadual sobre o recolhimento da parcela do imposto por substituição tributária pela operação anterior:

“Cláusula vigésima nona O disposto nos Capítulos III a V não exclui a responsabilidade do TRR, da distribuidora de combustíveis, do importador ou da refinaria de petróleo ou suas bases pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo as unidades federadas exigir diretamente do estabelecimento responsável pela omissão ou pelas informações falsas ou inexatas o imposto devido a partir da operação por eles realizada, até a última, e seus respectivos acréscimos.

Cláusula trigésima O contribuinte substituído que realizar operação interestadual com combustíveis derivados de petróleo, com AEAC e com B100 será responsável solidário pelo recolhimento do imposto devido, inclusive seus acréscimos legais, se este, por qualquer motivo, não tiver sido objeto de retenção ou recolhimento, ou se a operação não tiver sido informada ao responsável pelo repasse, nas formas e prazos definidos nos Capítulos III a VI.”

Após estas citações, eu me convenço de que as peças que compõem este processo me motivam ao entendimento de que o julgamento do mérito da questão assiste razão ao sujeito ativo (Estado). Estudei a sua formalização na sessão de julgamento cameral, que após ser concluído, obtive o consenso unânime dos componentes desta Câmara Julgadora da procedência do auto de infração e que produziu efeito resolutivo do processo sem modificar a constituição do crédito.

Observei o comparecimento do polo passivo nas fases de defesas e inferi que ele não me permite reformar a decisão proferida pela Primeira Instância porque nenhuma prova substancial instruiu a alegação que compôs o seu contraditório.

Com relação ao trabalho originário deste volume, a fiscalização lança o crédito tributário no documento fundamental deste processo e reclama a parcela do imposto do sujeito passivo, que ele deixou de atender no prazo legal, visto que as espécies de operações de saídas de mercadorias no seu estabelecimento se fizeram com substituição tributária pela operação anterior, cujo imposto incidente não houve o recolhimento no prazo legal. Constatei que houve prejuízo ao erário estadual causada pela operação interestadual realizada nos prazos investigados pela fiscalização, tanto que ocasionou a descrição do fato gerador do tributo no auto de infração e que foi citada no inrôito deste discurso.

De acordo com as normas legais vigentes, o contribuinte que estiver submetido a recolhimento do imposto de forma especial deve se ater às normas e aos prazos de cumprimento de suas obrigações tributárias principal ou acessória, procedimento este que o contribuinte não adotou.

Ocorre que, no momento da ação fiscal, o sujeito passivo não comprovou o pagamento da parcela do imposto retido e é considerado pela fiscalização como incurso no descumprimento da sua obrigação tributária, a qual se achava vinculado. Portanto, a busca da receita omissa é direito que a fiscalização não despreza, motivo pelo qual o lançamento de ofício é a forma legal para a exigência do crédito fazendário pendente e este não nasce isolado da penalidade pecuniária prescrita em lei.

À míngua de provas favoráveis a qualquer alteração do processo, este segue o seu curso normal à fase de cobrança do “quantum” reclamado pela autoridade fazendária na peça de sustentação deste volume.

Infere-se, ainda, que a exigência fiscal está amparada pela legislação que rege a matéria. O contribuinte está perfeitamente identificado nos autos e em consonância com os ditames da lei processual de forma que o trabalho fazendário ganha espaço para a exigência do valor reclamado na peça sustentatória deste volume.

Pelo exposto, opino pelo regular prosseguimento do respectivo processo administrativo tributário, haja vista a inconsistência das alegações defensórias, razão por que, ao proferir o meu voto, conheço dos fundamentos do recurso voluntário, nego-lhes provimento para confirmar a decisão singular que julgou procedente o lançamento nos termos da inicial.

Sala das sessões, em 13 de maio de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária (ST) (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00966/13

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Omissão de recolhimento de ICMS substituição tributária. Improcedência.

1. O ICMS não incide sobre operações com livros, jornais e periódicos e o papel destinado a sua impressão (Lei nº 11.651/91, art. 37, I, "d");

2. Estando comprovado nos autos que as mercadorias objeto do lançamento estão alcançadas pela imunidade tributária prevista na Constituição Federal e na legislação tributária estadual de regência, deve ser declarado improcedente o lançamento.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de maio de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco no presente processo é no sentido de que a autuada, na qualidade de substituta tributária, deixou de fazer a retenção do imposto no momento da saída das mercadorias constantes das Notas Fiscais nº 013663, 013664, e 013665, emitidas com destino a contribuinte estabelecido no território goiano.

Foram mencionados como infringidos os artigos 45 e 51, § 3º, da Lei n. 11.651/91, c/c artigos 35 e 51, §1º, do Anexo VIII, do Decreto n. 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso III, alínea "a", da Lei n. 11.651/91.

Foi arrolada como solidária nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, a empresa [...], destinatária das mercadorias.

O lançamento foi instruído com o Termo de Apreensão nº 1100112330-9, relativamente à apreensão das Notas Fiscais nº 13663, 13664 e 13665 e com a observação no sentido de que as mercadorias nelas constantes seguiram com o transportador.

O não comparecimento das autuadas para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação à primeira instância encontra-se registrado nos termos de revelia de fls. 19 e 20.

Novamente intimadas verificou-se o comparecimento da empresa [...] LTDA, por meio da peça de impugnação de fls. 27 a 28, objeto do presente julgamento, afirmando que a autuação viola frontalmente as disposições constitucionais vigentes, tendo em vista que não se trata de livro eletrônico (CD-ROMS, fitas cassetes, vídeos, etc), mas sim, livros sem mídia.

A título de prova do alegado, promoveu a juntada de 07 (sete) livros.

A solidária [...], por seu turno, compareceu ao processo por meio da peça de fls. 40 a 43, alegando, inicialmente, que o lançamento deve ser declarado nulo por insegurança na determinação da infração, tendo em vista que os autores do procedimento não observaram a não-incidência prevista no art. 37, inciso I, alínea "d", do Decreto nº 4.852/97 que assevera que o imposto não incide sobre a operação com livros, jornais e periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Quanto ao mérito, discorre sobre a imunidade constitucional dos livros desde a constituição de 1946 até a atual constituição de 1988, motivo pelo qual, entende que o lançamento deve ser considerado improcedente.

É o relatório.

DECISÃO

Observo, inicialmente, que a Constituição Federal de 1988 assevera que é vedado à União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir impostos sobre **livros**, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (art. 150, inciso VI, alínea "d").

A limitação do poder de tributar acima mencionada que é corolário do direito a informação e a educação - também garantidos pela Constituição Federal -, encontra-se positivada na legislação tributária estadual por meio da Lei nº 11.651/91 que assevera que o ICMS não incide sobre operações com **livros**, jornais e periódicos e o papel destinado a sua impressão (art. 37, I, "d").

Nesse ponto cumpre ressaltar que a controvérsia instalada nos Tribunais de Justiça dos Estados em relação à imunidade tributária dos livros eletrônicos, será resolvida brevemente, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 330817-RJ, reconheceu a repercussão geral da questão.

Observo, no entanto, que no caso vertente não há falar em controvérsia, tendo em vista que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais apreendidas são livros didáticos impressos em papel e encadernados, conforme faz prova os volumes juntados pela autuada a título de amostragem, não pairando, portanto, nenhuma dúvida no sentido de que estão alcançados pela imunidade tributária, situação que impõe a declaração de improcedência do lançamento.

Embora contrastando com o ambiente de julgamento de processo administrativo tributário cujo foco é o controle da legalidade, ou seja, verificar se o lançamento do crédito tributário se amolda à letra fria da lei, abro um parêntese para lembrar a magistral lição deixada pelo poeta CASTRO ALVES no poema "O livro e a América" onde, em momento de extrema inspiração, deixou para a posteridade a sua impressão sobre a importância do livro para a humanidade que, em razão da profundidade, beleza e atualidade, merece, pode e deve ser lembrada em qualquer ambiente e em todos os momentos de nossas vidas. Vejamos:

"[...]

Por isso na impaciência

Desta sede de saber,

Como as aves do deserto

As almas buscam beber...

Oh! Bendito o que semeia

Livros... livros à mão cheia...

E manda o povo pensar!

O livro caindo n'alma

É germe - que faz a palma,

É chuva - que faz o mar.

"[...]"

Fecho o parêntese para concluir que não é absurdo imaginar que a lição do genial poeta tenha servido de inspiração para o legislador constituinte vedar a cobrança de impostos em relação à operação com livro, assegurando, dessa forma, que nenhum entrave de ordem tributária possa ser colocado na sua trajetória do autor até o leitor.

À conta do exposto, deixo de apreciar a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração nos termos do art. 18, § 1º, do Decreto nº 6.930/09 para conhecer da impugnação, dar-lhe provimento e considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões, em 29 de maio de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Omissão do ICMS na importação de mercadorias realizada por empresa integrante do grupo econômico signatário de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02301/13

Relator: Conselheiro Alcedino Gomes Barbosa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão do ICMS na importação de mercadorias. Improcedência.

Os benefícios fiscais concedidos a grupo econômico signatário de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, supedaneado por lei específica, são extensivos individualmente a cada uma das empresas integrantes do conglomerado e por isso improcedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de outubro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Lidilone Polizeli Bento e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Notícia a inicial que o contribuinte deixou de pagar, no momento do desembaraço aduaneiro, a diferença do ICMS referente à importação das mercadorias ou bens constante da NFe 000.160, de 20/12/2002, da Declaração de Importação nº 12/2042959-9 de 31/10/2012, conforme documentos anexos. Em consequência, deverá pagar o tributo na importância de R\$ 609.142,35 juntamente com as cominações legais.

OBS: Importou mercadorias constantes da DI acima mencionada, deixando de tributar na NFe, a Adição de nº 12/2042959/023, "outras maqs. e apar. P/ moldar borracha plast.", inscrita no NCM 8477.59.90 e despesas pela Receita Federal do Brasil, constantes da DI, retificadora datada de 11/12/2012, referentes a multa no valor de R\$ 2.500,00 e Lanc. de Ofício do Imposto de Importação no valor de R\$ 101,38.

Valor da Operação	R\$ 4.113.548,04
ICMS Devido na Importação	R\$ 699.303,17
ICMS Recolhido	R\$ 90.160,82
Diferença a recolher	R\$ 609.142,35

A autoridade lançadora indicou como infringida as disposições dos artigos 71, III, "a", da Lei 11.651/1991 c/ redação da Lei 11.750/1992. Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, III, "a", da Lei 11.651/1991 c/ redação da Lei 17.917/2012.

Para instrução do lançamento foram juntados os seguintes documentos: Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 03); cópias de DANFE (fls 04-06); cópia de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE (fls. 07-09); Extrato de Declaração de Importação de Consumo (fls. 10-48); Extrato da Solicitação de Retificação da DI (fls. 49-63); cópia de Procuração (fls. 64-66).

A parte passiva foi intimada em 05/02/2013 para pagar a quantia exigida ou apresentar Impugnação à Primeira Instância, conforme documentos de fls. 67-68. Porém, não se manifestou, tornando-se Revel, conforme documentos de fls. 69.

Face ao anteriormente exposto, o sujeito passivo foi cientificado a impugnar o auto de infração em Segunda Instância em 12/04/2013 ou cumprir a obrigação tributária principal conforme documentos de fls. 71-72.

O sujeito passivo apresentou Impugnação à Segunda Instância (fls. 75-85), onde alegou que tendo em vista que o signatário do TARE é a [...] e a importadora é a [...], sugeriu a dúvida pertinente quanto à aplicabilidade dos benefícios fiscais contidos na lei 17.442/11 à última.

E que tal dúvida, que aparentemente supedaneou a lavratura do auto de infração ora combatido surgiu pelo escopo inovador de tal legislação, a qual visou incentivar não a um único contribuinte, mas a todas as pessoas jurídicas vinculadas a grupo econômico que efetuar investimento no Estado.

Ressaltou que embora em nenhum momento o agente fiscal tenha ao menos cogitado a aplicação da lei em tela ou os motivos pelo qual a mesma não se aplicou, não obstante as insistências do Contribuinte em afirmar a aplicação da mesma, são certas que a [...] e a [...] compõe um grupo econômico.

Asseverou que 100% (cem por cento) das vendas da Contribuinte são efetuadas para a [...], como pode ser verificado pelo extrato do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED. Descreveu que 100% (cem por cento) dos produtos vendidos pelo Contribuinte são produtos acabados e o contribuinte é uma subsidiária integral da [...], como demonstra o Livro de Ações Nominativas da [...]. Assim, não pairou qualquer dúvida quanto à aplicabilidade das disposições da Lei nº 17.442/11 ao Contribuinte.

Arguiu que dentre as diversas regras de exceções previstas na Lei nº17.442/11 destacou-se a aplicável aos processos de importação, prevista no artigo 4º da mencionada Lei e, que tal tratamento encontra eco na cláusula 6º do TARE nº 001-019/2012 - GSF.

Alegou que a incidência regulamentar do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de produtos importados é afastada em prol da incidência do tributo no momento de entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte, na hipótese de importação de insumo, ou em 48 (quarenta e oito) parcelas iguais, mensais e sucessivas, no caso de importação de bens destinados a integração ao ativo imobilizado. Com isso, restou comprovado, portanto, que a

premissa para a lavratura do Auto de Infração ora combatido, qual seja, do pagamento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro, afrontou a literalidade do tratamento fiscal específico previsto no artigo 6º da Lei 17.422/11 e da Cláusula Sexta do TARE nº 001-019/2012 - GSF. Assim, tornou-se indispensável o cancelamento do presente auto de infração.

Quanto à vedação ao confisco e o Princípio da Boa Fé Objetiva, alegou que a recorrente agiu com boa fé, eis que não há qualquer fraude, dolo ou simulação. Que o auto de infração, somente, foi lavrado em razão da divergência na interpretação da legislação tributária estadual. Descreveu também que o princípio constitucional da vedação ao confisco, previsto no art. 150, IV, da CF/88, encontrou-se flagrantemente violado, pois, conforme dispões no Auto de Infração, a multa é totalmente desproporcional. Portanto, não poderia a multa de mora perfazer um montante tão exorbitante, pois superior ao valor originário do Auto de Infração.

No caso, em análise, sob o débito fiscal do auto de infração foi aplicado multa de 120% (cento e vinte por cento), com base no art. 71, III, "a", da Lei Estadual nº 11.651/1991. Arguiu também que, com a aplicação da multa pressupõe a existência de uma penalidade, e está sendo fulminada pela nulidade, há de se concluir a inexistência de multa. E no presente caso, é de rigor, o acatamento do vício presente na autuação.

Descreveu que se no caso posto demonstrou-se com nitidez a intenção confiscatória da multa, cobrada pelo agente fiscal, em virtude do montante cobrado ultrapassar o valor do ICM, devido a isso, a multa deve ser reduzida para o patamar razoável. Ao final, solicitou pelo cancelamento do auto de infração.

A Segunda Câmara deste Conselho, em sessão realizada em 12/07/2013, resolveu, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência e encaminhar os autos à Superintendência de Administração Tributária, SAT, para que seja esclarecido o verdadeiro alcance do benefício previsto no parágrafo único da cláusula sexta do TARE citado. Em seguida, retorne-se para julgamento.

A SAT/GTRE, através do Despacho nº 060/2013-GTRE (fls. 164-170), alegou que a Lei 17.442/11 que concedeu o benefício em questão para o grupo econômico e não para um estabelecimento isolado. Relatou que o TARE nº 019/12-GSF, que tem fundamento de validade na referida Lei, não poderia tratar a matéria de forma diferente. Entretanto, um lapso, quando da redação do parágrafo único da cláusula sexta, o termo "grupo econômico" foi omitido, fazendo referência somente ao termo "acordante".

Argumentou que se tratou, portanto, de mero erro de redação que não tem o condão de restringir o benefício dado pela Lei, qual seja, a possibilidade de os estabelecimentos pertencentes ao grupo econômico poderem lançar a débito, em 48 (quarenta e oito) parcelas iguais, mensais e sucessivas, o valor do ICMS devido na importação de bens do ativo imobilizado, conforme o disposto no art. 6º da Lei nº 17.442/11. Arguiu que por outro lado, o auto de infração em tela constitui crédito

de ICMS pelo não pagamento no momento do desembaraço e não por ter sido lançado a débito em 48 (quarenta e oito) parcelas.

Assim, conforme se observou nas transcrições supra, há previsão expressa para que todos os estabelecimentos pertencentes ao grupo econômico possam liquidar o ICMS devido na importação, mediante lançamento na escrituração fiscal, conforme art. 3º, III, da Lei nº 17.442/11 e *caput* da cláusula sexta do TARE nº 019/12-GSF.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano considero que o auto de infração é improcedente. De fato, laborou em erro a autoridade fiscal ao querer imputar ao sujeito passivo, no momento do desembaraço aduaneiro, a omissão da diferença do imposto relativo à importação de mercadorias ou bens constantes da documentação fiscal eletrônica e outros documentos.

Ao compulsar os autos, verifico que a impugnante [...], é parte integrante do grupo econômico [...] e, sendo este, signatário do TARE 019/12 – GSF, os benefícios concedidos por força do artigo 3º, inciso III, e artigo 6º, parágrafo único, ambos da Lei Estadual nº 17.442/2011, para que na importação de bem para integração ao ativo imobilizado, o débito correspondente ao ICMS devido pode ser dividido em até 48 (quarenta e oito parcelas) iguais, mensais e sucessivo, é extensivo a todas as empresas que compõem o grupo econômico, considero que razão assiste ao sujeito passivo quando requer a desconstituição do presente crédito tributário.

Por esclarecedor, transcrevo abaixo, parte do Despacho nº 060/2013, de fls. 164 a 166 destes autos, exarado pela Superintendência de Administração Tributária – SAT, em decorrência do disposto na Resolução cameral nº 084/2013, de fls. 162, o qual adoto como razão de decidir, “*verbatim*”:

“A Lei nº 17.442, de 21 de outubro de 2011, que dispõe sobre o tratamento tributário do ICMS dispensado a grupo econômico, em seu inciso III do artigo 3º, trata da matéria da seguinte forma:

“Art.3º O tratamento tributário conferido ao grupo econômico compreende:

[...]

III – o pagamento do imposto devido na importação do exterior mediante lançamento a débito na escrituração fiscal.

[...]

Art. 6º. A liquidação do ICMS incidente na importação do exterior, de matéria prima, de produto intermediário e de material de embalagem, pode ser feita por ocasião da entrada dos mesmos no estabelecimento da beneficiária, localizado neste Estado, mediante o registro a débito no livro Registro de Apuração do ICMS.

Parágrafo único. Na importação de bem para integração ao ativo imobilizado, o débito correspondente ao ICMS devido pode ser dividido em até 48 (quarenta e oito) parcelas iguais, mensais e sucessivas.”

[...]

A cláusula sexta do TARE nº 019/12-GSF, por sua vez, assim dispõe:

“Cláusula sexta. A liquidação do ICMS incidente na importação do exterior, de matéria-prima, de produto intermediário e de material de embalagem, pode ser feita por ocasião da entrada dos mesmos nos estabelecimentos pertencentes ao grupo econômico da Acordante localizado neste Estado, mediante o registro no campo próprio da EFD.

Parágrafo único. No caso da importação de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento da ACORDANTE, localizado no Estado de Goiás, o lançamento a débito poderá ser realizado em 48 (quarenta e oito) parcelas mensais, iguais e sucessivas, a partir do mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento e o crédito do imposto ser apropriado na forma da legislação vigente à data da assinatura deste termo de acordo.”

Da transcrição acima, depreende-se que a Lei nº 17.442/2011 concedeu o benefício em questão para o grupo econômico e não para um estabelecimento isolado. O TARE nº 019/12-GSF, que tem fundamento de validade na referida Lei, não poderia tratar a matéria de forma diferente. Entretanto, por um lapso, quando da redação do parágrafo único da cláusula sexta, o termo “grupo econômico” foi omitido, fazendo referência somente ao termo “acordante”. Trata-se, portanto, de mero erro de redação que não tem o condão de restringir o benefício dado pela Lei, qual seja, a possibilidade, de os estabelecimentos pertencentes ao grupo econômico poderem lançar a débito, em 48 (quarenta e oito) parcelas iguais, mensais e sucessivas, o valor do ICMS devido na importação de bens do ativo imobilizado, conforme o disposto no art. 6º da Lei nº 17.442/11.

Por outro lado, o auto de infração em tela constitui crédito de ICMS pelo não pagamento no momento do desembaraço e não por ter sido lançado a débito em 48 (quarenta e oito) parcelas. Entretanto, conforme se observa nas transcrições supra, há previsão expressa para que todos os estabelecimentos pertencentes ao grupo econômico possam liquidar o ICMS devido na importação, mediante lançamento na escrituração fiscal, conforme art. 3º, III, da Lei nº 17.442/11 e *caput* da cláusula sexta do TARE nº 019/12-GSF.”

As considerações acima expostas são auto explicáveis e por isso nada mais devo acrescentar, dessarte acompanhado da unanimidade do voto de meus pares, conheço da impugnação, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 13 de novembro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Utilização indevida de benefício fiscal. Existência de crédito em dívida ativa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01061/13

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Utilização indevida de benefício fiscal. Omissão no recolhimento do ICMS. Confirma a decisão singular que considerou improcedente o auto de infração.

A decisão proferida pelo julgador singular, que julgou a ação pela improcedência da peça basilar, com base na própria formalização do crédito tributário, na disposição legal que suporta a constituição do crédito e nas provas existentes no processo, não se reforma no pronunciamento efetivado pela Segunda Instância.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 28 de janeiro de 2013, 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 Nivaldo Carvelo Carvalho, Victor Augusto de Faria Morato e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

A acusação fiscal, estampada no auto de infração, descreve a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária com a seguinte redação:

Remeteu, em operação interna, mercadorias acobertadas pelas notas fiscais relacionadas no Termo Aditivo deste auto, utilizando, indevidamente, já que apresenta débito inscrito em dívida ativa, a redução da base de cálculo prevista no art. 8º, inciso VIII do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, conforme documentos anexos. Em razão desta ocorrência, a fiscalização exigiu o imposto do contribuinte no valor de R\$ 8.748,19 (oito mil, setecentos e quarenta e oito reais e dezenove centavos), com os acréscimo legais prescritos na Lei nº 11.651/91.

Para suporte da exigência tributária, a fiscalização capitulou a infração de acordo com os arts. 15, inciso I; 27; e 64 da Lei nº 11.651/91 combinados com os arts. 1º, § 1º e 8º, inciso VIII do Anexo IX; e art. 163, inciso V, Letra "b" do Decreto nº 4.852/97. Propôs a penalidade prescrita no art. 71, inciso VIII, alínea "a" agravada com a aplicação do § 9º, item I do CTE.

A fiscalização instrui o seu trabalho com uma cópia dos documentos: Termo Aditivo ao auto de infração, fls.03 e 04; Ordem de Serviço, fl.05; Emissão de Certidão de Débito, fl.06; Argumento de Pesquisa, fl.08; Base da Consulta, fl.09; Consulta Por Razão Social, fl.10 e documentos fiscais postos sob exames, fls. 11 a 100.

A atuada foi intimada em 27/1106, fls.101 e 102 e inaugura a fase contenciosa do processo administrativo tributário, fls.104 a 111 com a arguição da nulidade da peça básica, por cerceamento ao direito de defesa, caracterizada pela ocorrência de fragilidade na motivação do lançamento do crédito.

No mérito, argumenta que *"...uma análise detida permite concluir que é absolutamente improcedente, posto que a Impugnante tem ações judiciais ajuizadas para garantir e questionar o débito constante dos AI nº 3 0066516 945 10, 3 0065330 660 48, 3 0065123 010 21, 3 0065344 001 81 e 3 0065147 865 29."*

As ações são a Cautelar de Caução nº 200501351471 e a Ação Anulatória nº 200600680961, tendo havido deferimento de liminar na primeira para caucionar os débitos, como comprova o despacho de fls., os respectivos Termos de Caução e a Certidão Narratória, todos ora anexados.

Portanto, não há qualquer débito pendente, notadamente porque a DD. Juíza deferiu a liminar de caução e determinou a suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 151 do CTN, de acordo com a própria literalidade do despacho citado, fl. 110.

Ao final requer o acolhimento da preliminar arguida, e, no mérito, pleiteia a improcedência do auto de infração.

A tese impugnatória está instruída com as cópias dos seguintes documentos: intimação, fl.112; auto de infração, fls.113 e 114; Termo Aditivo, fls.115 e 116; Estatuto Social, fls.117 a 121; Procuração, fls.122 e 123; documentos pessoais, fls.124 e 125; Precatória de Cumprimento de Liminar, fl.126; Termo de Caução (Com Depósito), fls.127 e 128.

O julgador singular examina a formalização processual, e, após "a análise das circunstâncias envolvidas nos presentes autos, estou convencido de que as exigências fiscais que tenham como causa a utilização irregular de benefícios fiscais devem estar assentadas em auditorias que evidenciem a dinâmica da conta gráfica do ICMS do contribuinte.

Em face do anteriormente exposto, concluo que não há justa causa para sustentar a pretensão fiscal estampada na inicial, porque não se evidencia nos autos a alegada falta de pagamento do imposto", fls. 131 e 132, julga improcedente o auto de infração.

A Representação Fazendária, fls.133 e 134, discorda da decisão recorrida e externa a sua convicção no resumo, fl. 133, *"a constatação de uso indevido de benefício fiscal é perfeitamente sujeita a lançamento de ofício, na hipótese da situação ser detectada mediante exame das vias da nota fiscal pertencentes ao Fisco, coletadas por unidades fixas de fiscalização. Não há a necessidade de realização de auditoria básica do ICMS, embora tal irregularidade também possa ser constatada através da referida auditoria.*

Aliás, na hipótese de constatação desta irregularidade em auditoria básica do ICMS, o valor será lançado como débito de ofício, não ocorrendo qualquer compensação com eventual saldo credor constante da escrita do contribuinte (Instrução de Serviço nº 08/2005 - SGAF, de 06/09/2005, que aprova os roteiros de auditoria). Em suma, o argumento do Julgador para improceder o auto de infração não se sustenta, seja porque é cabível o lançamento independente da realização de auditoria básica, seja porque, mesmo que se realize auditoria básica, não se compensa tal débito com saldo credor do imposto informado na escrita."

Deixa claro que ocorreu omissão no recolhimento do ICMS, fato que lhe motiva a requer a reforma da decisão singular e a procedência do auto de infração.

O sujeito passivo contradita o parecer da Representação Fazendária, fls.138 a 143, com iguais alegações dispensadas na fase impugnatória. Requer a confirmação da decisão singular.

Os documentos de fls.144 a 149 instruem a peça de defesa.

A Câmara Julgadora do egrégio Conselho Administrativo Tributário, por meio da resolução de nº 010/08, fl.151, acata a proposição do Conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, com objetivo de ser informado sobre a liminar concedida ao polo passivo, fls. 126 a 128.

Em resposta à solicitação a Procuradoria Geral do Estado, no Despacho nº 0010/12, fl.153, informa, que tanto a Ação Cautelar quanto a Ação Anulatória encontram-se no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás desde 22/11/10 o que inviabiliza a consulta aos autos dos processos mencionados.

É o relatório.

DECISÃO

O lançamento do crédito tributário, redigido no auto de infração, tem por ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, a afirmação fiscal de que o sujeito passivo emitiu as notas fiscais relacionadas no Termo Aditivo desta auto, utilizando, indevidamente, da redução da base de cálculo na forma prevista no art. 8º, inciso VIII do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, pois o polo passivo tinha débito inscrito em dívida ativa, conforme provam os documentos fiscais, fls. 11 a 100.

No julgamento proferido pela Primeira Instância, o julgador analisou a questão e se convenceu de que, para a segurança do objetivo do lançamento fiscal, a fiscalização deveria ter balanceado a Conta Básica do ICMS, procedimento este que anularia a conta a pagar do imposto, visto que o saldo credor no mês de referência é superior ao exigido nesta autuação. Com base neste convencimento, ele vê que a causa de utilização de benefício fiscal se assenta em trabalho de auditoria, onde evidencia a dinâmica da conta gráfica do ICMS do contribuinte. Esta conclusão motivou-o a declarar improcedente o auto de infração, com a qual concordo para proferir o meu voto.

Em que pese a obrigatoriedade funcional das autoridades lançadoras na busca de possível receita tributária omitida pelo contribuinte, neste caso, vejo que a juntada das vias das notas fiscais emitidas com benefício fiscal previsto no art. 8º, inciso VIII do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, não resguarda o direito de sujeito ativo, visto que a referida norma disciplina:

“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).”

Em face à regra transcrita no parágrafo volvido, vejo que a declaração da improcedência do auto de infração, proferida pelo julgador singular, não comporta reforma nesta fase de julgamento do processo.

Para finalizar esta questão, voto conhecendo das razões do recurso do Representante da Fazenda Pública Estadual, negando-lhes provimento para confirmar a decisão singular que considerou improcedente o auto de infração, a qual ratifico.

Sala das sessões, em 19 de junho de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA BÁSICA DO ICMS - Utilização indevida de mais de um benefício sobre a mesma operação - Vedação (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01432/13

Relator: Conselheiro Márcio Nogueira Pedra

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Utilização de mais de um benefício sobre uma mesma operação. Vedação. Estorno do crédito outorgado. Procedência. Decisão unânime. 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. (RCTE, ANEXO IX, Art. 1º, § 6º).*

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 11 de julho de 2013, decidiu, 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 Márcio Nogueira Pedra, Alcedino Gomes Barbosa, Renato Moraes Lima, Carlos Andrade Silveira, Célia Reis Di Rezende, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Victor Augusto de Faria Morato, Rodolfo Ramos Caiado, Antônio Martins da Silva, Rickardo de Souza Santos Mariano, José Paixão de Oliveira Gomes, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

O auto de infração refere-se à omissão de pagamento do ICMS por ter o contribuinte escriturado, indevidamente, valores a título de crédito outorgado, referentes à saída interestadual de fertilizantes (art 11, inciso IX, Anexo IX, do Dec 4.852/1997) pois, em relação às mesmas operações, utilizou-se do benefício da redução de base de cálculo prevista no art 9º, inciso VII, Anexo IX, Dec 4.852/1997. A utilização simultânea dos benefícios está vedada pelo § 6º, art 1º, do mesmo Anexo e Decreto. Para todos os fins legais e com fulcro no § 2º, do artigo 19, Decreto nº 6.930, de 09 de junho de 2009, adoto o relatório constante do Acórdão da III CJUL nº 075/2013 , de fls 352, que abaixo transcrevo :

“Em 02/12/2011, o Fisco exige a pecuniária no valor de R\$ 1.389.186,43 (um milhão, trezentos e oitenta e nove mil, cento e oitenta e seis reais e quarenta e três centavos) da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter escriturado indevidamente valores, a título de crédito outorgado, referentes à saída interestadual de fertilizantes, no período de 01/11/08 a 31/12/08, 01/03/09 a 30/06/09, 01/09/09 a 31/12/09, 01/01/10 a 31/01/10, 01/03/10 a 31/05/10, 01/09/10 a 31/12/10, pois quando da emissão do documento fiscal já havia aproveitado o

benefício fiscal da redução de base de cálculo, revelando utilização simultânea de benefícios, que é vedada pela legislação.

Dados como infringidos os artigos 41, 43 e 64 do Código Tributário Estadual (CTE) e arts. 1º, § 6º, 11, IX e 9º, VIII, "c", do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE) e art. 86 deste, tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 71, IV, "a", do CTE, com redação da Lei nº 14.634/2003.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, Anexo Estruturado/Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 03/04), Anexo Estruturado/Descritivo Complementar da Ocorrência (fls. 05/06), demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS (fls. 08/28), Relação de Notas Fiscais de Saídas Interestaduais com Benefício Fiscal da Redução de Base Cálculo do Artigo 9º, VIII, "c" do Anexo IX do RCTE (fls. 29/123), cópias de livros Registro de Apuração do ICMS (fls. 124/278) e cópia do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) nº 224/05 - GSF (fls. 279/281).

Intimada em 12/12/2011 (fl. 282), a autuada apresenta impugnação (fls. 285/297), pedindo a improcedência do lançamento, aduzindo que os fatos narrados não correspondem às realidades dos fatos.

Afirma que celebrou em 17/11/2005, o Termo de Regime Especial - TARE nº 224/05 - GSF, com o Estado de Goiás, o qual, tinha como escopo principal e único oferecer a esta empresa igualdade de condições para competir com as indústrias situadas nas regiões "sul e sudeste", quando da realização de operações de saída das mercadorias para as regiões "norte, nordeste e centro oeste", das quais Goiás faz parte (grifou-se). Aduz também, que o TARE propiciou vantagem para as suas vendas efetivadas pela regional de Catalão, em detrimento de suas filiais situadas em Minas Gerais e São Paulo, tanto que, as saídas para essas regiões apresentaram volume bastante elevado conforme se pode comprovar pelos demonstrativos anexados pelo fiscal.

Alega que a redução da Base de Cálculo concedida com base no Convênio ICMS 100/07 e incorporada ao RCTE pelo art. 9º, inciso VIII do anexo 9, não comporta opção. Ela é impositiva, obrigatória, imperativa. Assim, é inquestionável que a base de cálculo deverá ser em todos os casos reduzida para 70%, correspondendo os 30% restante como a parte isenta da operação, não comportando a "opção" como quer o autuante (grifou-se).

Expressa que a parte reduzida da base de cálculo corresponde à parte isenta da operação; que as isenções devem ser interpretadas de forma literal (art. 111, do CTN), como também, que a vedação fixada no § 6º do art. 1º do RCTE não se aplica ao caso em análise.

Diz que esta amparada pelo TARE nº 224/05-GSF, concedido por prazo indeterminado, conforme Portaria nº 047/07-GSF, de março de 2007, sendo que essa Portaria estabelece que "mediante comunicação" a SEFAZ pode suspender a eficácia do TARE, como até o presente momento a empresa não recebeu comunicação, portanto, em pleno uso do benefício fiscal que lhe foi concedido.

Vindo o processo a julgamento em Primeira Instância, o julgador profere a Sentença nº 807/12 (fls. 315/317), em que decide pela PROCEDÊNCIA do lançamento.

Intimada, a autuada apresenta recurso voluntário (fls. 322/335), reiterando que a narrativa no auto de infração não corresponde à realidade dos fatos, acrescenta que o cerne da questão se prende na não aceitação pelo Fisco da utilização simultânea de dois benefícios fiscais conforme vedação estampada no § 6º, do artigo 1º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97.

Aduz, em síntese, que:

1) em 30/07/08, por ocasião da edição do Decreto nº 6.978, vigorava a Lei nº 13.194 de 26/12/97, com redação dada pela Lei nº 13.316, de 15/07/98, que vigorou até 29/12/08, vedando o uso simultâneo do crédito outorgado com o Programa FOMENTAR. Em 30/12/08 foi editado o Decreto nº 16.440 alterando a redação do item nº 5, incluindo o programa PRODUIZIR;

2) as alterações sempre foram no sentido de incluir e excluir o programa PRODUIZIR, sendo que pela Lei nº 16.440 acima citada a vedação engloba os dois programas - FOMENTAR e PRODUIZIR;

3) a Lei concedente desse Crédito Outorgado, objetivou excluir os benefícios de programas que por seus fundamentos fossem conflitantes ou por si só fossem suficientes para alcançar o objetivo pretendido, não tendo em momento algum se referido ao benefício da redução da Base de Cálculo, nem que pudesse (a Lei) ser aplicada de forma genérica como ocorrido. Assim, "é de se concluir pela ilegalidade da forma como foi implantada no § 6º do art. 1º do Anexo IX", eis que, discordante do texto legal e da intenção do legislador.

Conclui, à vista disso, que o "§ 6º do art. 1º do Anexo IX", acrescido que foi pelo art. 1º do Decreto 6.769 de 30/07/08, entra em contradição com a Lei concedente do crédito outorgado previsto na Lei nº 13.194 de 26/12/97, que veda explicitadamente a não cumulatividade apenas com benefício dos programas FOMENTAR ou PRODUIZIR, não devendo, portanto ser estendido a outros programas. Dessa forma, o presente processo deve ser apreciado a luz do referido diploma legal e não baseado no § 6º do art. 1º do Anexo IX do RCTE.

No tocante aos pedidos, pede que o dispositivo legal de enquadramento da irregularidade relatada pelo fisco (§ 6º do art. 1º do Anexo IX do RCTE) seja ignorado em todo seu aspecto e abrangência; que o procedimento seja julgado à luz da Lei nº 13.194/97, que concedeu o benefício fiscal ora questionado pelo fisco, julgando improcedente a exigência formulada no auto de infração."

O ilustre Conselheiro, autor do voto vencedor no julgamento cameral e, por conseguinte, do relatório supra transcrito, encaminhou-se diretamente ao mérito da questão, citando o dispositivo que veda a fruição simultânea dos benefícios fiscais, isto é, o § 6º, art 1º, do Anexo IX, RCTE. A Câmara confirmou,

por maioria de votos, a sentença singular, declarando a procedência do auto de infração.

A atuada interpôs recurso ao Conselho Pleno, no qual repete os argumentos expostos quando da apresentação de seu recurso cameral. Aduz que a vedação à utilização cumulativa do benefício do crédito outorgado refere-se aos benefícios do FOMENTAR e PRODUIR. Que a redução de base de cálculo é benefício concedido por Convênio, sendo o seu uso obrigatório. Que as diversas alterações legislativas ocorridas demonstram que a intenção do legislador sempre foi vedar a utilização cumulativa do crédito outorgado com o FOMENTAR e com o PRODUIR. Afirma que a concessão do crédito outorgado teve a finalidade de propiciar, às empresas goianas, igualdade de condições com as grandes indústrias do setor de fertilizantes sediadas nas regiões sul e sudeste. Que, em decorrência do entendimento exteriorizado pela fiscalização, solicitou à Secretaria da Fazenda alteração na legislação, permitindo a cumulação dos benefícios de crédito outorgado e redução da base de cálculo. Que solicitou a edição retroativa da referida norma concessória. Que a legislação foi alterada, permitindo a utilização cumulativa dos benefícios, porém, a norma não retroagiu, ficando a data de vigência a partir da publicação do decreto. Insiste que o § 6º, art 1º, do Anexo IX, RCTE, não veda a utilização cumulativa do crédito outorgado e da redução da base de cálculo. Solicita a improcedência do lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

Toda as questões trazidas a lume pela defesa se referem ao mérito. Além disso, toda a discussão se trava em torno da regra estipulada pelo § 6º, art 1º, do Anexo IX, RCTE. Este dispositivo legal determina que *“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.”*

A norma é por demais clara e sua interpretação não requer maiores elucubrações. Está vedada a utilização simultânea de mais de um benefício fiscal sobre uma mesma operação. A única exceção possível refere-se a norma contrária, isto é, permitindo a cumulação de benefícios, contida no próprio dispositivo que concede o benefício. No hipótese do crédito outorgado, ora em discussão, esta exceção se concretizou através do Decreto nº 7.620, de 16 de maio de 2012, o qual acresceu alínea “c” ao inciso IX, do artigo 11, Anexo IX, RCTE, autorizando a utilização cumulativa com a redução de base de cálculo prevista na alínea “c”, do inciso VIII, do artigo 9º, do mesmo diploma legal. Ocorre que o citado dispositivo passou a vigorar a partir de 15 de junho de 2012, enquanto o lançamento se refere aos exercícios de 2008, 2009 e 2010. Como se sabe, aplica-se ao lançamento a legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador (artigo 144, CTN). Destarte, a edição, posterior aos fatos, de norma admitindo a

cumulação dos benefícios fiscais citados, não tem o condão de elidir a acusação formulada pelo Fisco.

Outra alegação do contribuinte refere-se à circunstância de que a norma só teria proibido a cumulação, do benefício do crédito outorgado, com os benefícios decorrentes dos programas FOMENTAR e PRODUZIR. Tal conclusão decorreria da redação do item 5, alínea “b”, inciso II, artigo 2º, da Lei nº 13.194, de 26/12/1997 e alterações posteriores. Pois bem, o dispositivo citado contém a seguinte dicção :

“Art. 2º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado, na forma e condições que estabelecer, a conceder:

[...]

II - crédito outorgado do ICMS:

[...]

b) equivalente à aplicação de até 5% (cinco por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, mantido o sistema normal de compensação do imposto, na saída:

[...]

ACRESCIDO O ITEM 5 À ALÍNEA “B” DO INCISO II DO ART. 2º PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.316, de 15.07.98 - VIGÊNCIA: 01.06.98.

5. interestadual, promovida por empresa fabricante, de insumos agropecuários expressamente relacionados em ato do Chefe do Poder Executivo, desde que o beneficiário esteja em dia com suas obrigações tributárias e não haja utilização cumulativa com o benefício do Programa FOMENTAR;

NOTA: Redação com vigência de 01.06.98 a 29.12.08.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO ITEM 5 À ALÍNEA “B” DO INCISO II DO ART. 2º pelo ART. 5º DA LEI Nº 16.440, DE 30.12.08 – vigência: 30.12.08.

5. interestadual, promovida por empresa fabricante, de insumos agropecuários expressamente relacionados em ato do Chefe do Poder Executivo, desde que não haja utilização cumulativa com o benefício dos programas FOMENTAR ou PRODUZIR;”

Na interpretação da norma acima, a primeira observação a ser feita é de que o Poder Legislativo autorizou o Chefe do Poder Executivo a conceder crédito outorgado, aos contribuintes do ICMS, na forma e condições que ele, Chefe do Poder Executivo, estabelecer. A norma autorizativa não deixa dúvidas. O benefício será concedido na forma e condições estabelecidas pelo Chefe do Poder Executivo. Outra observação cabível é de que a Lei nº 13.194/1997 não concede o benefício, ela autoriza a concessão do benefício. Ora, o benefício foi concedido pelo inciso IX, artigo 11, Anexo IX, do Decreto 4.852/1997, com a redação seguinte:

“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.

ACRESCIDA A ALÍNEA “C” AO INCISO IX DO ART. 11 PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 7.620, de 16.05.12 - VIGÊNCIA: 15.06.12.

c) o benefício pode ser utilizado cumulativamente com o da redução da base de cálculo previsto na alínea “c” do inciso VIII do art. 9º deste Anexo;”

Note-se que, até 15 de junho de 2012, inexistia regra permissiva para a utilização simultânea da redução de base de cálculo, contida na alínea “c” do inciso VIII do artigo 9º do Anexo IX, RCTE, com o crédito outorgado previsto no inciso IX, acima transcrito. Além disso, existia norma vedando a utilização simultânea de benefícios fiscais em uma mesma operação, conforme determinação contida no § 6º, art 1º, do Anexo IX, RCTE, *verbis* :

“§ 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.”

Finalmente, o contribuinte alega que a utilização do benefício da redução de base de cálculo decorre de Convênio ICMS e é obrigatória, não comportando opção. Pois bem, se é assim, cabe ao contribuinte utilizar o benefício da redução de base de cálculo, não sendo esta situação justificativa para fazer uso cumulativo do crédito outorgado, ignorando a determinação de vedação de uso de mais de um benefício fiscal. O legislador, ao estabelecer que, na hipótese de mais de um benefício fiscal sobre a mesma operação, cabe ao contribuinte optar por apenas um deles, quis se referir à possibilidade de o contribuinte manter um benefício fiscal dentre aqueles que lhe são oferecidos. Se a utilização da redução da base de cálculo foi concedida por Convênio e deve constar da nota fiscal, então o caminho do contribuinte é manter o referido benefício, abstenendo-se do uso do crédito outorgado. É a direção que o contribuinte necessita seguir por força das normas que regulam os benefícios. Além disto tudo, bem de ver que a utilização do benefício da redução da base de cálculo é mais vantajosa para o contribuinte.

Em suma, consoante já afirmado supra, a defesa não consegue elidir a acusação formulada pelo Fisco. Inevitável concluir que a utilização do benefício do crédito outorgado foi mesmo irregular. Voto conhecendo do recurso e negando-lhe provimento, para manter a decisão cameral e considerar procedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 01 de agosto de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA COMPARATIVA CONTÁBIL - FISCAL - Omissão de saída de mercadoria tributada - suprimento indevido de caixa (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01021/13

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Imposto apurado em auditoria comparativa contábil.

Presume-se decorrente de operação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal correspondente ao suprimento de caixa sem a devida comprovação de sua origem.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16 de maio de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Antônio Martins da Silva. Vencido o Conselheiro Edson Abrão da Silva. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Edson Abrão da Silva e Antônio Martins da Silva. A sessão foi realizada por maioria simples, 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, em virtude de ausência de Representante dos Contribuintes.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo omitiu registro de operação de saída de mercadoria tributada, referente ao exercício de 2011, caracterizado pelo suprimento indevido de caixa, na forma de registro a maior de saídas na escrituração contábil digital, conforme auditoria comparativa contábil fiscal, documentos anexos.

O crédito tributário foi considerado procedente em primeira instância.

Em recurso interposto o sujeito passivo, requer a exclusão do sócios da sujeição passiva, arrolados na condição de solidários, com fundamento em decisões do Superior Tribunal de Justiça. Sustenta a inconstitucionalidade da penalidade capitulada, citando jurisprudência a respeito. Em seguida argumenta sobre a equivocada lavratura da autuação, dada a existência de erro no trabalho da fiscalização, haja vista a transcrição de dados dos livros não serem idênticos. Pede a improcedência.

DECISÃO

Por força do art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91 - CTE, conforme indicado às fls. 5 e 6, são confirmadas, na sujeição passiva, as pessoas dos sócios administradores Renata Melo e Artur Moreira de Castro, visto que o item 2 da Consolidação da Alteração Contratual, fls. 9, consignam administradores da empresa, senão vejamos:

Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;

O fundamento de validade do referido art. 45 do Código Tributário Estadual é o art. 124 do Código Tributário Nacional, único que dispõe sobre solidariedade, nos seguintes termos:

CAPÍTULO IV

Sujeito Passivo

[...]

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Não pairam dúvidas que a redação do *caput* do art. 45 do Código Tributário Estadual ao expressar “*pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”, processa uma relação umbilical com o disposto no inciso I do art. 124 da Lei 5.172/66.

Porquanto, não é a situação de que a redação do inciso XII do art. 45 da Lei 11.651/91, tenha tomado expressão utilizada no art. 135 do Código Tributário nacional, que conduz a sua validade àquele dispositivo, dado que se cuida de responsabilidade de terceiros.

São coerentes com a melhor doutrina as definições oferecidas pelos art. 35 e 37 do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás, Decreto 4.852/97, corroborando o entendimento dado, ou seja, não há como confundir institutos distintos, assim:

Art. 35. Solidariedade é o vínculo que se estabelece entre mais de uma pessoa, natural ou jurídica, por meio do qual cada uma responde pelo total da obrigação tributária.

[...]

Art. 37. Responsabilidade é a atribuição conferida à terceira pessoa de assumir a obrigação tributária, excluindo a do contribuinte, exceto quando este tenha concorrido para a prática da infração à legislação tributária.

Vê tratar-se de uma sujeição passiva solidária decorrente de lei específica aplicável ao caso concreto, fundada pelo Código Tributário Nacional.

Desse modo, não acolhido o pedido de exclusão da sujeição passiva dos responsáveis solidários indicados.

Quanto ao mérito, a matéria oferecida é relativa à auditoria comparativa contábil fiscal de vendas consistente, como o próprio nome diz, na *“comparação analítica dos valores escriturados nos livros fiscais próprios com os valores lançados na escrituração contábil do contribuinte”*, conforme conceituado pelo Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais – Volume I, da IS 002/2001 – DFIS.

Continua a dispor a referida instrução que o objetivo dessa auditoria é *“constatar anomalias indicadoras de erros ou artifícios contábeis, que via de regra apresentam-se como registro de vendas a maior na contabilidade, cometidas para ocultar a verdadeira origem desses valores, e que autoriza, por conseguinte, considerá-los, exceto se houver prova em contrário, como procedentes de vendas de mercadorias ou prestações tributadas não registradas, com a conseqüente sonegação do imposto.*

NOTA 1: A ocorrência de registro de vendas de mercadorias, tributadas ou não, a maior na escrituração contábil é considerada suprimento ilegal do caixa escritural.”

No caso em estudo a fiscalização detectou que o sujeito passivo simplesmente registra uma complementação de valor no livro contábil sem respaldo deste no livro fiscal próprio, portanto caracterizado que sobre esta parcela não houve o correspondente pagamento do imposto.

Quanto ao fato tributário em si, o recorrente volta a insistir numa incorreção da auditoria nos mesmos termos da impugnação, por isso tomada a coerente e suficiente fundamentação dada pelo o Ilustre Julgador Jeovalter Correia Santos, em sua sentença, com devida licença, da seguinte forma:

“Por último, ainda em questão de mérito, a impugnante reclama que houve incorretamente considerados no levantamento fiscal. Exemplifica o mês de janeiro/2011 como tendo sido considerado, pelo fisco, escriturado no Livro apuração do ICMS, foi de R\$ 176.775,60 no Livro Apuração do ICMS, sendo que o valor correto seria R\$ 184.545,00. Compulsando os autos, verifica-se que no mês mencionado, realmente ocorre a diferença alegada, entretanto tal situação é decorrente da não consideração pelo Fisco, de forma acertada, dos valores de saídas a título de “remessa de bonificações, doações e brindes” cujos CFO’s são 5910 e 6910 conforme o Livro de Apuração do ICMS na fls. 46, portanto totalmente justificada diferença entre os valores considerados pelo fisco no levantamento de fls. 15 e o valor constante na escrita fiscal. Dessa forma, considero os fatos esclarecidos sem necessidade de revisão. A exigência deve prosperar.”

A diferença verificada constitui, conforme art. 25, § 1º, inciso, da Lei 11.651/91, suprimimento indevido de caixa, ou seja:

Art. 25.

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

[...]

III - ao suprimimento 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;

É importante esclarecer que a multa aplicada, capitulada na inicial, conforme abaixo transcrita, prevalece, pois não foi alterada pelo Poder Legislativo e nem declarada sua inconstitucionalidade de maneira geral e irrestrita pelo Judiciário, isso, relevando a restrita atividade deste Conselho referente ao exercício do controle da legalidade do ato. Desse modo, não encontra amparo a insistência do recorrente relativamente à sua confiscatoriedade, ou seja:

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;

[...]

§ 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;

Ante o exposto, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para considerar procedente o crédito tributário, confirmando a decisão singular atacada tal como lançada, por seus próprios e jurídicos fundamentos e por estes ora agregados, devendo permanecer na sujeição passiva, na condição de responsáveis solidários, os sócios administradores indicados em fls. retro.

Sala das sessões, em 13 de junho de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DA CONTA FORNECEDORES - Omissão de saída de mercadoria tributada - passivo fictício (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01819/13

Redator do Voto: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: Omissão de registro de mercadoria tributada, apurada em Auditoria da Conta Fornecedores. Passivo fictício. Aplicação parcial do benefício da redução da base de cálculo, prevista no inciso XIII do art. 8º do Anexo IX do RCTE, pela falta do cumprimento de condicionante, tendo em vista o contribuinte estar inadimplente com o tributo. Procedência parcial.

I - A fruição do benefício fiscal contido no art. 8º, inciso XIII, do Anexo IX do RCTE, relativo a operação interna com produtos de informática dispostos no Apêndice IV deste Anexo, não é aplicável para as saídas de mercadorias não registradas em livros próprios, detectada pela constatação do passivo fictício, nem para o contribuinte inadimplente com o ICMS, considerando que a regra disposta no § 7º do Art. 1º do Anexo IX do RCTE determina que a origem e o destino das mercadorias ou da operação devem ser comprovados por documento fiscal idôneo;

II - Nos termos do art. 8º, XIII do Anexo IX do Decreto n.º 4.852/97, a base de cálculo é reduzida somente para as saídas internas, relativamente aos produtos de informática amparados com tal benefício.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 25 de setembro 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 procedente em parte o auto de infração no valor da base de cálculo de R\$ 5.484.813,27 (cinco milhões, quatrocentos e oitenta e quatro mil, oitocentos e treze reais e vinte e sete centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 932.418,26 (novecentos e trinta e dois mil, quatrocentos e dezoito reais e vinte e seis centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Versam os autos que o sujeito passivo omitiu o registro de operação de saída tributada, no período de 01/01/2008 a 31/12/2008, na importância de

R\$5.974.803,09 (cinco milhões, novecentos e setenta e quatro mil, oitocentos e três reais e nove centavos) caracterizado pela existência de saldo credor escriturado em montante superior ao apurado na conta fornecedores, no final do exercício de 2008, conforme demonstra Auditoria da Conta Fornecedores.

O embasamento legal do Auto de Infração encontra respaldo nos artigos 25, §1º, inciso II e 64 da Lei nº 11.651/91, combinado com o artigo 141 do Decreto 4.852/97. A penalidade é a prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", § 9º, inciso II, da Lei 11.651/91 com redação das Leis nº 13.446/99 e 16.241/08.

Foram anexados aos autos: notificação fiscal, Auditoria da Conta Fornecedores, notas explicativas, cópias do Livro Razão, do Livro Diário, do Balanço Patrimonial, relação de títulos, títulos apresentados e pagamentos e relação de títulos não aceitos pela auditoria (fls. 04/678).

Devidamente intimada, a autuada comparece ao feito às fls. 682/683, em Primeira Instância, alegando que a juntada de documentos feita pelo Fisco se configura inconsistente, sendo assim, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O Julgador Singular, após analisar os autos, conheceu da impugnação, negou-lhe provimento e julgou procedente o lançamento de ofício de fls. 02, no valor originário constante da inicial, acrescidos das demais cominações legais (Sentença nº 3383/10-JULP, fls. 707/708).

Às fls. 712/713, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a presente autuação não procede, vez que o saldo credor existente na conta fornecedores se deve ao fato de que os pagamentos foram efetuados no ano seguinte, nas datas dos respectivos vencimentos, conforme relação de documentos de fls. 714/735 e documentos de fls. 736/958. Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração.

Conforme a Resolução nº 165/2010, a Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25/10/10, acatando proposição do Conselheiro Relator resolveu, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência e encaminhar o processo à Gerência Especial de Auditoria, para seu titular determinar que a autora do procedimento adotasse as seguintes providências: 1) verificar se os documentos de fls. 714 a 958, realmente não foram considerados na Auditoria da Conta Fornecedores e se os mesmos são capazes de alterar o resultado do lançamento; 2) caso seja necessário, elabore novos demonstrativos da Auditoria da Conta Fornecedores; 3) preste quaisquer outras informações que entender necessárias para a solução da lide (fls. 960/961).

De acordo com o Relatório de Revisão de fls. 963/964, em atendimento ao Despacho nº 4863/10 - GEAT, quanto à análise dos documentos juntados, a autuada apresentou uma relação de fornecedores de fls. 715 a 735, não aceita pela Revisão, tendo em vista que esta não se fez acompanhar pela totalidade dos documentos, mormente por incluir títulos emitidos no exercício de 2009. Relata que da análise dos documentos juntados constatou-se que a grande maioria dos

documentos apresentados foi mera repetição dos já apresentados na Notificação de fl. 10, sendo que os documentos aceitos na revisão estão relacionados a partir do item 305, fls. 973 na planilha "Duplicatas constadas como a Pagar no Final do Período de Auditoria". Ao final o valor foi alterado de R\$1.872.302,88 (um milhão, oitocentos e setenta e dois mil, trezentos e dois reais e oitenta e oito centavos) para R\$ 1.969.190,46 (um milhão, novecentos e sessenta e nove mil, cento e noventa reais e quarenta e seis centavos) (fls. 967/973), o que acarretou uma redução do passivo fictício de R\$ 5.974.803,09 (cinco milhões, novecentos e setenta e quatro mil, oitocentos e três reais e nove centavos) para R\$ 5.877.915,51 (cinco milhões, oitocentos e setenta e sete mil, novecentos e quinze reais e cinquenta e um centavos), conforme planilha Análise/Conclusão de fls. 966.

No que tange ao Recurso Voluntário à Segunda Instância de fls. 978/982, apresentado pelo sujeito passivo, o mesmo afirma que a Autoridade Fiscal declarou que houve saída de mercadoria não tributada, no montante de R\$5.974.803,09 (cinco milhões, novecentos e setenta e quatro mil, oitocentos e três reais e nove centavos) e que na fl. 26 do auto, há saldo inicial acumulado em aberto no montante de R\$1.305.274,08 (um milhão, trezentos e cinco mil, duzentos e setenta e quatro reais e oito centavos), bem como, à fl. 04, onde a fiscal autuante emitiu Notas Explicativas, esclarecendo ter abatido do valor do Livro Razão os valores aceitos pela auditoria feita por ela (fl. 979). À fl. 06 do auto foi acostada uma relação, emitida pela Autoridade Fiscal, na qual descreve as Duplicatas constadas como a pagar no final do período da Auditoria e que foram aceitas pela mesma, sendo que todas as duplicatas descritas nesta planilha têm a data de emissão dos títulos no ano de 2008 e a data do resgate no ano de 2009. No ano de 2008 o Livro Razão considerou um saldo em aberto no valor de R\$ 1.305.274,08 (um milhão, trezentos e cinco mil, duzentos e setenta e quatro reais e oito centavos) e que dentro deste montante há valores transportados dos anos 2006 e 2007, sendo assim, do valor ora autuado no ano de 2008, deveriam ter sido desprezados os valores de 2006 e de 2007, pois o saldo do ano de 2007 vem acumulado com o ano de 2006. Por fim, requer a improcedência do respectivo Auto de Infração ou que seja abatido do seu valor, os valores já autuados dos anos de 2006 e 2007.

Pela Resolução nº 78/2011 (fls. 984/985), a Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por proposição do Conselheiro relator, resolveu converter novamente o julgamento em diligência, junto à Gerência Especial de Auditoria, para que o seu ilustre titular, determine a autora do procedimento adotar os seguintes procedimentos: 1- Que exclua da base de cálculo do presente lançamento o valor de R\$ 679.620,22 (seiscentos e setenta e nove mil, seiscentos e vinte reais e vinte e dois centavos) relativo ao valor do passivo fictício constatado nos exercícios de 2006 e 2007, observando, se for o caso, a proporcionalidade prevista no artigo 25, § 2º, da Lei 11.651/91 (fls. 984/985); 2- Preste quaisquer outras informações julgadas úteis para a solução da lide.

A revisora apurou nova base de cálculo observando a proporcionalidade prevista no artigo 25, § 2º da Lei 11.651/91, o que provocou a redução do Passivo Fictício do valor de R\$932.418,26 (novecentos e trinta e dois mil, quatrocentos e

dezoito reais e vinte e seis centavos) para R\$694.312,92 (seiscentos e noventa e quatro mil, trezentos e doze reais e noventa e dois centavos).

Foi feita a juntada aos autos dos documentos de fls. 1003 a 1005 a pedido da Representação Fazendária (fls. 1002/1005).

Nova resolução foi exarada, a de nº 198/2011, em que a Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, decidiu por unanimidade de votos, acolher a proposição do Conselheiro Relator a fim de: 1) encaminhar os autos à Secretaria Geral a fim de desentranhar os documentos de fls. 987/989; 2) em seguida, encaminhar os autos ao Setor de Preparo Processual para intimar o sujeito passivo, para, caso queira, manifestar-se sobre o resultado da diligência de fls. 1003/1005 e 991/998 (fls. 1006/1008), tendo o patrono da autuada quedado inerte.

A segunda câmara julgou parcialmente procedente o auto de infração no valor apurado na revisão fiscal, sobre a base de cálculo de R\$5.484.813,27 (cinco milhões, quatrocentos e oitenta e quatro mil, oitocentos e treze reais e vinte e sete centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$932.418,26 (novecentos e trinta e dois mil, quatrocentos e dezoito reais e vinte e seis centavos), não aplicando a proporcionalidade prevista no artigo 25, § 2º da Lei 11.651/91 (R\$ 4.084.193,64 (quatro milhões, oitenta e quatro mil, cento e noventa e três reais e sessenta e quatro centavos) e do ICMS reclamado para R\$694.312,92 (seiscentos e noventa e quatro mil, trezentos e doze reais e noventa e dois centavos).

O acórdão cameral aponta como questão controversa no presente processo a aplicação da proporcionalidade descrita no § 2º do art. 25 do CTE sobre a base de cálculo auferida, considerando que o sujeito passivo possui benefício fiscal conferido às suas saídas.

Ressalta três peculiaridades do benefício fiscal utilizado pela autuada: 1) a sua aplicação somente se refere aos produtos de informática expressamente relacionados no Apêndice IV; 2) o benefício é somente para as operações internas e 3) o código NBM/SH deve vir indicado no documento fiscal. Deduz que as saídas sem documentação fiscal não permite o reconhecimento de tais peculiaridades.

Afirma que a regra prevista no § 7º do art. 1º do Anexo IX do RCTE impede a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto.

Intimado da decisão cameral, o sujeito passivo apresenta recurso ao Conselho Pleno, argumentando que no "caso em tela deve haver a aplicação da proporcionalidade prevista no § 2º do art. 25 do CTE, onde se permite que o auto seja calculado de forma proporcional às saídas tributadas no período, uma vez que os produtos de informática possuem redução da base de cálculo conforme previsto no inciso XIII, do art. 8 do anexo IX do RCTE".

Esclarece que o parágrafo 7º do art. 1º do Anexo IX do RCTE, passou a ter vigência em 30/07/2008, não podendo sua aplicação retroagir, conforme parágrafo 1º do art. 144 do CTN.

Por fim, requer que seja aplicado o benefício, garantindo a proporcionalidade prevista no § 2º do art. 25 do CTE.

É o relatório.

DECISÃO

Embaso o meu voto no acórdão já exarado na fase cameral pelo conselheiro Victor Augusto de Faria Morato.

A recorrente vem ao Conselho Pleno discutindo exclusivamente a aplicação da proporcionalidade prevista no § 2º do art. 25 do CTE.

O benefício fiscal utilizado pela autuada é o da redução de base de cálculo prevista no inciso XIII do art. 8º do Anexo IX do RCTE e tem a seguinte redação:

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

[...]

XIII - na saída interna com produto de informática, telecomunicação ou automação relacionado no Apêndice IV deste Anexo, de tal forma que resulte a aplicação sobre o valor da operação do equivalente ao percentual de 7% (sete por cento), ficando mantido o crédito do imposto até o limite de 7% (sete por cento), devendo ser observado o seguinte (Lei nº 13.194/97, art. 2º, I, "a", 3):

b) o contribuinte revendedor deve exigir de seu fornecedor a indicação do código da NBM/SH que identifica o produto, na nota fiscal correspondente à aquisição;"

[...]

É certo que o parágrafo segundo do artigo 25 do CTE determina que:

"§ 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".

No caso em tela, a fiscalização constatou a existência de passivo fictício para ocultar o desembolso de numerário, oriundo de controle paralelo de vendas, sem a emissão de notas fiscais.

Como o benefício fiscal utilizado pela autuada está sujeito a condições que são consignadas nas notas fiscais de entrada e saída, a ausência destas inviabiliza a verificação do cumprimento das seguintes condições: 1) a sua aplicação somente se refere aos produtos de informática expressamente relacionados no Apêndice IV; 2) o benefício é somente para as operações internas e 3) o código NBM/SH deve vir indicado no documento fiscal.

Neste sentido, o § 7º do art. 1º do Anexo IX do RCTE, dispõe que:

"§ 7º No caso de benefício fiscal concedido por meio de lei estadual, cuja fruição esteja condicionada à origem ou ao destino da mercadoria ou da operação, a origem ou o destino devem ser comprovados por meio de documento fiscal idôneo que acompanhe a mercadoria ou a operação, sendo que a ausência do referido documento fiscal impede a utilização do benefício, exceto nas situações em que a legislação tributária dispense a emissão de documento fiscal".

Ressalto também que o benefício fiscal em discussão se sujeita às condicionantes previstas no artigo 1, do Anexo IX, do RCTE, ou seja que o sujeito passivo esteja adimplente com o ICMS; que não possua débito tributário inscrito em dívida ativa e que haja o recolhimento referente ao PROTEGE GOIÁS.

A revisora informa que o contribuinte esteve inadimplente no pagamento do ICMS nos meses de abril e dezembro de 2008 e, portanto, perdeu o direito de usufruir o benefício neste período.

As diligências solicitadas, por meio de Resoluções nº 78/2011 (fls. 984/985) e nº 198/2011 (fls. 1006/1008), determinaram que se fossem feitas as devidas retificações no lançamento fiscal, quais sejam: a exclusão do valor de duplicatas que realmente foram pagas somente no exercício seguinte, bem como a exclusão da base de cálculo do lançamento do valor correspondente aos passivos fictícios constatados nos exercícios de 2006 e 2007, objeto da lavratura dos Autos de Infração nº 4 0109055 330 02 e 4 0109055 327 07. Com isso, o passivo fictício reduziu de R\$5.877.915,51 (cinco milhões, oitocentos e setenta e sete mil, novecentos e quinze reais e cinquenta e um centavos) para R\$5.484.813,27 (cinco milhões, quatrocentos e oitenta e quatro mil, oitocentos e treze reais e vinte e sete centavos), importando em ICMS de R\$932.418,26 (novecentos e trinta e dois mil, quatrocentos e dezoito reais e vinte e seis centavos).

Levantou a polaridade passiva questionamento sobre o período de vigência do parágrafo 7º do art. 1º do Anexo IX, pois os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2006, 2007 e 2008 e a vigência do referido dispositivo se deu a partir de 30/07/2008.

Quanto a este argumento, deve ser aplicada a regra do § 1º do art. 144 do CTN, ao asseverar que:

"§ 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." (grifamos)

Entendo que a normativa do § 7º do art. 1º do Anexo IX do RCTE é regra dirigida ao Fisco em seu mister de lançar e veio justamente estabelecer critério novo de fiscalização, na medida em que restringiu a aplicação irrestrita de benefícios fiscais nas hipóteses em que se apure irregularidade fiscal de omissão de saídas.

Pelo exposto, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que julgou procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$5.484.813,27 (cinco milhões, quatrocentos e oitenta e quatro mil, oitocentos e treze reais e vinte e sete centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$932.418,26 (novecentos e trinta e dois mil, quatrocentos e dezoito reais e vinte e seis centavos), a ser acrescido das cominações legais.

Sala das sessões plenárias, em 01 de outubro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES - Omissão de saída de mercadoria tributada - insuficiência de caixa e saldo devedor maior que o reconstituído (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00856/13

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de registro de saída de mercadoria tributada. Auditoria das Disponibilidades. Insuficiência de caixa e saldo devedor de caixa maior que o reconstituído. Procedência parcial.

1. Presume-se decorrente de operação ou prestação não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao saldo credor de caixa e saldo devedor de caixa maior que o reconstituído (Lei nº 11.651/91, art. 25, § 1º, incisos I e VII);

2. É procedente o lançamento do crédito tributário efetuado com supedâneo em auditoria das disponibilidades que revela a ocorrência de saldo credor de caixa e saldo devedor de caixa maior que o reconstituído na auditoria.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 24 de abril de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, 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\$ 771.426,30 (setecentos e setenta e um mil, quatrocentos e vinte e seis reais e trinta centavos), sendo: R\$ 369.667,51 (trezentos e sessenta e nove mil, seiscentos e sessenta e sete reais e cinquenta e um centavos) de mercadorias não tributadas e R\$ 401.758,79 (quatrocentos e um mil, setecentos e cinquenta e oito reais e setenta e nove centavos) de mercadorias tributadas, com ICMS no valor de R\$ 49.055,22 (quarenta e nove mil e cinquenta e cinco reais e vinte e dois centavos), devendo ser observado o pagamento de fls. 1.184, para fins de extinção do crédito tributário. Por unanimidade de votos, rejeitar o pedido do sujeito passivo de aplicar a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 da Lei nº 11.651/91. Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Aginaldo Fernandes de Melo e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco é no sentido de que a empresa omitiu saída de mercadoria nos valores e períodos indicados nos campos próprios do auto de infração caracterizada pela ocorrência de saldo credor de CAIXA (insuficiência de caixa) e saldo devedor final de CAIXA maior que o reconstituído pela auditoria, apurado por meio do exame da movimentação do numerário, conforme detalhado nos demonstrativos da Auditoria das Disponibilidades.

Foram indicados como infringidos o artigo 25, § 1º, inciso III 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 artigo 71, inciso VII, alínea "I" c/c § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com os demonstrativos da auditoria das disponibilidades, cópias dos extratos bancários e do livro Diário.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação à primeira instância a empresa atuada compareceu ao processo por meio da peça impugnatória de fls. 836 a 838, pleiteando a declaração de improcedência do lançamento ou, quando nada, a declaração de nulidade por cerceamento ao direito de defesa.

Por intermédio da Sentença nº 8.829/09, de fls. 843 a 848 o julgador singular rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa e considerou procedente o lançamento.

Inconformada a empresa atuada interpôs o recurso voluntário de fls. 852 a 858, afirmando que os autores do procedimento não agiram corretamente, tendo em vista que, ao invés de considerar os valores depositados na conta bancária não contabilizada como oriundos de vendas não registradas optaram por autuar os valores dos desembolsos verificados por intermédios dos cheques compensados na referida conta bancária.

Afirmou, ainda, que os autores do procedimento não apuraram corretamente a base de cálculo do ICMS conforme determina o § 2º, do art. 25, da Lei nº 11.651/91 e, tampouco, a alíquota média a ser aplicada sobre o valor da omissão de saída de mercadorias tributadas.

Afirmou, finalmente, que sobre o valor da multa formal correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) das mercadorias não tributadas deve ser aplicado o redutor de 50% (cinquenta por cento) previsto no § 8º, do art. 71, da Lei nº 11.651/91.

Por meio da Resolução nº 83/2012, de fls. 1164 a 1165, a Terceira Câmara Julgadora, converteu o julgamento em diligência e encaminhou o processo à Delegacia Fiscal de origem, para revisão do lançamento considerando os argumentos expendidos pela atuada no seu recurso voluntário.

Por intermédio do relatório de revisão de fls. 1167 a 1168 o auditor fiscal designado para os trabalhos revisionais elaborou a proporcionalidade prevista no § 2º, do art. 25, da Lei nº 11.651/91, concluindo que a omissão de saída de mercadorias tributadas corresponde a 52% (cinquenta e dois por cento) do valor da omissão e que a alíquota a ser aplicada deve ser de 14,6%, redundando, dessa forma na base de cálculo no valor de R\$ 401.141,68 (quatrocentos e um mil, cento e quarenta e um reais e sessenta e oito centavos) e ICMS no valor de R\$ 58.566,69 (cinquenta e oito mil, quinhentos e sessenta e seis reais e sessenta e nove centavos).

Na manifestação de fls. 1176 a 1180 a autuada repetiu os argumentos apresentados no recurso voluntário.

Posteriormente a empresa autuada promoveu a juntada do comprovante de pagamento parcial do processo (fls. 1184).

É o relatório.

DECISÃO

Analisando o livro Diário da empresa autuada os autores do procedimento constatarem a ausência de contabilização da movimentação constante da Conta Corrente nº 27.941-2, da Agência 0242, do Banco Brasileiro de Descontos S/A - BRADESCO, da cidade Ceres-GO.

Em seguida, constatarem que a conta contábil CAIXA, representativa das disponibilidades, não havia sido creditada registrando os desembolsos correspondentes, principalmente, aos cheques emitidos e compensados na referida conta bancária.

Diante da situação, relacionaram todos os valores debitados na conta bancária em questão no formulário denominado "Desembolsos não Contabilizados", de fls. 09 a 55, que foram lançados a crédito no formulário denominado "Reconstituição" de fls. 06 a 08, redundando em saldo credor (insuficiência de caixa) nos meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2007 e em saldo devedor a maior que o reconstituído na auditoria no mês de dezembro de 2007, nos valores constantes do formulário denominado "Análise/Conclusão", de fls. 05, presumidamente decorrentes de omissão de operação não registrada nos termos dos inciso I 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:

I - ao saldo credor na conta caixa

[...]

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

Para desconstituir a acusação competia à empresa autuada indicar a existência, no seu livro Diário, de lançamentos contábeis creditando a conta CAIXA relativamente aos desembolsos efetuados e relacionados pelos autores do

procedimento no formulário denominado "Desembolsos não Contabilizados", situação que não se verifica no presente processo.

Por outro lado, o documento de fls. 1184 revela que a empresa atuada promoveu o pagamento do crédito tributário em valores obtidos por meio da aplicação da alíquota média de 12,21% sobre o valor da base de cálculo no valor de R\$ 401.141,68 (quatrocentos e um mil, cento e quarenta e um reais e sessenta e oito centavos) indicado na revisão de fls. 1167 a 1168, situação que, além de indicar a sua concordância com o resultado da omissão de saída revelado pela auditoria, discordando tão-somente da base de cálculo e da alíquota aplicável, implica confissão irretratável da dívida e a expressa renúncia a qualquer defesa ou recurso, bem como a desistência em relação aos já interpostos, nos termos do inciso II, do § 2º, do art. 5º, da Lei nº 17.817/2012.

Assim, a discussão no presente processo ficou restrita ao valor da base de cálculo do ICMS e à alíquota aplicável.

Em relação ao valor da base de cálculo do ICMS o revisor concordou com o pleito da empresa atuada e elaborou novo cálculo considerando como tributadas R\$ 401.141,68 (quatrocentos e um mil, cento e quarenta e um reais e sessenta e oito centavos), correspondente a 52% (cinquenta e dois por cento) do valor da omissão, situação com a qual não concordo, tendo em vista que o percentual correto obtido por meio 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, nos termos do § 2º, do art. 25, da Lei nº 11.651/91, é de 52,08% de mercadorias tributadas, redundando na base de cálculo de R\$ 401.758,79 (quatrocentos e um mil, setecentos e cinquenta e oito reais e setenta e nove centavos).

Quanto à alíquota aplicável, entendo que razão assiste à empresa atuada, quando pleiteia a aplicação do percentual de 12,21% correspondente a alíquota média praticada nas operações de saídas, conforme revela o estrato da DPI.

Observo que quando do preenchimento do Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário, os autores do procedimento indicaram o mês de julho de 2007 como mês do vencimento da obrigação principal, ignorando o disposto no § 2º, do art. 482, do Decreto nº 4.852/97 que determina que essa regra pode ser utilizada somente na impossibilidade de determinação do mês em que o imposto deveria ter sido pago, situação que não ocorre no caso vertente, tendo em vista que o demonstrativo de fls. 05, indica os meses (períodos de apuração) em que ocorreram as omissões, com os seus respectivos valores.

Considerando as situações acima delineadas, elaborei o demonstrativo abaixo, indicando os períodos de apuração em que ocorreram as omissões com o seus respectivos valores:

MES/ANO	OMISSÃO /	OMISSÃO	OMISSÃO	ALÍQUOTA	ICMS
---------	-----------	---------	---------	----------	------

	SAIDA	NÃO TRIB. (47,92%)	TRIB. (52,08%)	MÉDIA (12,21%)	
MAIO/07	8.212,11	3.935,25	4.276,87		522,20
JUNHO/07	229.013,60	109.743,32	119.270,29		14.562,91
JULHO/07	22.147,83	10.613,25	11.534,59		1.408,37
AGOSTO/07	98.426,26	47.165,87	51.260,40		6.258,89
SETEMBRO/07	53.024,13	25.409,17	27.614,97		3.371,78
OUTUBRO/07	238.727,63	114.398,29	124.329,35		15.180,61
NOVEMBRO/07	94.807,89	45.431,96	49.375,95		6.028,80
DEZEMBRO/07	27.066,76	12.970,40	14.096,37		1.721,66
	771.426,30	369.667,51	401.758,79		49.055,22

Com essas considerações, entendo que o lançamento é procedente, porém, com as adequações relativas à proporcionalidade prevista no art. 25, § 2º, da Lei nº 11.651/91 e aos meses (períodos de apuração) em que o imposto omitido deveria ter sido pago, conforme quadro demonstrativo acima.

Nesse ponto, cumpre registrar, que o valor do ICMS após as adequações é de R\$ 49.055,22 (quarenta e nove mil, cinquenta e cinco reais e vinte e dois centavos), apenas R\$ 75,82 (setenta e cinco reais e oitenta e dois centavos) superior ao valor do ICMS pago pela empresa atuada no valor de R\$ 48.979,40 (quarenta e oito mil, novecentos e setenta e nove reais e quarenta centavos), com os benefícios da Lei nº 17.817/2012, conforme comprovante de fls.1184, que deve ser observado para efeito de extinção do crédito tributário.

A questão relativa a aplicação do redutor de 50% (cinquenta por cento) no valor da multa relativa as saídas não tributadas ficou prejudicada em razão do pagamento do crédito tributário com redução de 100% (cem por cento) da multa e dos juros, nos termos do art. 6º, Parágrafo, da Lei nº 17.817/2012.

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe parcial provimento, para reformar em parte a decisão singular e considerar procedente o lançamento sobre a omissão de saída no valor de R\$ 771.426,30 (setecentos e setenta e um mil, quatrocentos e vinte e seis reais e trinta centavos), sendo: R\$ 369.667,51 (trezentos e sessenta e nove mil, seiscentos e sessenta e sete reais e cinquenta e um centavos) de mercadorias não tributadas e R\$ 401.758,79 (quatrocentos e um mil, setecentos e cinquenta e oito reais e setenta e nove centavos) de mercadorias tributadas, com ICMS a recolher no valor de R\$ 49.055,22 (quarenta e nove mil, cinquenta e cinco reais e vinte e dois centavos), com aplicação da alíquota média de 12,21%, cujo cálculo dos acréscimos legais deve ser efetivado com observância do quadro demonstrativo acima, devendo, ainda, ser observado, para fins de extinção do crédito tributário, o pagamento efetuado pela empresa atuada conforme comprovante de fls. 1184.

Sala das sessões, em 06 de maio de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES - Omissão de saída de mercadoria tributada - suprimento indevido de caixa (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00384/13

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Questão Processual. Preliminares de nulidade do auto de infração, arguidas pela atuada, não apreciadas, nos termos do artigo 18, §3º do Regimento Interno do CAT.

"Quando puderem decidir sobre o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, os conselheiros não a pronunciarão nem mandarão repetir o ato ou suprir a falta." (Redação do §3º do artigo 18 do Regimento Interno do CAT).

ICMS. Auditoria das Disponibilidades. Omissão de registro de operação de saída de mercadoria tributada. Improcedente. Decisão unânime.

Deve ser considerado improcedente o auto de infração quando estiver demonstrado nos autos que a empresa que supriu o caixa da empresa atuada, tinha capacidade financeira para realizar os empréstimos lançadas em sua contabilidade para a empresa epigrafada.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de março de 2013, decidiu, não pronunciar, nos termos §3º do art. 18 do Regimento Interno do CAT, o pedido de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários feito 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 Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

Texto da exordial é o seguinte:

"Omitiu o registro de operação de saída tributada, no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, na importância de R\$ 7.121.671,27, caracterizada pelo SUPRIMENTO INDEVIDO DE CAIXA na forma de créditos nas contas do Passivo e Patrimônio Líquido, conforme faz prova a "Auditoria das Disponibilidades" e demais documentos em anexo. Em consequência, deverá pagar o ICMS, na importância de R\$ 1.210.684,11, juntamente com as penalidades e acréscimos legais."

Houve anexação aos autos de documento chamado de ANEXO ESTRUTURADO – DESCRITIVO COMPLEMENTAR DA OCORRÊNCIA (fls. 4), que aponta a irregularidade apurada pelo fisco, bem como seus fundamentos. Seu texto foi o seguinte:

“O contribuinte omitiu o pagamento de ICMS, proveniente de vendas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, posto que usou de artifícios contábeis para acobertar SUPRIMENTO ILEGAL de “caixa” escritural, onde debitou-se a referida conta, creditando-se em contra-partida a conta “adiantamento para aumento de capital”, para formação de reserva fictícia de Patrimônio Líquido da própria empresa. Ainda, tal suprimento ocorreu com escrituração no Diário e Razão, de numerário advindo de outra empresa, que não dos sócios, em que mesma tem relações comerciais, caracterizando desta forma o “Suprimento indevido de caixa. Intimada a apresentar comprovantes de regularidade das operações, somente apresentou o “Instrumentos Particular de Contrato Mútuo” datado de 31/12/2007, no valor de R\$ 3.121.671,27, sem nenhum registro, onde a mutuante e mutuário, são representados pela mesma pessoa.”

Foram colocados como solidários na lide, na qualidade de administradores da empresa, [...], [...], [...] e [...] (fls. 5/8).

O lançamento está instruído com cópia do contrato social da empresa (fls. 9/15), cópia da Ordem de Serviço nº 224/2009 (fls. 20), demonstrativos da Auditoria das Disponibilidades (fls. 21/30), cópia do contrato de mútuo (fls. 31/32), cópia do razão analítico em real (fls. 33/49), cópia do Diário Geral (fls. 50/207), cópia do Razão analítico geral (fls.208/343).

Após correta intimação das partes para a fase singular (fls. 345/353), todos os envolvidos no polo passivo da lide apresentaram única peça, onde trouxeram seus argumentos (fls. 355/368). Em defesa apresentada por advogado legalmente constituído, tanto a empresa como os solidários questionam a inclusão dos sócios como responsáveis solidários pelo pagamento do crédito tributário, alegando que contraria a orientação do art. 135 do CTN.

No que diz respeito ao mérito da autuação, a defesa traz cópia dos extratos bancários que comprovam a origem e o ingresso dos valores considerados como suprimento indevido de caixa. Além disso, traz cópia do contrato social da depositante, justificando que tais valores correspondem a repasses entre empresas do mesmo grupo, já que ambas possuem o mesmo quadro societário (fls.378/535).

Ao fim pede a improcedência do lançamento, a improcedência em face dos sócios e se coloca à disposição do fisco para averiguar a autenticidade dos documentos trazidos como meios de prova.

Decisão singular (fls. 537/539) foi pela procedência do auto de infração com os argumentos a seguir expostos.

Concorda com a tese do fisco de que configuraria fato gerador do ICMS a forma como não se teria comprovado a origem dos recursos utilizados no aumento de capital da empresa atuada.

Após ser corretamente intimado de tal decisão, representante dos envolvidos no polo passivo da lide, e, manifestando irresignação com tal decisão, pede sua reforma (fls. 546/559).

Inicialmente foi feita referência ao item fatos e fundamentos do trabalho do fisco. Há destaque do fato de que houve comprovação da origem e efetiva entrega dos recursos, condição plasmada no Manual de Procedimentos Fiscais adotados pela Secretaria da Fazenda, bem como do próprio texto do artigo 25, parágrafo 1º, inciso III do Código Tributário Estadual. Esse sempre foi o cerne do argumento esposado pela defesa em sua manifestação.

Após, se esclareceu que os sócios da [...] Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda são os mesmos da [...] Indústria Farmacêutica Ltda, e que a [...] também era sócia da atuada. Tais argumentos se comprovam pela cópia de contrato social anexado aos autos. Teria havido transferência de recursos da [...] para a atuada a título de “adiantamento para aumento de capital”.

Após, houve mudança de rumos, e a [...] não mais quis ser sócia da atuada, se retirando da sociedade em 2.008, transferindo seus direitos creditórios aos seus sócios, que também são sócios da atuada. Há esclarecimento de que os valores recebidos pelos sócios estão devidamente declarados no IR dos sócios.

Decisão cameral (fls. 563/566), antes de entrar na discussão de mérito, apontou ocorrência de cerceamento ao direito de defesa em razão de falta de manifestação do julgador singular em relação a pedido de diligência.

Fazenda Pública concordou com tal decisão (fls. 567).

Representante do sujeito passivo foi devidamente intimado de tal decisão (fls. 568).

Nova sentença singular foi exarada (fls. 570/573), sendo então corrigido vício que até então perdurava. Seu entendimento foi de procedência do trabalho do fisco pelas mesmas razões anteriormente expostas.

Devidamente intimado da mesma (fls. 575/579), sujeito passivo interpôs recurso voluntário (fls. 581/591). As razões foram exatamente as mesmas expostas na peça anterior que fora apresentada com o mesmo ânimo.

Nesse momento houve a juntada aos autos de documento que é um parecer exarado pela fiscalização em relação a outro processo relacionado com a mesma empresa e que se refere à mesma irregularidade apontada (fls. 594/597). Seu conteúdo aponta na capacidade financeira da empresa [...] Ind. e Com. de Prod. Hospitalares Ltda em transferir recursos à atuada.

A Câmara Julgadora converteu o julgamento em diligência, promovendo investigação e pedido de apresentação de todos os documentos que comprovassem a tese defensiva, tais como: apresentação de alteração contratual correspondente ao aumento de capital realizado, contrato de mútuo mencionado na sustentação oral do representante da empresa, registros contábeis da Hosfar ao registrar a transferência dos recursos para verificação da data e efetividade de sua entrega.

Houve correta intimação do sujeito passivo em relação ao seu teor (fls. 603/607).

Foi feita anexação de toda a documentação requerida do sujeito passivo (fls. 610/843) e (fls. 846/927).

DECISÃO

Deixo de apreciar as arguições em relação a vícios formais terminativos do processo, com base no artigo 18, parágrafo 3º do Regimento Interno do CAT. Quanto ao mérito, passo a me manifestar.

A natureza da acusação é de suprimento indevido de caixa, conforme entendimento esposado pelos auditores que realizaram o trabalho fiscal. A forma de se chegar a tal conclusão foi uma auditoria das disponibilidades devidamente anexada aos autos (fls. 21/30)

Inicialmente cabe destacar que a INSTRUÇÃO DE SERVIÇO Nº 0002/2001-DFIS, de 11/10/2001, se constitui no Manual de Procedimentos Fiscais adotado pela Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás. Ele orienta sobre a forma como se deve elaborar a Auditoria das Disponibilidades, que foi como o fisco apurou a omissão apontada na exordial.

Tal Instrução deve ser o nosso paradigma na análise da precisão do trabalho fiscal sob apreciação por esse conselho.

Em primeiro lugar, se faz conveniente transcrever o seu texto ao informar o conceito e o objetivo desse tipo de auditoria, vejamos a sua redação:

“1.0 – CONCEITO

A Auditoria das Disponibilidades consiste na verificação da regularidade das contas do subgrupo “disponível” do Ativo Circulante, por meio da análise e reconstituição dos lançamentos contábeis próprios.

2.0 – OBJETIVO

A finalidade desta auditoria é apurar anomalias no movimento de numerário², que se verificam na ocorrência de saldos credores³, também chamados de insuficiência ou “estouro de caixa”; suprimentos indevidos (grifo nosso) e saldo das disponibilidades existentes ou constante na contabilidade a maior que o reconstituído pelo fisco, fatos que autorizam a presunção juris tantum de falta de

registro de operações ou prestações tributadas, com a conseqüente sonegação do imposto.”

Na parte conceitual, resta claro o objetivo de investigação sobre o subgrupo de contas do ativo circulante chamado de “disponibilidades”, que engloba os direitos da empresa que sejam refletidos pelas contas referidas como caixa e bancos.

Os ativos que podem ser considerados como circulantes incluem: dinheiro em caixa, conta movimento em banco, aplicações financeiras, contas a receber, estoques, despesas antecipadas, numerário em caixa, depósito bancário, mercadorias, matérias-primas e títulos.

A auditoria visa detectar, como irregularidades, 3(três) tipos de infração, quais sejam: estouro de caixa, que se caracteriza pelo chamado saldo credor na conta caixa, suprimentos indevidos, e saldos das disponibilidades inflados de forma artificial, informados no balanço, detectados através de reconstituição das contas aludidas.

No presente caso, a presunção constante da exordial aponta suprimento indevido de caixa. Teria ocorrido uma simulação, pois sócios da empresa autuada, que também são sócios da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Equipamentos Hospitalares Ltda, através de uma distribuição de lucros feitas pela Hospfar, teriam suprido indevidamente o caixa da autuada.

Essa foi a lógica que inspirou o presente trabalho fiscal.

Vejamos a definição de suprimento indevido constante de nosso Manual de Procedimentos Fiscais:

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:

...

5.3.5 – 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”); (grifo nosso)

Analisando o texto do item acima, se percebe que dois requisitos foram postos pela tal instrução, quais sejam: correta comprovação da origem dos recursos e efetiva entrega dos mesmos à empresa.

Essas duas condições foram inquestionavelmente trazidas pela empresa autuada. A [...] Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda teve sua contabilidade investigada pela própria Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás,

onde se comprovou sua elevada capacidade de investimento, pois obteve lucros expressivos no período de referência desse auto de infração, conforme diligência realizada em outro processo em relação à mesma empresa.

Houve prova irreparável e inquestionável de que a tal distribuição de lucros foi real havendo sintonia entre essa prática e a realidade comprovada na contabilidade da empresa, que fez uma distribuição de lucro aos seus sócios, que também são sócios da atuada, a [...] Indústria Farmacêutica Ltda.

Também houve prova da efetiva entrega desses numerários à atuada, a [...] Indústria Farmacêutica Ltda, tendo como origem a [...]. Ou seja, há total transparência na origem e no destino dos recursos que foram transferidos.

A decisão de transferir recursos sob forma de distribuição de lucros é totalmente legal e expressa a liberdade que os sócios têm para direcionar suas ações administrativas. O que restou provado no presente caso, a meu modo de ver, é que o fisco não admitiu que uma empresa tivesse prejuízo por um certo período de tempo, e que por uma decisão estratégica, tivesse insistido em prosseguir a atividade empresarial, na esperança de que se chegaria à uma situação de lucratividade esperada.

Em sua sustentação oral, o advogado da atuada expôs estratégia do grupo comercial que engloba as duas empresas, tanto a [...] como a [...], de ocupar espaço na produção de medicamentos e outros tipos de produtos da mesma natureza, apontando que até aquele momento a [...] era deficitária, mas que a [...] estava acreditando que no futuro seria compensatório tal investimento.

Reconhecemos que a busca pelo lucro é a mola que impulsiona a atividade empresarial. Porém, também seria de bom alvitre reconhecer que o lucro não vem no primeiro momento, sendo que muitas vezes essa realidade só é obtida após muito tempo e muito investimento. Ademais, quando ocorre o prejuízo, ele não se configura por si só como fato gerador de ICMS, e, no caso de empresas que mantenham escrituração contábil, a comprovação da forma como se permite à empresa continuar sua atividade enquanto não alcança tal êxito, deve estar claramente demonstrada em seus registros contábeis, que foi justamente o que ocorreu.

As objeções sobre o contrato de mútuo apresentados pela fiscalização, a meu ver, são insuficientes fragilizar o conjunto defensivo apresentado pela atuada. Deve ser destacado que, mais importante do que ele, existe a comprovação das transferências de recursos, sua origem e efetividade de entrega, bem como a clareza da origem do lucro distribuído. Esses são aspectos determinantes que são consistentes para afastar a presunção constante da exordial.

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

Sala das sessões, em 11 de março de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO - Débito a menor e/ou falta de registro de débito do ICMS (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01841/13

Redator do Voto: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de recolhimento de imposto apurado através de Comparativo das Saídas Registradas com o Documentário Emitido. Procedência parcial.

I - Restando provado que o sujeito passivo se debitou em valores menores dos que os determinados pela lei, deve ser exigida tal diferença irregularmente sonogada.

II - Somente podem fazer parte da presente autuação situações em que o débito ocorreu em valores menores dos que os indicados pela lei e/ou não ocorreu. Outras irregularidades não devem ser consideradas nesse auto de infração (notas fiscais não registradas e redução indevida de base de cálculo) pelo fato de ter fundamentação legal distinta da que foi narrada na exordial.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de setembro de 2013, 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 Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca e Alcedino Gomes Barbosa. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 200.686,77 (duzentos mil, seiscentos e oitenta e seis reais e setenta e sete centavos). Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Delcídes de Souza Fonseca e Alcedino Gomes Barbosa.

RELATÓRIO

Acusação é de que ocorreu omissão de pagamento do ICMS, pelo registro a menor das saídas efetivadas, apurado através da Auditoria Comparativa dos Débitos Registrados a Menor em Relação ao Documentário Emitido, relativa ao exercício de 2008, conforme documentos anexos. Em consequência, deverá pagar o tributo na importância de R\$ 240.763,24, juntamente com as cominações legais. Conforme nota constante da exordial, se trata de reautuação do Auto de Infração 4 0109022 232 07, conforme sugestão da Gerência de Representação Fazendária, através de Ofício nº 097/2012.

Foram anexados aos autos os seguintes documentos:

= Anexo Estruturado – Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 3);

= Demonstrativo chamado de Auditoria Comparativa dos Débitos Registrados a menor em relação ao documentário emitido (fls. 4);

= Cópia do Ofício de reutuação e cópias do auto anulado oferecidos pela Representação da Fazenda Pública (fls. 5/445).

= Demonstrativo chamado de Levantamento das Saídas Tributadas através de Notas Fiscais – Exercício de 2008 (fls.24/43)

Houve correta intimação do sujeito passivo para a fase cameral (fls. 447), sendo que houve silêncio na fase singular, sendo lavrada a respectiva revelia (fls. 448).

Após nova intimação (fls. 450), o sujeito passivo veio aos autos e ofereceu seus motivos (fls. 454/456).

Inicialmente argui a nulidade do auto por não ter ocorrido nenhuma modificação no novo trabalho, segundo interpretou. Tudo estaria da mesma forma como antes. Seria uma insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito, apenas repete sua argumentação de que a nulidade ainda restaria caracterizada.

É o relatório.

DECISÃO

Quanto à arguição de nulidade por insegurança, entendo que não reste caracterizada, pois nos casos onde houve omissão de recolhimento em razão de falta do débito ou débito a menor, conforme foi capitulado pelo auditor que realizou o novo trabalho, entendo que a exigência deve permanecer (art. 71, III, “e” do CTE).

Analisando o demonstrativo anexado para fundamentar a acusação, percebe-se que é plenamente possível fazer a separação dos casos onde tal irregularidade ocorreu. Nos outros casos, o fisco pode providenciar uma nova autuação, vez que se trata de irregularidade diversa da que é referida na parte das penalidades constantes da exordial.

Rejeito, portanto tal arguição.

Em relação às situações de falta de débito, percebe-se que perfazem o valor de R\$ 200.686,77 (duzentos mil, seiscentos e oitenta e seis reais e setenta e sete centavos), trata-se das duas situações, a falta de débito, e o débito feito a menor. Os valores são os seguintes, fazendo uma descrição mensal:

Março – R\$ 28.365,93

Abril – R\$ 33.418,35

Maio – R\$ 32.038,73

Junho – R\$ 9.652,28

Julho – R\$ 16.686,48

Agosto – R\$ 9.529,88

Setembro – R\$ 6.110,42

Novembro – R\$ 3.011,47

Dezembro – R\$ 9.294,74

Total – R\$ 200.686,77 (duzentos mil, seiscentos e oitenta e seis reais e setenta e sete centavos).

Diante de tudo o que foi exposto, conheço da impugnação, dou-lhe parcial provimento para julgar parcialmente procedente o auto de infração no valor de imposto devido de R\$ 200.686,77 (duzentos mil, seiscentos e oitenta e seis reais e setenta e sete centavos).

Sala das sessões, em 02 de outubro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO - Deixou de escriturar notas fiscais de saída nos registros da escrituração digital - EFD (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02594/13

Relator: Conselheiro Lidilone Polizeli Bento

EMENTA: PROCESSUAL. Preliminar de nulidade por cerceamento de direito de defesa. Rejeitada. ICMS. Obrigação Principal. Omissão de registro de saídas de mercadorias tributadas. Incidência do imposto e consectários legais.

I - Não há que se falar em nulidade por cerceamento de direito de defesa, quando ao sujeito passivo é garantido o contraditório e a ampla defesa.

II - Correta a cobrança de ICMS e consectários legais por ocasião de apuração de omissão de registro de saídas de mercadorias tributadas no campo próprio da EFD, decorrente de auditoria das saídas registradas e do documentário emitido.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 29 de novembro de 2013, decidiu, 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 Lidilone Polizeli Bento, Alcedino Gomes Barbosa e Rickardo de Souza Santos Mariano. 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 Lidilone Polizeli Bento, Alcedino Gomes Barbosa e Rickardo de Souza Santos Mariano.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre acusação fiscal no sentido de que o sujeito passivo deixou de consignar nos registros fiscais de saídas da escrituração fiscal digital-EFD apresentada, relativa ao período de agosto a dezembro de 2011, as notas fiscais de saídas descritas nos demonstrativos anexos. Em conseqüência, exige-se imposto e consectários legais descritos na inicial.

Indicam-se como dispositivos legais infringidos o art. 64 da Lei nº 11.651/91, combinado com artigos 88, § 1º, inciso III, 313 e 314 do Decreto nº 4.852/97.

Propõe-se a penalidade prevista no art. 71, inciso X, alínea 'a', § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91, c/ redação da Lei nº 11.750/92.

Instrui a acusação fiscal a auditoria das saídas registradas e do documentário emitido, contendo a relação das notas fiscais não registradas, cópias das EFD's, relativas ao período fiscalizado.

Regularmente intimado, o sujeito passivo não apresenta impugnação, motivo pelo qual foi declarado revel em primeira instância.

Novamente intimado para apresentar defesa em segunda instância, o sujeito passivo comparece aos autos e apresenta impugnação em segunda instância, alegando em suma: nulidade por cerceamento de direito de defesa, visto que o auto de infração não descreve e comprova de forma cabal os fatos e circunstâncias que justificam a exigência do tributo ou multa, impossibilitando a defesa do autuado; que as mercadorias objeto do auto (alho, temperos e condimentos) estão sujeitas a substituição tributária, conforme Anexo VI do Código Tributário Estadual, e por isso não poderiam ser objeto de cobrança de imposto pela saída; que não foram considerados os créditos das entradas; que a multa é abusiva e confiscatória. Ao final, requer a declaração de nulidade do auto de infração ou não sendo este o entendimento sejam considerados os créditos pelas entradas e reduzida a multa aplicada.

É o relatório.

DECISÃO

Preliminarmente, cumpre esclarecer que no que tange à alegação de nulidade por cerceamento de direito de defesa, verifica-se que ao sujeito passivo foi garantido o contraditório e a ampla defesa, tendo sido regularmente intimado para apresentação de defesa, em primeira e segunda instância, discorreu com bastante clareza em sua peça defensiva, apresentando questões preliminares e de mérito.

Por outro lado, os autos encontram-se munidos de documentos que provam de forma satisfatória a acusação fiscal, foram anexados relação de notas fiscais não registradas e cópias das EFD's do período autuado, demonstrando que tais documentos não foram registrados e que portanto não foram levados à tributação, motivo pelo qual se exige ICMS, penalidade e acréscimos legais, não cabendo a alegação de que o auto de infração não apresenta provas cabais da acusação fiscal.

Com estas considerações, rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de direito de defesa.

No que tange ao mérito, alega o sujeito passivo que os produtos objeto da autuação estão sujeitos a substituição tributária, visto que constam do Anexo VI do Código Tributário Estadual- CTE.

Realmente os produtos referidos pelo sujeito passivo, alho, condimentos e temperos constam da relação contida no Anexo VI do CTE, o que de fato os colocaria no regime de substituição tributária, nos termos do art. 51 do referido

diploma legal, não fosse o previsto nos artigos 49, inciso IV, do CTE e art. 43, II, do Regulamento do Código Tributário Estadual- RCTE, dispositivos estes que para fins de elucidação peço vênha para transcrevê-los, vejamos:

Lei nº 11.651/91- CTE:

Art. 49. A sujeição passiva por substituição tributária atenderá ao seguinte:

IV - no interesse da Administração Fazendária, fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a estabelecer que, em relação a quaisquer mercadorias relacionadas nos Anexos V e VI, não se aplique, ainda que temporariamente ou sob determinadas condições, o regime de substituição tributária;

Art. 51. Fica atribuída ao estabelecimento industrial, na condição de substituto tributário, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido nas operações internas subseqüentes, observadas as disposições estabelecidas na legislação tributária, em relação às operações com as mercadorias constantes do Anexo VI desta lei.

Decreto nº 4.852/97- RCTE:

Art. 43. A substituição tributária é aplicada:

(....)

II -às mercadorias discriminadas no Anexo VIII deste regulamento, no qual constam as demais normas relativas a substituição tributária, ficando excluídas as demais mercadorias relacionadas nos Anexos V e VI da Lei 11.651/91.

Da legislação supratranscrita, fica bastante claro que por um lado a lei coloca as referidas mercadorias na substituição tributária pelas operações posteriores, conforme art. 51 do CTE, por outro lado autoriza o chefe do executivo a retirá-las, nos termos e condições que estabelecer, consoante art. 49, IV, do mesmo diploma.

Neste sentido, o chefe do executivo por meio do art. 43, II, do RCTE estabelece o regime de substituição tributária para as mercadorias constantes do Anexo VIII, do referido Regulamento, excluindo as demais mercadorias constantes do Anexo V e VI do CTE.

Significa dizer que não estando as mercadorias referidas pelo sujeito passivo relacionadas no Anexo VIII do RCTE, não estão sujeitas à substituição tributária pelas operações posteriores, ou em outras palavras, só estão sujeitas ao regime de substituição tributária as mercadorias constantes do referido Anexo VIII, não sendo o caso do alho, temperos e condimentos, que se encontram no regime normal de tributação. Portanto, desprovida de fundamentação a alegação do sujeito passivo de que tais mercadorias não são tributadas nas suas respectivas saídas.

No que tange à alegação de que não foram considerados os créditos das mercadorias pelas entradas, entendo que a legislação traz procedimento próprio

para aproveitamento de créditos extemporâneos, estando tal procedimento previsto no art. 52 e seguintes do RCTE.

Ademais, a Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido efetuada no presente lançamento e prevista no Roteiro 11 do Manual de Auditoria, instituído pela IS 15/09-SAT, é aquela que compara os valores das operações e do imposto devido constantes dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte com os valores lançados no livro Registro de Saídas – LRS, tendo como objetivo verificar eventuais omissões de registro dos documentos fiscais de saída emitidos. Neste sentido, não cabe a esta auditoria apurar créditos do imposto pela entrada de mercadorias, visto que leva em consideração para efeitos de levantamento fiscal apenas os valores relativos às saídas de mercadorias.

Relativamente ao suposto caráter abusivo e confiscatório da multa aplicada, não cabe a este Conselho se pronunciar, nos termos do art. 6º, § 4º, da Lei nº 16.469/09, devendo o sujeito passivo, caso entenda necessário utilizar-se do foro adequado, qual seja, o poder judiciário para discutir esta questão.

Ao lado dessas considerações, verifica-se que o sujeito passivo não contradita de forma efetiva a acusação fiscal, alega nulidade por cerceamento, substituição tributária, não consideração de créditos pelas entradas, multa confiscatória, mas não ataca o cerne da acusação qual seja omissão de registro de notas fiscais de saída, ao passo que a fiscalização apresenta levantamento fiscal contendo a relação das notas fiscais não registradas e cópias livros fiscais demonstrando a ausência de registros.

Dessa forma, entendo que o presente lançamento preenche os requisitos previstos no art. 160 do CTE e art. 142 do CTN, motivo pelo qual deve prosperar.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, conheço da impugnação em segunda instância, nego-lhe provimento para julgar procedente o lançamento nos termos da exordial.

Sala das sessões, em 18 de dezembro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DAS SAÍDAS REGISTRADAS COM O DOCUMENTÁRIO EMITIDO - Falta de escrituração de nota fiscal de saída no livro Registro de Saídas (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 00865/13

Relator: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: ICMS. Auditoria da Saída Registrada e do Documentário Emitido. Deixo de consignar no livro Registro de Saída de Mercadorias notas fiscais. Improcedente.

Deve ser considerado improcedente o auto de infração quando a instrução processual apontar que o polo passivo atendeu a exigência estampada na folha de rosto da lide.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de março de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento, nos termos do art. 18, §1º do Decreto nº 6.930, de 9 de Junho de 2009, para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Ismael Madlum e Victor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

Cuida-se de autuação fiscal feita em face da empresa em epígrafe consubstanciada na seguinte descrição, constante da peça de início: "*Deixou de consignar no Livro Registro de Saída de Mercadoria as notas fiscais constantes da relação anexa a este procedimento de fiscalização, no período de 01/05/2010 a 31/07/2010, referente à saídas de mercadorias tributadas*". De consequência, o Fisco exige o pagamento do ICMS na importância de R\$ 2.694.940,11 (dois milhões, seiscentos e noventa e quatro mil, novecentos e quarenta reais e onze centavos), valor este obtido através do resultado da Auditoria da Saída Registrada e do Documentário Emitido pelo sujeito passivo, conforme demonstrativos e documentos anexos.

Como dispositivo legal infringido foi apontado o artigo 64 da Lei nº 11.651/91, combinado com os artigos 88, §1º, inciso III, 313 e 314 do Decreto nº 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso X, alínea "a", conjugado com o §9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91 com redação da Lei nº 11.750/1992.

O Auto de Infração veio instruído com o Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 02), descrição complementar da ocorrência (fls. 03/05), Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido (fls. 06/07), dados cadastrais da empresa (fl. 09), recibo de entrega de relatórios digitais (fl. 10), mídia - CD (fl. 11), documento emitido pela atuada para retirar um cd junto ao NUPRE (fl. 12) e cópia do documento pessoal do motociclista da empresa (fl. 13).

Intimida às fls. 14/15, a atuada queda-se silente, dando azo à lavratura do Termo de Revelia de fl. 16.

A atuada foi novamente intimada para se manifestar em Segunda Instância, conforme se vê às fls. 18/19.

Após a decretação da revelia, comparece ao feito a atuada para impugnar o auto de infração em Segunda Instância (fls. 22/30). Argui a preliminar de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração, por carência de suporte. Aduz que *"ao proceder ao lançamento de ofício tendo com base somente os impostos destacados em documentos fiscais de saídas na ordem de R\$ 2.694,940,11 (auditoria) somente de um lado que compõe a base de cálculo da tributação - sem apontar créditos dos documentos de entradas é caso de confisco ou ato teratológico, que deve ser rebatido por este corpo julgador"* (sic). Sustenta também que *"a forma utilizada para a constituição do presente crédito tributário não é consistente para garantir os objetivos fiscais propostos não trazendo à baila a clareza necessária para impor a exigência ao cumprimento da obrigação fiscal descrita na inicial desse processo, inviabilizando o lançamento de ofício em sua totalidade, que não admite falhas em sua elaboração, gerando insegurança na autuação fiscal"*. Do mérito observa que as autoridades lançadoras não colacionaram as notas de entradas aos autos, as quais entende como provas *"necessárias para comprovar a ocorrência de possível crédito tributário trilhado"*. Ataca a fiscalização pela ausência do ônus da prova e da composição errônea da base de cálculo e fato gerador. Pugna pela preliminar de nulidade dos autos pela insegurança na determinação da infração e do mérito pela improcedência do feito.

Instrui a peça defensiva a cópia da procuração (fl. 31), cópia da 50ª Alteração Contratual (fls. 32/44) e cópia do registro - JUCEG (fl. 45).

A Primeira Câmara Julgadora, por intermédio da Resolução n.º 146/2011, de fls. 47/48, *"Considerando que a acusação no presente processo é de que o sujeito passivo deixou de consignar no livro de registro de saídas às notas fiscais constantes da relação anexa; Considerando que as notas não lançadas tiveram o imposto nelas destacados autuado como sendo imposto omitido na forma integral; Considerando que o comparativo DPI/SARE, anexado aos autos por este relator, do exercício de 2010, aponta para uma omissão de valor inferior ao reclamado no processo; Considerando que a verdade material é princípio básico que norteia os trabalhos deste Conselho e que o sujeito passivo alega não haver consignado os registros em seu livro de saídas por problemas técnicos, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência junto ao sujeito passivo, para que este comprove se procedeu às correções necessárias em seus livros e que também demonstre se procedeu a regular apuração do ICMS devido pelas operações relacionadas neste processo, e junte cópia dos documentos de arrecadação dos recolhimentos efetuados, se houverem"*.

Devidamente intimada do teor da diligência (fl. 49), a atuada comparece ao processo, com a manifestação de fls. 52/55, na qual afirma que protocolou junto a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás um requerimento autuado sob o

processo de número 201100004040730, para substituição dos arquivos EFD entregue anteriormente (zerado) para legitimar a apuração do quantum a pagar do crédito tributário, uma vez que quando foi proceder à entrega via internet dos mesmos esta opção lhe foi negada conforme (anexo fl. 13), visto que a Sefaz exigiu autorização prévia para remessa da escrituração fiscal substituta. Alega que diante de sua situação financeira, circunstância essa que a levou a condição jurídica de "Recuperação Judicial" ainda não honrou com os pagamentos dos ICMS apurados. Requer a improcedência do auto de infração.

Juntou ao processo cópia dos Registros Fiscais da Apuração do ICMS - Operações Próprias (fls. 57/61), cópia do Requerimento para retificação de EFDs (fls. 63/64), cópia do Sped Fiscal (fl. 66), cópia das intimações e dos autos de infração n.ºs 4011102671459 e 4011102671700 e seus anexos (fls. 68/73).

A Primeira Câmara Julgadora, através da Resolução de fls. 76/77, *"Considerando que o presente auto de infração decorreu da falta de consignação no livro registro de saídas as notas fiscais constantes na relação anexa ao auto (CD-Rom), referente às saídas de mercadorias tributadas; Considerando os termos da Resolução 146/2011 (fl. 47) e a documentação apresentada às fls. 56/73, a qual sinaliza para a existência de Processo Administrativo junto a Gerência de Arrecadação (fls. 63) e, ainda, dois novos processos administrativos tributários (fls. 68/73), havendo suspeita de duplicidade de lançamento; Considerando, finalmente, que é facultado ao órgão julgador determinar a realização de diligência, de ofício ou pedido, para fins de saneamento do processo (Decreto n.º 6º, § 3º, II); Resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à SEGE para que promova a juntada em conjunto com os processos 20110000 4040730 e após, seja pautado para julgamento em conjunto com os processos de n.ºs 4011102671459 e 4011102671700, na impossibilidade de julgamento em conjunto, por obséquio juntar cópias desses processos ao presente auto"*.

A Secretaria Geral (fls. 79), em cumprimento à Resolução n.º 234/2011 da Primeira Câmara Julgadora, por meio de Memorando n.º 6/2012-CAT solicita à Gerência de Tributação e Regimes Especiais - Cícero Rodrigues da Silva, e solicita o encaminhamento ao CAT do processo n.º 20110000 4040730.

Foi juntado ao presente feito, cópia dos PATs n.ºs 4011102671459 (fls. 83/99) e 4011102671700 (fls. 92/98).

A Secretaria Geral (fls. 100), em cumprimento à Resolução n.º 234/2011 da Primeira Câmara Julgadora, faz pensamento dos autos do processo n.º 20110000 4040730 ao feito.

Nova Resolução n.º 128/2012 de fls. 102/103 converte o julgamento em diligência e determina o encaminhamento do processo à Gerência Especial de Auditoria para que um auditor fiscal adote as seguintes providências: 1 - Elabora nos demonstrativos da Auditoria da Saída Registrada com o documentário emitido, considerando a escrituração fiscal digital da empresa atuada devidamente corrigida com autorização da Sefaz, devendo, ainda, ser observado os processos n.ºs 4011102671459 e 4011102671700, que a empresa atuada afirma que são

relativos a mesma matéria e aos mesmos períodos de apuração e 2 - preste quaisquer outros esclarecimentos que entender úteis para a solução da lide.

Em atendimento à Resolução apresentada, a Autoridade Fiscal revisora esclarece que a relação dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte foi exatamente a mesma nos dois levantamentos. Tal diferença refere-se às notas fiscais n^os 178802, 178803, 178804, 178805, 178841, 178842, 178843 e 178844 que foram devidamente canceladas pelo contribuinte e no entanto, consideradas normalmente emitidas nos levantamentos da auditoria da peça básica. Ademais, conforme relatório de conclusão da Auditoria das Saídas Registradas e do documentário emitido comprovou-se o correto registro dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte no período analisado de 01/05 a 31/07/2010. Quanto à observância aos autos de infração supra citados esclarece que ambos referem-se ao ICMS lançado de ofício pelo comparativo SARE/DPI, sendo o primeiro referente ao período 01/03/2011 a 31/05/2011 e o segundo referente ao período de 01/12/2009 a 31/07/2010, aqui sim alcançando também o período desta Auditoria de Revisão. (fls. 105/106).

Acosta cópia da Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido (fl. 107), demonstrativo comparativo das divergências de documentos fiscais relacionados nas Auditorias das Saídas Regist. c/ docum. Emitido (fl. 108) e cópia da consulta completa da NFE (fls. 109/116).

Devidamente intimada (fl. 118), a atuada se manifesta acerca da revisão fiscal na qual afirma que restou comprovada na auditoria de revisão a cobrança em duplicidade do tributo. Relata que os meios utilizados para constituição do presente crédito tributário é sem consistência e em desconformidade com os objetivos fiscais. Cita acórdãos da IV Câmara Julgadora e do Conselho Pleno (fls. 124/125). Pede, ao final, a improcedência do auto de infração. (fls. 121/126).

É o Relatório.

DECISÃO

Reporto-me ao trabalho revisional, onde a ilustre autoridade revisora, em atendimento ao Despacho n^o 0508/12 – GEAT de 01/08/2012 e em cumprimento às solicitações contidas na Resolução n^o 128;2012 - 2^o Câmara/CAT DE 14/02/2012, fls. 102 e 103, informa que observou a retificação em 06 de fevereiro de 2012 da Escritura Fiscal Digital do contribuinte atuado (10.183.499-3) para os meses de maio, junho e julho de 2010, conforme relatório, fl. 133 do processo 201100004040730 para a execução de uma nova Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido.

Esclarece ainda, o nobre revisor, que a relação dos documentos fiscais, emitidos pelo contribuinte, foi exatamente a mesma nos dois levantamento e que em uma análise comparativa, entre os valores somados a débito na escrita do contribuinte na primeira auditoria com a auditoria revisora, constatou os mesmos valores, para os meses de maio e junho e uma divergência para o mês de julho; que tal diferença refere-se às notas fiscais que foram canceladas pelo contribuinte

e no entanto, consideradas normalmente emitidas no levantamento da auditoria da peça básica, entretanto, a auditoria, comprovou o correto registro dos documentos fiscais, emitidos pelo contribuinte no período analisado.

Portanto, mediante as assertivas que pronunciei nos parágrafos volvidos, só me resta buscar a orientação contida no §1º do artigo 18 do Decreto nº 6.930/2009, que será transcrito na sequência, para considerar improcedente o auto de infração.

“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:

[...]

§ 1º Acatada preliminar da espécie de que trata o inciso I do caput, fica prejudicada a apreciação do mérito e põe-se fim ao processo.”

Assim, voto conhecendo da impugnação, dando-lhe provimento, nos termos do art. 18, §1º do Decreto nº 6.930, de 9 de Junho de 2009 para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 08 de maio de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DE AVALIAÇÃO DE ESTOQUE - Aumento indevido de parte das mercadorias constantes do inventário - Multa Formal (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00254/13

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória.

DILIGÊNCIA

Não ficou registrado nenhum motivo que justifica a necessidade de realização da diligência.

PRELIMINAR

Cerceamento ao direito de defesa. Nulidade da sentença singular.

Não há cerceamento ao direito de defesa, pois não ocorreu limitação ou obstáculo que impedisse a parte de se defender da forma legalmente permitida, de maneira a causar-lhe prejuízo em relação ao seu objetivo processual.

MÉRITO. Auditoria de Avaliação de Estoques. Superavaliação.

Deve ser inadmitido, liminarmente, pelo Conselho Pleno, o recurso interposto em relação à decisão cameral unânime, no tocante ao mérito, quando não atendido ao que dispõe o § 1º, incisos I e II do art. 41 da Lei 16.469/09.

PENALIDADE. Aplicação da forma privilegiada.

Não há possibilidade de aplicação da forma privilegiada da penalidade quando da prática da irregularidade resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto, conforme comprovado via autos de infração lavrados em desfavor da autuada.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de novembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa, Elias Alves dos Santos, 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 e Edson Abrão da Silva. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial do auto de infração, em relação à sentença singular, por cerceamento ao direito de defesa,

arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa, Elias Alves dos Santos, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcides de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Edson Abrão da Silva. E, também, por votação unânime, acolher a arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, em relação ao mérito, feita pela Representação Fazendária, 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 procedente o auto de infração. E, por maioria de votos, não aplicar a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Paixão de Oliveira Gomes, Elias Alves dos Santos, 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 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, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, Delcides de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

Nestes autos a descrição do fato é de que o sujeito passivo aumentou indevidamente o valor de parte das mercadorias constantes do inventário realizado em 31.12.08, conforme auditoria de avaliação os estoques anexa. De consequência fica sujeito à multa formal de 10% sobre o total do valor acrescido.

Consta do anexo estruturado complementar da ocorrência que cada item do inventário foi avaliado pelo valor da entrada mais recente, conforme disposto no art. 19, inciso XII, da Lei 11.651/91.

O crédito tributário foi considerado procedente em primeira instância, sendo confirmado em segunda, porém com aplicação da forma privilegiada da multa prevista no art. 71, § 8º, do art. 71 da Lei 11.651/91.

A Representação Fazendária interpôs Recurso ao Conselho Pleno, requerendo o afastamento da forma privilegiada da multa, argumentado que inexistente nos autos qualquer documento ou demonstrativo capaz de sustentar a premissa de que não houve prejuízo ao Erário. Pelo contrário foram lavrados vários autos de infração com exigência do ICMS no período.

O sujeito passivo, igualmente interpõe recurso ao Conselho Pleno, alegando que houve cerceamento ao seu direito de defesa, pois os pedidos preliminares arguidos foram analisados, em primeira instância, genericamente. Dispõe sobre a necessidade de diligência, pois o fiscal atuante não demonstrou quais foram as saídas internas realizadas pela empresa, bem como não foram elencadas quais as notas fiscais que serviram de base de cálculo para a exigência do ICMS por substituição tributária. Quanto ao mérito, requer a improcedência do

crédito tributário, tendo em vista que a empresa agiu de acordo com a legislação goiana e o termo de acordo. Requer, ainda, em contradição a manutenção da forma privilegiada da multa, porque o recurso oficial respaldou em presunção da falta de pagamento do ICMS, mas não há prova efetiva disso.

DECISÃO

Quanto ao pedido diligência, evidenciado em dois momentos no recurso interposto, dado o claro equívoco do recorrente em relação ao mérito, não motivo o seu acolhimento, ou seja: num primeiro momento pede diligência, *“pois nem todos os argumentos posto no auto de infração correspondem à realidade dos fatos”*; depois, realização de diligência para *“ demonstrar se houve ou não saída de mercadoria para destinatários situados no Estado de Goiás e, conseqüentemente, apurar se houve real cumprimento de obrigação acessória.”*

A essa altura é importante observar que o objeto da lide é a chamada superavaliação do estoque de mercadoria, por isso não referindo à questão relacionada à saída de mercadoria em operação interna. Por se tratar de superavaliação do estoque a auditoria e a metodologia utilizada pela autoridade lançadora está condizente com a descrição do fato no auto de infração, portanto não razoável o outro requisito indicado para o pedido de diligência.

Rejeitado o pedido de diligência.

A matéria de natureza preliminar, arguida pelo recorrente, indicando prejuízo ao direito de defesa, na verdade almeja uma nulidade parcial dos autos, consistente na ausência da análise *“de forma individualizada todas as questões apontadas”*, pelo julgador singular.

Não há dúvida que o momento mais oportuno dessa alegação seria no recurso voluntário, porquanto buscando solucionar à lide imprimindo-lhe celeridade processual e concedendo resposta ao pleito do recorrente, é importante esclarecer que a obrigação do julgador é enfrentar a questão controvertida e fundamentar a decisão, não tendo, com isso, de analisar todos os argumentos da parte e debater todos os artigos incidentes na espécie, sob pena de se transformar as decisões em tratados de hermenêutica, isto é, o julgador não está obrigado a responder a cada um dos dispositivos legais expostos nas razões de recursos, se bastantes os argumentos jurídicos a embasar seu conhecimento.

Da leitura atenta dos termos da impugnação sobressai um encadeamento doutrinário e jurisprudencial da matéria tributária que na ordem processual sequer insere no contexto de preliminar concernente à formação do lançamento fiscal.

Num único momento, na impugnação, é que extrai uma alegação mais prática em relação à lide, consistente na *“necessária subsunção do fato à norma”*, mas, ainda assim, de maneira genérica.

Dessa maneira, quando o julgador singular economizou fundamentação em sua decisão leva a concluir que foi em decorrência da ausência de liame e

especificidade do assunto tratado pelo recorrente em relação ao objeto da lide, porquanto o fundamento no qual amparou sua decisão foi suficiente para o deslinde da questão naquele momento.

Desse modo, não acolhida a preliminar de cerceamento ao direito de defesa, com conseqüente nulidade da decisão singular, considerando que não aconteceu impedimento da parte de se defender devidamente.

O mérito ficou decidido na fase cameral pela procedência do crédito tributário, por votação unânime, porquanto para efeito de admissão do recurso pelo Pleno passa pelo cumprimento de requisitos, especialmente indicados no art. 41, inciso II, da Lei 16.469/09, senão vejamos:

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

[...]

II - unânime:

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

b) inequivocamente contrária a:

1. disposição expressa da legislação tributária estadual;

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

c) baseada em prova cuja falsidade seja comprovada;

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

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

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

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

Nos presentes autos, o recorrente menciona que o recurso deve ser admitido em decorrência de decisão divergente que tenha tratado de matéria idêntica, assinalando os processos pelos quais isso se dá.

Muito embora o esforço do recorrente tem-se que em nenhum dos processos há identidade de matéria, ou seja, não se trata da mesma matéria, ora controvertida, conforme síntese apresentada abaixo, assim;

Processo n.º 3 0296505 449 99

Neste processo, a acusação fiscal é de que o sujeito passivo adquiriu em operação interestadual mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, registrando devidamente as notas fiscais nos livros de entradas, sem contudo recolher o ICMS-ST pelas operações posteriores, conforme Anexo VIII do RCTE e Tare n.º 322/2004-GSF.

Processo n.º 4 0110008 034 45

Versa a presente acusação sobre falta de escrituração, no Livro Registro de Entradas, de documentos fiscais relacionados em lista anexa.

Processo n.º 4 0109014 954 16

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 centavos), relativo às operações de entrada de mercadoria, nos termos do TARE n.º 322/2004, conforme documentos anexos.

Quanto ao processo de n.º 4 0111030 014 22, mencionado também como paradigma, sem sombra de dúvida, trata de matéria divergente, ou seja, da subavaliação do estoque, anverso da moeda.

Assim, inadmitido o recurso do contribuinte ao Conselho Pleno em relação ao mérito.

Quanto à aplicação do § 8º do art. 71 da Lei 11.651/91, traz-se à lume que o referido dispositivo apresenta condição para fruição, qual seja, da prática da irregularidade não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto.

O conceito oferecido pelo Manual de Procedimentos Fiscais adotado neste Estado no tocante à auditoria de avaliação de estoques traz nítida demonstração que “as anomalias praticadas quando da avaliação dos inventários objetivam compensar saídas de mercadorias não lançadas nos livros próprios de escrituração ou lançadas de forma subfaturada, portanto é inerente da irregularidade o objetivo de ocultar a prática de sonegação do tributo.”

A venda sem correspondente emissão e contabilização de nota fiscal, segundo o Ilustre Professor Remo Dalla, “gera a distorção e para acertar a quantidade contábil com o físico do estoque tenta comprar sem nota fiscal, não conseguindo instrui registrar no custo da mercadoria vendida valor maior que o efetivo causando aumento artificial no custo dos itens inventariados.”

Essas anomalias ou irregularidades ou infrações foram verificadas pela fiscalização, tanto as relacionadas com a falta de registro de notas fiscais de entradas, quanto à omissão de saída de mercadoria e também a transferência de

mercadoria em operação interestadual utilizando base de cálculo do ICMS em valor inferior ao previsto na legislação (subfaturamento), conforme relação dos autos de infração lavrados em desfavor da atuada, em períodos que justificam a superavaliação dos estoques, diante das informações extraídas da base de dados da Fazenda, ou seja, respectivamente, 3 0287121 110 30, 4 0109014 927 43, 4 0109003 164 88, 4 0112047 879 36, 4 0113000 322 40; 3 0133181 725 67; 3 0313311 912 43 e 4 0111027 705 11.

Portanto, a forma privilegiada da multa não cabe neste lançamento

Para a ilicitude perpetrada há uma penalidade disposta a qual encontra-se capitulada no auto de infração, isto é, alínea “d” do inciso XI do art. 71 da Lei 11.651/91 acrescida pela Lei 15.505/05, confirmada nesta oportunidade da seguinte forma:

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

XI - de 10% (dez por cento) do valor:

[...]

ACRESCIDA A ALÍNEA "D" DO INCISO XI DO ART. 71 PELO ART. 1º DA LEI Nº 15.505, DE 29.12.05 - VIGÊNCIA: 01.01.06.

d) indevidamente adicionado ou suprimido ao valor exigido, pela legislação, para escrituração das mercadorias ou bens inventariados;

Ante o exposto, conheço do recurso do Contribuinte ao Conselho Pleno, à exceção em relação ao mérito, inadmitido, nego-lhe provimento, para rejeitar o pedido de diligência e a preliminar de cerceamento ao direito de defesa; assim como conheço do recurso da Fazenda Pública ao Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para afastar a aplicação da forma privilegiada da penalidade prevista no § 8º do art. 71 da Lei 11.651/91 com redação da Lei 15.505/05.

Sala das sessões plenárias, em 26 de fevereiro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00069/13

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de saída de mercadoria tributada. Déficit financeiro. Auditoria do Movimento Financeiro. Procedência parcial. Decisão unânime.

I - O excesso de desembolso, apurado no balanceamento entre receita e despesa em Auditoria do Movimento Financeiro, constitui omissão de venda de mercadoria tributada, sujeita ao ICMS estadual;

II - Constantando-se em Declaração Periódica de Informações (DPI) que a alíquota praticada pelo sujeito passivo é menor que a considerada na autuação, a alíquota efetiva deve ser aplicada na apuração do imposto, declarando-se procedente em parte o respectivo auto de infração.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de setembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração, em virtude da adequação da alíquota efetiva, no valor do ICMS de R\$7.861,78 (sete mil, oitocentos e sessenta e um reais e setenta e oito centavos), calculado sobre a base de cálculo de R\$60.013,56 (sessenta mil e treze reais e cinquenta e seis centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, José Pereira D'abadia e Víctor Augusto de Faria Morato. 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 Contribuinte para compor esta Câmara Julgadora.

RELATÓRIO

Em 11 de novembro de 2010, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 8.701,97 (oito mil, setecentos e um reais e noventa e sete centavos), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter, no exercício de 2005, omitido o registro de saída de mercadoria tributada na importância de R\$ 60.013,56 (sessenta mil, treze reais e cinquenta e seis centavos), apurado em Auditoria do Movimento Financeiro.

Citados como infringidos os arts. 25, § 1º, IV e § 2º, 64, da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 141 do Decreto nº 4.852/97, tendo sido 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.

Identificada com sujeito passivo solidário a pessoa física [...], na condição de administrador da firma atuada (fl. 4).

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, demonstrativo da Auditoria do Movimento Financeiro (fl. 5).

Intimados a empresa atuada em 07/12/2010 (fl. 10) e o solidário em 30/11/2010 (fl. 8), não comparecem ao processo, sendo declarados revéis (fl. 11).

Revéis, os sujeitos passivos apresentam conjuntamente impugnação em Segunda Instância (fls. 16 a 18), pedindo a improcedência do lançamento, alegando que as intimações acerca da autuação não chegaram a seu conhecimento; que o contribuinte teve seu cadastro suspenso pela fiscalização sem justificativa; que a empresa é de pequeno porte e que regularizou as pendências apontadas pela fiscalização.

Aduzem ainda que não deixaram de recolher aos cofres públicos o ICMS referente ao exercício de 2005 e que, no período fiscalizado, comercializaram também mercadorias (bebidas e outros derivados) com o imposto retido na fonte.

A pedido do Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes, juntou-se ao processo extratos de Análise Vertical do Verso da DPI (fl. 24) e de Relatório de Entradas/Saídas/Indicadores fiscais Utilizando Valor Contábil (fl. 25), relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2005.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, não existe falha na intimação posto que o endereço iniciado no AR (fl. 8 e 10) é o mesmo constante da peça defensiva apresentada (fl. 16) e que não há que se falar em exclusão de solidário por se tratar de empresa individual.

No mérito, trata-se de omissão de saída de mercadoria tributada no valor de R\$ 60.013,56 (sessenta mil e treze reais e cinquenta e seis centavos), no exercício de 2005, apurada em Auditoria do Movimento Financeiro (fl. 5).

Nessa auditoria (fl. 5), a fiscalização somente tomou em consideração o valor total das vendas (R\$ 66.290,00) e o valor total das compras (R\$ 126.303,00) desconsiderando quaisquer outros desembolsos: aluguel, salários, pró labore, tributos e outras despesas, o que em tese foi benéfico ao atuado.

O atuado alega que grande parte de suas mercadorias comercializadas teve o imposto retido na fonte, porém a Análise Horizontal do Verso da DPI (fl. 24) revela que 100% (cem por cento) das saídas realizadas no exercício de 2005 foram tributadas, não havendo indicação alguma no referido extrato nem de compra nem de venda de mercadoria sujeita à substituição tributária, o que impossibilita a aplicação da proporcionalidade prevista no § 2º do art. 25 do CTE.

Apesar da simplicidade do formulário da Auditoria Financeira (fl. 5), é evidente a discrepância entre as receitas de vendas e os desembolsos com as compras, salientando que se forem incluídas outras despesas como salários, aluguel, obviamente majorará o déficit financeiro, sendo que os valores lançados nessa auditoria foram extraídos da escrita fiscal do contribuinte, nada foi apresentado para contrapor o trabalho fiscal.

Na autuação foi considerada a alíquota de 14,50%, entretanto o extrato da DPI (fl. 24) indica que a alíquota praticada pela atuada nas saídas relativas ao exercício de 2005 foi de 13,10 %, devendo essa alíquota ser aplicada à omissão apurada.

Feita a aplicação da alíquota efetiva de 14,50% sobre a base de cálculo de R\$ 60.013,56 (sessenta mil e treze reais e cinquenta e seis centavos), obtém-se o ICMS de R\$ 7.861,78 (sete mil, oitocentos e sessenta e um reais e setenta e oito centavos), para o qual deve ser alterado o lançamento.

Ante o exposto, conheço da impugnação, dou-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração, em virtude da adequação da alíquota efetiva, no valor do ICMS de R\$ 7.861,78 (sete mil, oitocentos e sessenta e um reais e setenta e oito centavos), calculado sobre a base de cálculo de R\$ 60.013,56 (sessenta mil, treze reais e cinquenta e seis centavos).

Sala das sessões plenárias, em 22 de janeiro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00296/13

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: *Processual. Pedido de diligência. Requerimento de autoria da Fazenda Pública Estadual e rejeitada por unanimidade.*

Os pedidos de diligência fiscal devem ser rejeitados quando o próprio sujeito passivo tenha colaborado para o cumprimento antecipado dos fins colimados pelo citado ato processual.

ICMS. Obrigação principal. Omissão de registro de mercadoria tributada. Auditoria do movimento financeiro. Improcedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que a somatório das receitas advindas da prestação de serviços e sujeitas ao ISS são suficientes para suprir os gastos com mercadorias e despesas levantadas pelo fisco, improcedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência feito pela Representação Fazendária. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Luis Antônio da Silva Costa. Quanto ao mérito, também por votação unânime, 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, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

Notícia a inicial que o sujeito passivo omitiu registro de saída de mercadoria tributada, na importância de R\$ 28.586,50, referente ao déficit financeiro apurado em Auditoria do Movimento Financeiro. Em consequência, deverá pagar o ICMS, juntamente com penalidade e acréscimos legais, constante demonstrativo de documentos anexos. Obs.: As informações contidas na Auditoria do Movimento Financeiro, foram extraídas exclusivamente da DPI.

As autoridades lançadoras indicaram como infringidas as disposições do Art. 25, §1º, IV e § 2º, 64, Lei 11.651/91, c/c art. 141, Decreto 4.852/97.

Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, VII, "I" "I", da Lei 11651/1991 c/ redação da Lei 13446/1999.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Detalhamento do Crédito Tributário às fls. 03 e Auditoria do Movimento Financeiro às fls. 04.

A autuada foi intimada, para pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação à primeira instância, conforme documentos de fls. 08/09.

O sujeito passivo apresenta Impugnação às fls. 11/13, para argumentar que sua atividade econômica principal é a prestação de serviços; que o levantamento foi realizado com base na DPI e esta não trouxe as informações relativas às receitas de serviços; que está providenciando a reinserção e retificação destas informações; que as cópias da documentação dos livros de apuração do ISSQN são suficientes para comprovar o erro no levantamento basilar; que faturou o significativo valor de R\$ 518.954,74, conforme se comprova com a documentação e levantamento em anexo.

Acrescenta, que os fatos expostos instruídos com as cópias dos livros de apuração do ISSQN, são suficientes para comprovar o erro do levantamento basilar, restando ser considerado improcedente o auto de infração.

Juntamente com a Impugnação, foram juntados aos autos os seguintes documentos: Quadro Demonstrativo das Despesas da Empresa às fls. 14; Procuração às fls. 15; cópia de documentos pessoais às fls. 16; Oitava Alteração Contratual às fls. 17; Consolidação às fls. 18/20; Livro de Registro de Serviços Prestados às fls. 22/37; cópia de intimação e auto de infração às fls. 38/39.

O Julgador Singular prolata a Sentença de nº 3321/10 – JULP às fls. 42, decide pela improcedência da pretensão fiscal e absolve o sujeito passivo de pagar o crédito tributário proposto na inicial.

Fundamenta sua decisão que a atividade principal da autuada é a prestação de serviços de cabeleireiro e estética.

Assim, tais receitas devem ser computadas na auditoria financeira; que somando-se as receitas sujeitas ao ISS escrituradas no livro próprio, conforme comprova a defesa, são suficientes para suprir os gastos com mercadorias e as despesas levantadas pelo fisco.

Diante disso, não prospera a exigência fiscal

A Coordenação de Representação Fazendária, em meio ao Recurso às Câmaras nº. 071/2010 às fls. 43, inconformada com a decisão consubstanciada na Sentença nº 3.321/10-JULP, requer a sua reforma.

Fundamenta, que a documentação anexada aos autos com o fito de provar a existência de receitas oriundas da prestação de serviços é frágil, em razão dos fatos a seguir destacados:

1) a impugnante anexa apenas cópias de parte do Livro de Registro de Serviços Prestados (fls. 21/37), não autenticadas, deixando de comprovar também o recolhimento do ISSQN, não se constituindo, portanto, em provas inequívocas em seu favor;

2) a empresa está cadastrada junto à Secretaria da Fazenda com o CNAE 4754-7/01 – Comércio varejista de móveis (100%), não fornecendo, em consequência, a convicção necessária quanto à origem dos recursos ora em discussão.

Pelas razões expostas, a Representação Fazendária requer da Egrégia Câmara a colocação do processo em diligência com vistas à confirmação da origem das receitas de serviços, nos termos do art. 63, inciso V da Lei nº 16.469/2009, para posteriormente confirmar ou reformar a decisão singular.

O atuado foi intimado às fls. 44, para apresentar Contradita ao Pedido de Reforma formulado pelo Representante Fazendário.

A parte passiva apresenta Contradita ao Pedido de Reforma às fls. 47/48, na qual alega que estando devidamente comprovado que as receitas da atuada, que provem principalmente da prestação de serviços e que não foram apreciadas pelo ilustre Autuante, que seja este expediente e documentos juntados ao processo sobredito e ao julgá-lo que seja mantida a sentença nº 3321, que julgou improcedente a pretensão fiscal, absolvendo totalmente a Postulante e, em consequência, se requer o arquivamento do feito.

Em suas argumentações, alega que o Contador da atuada compareceu, quando estava sendo auditada, à Delegacia Fiscal exibindo o livro de prestação de serviços e o senhor Autuante lhe pediu para encaminhar junto à defesa somente cópias das folhas do livro correspondente ao exercício fiscalizado e que as mesmas não necessitariam ser autenticadas.

Alega ainda, que com relação à comprovação de recolhimentos do ISSQN esta obrigação está devidamente cumprida e sua verificação compete à fiscalização municipal.

Acrescenta, que a Postulante, ainda, informa que a atividade de prestação de serviços é a representação comercial e não a atividade de cabeleireiro e estética, conforme se expressou a Ilustre Julgadora às fls. 42 do presente processo

Instruem a peça recursal os seguintes documentos: cópia de Livro de Registro de Serviços Prestados às fls. 50/97; cópias dos recolhimentos do ISSQN (D.U.A.M.) e comprovantes de pagamento às fls. 98/116; cópia de inscrição CNPJ/MF às fls. 117.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir, e de plano não dou guarida ao pedido de diligência, formulado pelo douto representante da Fazenda Pública Estadual-FPE. De fato, não obstante o pedido tenha sido acompanhado de argumentos plausíveis tais como: *o de que o sujeito passivo não comprovou ao longo do processo a origem das receitas, e o de que as provas colacionadas pelo contribuinte são frágeis e por isso não sustentam sua condição de prestador de serviços*, deixo de acolhê-lo, por entender que o próprio sujeito passivo, na contradita ao recurso da FPE, atendeu antecipadamente a todos os questionamentos que lhe seriam formulados na diligência.

Face ao exposto, considero desnecessária a providência que peremptoriamente protelaria o feito além do necessário.

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

Analisei detidamente a questão e pelos mesmos motivos e fundamentos, entendo que estão satisfeitas as condições que fundamentaram o julgamento exarado pela Primeira Instância e por esclarecedora, devo acolhê-la como razão de decidir.

Dessarte, em consonância com meus pares, conheço do recurso de ofício, nego-lhe provimento para manter a decisão singular que considerou improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 04 de março de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00526/13

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: Processual. Nulidade do auto de infração. 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 as preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo.

ICMS. Omissão de registro de saída de mercadorias tributadas. Omissão do imposto. Déficit financeiro apurado mediante auditoria do movimento financeiro. Procedência. Decisão unânime.

Provado nos autos, através da Auditoria do movimento financeiro, que o sujeito passivo não efetuou o registro de saída de mercadorias e de consequência omitiu o imposto decorrente destas omissões no período apurado, procedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19 de dezembro de 2012, decidiu, 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 Allen Anderson Viana, José Pereira D'abadia e Víctor 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 Allen Anderson Viana, José Pereira D'abadia e Víctor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

O crédito tributário reclamado à lide se refere à cobrança de ICMS e multa de caráter formal, acrescidos das cominações legais, originado da constatação de omissão de registro de saídas de mercadorias tributadas, conforme déficit financeiro apurado na Auditoria do Movimento Financeiro e referente ao exercício DE 2006. Em consequência, deverá pagar o ICMS juntamente com penalidade e acréscimos legais.

Foi indicado como infringidos os arts. 25, § 1º, IV e § 2º, 64, do CTE, c/c o art. 141 do Decreto 4.852/97. Sendo que a penalidade imputada foi a do art. 71, VII, "I", § 9º I, do CTE com a nova redação da Lei 13.446/99.

Objetivando a caracterização da infração foram juntados aos autos os seguintes documentos: Anexo Estruturado - Descritivo Complementar da Ocorrência fls. 04; Cópia da Declaração de Firma Individual fls. 05/06; Termo de Registro de Fiscalização 007; Auditoria do Movimento Financeiro - Conclusão e Conclusão mensal fls. 08/10; AMF - Demonstrativo Auxiliar - resumo Mensal fls. 011/012; AMF Ajustes das Compras fls. 013/15; AMF Ingresso - Analítico fls. 016/017; AMF Desembolso - Analítico fls. 018/022; Proporção de Mercadorias Tributadas Demonstrativo Auxiliar fls. 023; Notificação Fiscal para entrega de documentos fiscais fls. 024/025; Cópia de petição dirigida ao autuante informando o porquê do não atendimento contido nas notificação do fisco fls. 026; Procuração e identificação do procurador fls. 027/028; Declaração justificado o não pagamento de aluguel, não ter havido aumento de capital, pagamento de honorários, de que não obteve receita e nem aluguel aos anos 2006 a 2008 e de que os Créditos que constam na conta são de clientes que financiaram as mercadorias fls. 029/033; Planilhas de Histórico de Pagamentos fls. 034/038; Cópia de Livro de Registro de Serviços - Modelo 1 fls. 039/064; Cópias de Guias de Recolhimento da ISS e respectivas Guias de INSS fls. 065/0135; Protocolo de Remessa de Documentos Autos Judiciais fls. 0136/0152; Ajuste de Compras de 2005/6 e 2006/7 fls. 0153/0265.

O sujeito passivo foi intimado em 17/12/2010 conforme atesta o documento de fls. 0266/0267

Cientificado, o sujeito passivo comparece aos autos para impugnar o auto de infração. Argui de proêmio, as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo e para fundamentar suas teses, colaciona aos autos julgados desta Casa

Alega que não fora notificado para explicar acerca do lançamento e que a acusação fiscal careceria de elementos que concedessem a segurança necessária para sua manutenção, pois faltariam formulários complementares da auditoria e a documentação colecionada nos autos seria insuficiente, com notas e livros fiscais sem autenticação..

Requer anulação, ainda, por ausência de demonstração dos cálculos dos juros e da correção monetária, informando que o procedimento seria uma arbitrariedade baseada em mera presunção e que a multa não poderia ser atualizada; que o ônus da prova seria do fisco, entretanto, esse se ateu apenas ao formulário principal da Auditoria das Disponibilidades, ignorando os auxiliares que melhor esclareceria a diferença. Finaliza, requerendo a nulidade do Auto de Infração.

Acompanham a impugnação Procuração fls. 0285; Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica fls. 0286; Cópia de inscrição da autuado como firma individual fls. 0287/0290.

Sobreveio a Sentença singular de fls. 292/294, pela qual o Julgador singular rejeitou as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo sujeito passivo e, no mérito, considerou procedente o auto de infração.

Argumentou que todo o feito encontra-se em perfeita sintonia com o ordenamento jurídico brasileiro e que a peça está embasa em levantamento fiscal previsto na legislação tributária estadual. Que através desta auditoria, constatou-se ter havido excessos de desembolsos em relação aos ingressos comprovados; que todas as informações destinadas a promover o levantamento foram extraídas da documentação do sujeito passivo; que as cópias dos documentos que serviram de embasamento ao levantamento encontram-se devidamente anexadas aos autos; que neste tipo de caso opera-se a presunção legal tutelada pelo dispositivo do inciso IV, do § 1º, do art. 25 da Lei Estadual nº 11.651/91, observado o que consta do § 2º do mesmo artigo.

No mérito, aduz que o sujeito passivo nada trouxe aos autos que pudesse ilidir a pretensão fiscal na íntegra; que não elaborou sequer um levantamento de mesmo perfil para contrapor-se à Fazenda Pública Estadual – FPE; que limitou-se a objurgar o trabalho fiscal apenas com a lógica jurídica; que em relação à notificação prévia para explicar a diferença antes do lançamento, não existe previsão para tal; que a recorrente poderia ter explicado quando da apresentação da impugnação nesta instância; que houve duas notificações ao sujeito passivo e uma resposta do contribuinte.

Quanto aos fundamentos para cálculos dos juros, informa que sua aferição está tutelada pelos artigos 167, 168, 170 e 171, todos do Código Tributário Estadual – CTE; que a auditoria realizada faz uso de aritmética simples e com a observância da penalidade aplicada consegue-se chegar ao valor total da exigência, observados os períodos de referência e o da realização desses cálculos, respeitando-se a demonstração da base de cálculo do ICMS contida no processo e por isso desnecessárias as respectivas demonstrações formais no processo.

E, por último, informa que não se aprecia nesta Casa questões que tratam da constitucionalidade ou legalidade de normas expedidas pela administração tributária diante do prescrito no § 4º do art. 6º da Lei Estadual nº 16.469/09 e por isso conhece da impugnação, nega-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

O atuado foi intimado para pagar e/ou apresentar recurso voluntário fls. 295/296.

O sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário no qual reitera os argumentos e pedidos referidos na peça impugnatória.

É o relatório.

DECISÃO

Analisei detidamente a questão e por não ser plausível e nem inteligente reinventar a roda, pois tanto a peça impugnatória quanto a recursal são gêmeas, devo acolher de plano a manifestação do douto julgador singular, Zenewton Rimes de Almeida que assim manifestou-se sobre todas as questões suscitadas pela parte, na lapidar decisão de fls. 292 a 294, que por esclarecedora, adoto-a como razão de decidir. Transcrevo-a abaixo, “*ipsis litteris*”:

“Verifica-se, primeiramente, que o levantamento que arrimou o feito se encontra baseado em matemática simples, que consiste no balanceamento dos ingressos de numerários provenientes de diversas origens e dos desembolsos realizados no decorrer do período auditado, tendo por finalidade, com isso, apurar e demonstrar as eventuais omissões de registros de saídas de mercadorias tributadas, fato esse caracterizado pelo excesso de desembolsos em relação aos ingressos comprovados. Observa-se que não se trata da Auditoria das Disponibilidades como alegou a defendente e que toda documentação utilizada se encontra anexada e as cópias foram conseguidas junto a empresa autuada, o que se faz desnecessária qualquer autenticação.

Constata-se nos autos, então, que todas as informações necessárias para a elaboração da auditoria foram extraídas da documentação de posse da autuada, apresentadas ao fisco fisicamente e que fazem prova no processo, friso, podendo o fisco utilizar ainda das informações contidas em meio magnético, através de informações prestadas pela própria empresa quando das respectivas apresentações das DPI's mensais dos períodos em análise.

Continuando, de ser observado, que o excesso de desembolso em relação aos ingressos comprovados configura-se operação ou prestação tributada não registrada, ou seja, omissão de registros de saídas de mercadorias tributadas, presunção esta prevista no inciso IV, do § 1º, do art. 25, da Lei nº 11.651/91, portanto, legal, devendo ser, complementarmente, observado o que consta no § 2º deste mesmo artigo, tendo em vista que pequena parte das mercadorias comercializadas pela autuada não sofreram tributação à saída, como foi demonstrado tanto no formulário principal, quanto nos auxiliares anexados pelo fisco, ao contrário do alegado, bastando a realização de uma análise percuciente para se encontrar nos autos os demonstrativos auxiliares da auditoria.

A defendente, em contrapartida, nada trouxe aos autos que contradissesse o levantamento efetuado pelo fisco, não apresentando, inclusive, outro levantamento, de igual teor, friso, referente à Auditoria do Movimento Financeiro e não Auditoria das Disponibilidades e, por tudo isso, considero o trabalho fiscal correto e suficientemente seguro para dar sustentação a acusação, e, por consequência, oferecer a segurança necessária na determinação da infração e afastar o suposto cerceamento alegado.

Neste sentido, então, entendo que a tese defensiva não atendeu aos pressupostos necessários e suficientes para ilidir a pretensão inicial do fisco, não se prestando, para tanto, meras alegações para ilidir o lançamento, que tem sustentação na auditoria realizada pelo fisco e nos documentos por esse juntados, a qual não foi contestada pelo polo passivo. Somente com a apresentação de levantamento de igual teor, então, se pode desmerecer ao realizado pelo fisco.

Em consequência do acima exposto, fica mantido o procedimento administrativo fiscal em sua totalidade e na forma em que se encontra e, também, nos exatos termos demonstrados na auditoria realizada que não foi objeto de questionamento,

cujos documentos que lhe deram origem fazem parte dos autos e, com isso, também não se caracterizando nenhum indício do cerceamento apontado.

Quanto à ausência de notificação prévia para explicar a diferença antes do lançamento, não existe previsão para tal, mas poderia a impugnante ter explicado quando da apresentação da impugnação nesta instância. (Observa-se que existiram duas notificações (fls. 24/25) e uma resposta do contribuinte (fls. 26) antes da confecção da auditoria, além das declarações de fls. 29 a 33.

Quanto aos fundamentos para os cálculos dos juros, correção monetária, multa e de sua redução, respectivamente, se encontram estabelecidos nos arts. 167, 168, 170 e 171 do CTE e, através de utilização de aritmética simples e com observância da penalidade imputada se consegue chegar ao valor total da exigência, observados os períodos de referência e o da realização desses cálculos, respeitando-se, finalmente, a demonstração da base de cálculo do ICMS contida no processo. Portanto, desnecessário se faz as respectivas demonstrações formais no processo.

Noutro aspecto, nesta casa administrativa de julgamento não se aprecia questionamento a respeito da legislação ou de normas expedida pela administração tributária diante do prescrito no § 4º do art. 6º da Lei nº 16.469/09 e nisso se inclui as supostas violações a Princípios Gerais do Direito ou Constitucionais.

Finalmente, concludo, o fisco não cometeu qualquer arbitrariedade, apenas se utilizou de uma presunção legal e não de suposição, aplicando uma penalidade vigente e devidamente prevista em lei estadual, que aqui não pode ser contestada, com o amparo em auditoria prevista no Manual de Procedimentos Fiscais.

DA CONCLUSÃO

Diante destes fatos acima, conheço da impugnação, nego-lhe provimento, para decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação, sendo recusado portanto os pedidos de anulação por ambos motivos apontados.

INTIME-SE.

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

Zenewton Rimes de Almeida
JULGADOR”

Dessarte, nada mais devo acrescentar e por isso, voto em uníssonos com meus pares, rejeitando as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelo recorrente, sendo a primeira, por cerceamento do direito de defesa e, a segunda por insegurança na determinação da infração. No mérito, também por unanimidade de votos, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 26 de março de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01597/13

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de Registro de Saída de Mercadorias. Auditoria do Movimento Financeiro. Improcedência.

As alegações contestatórias ao trabalho fiscal apresentadas pelo sujeito passivo e devidamente comprovadas, respaldam o entendimento cameral no sentido de julgar improcedente o lançamento.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 01 de março de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Washington Luis Freire de Oliveira e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Consta da peça inaugural deste feito que o sujeito passivo em epígrafe omitiu o registro de saída de mercadoria no valor de R\$ 13.532,67 (treze mil, quinhentos e trinta e dois reais e sessenta e sete centavos), referente ao déficit financeiro apurado em Auditoria do Movimento Financeiro, conforme levantamento anexo. Em consequência, de acordo com a base de cálculo apurada, em função da proporcionalidade de comercialização de mercadorias tributadas (76,55%), deverá pagar o ICMS, na importância de R\$ 1.243,11 (um mil, duzentos e quarenta e três reais e onze centavos), juntamente com a penalidade e acréscimos legais.

O trabalho fiscal foi instruído com Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03); demonstrativo da Auditoria do Movimento Financeiro (fl. 04), Espelho Cadastral (fl. 07).

Foram indicados como infringidos os artigos 25, § 1º, inciso IV, § 2º e 64 da Lei n.º 11.651/91, c/c o artigo 141 do Decreto n.º 4.852/97.

Como penalidade, propôs-se a estabelecida no artigo 71, inciso VII, alínea "I" e § 9.º, inciso I da Lei n.º 11.651/91, com a redação da Lei n.º 13.446/99.

Após ser devidamente intimado (fl.08), o sujeito passivo torna-se revel, conforme Termo de Revelia (fls. 10). Novamente intimado (fls. 12/13), apresenta impugnação neste Conselho (fl. 15) na qual alega que houve um equívoco quando da apresentação da DPI (Declaração Periódica de Informações) referente ao mês de outubro/2004 uma vez que o saldo inicial de caixa não foi informado corretamente. Como seria o primeiro mês de movimento do contribuinte, o valor

correto do saldo inicial seria de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e não zero, como informado. Ressalta que procedeu a devida correção e também a correção da DPI, conforme demonstra o recibo de transmissão e que já providenciou a solicitação de baixa de sua inscrição no cadastro estadual.

A peça impugnatória foi instruída com Requerimento de Empresário (fl. 19); Demonstrativo de Movimento Financeiro (fl. 20); Recibo de Transmissão (fl. 21) e Comprovante de Solicitação de Baixa – Pessoa Jurídica (fl. 22).

Pede a extinção ou arquivamento do auto de infração ora analisado.

É o relatório.

DECISÃO

A exigência tributária de que trata a basilar tem como suporte a Auditoria do Movimento Financeiro. Referido levantamento tem natureza indiciária e procura detectar eventuais omissões de registro de receitas, por meio do balanceamento de todas as receitas obtidas pela empresa com as despesas por ela realizadas, obtendo-se, assim, a sua real situação financeira. A diferença a maior das receitas, representa o saldo de caixa do período analisado. A realização de despesas sem disponibilidade do caixa indica o não registro de receita. No caso em análise a fiscalização apurou o déficit financeiro, no valor de R\$ 13.532,67 (treze mil, quinhentos e trinta e dois reais e sessenta e sete centavos) e reclamou o tributo devido aos cofres estaduais, na importância de R\$ 1.243,11 (um mil, duzentos e quarenta e três reais e onze centavos), correspondente a (76,55%) relativo à proporcionalidade de comercialização de mercadorias tributadas.

Em que pese o fato de a Auditoria do Movimento Financeiro ser um instrumento eficaz utilizado pelo fisco para efetuar o balanceamento de entradas e saídas de numerário no caixa da empresa, no caso em análise o resultado apurado não refletiu o que de fato ocorreu. Conforme explicou e comprovou o impugnante, como era seu primeiro mês de movimento, o valor correto do saldo inicial seria o valor do capital social, que era de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e não zero, como informado.

Com a devida correção, o contribuinte comprovou que não houve a omissão de venda de que trata a exordial, providência que ilide a acusação fiscal e respalda o entendimento de todos os componentes da mesa julgadora no sentido de decidir pela improcedência do lançamento.

Pelo exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 28 de agosto de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DO MOVIMENTO FINANCEIRO - Omissão do registro de saída de mercadoria tributada - déficit financeiro (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01601/13

Relator: Conselheiro Alcedino Gomes Barbosa

EMENTA: Processual. Nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração. Preliminar arguida pelo sujeito passivo e rejeitada.

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 arguida pelo sujeito passivo.

ICMS. Obrigação principal. Omissão do imposto na saída de mercadorias. Auditoria do movimento financeiro. Procedência.

Provado nos autos que o sujeito passivo omitiu receitas decorrentes da venda de mercadorias no mesmo valor do déficit financeiro apresentado, conforme auditoria do movimento financeiro, procedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 09 de agosto de 2013, 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 Alcedino Gomes Barbosa, Luis Antônio da Silva Costa e Delcídes de Souza Fonseca. 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, Luis Antônio da Silva Costa e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Trata-se de um lançamento tributário, exigindo imposto e demais acréscimos legais, referente a uma omissão de saída de mercadorias tributadas que corresponde ao déficit financeiro, no valor comercial e período descritos nos autos, apurado por meio de uma Auditoria do Movimento Financeiro e demais documentos e livros fiscais juntados ao feito para fundamentação da acusação, em que foi realizada a proporcionalidade prevista pelo §§ 1.º e 2.º, inciso IV, artigo 25 do CTE.

A fiscalização entendeu terem sido infringidos os artigos 34 da LC 123/06, combinado com os artigos 25, §1.º, IV e § 2.º e 64 do CTE, assim como os artigos 2.º e 3.º, I ao IV da Resolução CGSN n.º 51/08 e artigos 2.º e 10.º da Resolução

CGSN n.º 10/07, tendo sido aplicada a penalidade do artigo 44, I, § 1.º da Lei 9.430/96 e alterações.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: anexo Estruturado – Descritivo Complementar da Infração, relações de notas fiscais eletrônicas não registradas, livros fiscais, relatórios e auditoria da movimentação financeira, inclusive, com arquivo digital contendo todos esses relatórios, notificações e consulta resumida do contribuinte pessoa jurídica. (fls. 04/83).

O sujeito passivo foi intimado para pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação em primeira instância, conforme documentos de fls. 84-85.

A defesa, por meio de seu representante legalmente constituído, instaurando o contraditório, fls. 88-95, pediu a nulidade do feito por insegurança na determinação da infração por absoluta falta de provas, uma vez que não reconhece a relação de documentos fiscais de aquisição em seu nome como sendo verdadeiro e que serviu para outro auto de infração 4 0112029 295 98, afirmando que a técnica fiscal não se revestiu da segurança necessária para determinação desse tipo de infração.

Alternativamente requereu a redução de multa aplicada por entender que no valor proposto pela fiscalização teria efeito confiscatório violando o artigo 150, inciso IV da CF/88. Pediu, em resumo, a declaração de nulidade, alternativamente a redução da penalidade aplicada e a conversão do feito em diligência para que sejam efetuados novos levantamentos.

Juntamente com as razões de impugnação foram trazidos aos autos os seguintes documentos: procuração, cópia requerimento de empresário e cópia documento de identificação dos advogados (fls. 96-99).

O julgador singular prolatou sentença nº 2236/2012, fls. 101-105, onde rejeitou os pedidos preliminares e no mérito decidiu pela procedência do lançamento.

A parte passiva foi intimada a pagar a quantia exigida ou apresentar recurso voluntário, conforme documento de fls. 106.

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, fls. 109-114, alegando, preliminarmente, insegurança na determinação da infração, em razão de não conter nos autos provas suficientes para comprovar de forma efetiva o ilícito fiscal denunciado na peça básica, tampouco seu "quantum". Defendeu a necessidade de diligência para que fiscal estranho a lide proceda nova auditoria. Insurgiu contra a multa aplicada, aduzindo que a mesma é onerosa em excesso e que foi aplicada em duplicidade. Ao final, requereu: 1) a nulidade do auto de infração; 2) que seja minorado o valor da multa; 3) a realização de diligência por fiscal estranho a lide, para correção da auditoria realizada; 4) a improcedência do lançamento fiscal.

Pela Resolução 018/2013, a Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 1/2/2013, acatando proposição do

Conselheiro Relator, resolveu, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência junto a Delegacia Fiscal de origem, a fim de que seja designado agente do fisco para proceder à revisão do trabalho fiscal, mediante a verificação da existência dos ingressos reclamados pelo sujeito passivo bem como de saldos inicial e final de Compras a Pagar e, em caso afirmativo, proceder a adequação do valor exigido no auto de infração.

Após, à Gerência de Controle Processual - GEPRO, a fim de que o sujeito passivo seja intimado do resultado da revisão, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para, caso queira, se manifestar. Obs.: O representante fazendário concordou com a diligência requerida pelo sujeito passivo.

Em diligência, fls. 118-123, as fiscais revisoras informaram que não houve a entrega dos documentos que possibilitariam o atendimento da revisão proposta, portanto, a revisão foi feita analisando as alegações do sujeito passivo e documentos constantes da auditoria realizada. Subtende-se que manteve o lançamento fiscal originário.

Intimado (fls. 125), o sujeito passivo não se manifestou a respeito da diligência.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo por entender que a descrição do fato no lançamento mantém coerência com os demonstrativos e documentos anexados pelo agente autuante bem como com a fundamentação legal da infração.

De fato, ao compulsar os autos, verifico que o conjunto probatório colacionado é constituído de relação de notas fiscais, que atesta de maneira inequívoca as operações de vendas destinadas ao sujeito passivo. Entretanto, verifico que antes mesmo de a fazenda pública lavrar o presente auto de infração, o sujeito passivo fora conclamado a apresentar relatório de própria lavra na qual estavam expressas as receitas com vendas de mercadorias bem como o total de suas despesas com compras energia, telefones, tributos, FGTS e outras contribuições, fornecedores, pró labore, honorários, etc. Cotejando-se estes elementos com os demais entes probantes, tais como as informações contidas em mídia, os fatos ocorridos e tudo o mais que consta dos autos, considero que a acusação fiscal está legalmente embasada e capitulada e por isso legítimo o crédito tributário constituído pela fazenda pública, o que deita por terra a aludida preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo.

No mesmo diapasão, não dou guarida ao pedido de diligência formulado pela parte, por entender que tal questão incidental fora resolvida na fase cameral. Com efeito, a recorrente foi intimada a apresentar os documentos e provas que em

tese deveriam sustentar suas alegações, porém como não o fez e tampouco contestou ou manifestou-se acerca do trabalho revisional, devo considerar que a anuência a novo pedido de diligência, constituiria-se em providência meramente protelatória.

Face ao exposto e considerando-se que os fatos controversos argüidos pelo sujeito passivo foram alvo de análise anterior, não há mais que se falar em diligência, motivo pelo qual devo rejeitá-la.

Quanto ao caráter confiscatório da multa formal, invoco de plano o § 4º do artigo 6º da Lei Estadual nº 16.469/09 e deixo de manifestar-me acerca da questão. Por esclarecedor, transcrevo abaixo, o dispositivo em tela, “*ipsis litteris*”:

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

[...]

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

Melhor faria o sujeito passivo, tendo em vista a declarada incompetência deste Conselho Administrativo Tributário para o assunto em voga, procurar seus direitos junto ao Poder Judiciário goiano, que é o ente estatal dotado de prerrogativa para esse tipo de questão.

No mérito, considero que razão assiste à Fazenda Pública Estadual – FPE quando constituiu o presente crédito tributário em face do fato gerador ocorrido em julho de 2011. Considerando-se que o presente feito foi apreciado com a devida propriedade pelo douto julgador Luís Fernando Correia Rigo, que na lapidar decisão de fls. 101 a 105 destes autos, manifestou-se pela procedência do auto de infração, transcrevo-a abaixo, por adotá-la como razão de decidir: “in verbis”:

“Observa-se, primeiramente, que o levantamento que arrima o feito foi elaborado por meio de uma Auditoria do Movimento Financeiro, com base na documentação do pólo passivo, tendo sido juntado aos autos todos os demonstrativos necessários à comprovação da acusação fiscal, inclusive, apurada a proporcionalidade entre as mercadorias tributadas e aquelas com substituição tributária e não tributadas e, portanto, para vir a ser contestado, deveria a defesa trazer aos autos outro levantamento, de igual teor, ou provas da ocorrência de equívocos no procedimento fiscal anterior com o intuito de descaracterizar o constante da peça inicial.

Frise-se que, contribui, significativamente, para déficit fiscal acusado na Auditoria da Movimentação Financeira as aquisições de diversas notas fiscais eletrônicas não registradas em seus livros fiscais e que foram exigidas pelo auto de infração de n.º 4 0112029 295 98 já julgado em primeira instância pela procedência total.

Nessa linha de raciocínio, entendo que o procedimento fiscal em questão é baseado em matemática simples e que consiste no balanceamento dos ingressos de numerários provenientes de diversas origens (receitas), com os desembolsos realizados no decorrer do período auditado (despesas), tendo por finalidade apurar as eventuais omissões de registros de saídas, fato esse caracterizado pelo excesso

de desembolsos em relação aos ingressos comprovados e que, depois de todos os ajustes necessários, foram separadas em mercadorias tributadas e não tributadas, nos termos da recomendação prevista no § 2.º, artigo 25 do CTE.

Registre-se, também, que o excesso de desembolso em relação aos ingressos comprovados, configura-se em omissão de saída de mercadorias tributadas por uma presunção legal prevista no inciso IV do § 1º do art. 25 da Lei nº 11.651/91, inclusive, no caput desse artigo se prescreve a forma de arbitramento da base de cálculo, tendo sido aplicada, ainda, pela fiscalização a recomendação do legislador contida no parágrafo 2.º do referido artigo legal, como já foi mencionado acima, objetivando fazer a proporcionalidade entre as saídas tributadas e não tributadas.

Verifica-se, por fim, que a defesa nada trouxe ao feito no intuito de dar sustentação material às suas alegações, e, com isso, por em dúvida a demonstração financeira que deu origem à lide, objetivando, portanto, contestar, concretamente, o lançamento tributário de ofício, ainda, que relevantes os seus problemas econômicos-financeiros, o que só se efetivaria com a confecção de outro levantamento de igual teor para se contrapor ao da fiscalização, pois sem isso deve ser mantida, na íntegra, a autuação.

Posto isto, concluo que está caracterizada a infração fiscal pelo descumprimento de uma clara obrigação tributária, baseada numa lei em abstrato e num fato gerador concreto, fazendo gerar o crédito tributário reclamado pelo lançamento de ofício.

DA CONCLUSÃO

Diante destes fatos e das provas juntadas ao feito, conheço da Impugnação, nego-lhe provimento, para, em preliminar, não acolher nenhuma nulidade, assim como, rejeitar todas as questões incidentais para, no mérito, decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, em cálculo do setor competente, o que garantirá certeza e liquidez ao crédito tributário.

INTIME-SE o autuado do resultado desta decisão.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - JULP, em Goiânia, aos dias do mês de de 2012.

Lúis Fernando Corrêa Rigo
JULGADOR”

Face à magnitude dos argumentos acima esgrimidos, nada mais devo acrescentar, motivo pelo qual voto conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 04 de setembro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DO PREJUÍZO NA CONTA MERCADORIA - Falta de estorno de crédito tributário proporcional ao prejuízo obtido na conta mercadoria (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00059/13

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: *Processual. Preliminares de nulidade da peça basilar, arguidas pela autuada, por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração. Rejeitadas. Decisão unânime.*

Não se acolhe preliminares de nulidade da peça basilar, arguidas pela parte ofendida, quando a constituição do crédito demonstrar que a autoridade administrativa é competente para a prática do ato, o infrator e a infração foram identificados com segurança, não ocorreu cerceamento do direito de defesa de nenhuma das partes, o julgamento anterior aconteceu de acordo com a contestação da parte de direito, como também, nenhum outro incidente capaz de mutilar a apreciação do mérito sobreveio no curso da ação.

ICMS. *Falta de estorno de crédito tributário proporcional ao prejuízo apurado na Auditoria do Prejuízo da Conta Mercadoria no final de exercício de 2008. Procedência. Decisão unânime.*

A decisão proferida pela Primeira Instância se confirma no julgamento cameral, quando o sujeito passivo não instruir a peça recursal com contraprovas substanciais e com poderes para modificar o constituído pela parte de direito. Portanto, o auto de infração é declarado procedente nesta fase de decisão do procedimento administrativo.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 03 de janeiro de 2013, decidiu, 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. Por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Cláudio Henrique de Oliveira. 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, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Cláudio Henrique de Oliveira.

RELATÓRIO

A constituição do presente crédito tributário tem a seguinte redação do fato gerador da obrigação tributária:

“Omitiu pagamento do ICMS, na importância de R\$ 483.235,46, em razão de haver deixado de estornar o crédito referente ao prejuízo bruto apresentado na conta mercadoria, no período de 01/01/2008 a 31/12/2008, conforme Auditoria do Prejuízo na Conta Mercadoria, documentos em anexo. Em consequência, deverá pagar o imposto no valor acima mencionado, juntamente com penalidade e acréscimos legais.”

Os arts. 61, inciso IV e 64 da Lei n.º 11.651/91 foram identificados como infringidos pelo contribuinte, que e, para reparo da omissão noticiada a autoridade lançadora propôs a penalidade prescrita no art. 71, inciso IV, alínea "a" do CTE.

O autor do lançamento instrui o resultado do seu trabalho com uma cópia da Auditoria do Prejuízo na Conta Mercadoria e com as cópias das folhas dos livros fiscais de Apuração do ICMS e Inventário.

O sujeito passivo impugna o lançamento tributário, fls. 78 a 83 e alega que o prejuízo na conta mercadoria é inexistente e que esta conta apresentou um saldo de R\$ 4.872.453,25 (quatro milhões, oitocentos e setenta e dois mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e vinte e cinco centavos). Continua com a afirmação de que não foram individualizadas as mercadorias em tributadas, isentas, sujeiras à substituição tributária e com base de cálculo reduzida; que os valores apresentados como de compra e venda não correspondem aos valores lançados nos livros fiscais da atuada; e que as deduções aplicadas pelo Fisco não encontram guarida legal, por traduzir prejuízo na conta mercadoria. Finaliza a peça defensiva com o requerimento de improcedência do lançamento; e de perícia contábil e alteração da penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV, alínea "b" da Lei n.º 11.651/91.

O julgador de Primeira Instância em sua conclusão considera que a motivação para o lançamento está perfeitamente demonstrada nos autos, e como não foi apresentado argumento capaz de refutar a acusação, mantém a exigência fiscal, pois o lançamento cumpriu os requisitos do art. 160 do CTE, fls. 130 e 131.

No recurso voluntário, o sujeito passivo ratifica as razões utilizadas na fase impugnatória, fls. 134 a 144, acrescidas da arguição de preliminares de nulidade da peça básica, por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração, art. 20, incisos III e IV da Lei 16.469/09, acompanhadas dos documentos de fl. 143, Levantamento de Operações de Entrada/Saída Tributada/2008.

Às fls. 147, a atuada apresenta requerimento de adiamento do julgamento dos autos, por impedimento da representante legal da atuada para participar do julgamento do processo que foi pautado para o dia 30/04/2010, o que gerou o adiamento e o retorno do feito para o dia 16/06/2010.

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 03/09/2010, decidiu, *“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 José Luiz Rosa, Manoel Antônio Costa Filho e Antônio Martins da Silva. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Manoel Antônio Costa Filho e Antônio Martins da Silva. Vencido o Conselheiro José Luiz Rosa que votou pela improcedência da peça exordial”*, fls. 152 a 157.

Intimada para manifestar sobre a decisão supra, a autuada ingressa com Recurso para o Conselho Pleno onde ratifica as teses defensórias das fases anteriores razões pronunciadas nas fases anteriores, acompanhadas de documentos de fls. 161 a 215.

O processo foi pautado a julgamento pelo Conselho Pleno, oportunidade em que o plenário *“decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo Relator, a partir da decisão singular de fls. 130, devendo os autos retornarem à primeira instância para apreciação de toda a matéria. Participaram do julgamento os Conselheiros José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Carlos Andrade Silveira, Célia Reis Di Rezende, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, 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 e Aldeci de Souza Flor”*, fls. 218 a 221.

A Primeira Instância atende ao definido no acórdão aprovado pelo Conselho Pleno, revê a sua decisão anterior e decide a questão com o conhecimento da tese impugnatória, porém, negando-lhe provimento para, “em preliminar não acolher nenhuma das nulidades, assim como, rejeitar todas as questões incidentais e, no mérito, decidir pela” procedência do auto de infração, fl. 230.

No recurso para o Conselho Pleno deste egrégio Conselho Administrativo Tributário, o contribuinte ratifica a sua posição anterior e requer, ao final da peça defensória:

“Diante do exposto, requer seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração.

Ad cautelam, caso não seja o entendimento desse Colendo Conselho, requer seja:

- a) a extinção da exigibilidade do tributo apresentado no presente Auto de Infração;
- b) determinada a realização de perícia contábil para levantamento do quantum devido a título de estorno nos exatos termos determinados pelo inciso IV, do artigo

61, da Lei 11.651/91, com demonstração inequívoca e fundamentada dos dados utilizados no levantamento;

c) cancelada a multa de 140% e aplicada aquela prevista no inciso IV, alínea “b”. do artigo 71, qual seja, de 40%”, fl. 243.

É o relatório.

DECISÃO

Início o discurso deste voto com a apreciação dos questionamentos preliminares de nulidade da peça básica, por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração, que rejeito porque ficou demonstrada, no curso da ação fiscal e no julgamento proferido pelo julgador singular, a expressão conclusiva:

“Então, dito isto, deve-se concluir que o lançamento tributário, sob o aspecto formal, 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 ao período de ocorrência do fato gerador que se subsumiu a descrição fática da infração fiscal, tendo sido proposta a penalidade específica ao caso. Em seguida, foi assegurado à recorrente, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, em face ao princípio jurídico do contraditório, consequência lógica do devido processo legal, garantindo, portanto, às partes litigantes o amplo direito de defesa.

DESACOLHE-SE qualquer pedido de nulidade do feito”, fl. 227, definiu a decisão das preliminares de nulidade do auto de infração, arguidas pelo contribuinte, de forma abrangente a todo processo.

Com este argumento, concluo que o trabalho fazendário foi realizado por autoridades administrativas competentes, que identificaram a infração e o infrator, que realizaram o trabalho de auditoria com precisão e de acordo com os documentos emitidos pelo próprio sujeito passivo e, portanto, o direito de defesa não foi cerceado. Com este entendimento, rejeito as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuado, por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração.

Vencida a votação dos argumentos iniciais, invocados pelas partes ofendidas, dirijo-me ao discurso do voto do mérito, que de antemão já se sabe que houve a confirmação da decisão proferida pela Primeira Instância, conforme segue:

O recorrente limitou-se a contender sobre incidentes de nulidade da peça basilar e não preocupou com a instrução do seu recurso com provas divergentes ao do trabalho fiscal e não anexou, aos autos, quaisquer demonstrativos que pudessem resultar em direito ao processo de revisão ou qualquer outro paliativo legal capaz de modificar o definido no lançamento tributário.

Por estas razões, entendo que o julgamento proferido pela instância singular não deve ser reformado nesta fase de decisão do processo.

Quanto ao pedido de adequação da penalidade proposta no auto de infração pela fiscalização, para a prescrição do art. 71, inciso IV, alínea “b” do CTE, não acato porque estou convencido de que a proposição da penalidade pelo autor do lançamento tributário identifica seguramente o artigo correspondente ao ilícito fiscal descrito no auto de infração.

Pelo exposto e depois de rejeitar os questionamentos preliminares, arguidos pelo sujeito passivo como: cerceamento do direito de defesa, por insegurança na determinação da infração, e a realização de perícia contábil, bem como considero correta a penalidade prescrita no art. 71, inciso IV, alínea “a” do CTE. No mérito e com voto unânime, conheço das razões recursais, nego-lhes provimento para confirmar a decisão proferida pela Primeira Instância, e, também, considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 17 de janeiro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DO VALOR ADICIONADO - Omissão de saída de mercadoria tributada (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00187/13

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de recolhimento do ICMS. Auditoria do Valor Adicionado. Arbitramento. Procedência. Decisão unânime.

1. Comprovando-se irregularidade na escrita fiscal ou contábil do contribuinte, formalizada mediante lavratura do Termo de Arbitramento, é lícito ao Fisco promover o lançamento do crédito tributário com fundamento na Auditoria do Valor Adicionado.

2. A Auditoria do Valor Adicionado é o procedimento indicado para arbitrar o movimento real tributável de determinado período, motivado pela desconsideração da escrituração da empresa.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25 de janeiro de 2013, 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 Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Descreve o histórico do auto de infração que o sujeito passivo omitiu o registro de operações de saídas tributadas, no período de janeiro a dezembro de 2002, caracterizado pela diferença a menor entre o valor adicionado auferido pelo contribuinte, e o valor adicionado arbitrado pelo Fisco, ficando, portanto, sujeito ao pagamento do imposto no valor de R\$ 5.690,42 (cinco mil, seiscentos e noventa reais e quarenta e dois centavos), acrescido das cominações legais.

Foi lavrado o Termo de Arbitramento, fls. 14. Juntou-se aos autos os documentos relacionados com a auditoria realizada, fls. 10/335.

Foram qualificados como responsáveis solidários os sócios administradores, [...] e [...].

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual - CTE, em seus artigos 25, § 1º, inciso VIII; e 64, c/c artigos 17, § 1º, e 141, do Decreto nº 4.852/97. A penalidade proposta é a contida no artigo 71, inciso VII, alínea "I", combinado com § 9º, inciso I, do CTE.

Foram lavrados em desfavor dos responsáveis solidários os Termos de Revelia e de Perempção de fls. 342 e 376.

O atuado direto comparece ao feito, defensorio de fls. 344/347, discordando do levantamento embasador do lançamento. Alega que as Notas Fiscais que serviram de base para a autuação não foram de sua aquisição. Além disso, a autoridade fiscal usou as mesmas Notas Fiscais para proceder à lavratura de dois autos de infração, sendo este e o de número 3.0279952.980.90.

Argui, ainda, a preliminar de decadência.

Complementa: “Por outro lado, como as notas fiscais que originaram o presente auto, não são tidas pela impugnante como de sua aquisição, a autoridade fiscal procede, através de dados adquiridos, talvez, no SINTEGRA, um levantamento fictício, ao lançar no item A – 4 de seu levantamento “Auditoria do Valor Adicionado” – “Análise/Conclusão”, o somatório das notas fiscais relacionadas no valor de R\$ 78.829,11, pois assim procedendo, provocou o estouro nas entradas registradas; inaceitável, já que a contabilidade da impugnante é a real e verdadeira. Além disso, o Índice do Valor Adicionado Arbitrado, de 20% é muito superior ao praticado pela impugnante, que opera na atividade de Supermercado e gênero alimentício, que muitas das vezes não atinge 08%.”

Pugna, ao final, pela improcedência da exordial.

O julgador singular, por intermédio da Sentença nº 4.120/08 – COJP, fls. 368/370, rejeita a preliminar de decadência suscitada pelo impugnante. E, no mérito, aduz que o sujeito passivo cometeu a infração estampada na basilar, e que o procedimento da arbitragem estipulou o valor correto do lançamento de ofício, destacando que o sujeito passivo nada trouxe ao feito que possa ilidir a pretensão fiscal. Assim, conhece da impugnação, nega-lhe provimento e considera procedente o auto de infração.

Inconformado, o atuado direto interpõe Recurso Voluntário, fls. 379/380, no qual reitera as argumentações expendidas anteriormente. Discorda, peremptoriamente, da decisão de primeiro grau, pois os documentos elencados pelo Fisco, não foram de sua aquisição, se em seu nome foram emitidos, os foram por terceiros sem a sua permissão ou consentimento.

Volta e questionar o fato de que houve, em relação às Notas Fiscais, dois autos de infração.

Pede a improcedência do auto de infração.

Considerando o fato de que o presente processo encontra-se vinculado ao processo nº 3.0279952.980.90, a Quarta Câmara exara a Resolução nº 190/2011, fls. 383, sobrestando o julgamento até que o Conselho Pleno aprecie o referido processo.

Este é o relatório.

DECISÃO

Não havendo preliminares a serem examinadas, estando presentes os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

Quanto ao mérito, por ser pertinente e para melhor clareza do meu voto, transcrevo o disposto no inciso VIII, do § 1.º, do artigo 25, e o artigo 64, da Lei n.º 11.651/91 – CTE. Destaco, também, o artigo 141 do Decreto 4.852/97 - RCTE:

“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

[...]:

§ 1.º - 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;

[...]

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 Valor Adicionado, a qual foi realizada na escrituração mercantil do sujeito passivo, cuja conclusão acusa omissão no registro de saída de mercadorias nos períodos já mencionados em linhas pretéritas, conforme historia a autoridade lançadora no campo específico do auto de infração.

Os dispositivos legais acima transcritos, conjugados com o artigo 148, do Código Tributário Estadual – CTE, abaixo transcrito, são os fundamentos legais que permitem a aplicação, pela fiscalização, da auditoria em tela, desde que ocorrido irregularidades em sua escrita. Para o caso presente, a sintonia é perfeita, haja vista a constatação da falta de registro de Notas Fiscais de entrada de mercadorias, no período de janeiro a dezembro de 2002, conforme especificado no Termo de Arbitramento de fls. 14.

“Art. 148. O movimento real tributável, realizado pelo sujeito passivo em determinado período, pode ser apurado por meio de levantamento fiscal, conforme dispuser o Regulamento.

[...]

§ 3º. Para efeito de arbitramento, o Fisco poderá se utilizar de métodos ou processos que o leve à maior proximidade possível da avaliação real dos fatos, cujo valor ou preço obtido presume-se correspondente a operação ou prestação tributada, especialmente na ocorrência das seguintes circunstâncias:

[...]

XII – na falta de escrituração de quaisquer pagamentos ou recebimentos, tais como vendas, prestações de serviços, compras, títulos e movimento bancário da empresa, de modo a tirar ou comprometer a credibilidade de toda a escrituração;”

Para completar o roteiro a ser observado pelos agentes do Fisco, a Superintendência de Gestão da Ação Fiscal, baixou a Instrução de Serviço nº 07/04, orientando-se como proceder ao desconsiderar a escrita fiscal ou contábil da empresa, condição primeira para o regular arbitramento do movimento tributável, em um dado período. Vejamos suas determinações:

“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 nº 11.651/91, art. 148, § 3º, XII).”

XII – na falta de escrituração de quaisquer pagamentos ou recebimentos, tais como vendas, prestações de serviços, compras, títulos e movimento bancário da empresa, de modo a tirar ou comprometer a credibilidade de toda a escrituração;”

Diferente não foi o procedimento do Agente do fisco, ao lavrar o Termo de Arbitramento de fls. 14, para o período de 2002.

O artigo 5º, da Instrução de Serviço acima destacada, determina:

“Art. 5º. Os autos do Processo Administrativo Tributário com fundamento em arbitramento do valor das operações de saídas ou em Auditoria do Movimento Financeiro, relativamente à empresa que possui escrita contábil, devem estar instruídos, conforme o caso, com:

I – Termo de Arbitramento ou Termo de Desconsideração da Escrituração Contábil;

II – Demonstrativos e documentos próprios da Auditoria do Valor Adicionado ou da auditoria do Movimento Financeiro;

III – elementos que comprovem a prática das irregularidades que ensejaram o arbitramento ou desconsideração da escrituração contábil, tais como: demonstrativos; documentos; cópias do auto de infração lavrado em função dessas ocorrências.

[...]

XII – na falta de escrituração de quaisquer pagamentos ou recebimentos, tais como vendas, prestações de serviços, compras, títulos e movimento bancário da empresa, de modo a tirar ou comprometer a credibilidade de toda a escrituração;”

Assim, com o Termo de Arbitramento devidamente fundamentado, coube à fiscalização trabalhar minuciosamente na confecção da Auditoria do Valor Adicionado – não contestada eficazmente por outra de igual teor -, que culminou com a constatação do lucro bruto da conta mercadorias não compatível com o percentual estimado pelo legislador, condição suficiente para a imposição da peça basilar.

Os argumentos do sujeito passivo relacionados com a não aquisição das mercadorias constantes das Notas Fiscais, cujos os registros não foram encontrados em seus livros fiscais, e que, incluídas na Auditoria do Valor Adicionado, ocasionaram a diferença atuada neste processo, não se revestem de elementos probantes. Não há no processo qualquer procedimento, quer seja judicial ou extrajudicial, por parte do atuado, em desfavor das empresas emitentes, questionando-as quanto à eventual utilização irregular dos seus dados cadastrais para venda de mercadorias destinadas a outros adquirentes.

Outrossim, a manifestação indicando que em relação às Notas Fiscais foram lavrados dois autos de infração, o que seria indevido, não merece acolhida.

Realmente, foram lavrados dois autos de infração, sendo um o presente, que trata da omissão do pagamento do imposto, apurado por intermédio da Auditoria do Valor Adicionado, cuja elaboração considera os valores das Notas Fiscais de aquisição de mercadorias que não foram registradas nos livros fiscais, e o outro, de número 3.0279952.980.90 aplica multa pecuniária pelo não registro das referidas Notas Fiscais. São, portanto, fatos distintos.

Por oportuno, informo que o auto de infração nº 3.0279952.980.90, foi, também, julgado na presente sessão, tendo sido considerado procedente por unanimidade de votos.

Diante do exposto, no mérito, voto, em consenso unânime, para conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 07 de fevereiro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DO VALOR ADICIONADO - Omissão de saída de mercadoria tributada (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01232/13

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Omissão de registro de saídas. Auditoria do Valor Adicionado. Revisão Fiscal. Improcedência.

É de se considerar improcedente o lançamento fiscal, embasado em auditoria, cujo resultado foi revisto de modo a descaracterizar a omissão apontada na auditoria original.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de junho de 2013, 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, Alcedino Gomes Barbosa e Luis Antônio da Silva Costa. Obs.: A representante legal da atuada retirou oralmente as preliminares arquivadas na peça defensiva.

RELATÓRIO

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

“Omitiu registro de operação de saída tributada, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, caracterizado pela diferença a maior entre o valor adicionado auferido pelo contribuinte e o valor adicionado arbitrado pelo Fisco, referente à saída de mercadoria isenta (não tributada ou com o ICMS retido), conforme Auditoria do Valor Adicionado, documento em anexo. Em consequência, devera pagar o ICMS na importância de R\$ 186.261,79 (cento e oitenta e seis mil e duzentos e sessenta e um reais e setenta e nove centavos) juntamente com penalidade e acréscimos legais.”

São dados como infringidos os artigos 25, § 1º, VIII e 64 da Lei 11.651/91, combinado com os artigos 17, § 1º, IX e 141 do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", § 9º, I da Lei 11651/1991, com redação da Lei 13446/1999.

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 houve descumprimento da Instrução de Serviço nº 07/04-SGAF, de 13 de dezembro de 2004, por ocasião da lavratura do Termo de Desconsideração da Escrita, especialmente no que se refere ao limite de 10% para aplicação do arbitramento (Art. 2º, § 1º, I).

Anexa ao feito o levantamento contraditório constante das planilhas de fls. 256/258, e solicita o julgamento em conjunto com o processo nº. 3031701878971, visto que o presente lançamento decorreu de procedimento revisional realizado naquele, o que impõe a tramitação em conjunto dos dois processos.

O processo foi submetido a três revisões, determinadas pelas Resoluções nºs 043/2011, de fls. 260/261, 030/2012, de fls. 278/279 e 190/2012, de fls. 295/296.

A última diligência proposta, acolhida em função de pedido formulado pela Representação Fazendária, teve a finalidade de corrigir erros verificados na penúltima revisão realizada no processo e encontra-se assim formulada:

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 5/12/2012, acatando proposição do conselheiro relator, em acolhimento a pedido formulado pela Representação Fazendária,

CONSIDERANDO o argumento da autuada no sentido de que o demonstrativo de apuração do valor adicionado, de fls. 283, contém erro quanto ao item "Valor Vendas Apurado", o qual deveria corresponder ao total de "Venda de Mercadorias ou Produtos" excluído de "Devoluções de Vendas", no entanto, "para a coluna dos valores contábeis de mercadorias sujeitas à substituição tributária este valor está ZERADO";

CONSIDERANDO ainda o demonstrativo contraditório, de fls. 292, e o pedido formulado em sustentação oral pelo Representante da Fazenda Pública Estadual para que o processo fosse encaminhado em nova diligência,

R E S O L V E,

por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência junto à Delegacia Fiscal de origem, a fim de que seja designado agente do fisco para proceder a revisão do trabalho fiscal corrigindo as falhas acima apontadas.

Caso o resultado da presente revisão implique modificação dos valores lançados no AI nº 3.0317018.789.71, proceder aos ajustes necessários à correta quantificação da exigência fiscal também naquele processo.

Em resposta, foi elaborada nova Auditoria do Valor Adicionado, tendo o autor do trabalho revisional considerado que efetuou *“as devidas correções solicitadas na Revisão, juntando assim ao presente processo o trabalho realizado, para análise e apreciação dos nobres julgadores”*.

A auditoria juntada, de fls. 300, indica a im procedência do lançamento fiscal.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo, entendo que razão assiste ao sujeito passivo ora recorrente.

De se destacar que, em sustentação oral foram retiradas as questões preliminares suscitadas nas peças defensórias/manifestações do sujeito passivo.

No que se refere ao mérito, acolhendo o resultado diligencial, há que se considerar improcedente o lançamento fiscal, uma vez provado que inexistiu diferença a maior entre o valor adicionado auferido pelo contribuinte e o valor adicionado arbitrado pelo Fisco, referente à saída de mercadoria isenta (não tributada ou com o ICMS retido).

Diante do exposto, conhecer da impugnação, dou-lhe provimento para julgar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 01 de julho de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA DO VALOR ADICIONADO - Omissão de saída de mercadoria tributada (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01650/13

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: *Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Rejeitada.*

Torna-se inócuo o questionamento sobre nulidade da lide, quando tal inquirição for desprovida de embasamento legal.

Processual. Preliminar de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários Sr.a [...], Sr. [...], Sr. [...] e Sr. [...]. Rejeitada.

Mantido na lide Sr. [...], como responsável pelo fato gerador ocorrido até 05/06/2007.

Devem ser mantidos na lide todos aqueles que, nos termos dos incisos X e XII do artigo 45 do CTE, tenham interesse comum na constituição do fato gerador, objeto do auto de infração, devendo ser observado o período em que tais polos passivos solidários compunham o quadro societário da empresa atuada.

ICMS. Auditoria do Valor Agregado. Omissão de registro de operação de saída tributada, caracterizado pela diferença a menor entre o valor adicionado auferido pelo contribuinte e o valor adicionado pelo Fisco. Procedente. Decisão unânime.

Considera-se procedente o auto de infração, quando a instrução processual apontar que o polo passivo agiu ao arrepio da norma tributária que especifica os procedimentos em face à Auditoria do Valor Adicionado.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 10 de junho de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Luis Antônio da Silva Costa. Também por votação unânime, rejeitar a preliminar de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários [...], [...], [...] e [...], sendo que o solidário [...] permanece na lide como responsável pelo fato gerador ocorrido até 05/06/2007. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Luis Antônio da Silva Costa. 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 Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo, em epígrafe, omitiu registro de operação de saída tributada, no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, caracterizado pela diferença a menor entre o valor adicionado auferido pelo contribuinte e o valor adicionado pelo Fisco, conforme Auditoria do Valor Agregado, documento em anexo. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 296.064,55 (duzentos e noventa e seis mil, sessenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos), juntamente com penalidade e acréscimos legais.

São dados como infringidos os artigos 25, §1º, inciso VIII e 64 da Lei nº 11.651/91, combinado com os artigos 17, §1º, inciso VIII e 141 do Decreto nº 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", §9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91 com redação da Lei nº 13.446/1999.

Foram identificados como sujeitos passivos solidários: [...] (fl. 03), na condição de sócio, nos termos do artigo 45, inciso X, da Lei 11.651/91, [...] (fl. 04), na condição de sócio administrador, nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91, [...] (fl. 05), na condição de sócio administrador, nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91, [...] (fl. 06), na condição sócio, nos termos do artigo 45, inciso X, da Lei 11.651/91, [...] (fl. 07), na condição de sócio, nos termos do artigo 45, inciso X, da Lei 11.651/91 e [...] (fls. 08), na condição de sócio, nos termos do artigo 45, inciso X, da Lei 11.651/91.

O Auto de Infração veio instruído com o Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 02-A), Auditoria do Valor Adicionado (fl. 09), cópias do Termo de Arbitramento (fl. 10), do Auto de Infração nº 4010901598061 (fl. 11), de documento endereçado a Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia (fls. 13), Espelho Cadastral (fls. 14), cópia da notificação (fls. 15), Controle de Concessão/Autenticação de Documentos Fiscais (fls. 16), cópia da 3ª Alteração Contratual (fls. 17/21), Relatório de Entradas/Saídas (fls. 22/23), cópia da Declaração Periódica de Informações - DPI (fls. 24/39) e Consulta Informação dos sócios (fls. 40).

O sujeito passivo e os solidários foram intimados em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 41/61.

Os solidários [...] e [...] apresentaram Impugnação à Primeira Instância de fls. 63/74 requerendo a exclusão dos seus nomes do pólo passivo da lide, argumentando, para tanto, que não são responsáveis pela empresa e embora tenham sido sócios no passado, os fatos que originaram a lavratura do auto de infração não foram realizados na gestão administrativa destes. Acrescentaram que venderam as suas quotas de participação na empresa autuada para [...], [...] e [...], no ano de 2005, nos termos do Contrato de Compra e Venda de Empresa Mercantil. Afirmam que não praticaram atos com excesso de poderes ou infração de lei, conforme preconiza o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Ainda em sede de preliminar, alegam cerceamento do direito de defesa, pois na data da negociação, todos os documentos fiscais, livros, escriturações, arquivos, pagamentos e notas fiscais relativos à empresa foram entregues aos sócios admitidos, portanto, não possuem nenhuma condição de se manifestar sobre o procedimento fiscal. Quanto ao mérito, afirmam que após a venda das quotas, cessaram integralmente a exploração do ramo industrial que foi negociado, não mais exercendo nenhuma atividade, quer seja principal, correlata ou de natureza similar. Entendem pela ocorrência de caráter confiscatório da multa aplicada. Instrue a peça defensiva as cópias da procuração (fl. 75), dos documentos pessoais (fl. 76), do Contrato de Compra e Venda de Empresa Industrial Mercantil (fls. 77/80), da certidão simplificada (fl. 81), do comprovante de inscrição e de situação cadastral (fl. 82), da 3ª Alteração Contratual (fls. 83/87), da 7ª Alteração Contratual (fls. 88/95), da solicitação/requerimento para parcelamento (fl. 96) e do Termo Acordo de Parcelamento de Débito (fls. 97/100).

O solidário [...] ingressa com impugnação à Primeira Instância de fls. 104/119 alegando, em preliminar, ilegitimidade passiva para compor a polaridade passiva deste feito, uma vez que não praticou atos com excessos de poderes ou infração de lei, conforme preconiza o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Afirma que a falta de pagamento é infração à lei, mas por si só, não é suficiente para imputar responsabilidade ao sócio da empresa. Cita jurisprudências (fls. 109/111). Quanto ao mérito, aduz que já havia paralisado as atividades da empresa, quando da data da autuação do referido auto e que a manutenção da penalidade afronta o princípio da legalidade. Pugna pela improcedência do presente auto de infração. Junta a procuração (fl. 121), cópias da identidade profissional do procurador (fls. 121-A), dos seus documentos pessoais (fl. 123), do comprovante de pagamento - CELG (fls. 123-A), da certidão simplificada (fl. 125), do contrato social (fls. 126/128), da 3ª Alteração Contratual (fls. 129/133), da 4ª Alteração Contratual (fls. 134/138), da 5ª Alteração Contratual (fls. 139/142) e das 6ª e 7ª Alterações Contratuais (fls. 143/156).

Às fls. 158/174, o solidário [...] apresenta Impugnação à Primeira Instância alegando, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva para compor a polaridade passiva deste feito, uma vez que não praticou atos com excessos de poderes ou infração de lei, conforme preconiza o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Afirma que a falta de pagamento é infração à lei, mas por si só, não é suficiente para imputar responsabilidade ao sócio da empresa. Cita jurisprudências (fls. 162/165). Quanto ao mérito, aduz que já havia paralisado as atividades da empresa, quando da data da autuação do referido auto e que a manutenção da penalidade afronta o princípio da legalidade. Pugna pela improcedência do presente auto de infração. Foram anexados aos autos procuração (fl. 176), cópias da identidade profissional do procurador (fl. 177), do documento pessoal (fl. 179), do comprovante da CELG (fl. 180), da certidão simplificada (fl. 182), do contrato social (fls. 183/185), das 3ª, 4ª, 5ª, 6ª e 7ª Alterações Contratuais (fls. 186/213).

Lavrou-se o Termo de Revelia de fl. 214, tendo em vista que o sujeito passivo direto e os solidários [...] e [...] não se manifestaram dentro do prazo legal.

O Julgador Singular prolatou a Sentença nº 3.124/2010 de fls. 216/218, pela qual conheceu da impugnação e julga procedente a pretensão fiscal, condenando o sujeito passivo direto ao pagamento do crédito tributário exigido no auto de infração e os solidários [...], [...], [...] e [...] ao pagamento do imposto, nos termos do caput do artigo 45 do Código Tributário Estadual, excluindo da lide os sócios [...] e [...].

A Representação Fazendária concordou com a decisão singular, a qual considerou procedente o procedimento fiscal, todavia excluíram da lide os solidários [...] e [...] (Despacho nº 1.485/2010 de fls. 219).

O sujeito passivo direto e os solidários foram intimados para se manifestarem em Segunda Instância, conforme documentos de fls. 220/226.

Foi lavrado o Termo de Perempção de fls. 227 quanto ao sujeito passivo direto e aos solidários [...] e [...].

Às fls. 230/252, o solidário [...] interpôs Recurso Voluntário alegando, em preliminar, ilegitimidade passiva, uma vez que não praticou atos com excessos de poderes ou infração à lei, conforme preconiza o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Cita a Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça que diz o seguinte: "*O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*" e demais jurisprudências (fls. 237/238). Quanto ao mérito, aduz que já havia solicitado e averbado perante a Junta Comercial do Estado de Goiás a retirada do seu nome junto ao quadro social da empresa, em 19 de abril de 2.007. Entretanto, de acordo com o artigo 133 do Código Tributário Nacional, quando a mesma atividade comercial seja continuada por sócios remanescentes, serão os mesmos responsáveis pela sucessão, respondendo pelos atos praticados junto à sociedade. Afirma que a Secretaria da Fazenda não observou o princípio da legalidade, ao atribuir para o recorrente a aplicação do referido auto de infração, eis que não ocorreu o desaparecimento da empresa, sendo que todas as notas fiscais devolvidas ao órgão fazendário, que foi devidamente averbado o distrato social na Junta Comercial do Estado de Goiás. Pede, ao final, a improcedência do presente auto de infração. Acosta cópia do substabelecimento (fl. 253), do distrato social (fls. 255/256), Termo de Baixa de Documento Fiscal (fl. 257), comprovante de solicitação de baixa pessoa jurídica (fl. 258), cópia da 7ª Alteração Contratual (fls. 259/267) e certidão simplificada (fl. 268).

O solidário [...] interpôs Recurso Voluntário de fls. 270/290 onde alega, em preliminar, ilegitimidade passiva, uma vez que não praticou atos com excessos de poderes ou infração à lei, conforme preconiza o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Citou a Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça que diz o seguinte: "*O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*" e demais jurisprudências (fls. 275/277). Quanto ao mérito, aduz que já havia solicitado e averbado perante a Junta Comercial do Estado de Goiás, a baixa da empresa, estando totalmente paralisadas as atividades da mesma, não podendo o recorrente ser penalizado por arbitramento. Afirma que a Secretaria da Fazenda não observou o princípio da

legalidade, ao atribuir para o recorrente a aplicação do referido auto de infração, eis que não ocorreu o desaparecimento da empresa, sendo que todas as notas fiscais devolvidas ao órgão fazendário, que foi devidamente averbado o distrato social na Junta Comercial do Estado de Goiás. Pede, ao final, a improcedência do presente auto de infração. Junta cópia do distrato social (fls. 292/293), Termo de Baixa de Documento Fiscal (fls. 294) e Comprovante de Solicitação de Baixa Pessoa Jurídica (fls. 295).

Conforme Termo de Juntada de fls. 298, a pedido do Conselheiro Relator, foram anexados aos autos Consulta Resumida do Contribuinte Pessoa Jurídica (fl. 299), cópia Consulta do Processo (fl. 300), Consulta de Histórico de Contribuinte Pessoa Jurídica (fl. 301), Base da Consulta por inscrição (fls. 302/303) e cópia do acompanhamento de processos (fl. 304).

A Terceira Câmara deste Conselho, através do Acórdão 1.776/2.011 de fls. 305/312, decide, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelos solidários, por insegurança na determinação da infração. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão da lide dos solidários [...] e [...]. No mérito, ficou mantida a sentença singular. Entendeu o acórdão cameral que a insegurança na determinação da infração não restou caracterizada visto que o auto de infração está devidamente instruído com os demonstrativos da Auditoria do Valor Adicionado, estando acompanhado do termo de arbitramento (fls. 10). Com relação ao mérito, o contribuinte ao encerrar as atividades do estabelecimento deve requerer a baixa de sua inscrição cadastral e apresentar todos os livros e documentos fiscais necessários à conclusão do evento, conforme estabelece o artigo 153-D do Código Tributário Estadual (CTE): "*Art. 153-D. No encerramento da atividade do estabelecimento, o contribuinte deve requerer a baixa de sua inscrição cadastral hipótese em que deve apresentar todos os livros e documentos fiscais necessários à conclusão do evento*". Ocorre que o contribuinte encerrou as atividades do estabelecimento comercial, pois desapareceu do endereço declarado (fls. 14), e deixou de requerer a baixa de sua inscrição cadastral, ocasião na qual deveria apresentar à fiscalização os documentos e os livros fiscais e contábeis, para serem submetidos à fiscalização, razão pela qual foi arbitrado o valor das operações de saídas tributadas (IS Nº 07/04-SGAF, art. 2º, IV), sendo que o mesmo encerrou as atividades do estabelecimento e deixou de solicitar a baixa no cadastro estadual, portanto, o caso em tela trata-se de dissolução irregular da sociedade. No tocante aos sujeitos passivos solidários, cumpre destacar que a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio de seus dirigentes, conseqüentemente, se ocorreu falta de pagamento do ICMS na situação 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. Ademais, consta do contrato social (fls. 146) que o Sr. [...] era administrador da pessoa jurídica atuada na época da ocorrência dos fatos geradores, só veio a retirar-se da sociedade em 19/04/2007 (fls. 149 e 156). O solidário [...] era também administrador da pessoa jurídica (fls. 154), portanto, corretas as suas indicações como sujeitos passivos solidários, nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91. Portanto, devem ser mantidos na lide os sujeitos passivos solidários recorrentes.

Os solidários [...] e [...] foram intimados para apresentarem Recurso ao Conselho Pleno, conforme se vê às fls. 314/315.

Às fls. 317/331, os solidários interpõem Recurso ao Conselho Pleno onde alegam, em preliminar, ilegitimidade passiva, uma vez que não praticaram atos com excessos de poderes ou infração à lei, conforme preconiza o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Invocaram a Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça que diz o seguinte: "*O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*". Noticiam que de acordo com o artigo 133 do Código Tributário Nacional, quando a mesma atividade comercial seja continuada por sócios remanescentes, serão os mesmos responsáveis pela sucessão, respondendo pelos atos praticados junto à sociedade. Quanto ao mérito, afirmam que não houve extravio de documentos fiscais, pois foram tomadas todas as providências legais para o encerramento das atividades empresariais e que o Termo de Baixa de Documento Fiscal nº 22.510 foi efetuado pela Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e atesta que a empresa cumpriu com a devolução da documentação junto ao órgão fazendário, sendo que, foi devidamente averbado o distrato social na Junta Comercial do Estado de Goiás. Por fim, requerem a total improcedência do auto de infração. Foram anexados aos autos cópia do comprovante de solicitação de baixa pessoa jurídica (fl. 332), Termo de Baixa de Documento Fiscal (fls. 333) e cópia do Acórdão nº 1.776/2011 (fls. 334/340).

O Conselho Administrativo Tributário, por intermédio do Acórdão nº 0994/2012 de fls. 342/348, decide 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. 305. Entendeu o acórdão que restou caracterizada o cerceamento do direito de defesa, visto que foi constatada falha insanável que comprometeu a lide, a partir de fl. 305, sendo que na decisão majoritária exarada pela Terceira Câmara Julgadora, acostada a este volume, na citada folha, não se observou que o nomeado pólo passivo solidário, Sr. [...], havia transferido suas cotas da sociedade da empresa epigrafada para os Srs. [...] e [...] em abril de 2007 e o presente auto de infração foi lavrado no dia 05 de maio de 2.009, portanto, o identificado pólo passivo solidário, Sr. [...], já não podia ser incluído na lide como solidário, como também não poderia ter sido mantido no feito, pela decisão cameral, situação que ao não ser observada no citado julgamento, cerceou o direito de defesa da parte litigante, e por conseqüência, afrontou o preceito constitucional, lecionado no inciso LV.

Os solidários [...] e [...] foram intimados para tomarem conhecimento do Acórdão nº 994/2.012, sendo que os mesmos se mantiveram inertes.

Pela Resolução 053/2.012, a Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolveu, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à SEGE - Secretaria Geral deste Conselho - CAT, para que seu titular, por obséquio, diligencie no sentido de solicitar ao redator do Acórdão nº 0994/2012 - CONP (fls. 343/348) a correção de sua fundamentação, posto que esta não está condizente

com o motivo do acolhimento da preliminar de cerceamento do direito de defesa do contribuinte, considerando que a exclusão do solidário não possibilita ocorrência do referido cerceamento.

O acórdão foi retificado e aprovado sob p nº 352/2013, conforme fls. 353-361.

Intimados, os sujeitos passivos solidários [...] e [...] não se manifestaram (fls. 362-364).

É o relatório.

DECISÃO

Sobre a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração, não a acolho tendo em vista não haver nas peças constitutivas desta lide, qualquer afronta ao capítulo de lei que trata da nulidade dos atos processuais, inserto no inciso IV do artigo 20 da Lei nº 16.469/09. A infração e a corresponde penalidade foram corretamente aplicadas, a instrução processual, em sede cognitiva efetivada de forma clara e precisa instruída com demonstrativos da Auditoria do Valor Adicionado e acompanhada o termo de arbitramento, portanto a tarefa primeira está certa, motivo pelo qual rejeito a preliminar em comento.

Com relação à preliminar de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários Sr.a [...], Sr. [...], Sr. [...] e Sr. [...], estes devem permanecer na polaridade passiva do feito, pois, se enquadram, o primeiro e quarto nome citados, na orientação contida no inciso XII do artigo 45 do CTE e o segundo e terceiro na orientação contida nos incisos X do mesmo artigo do mencionado dispositivo legal, que será transcrito na sequência.

"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:

[...]

X - o sócio que se retira da sociedade, com esta, em relação aos atos que praticar ou pelas omissões de que for responsável, até o momento de sua retirada;

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."

Entretanto, o polo passivo solidário Sr. [...], citado no parágrafo imediatamente volvido, deve continuar na sujeição passiva deste feito como responsável pelo fato gerador ocorrido até 05 junho 2.007, data em que se deu o seu desligamento da empresa, ora autuada, conforme certidão da JUCEG, acostada ao processo à fl. 156.

Resolvidas as questões primeiras deste tomo, volvo-me à razão de direito desta demanda e, de pronto, confirmo a decisão cameral que ratificou o juízo exarado pelo sentenciador “a quo” que julgou procedente a preambular.

A assertiva que firmei no parágrafo imediatamente anterior se alicerça no fato de que o polo passivo, ao encerrar as atividades do estabelecimento comercial, epigrafado, deixou de requer baixa de sua inscrição estadual, ofendendo assim o lecionado pelo artigo 153 – D do CTE, que será transcrito na sequência, que determina que o contribuinte deve apresentar à fiscalização os documentos e os livros fiscais e contábeis, para serem submetidos à fiscalização, por esse motivo foi arbitrado o valor das operações de saídas tributadas.

“Art.153-D. No encerramento da atividade do estabelecimento, o contribuinte deve requerer a baixa de sua inscrição cadastral hipótese em que deve apresentar todos os livros e documentos fiscais necessários à conclusão do evento.”

Aliás, em face ao assunto em destaque, quero ainda registrar a orientação contida IS nº 07/04 – SGAF que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados para aplicação da Auditoria do Valor Adicionado e Auditoria do Movimento Financeiro em empresa que possui escrita contábil em seu artigo 2º, inciso IV, “verbis”:

“Art. 2º São ocorrências na escrituração fiscal ou contábil do contribuinte, que ensejam o arbitramento do valor das operações de saídas tributadas, especialmente:

IV - extravio ou destruição dos livros ou documentos fiscais, hipótese na qual realizar-se-á o arbitramento do valor das operações de saídas com base nos dados do sujeito passivo apresentados em documento de informação ou nos livros fiscais remanescentes (Lei n.º 11.651/91, art. 148, § 3º, VIII).”

Bastaria ao atuado comparecer ao processo, trazendo provas cabais de que atendeu aos preceitos de lei, supra aduzidos, cuidado esse que ele não teve. Assim, declaro procedente o trabalho inaugural.

Pelo exposto voto, unanimemente, rejeitando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Também por votação unânime, rejeito a preliminar de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários [...], [...], [...] e [...], sendo que o solidário [...] permanece na lide como responsável pelo fato gerador ocorrido até 05/06/2007. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 06 de setembro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS - Omissão de entrada de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores - ICMS - ST (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02609/13

Relator: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ICMS. AUDITORIA DO MOVIMENTO ESPECÍFICO EM POSTO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS. OMISSÃO DE ENTRADAS. ÓLEO DIESEL. NULIDADE POR INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. REJEITADA. PROCEDÊNCIA.

Não há previsão legislativa para a emissão a posteriori de notas fiscais de saída de mercadorias, a título de complementação. Salvo exceções previstas na própria legislação, a emissão de documento fiscal deve ser sempre causal, pari passu à saída da mercadoria. A saída de mercadoria e a emissão do correspondente documento fiscal deve ser concomitante, não admitindo a legislação que tais atos estejam dissociados no tempo, conforme exegese dos art. 66 do CTE e art. 171 do RCTE.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16 de outubro de 2013, 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 Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho e Carlos Andrade Silveira. 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 Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Discorre a inicial que o sujeito passivo em epígrafe adquiriu sem documentação fiscal e comercializou 24.510,40 (vinte e quatro mil quinhentos e dez e quarenta décimos) litros de óleo diesel, produto este sujeito à substituição tributária pelas operações posteriores, conforme apurado em Auditoria Específica de Combustíveis.

A imputação é feita ao sujeito passivo na condição de solidário por haver adquirido tais mercadorias, sujeitas à substituição tributária, nos termos do art. 35 do Anexo VIII do RCTE.

A infração foi capitulada nos seguintes dispositivos legais: art. 45, XIII; 51, 63 e 64, todos da Lei 11.651/91, combinados com os art. 35 e 53 do Anexo VIII do

RCTE. Também foram mencionados os art. 8º e 183 do Anexo XI do RCTE e art. 145 do RCTE.

A penalidade proposta é a alínea "I" do inciso VII do art. 71 da mesma lei Estadual, com a agravante do §9º, II do mesmo dispositivo.

O valor originário do ICMS é de R\$ 5.792,20 (cinco mil setecentos e noventa e dois reais e vinte centavos) e o período de ocorrência do fato gerador é o dia 17/08/07. A lavratura do presente lançamento deu-se em 16/04/09.

[...] e [...] foram arrolados na qualidade de solidários nos autos, nos termos do art. 45 XII do CTE (sócios-administradores).

Os formulários da Auditoria realizada encontram-se às fls. 10 e seguintes dos autos, cuja conclusão encontra-se às fls. 13.

Ato seqüente foram juntadas as cópias do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC).

A Autoridade Fiscal também junta histórico de jurisprudência do CAT relacionada com a matéria fática do presente lançamento.

A instrução processual do Fisco é encerrada com a juntada da mídia magnética, contendo os arquivos de extensão MF e MFD (memória fiscal e memória da fita-detahle).

Regularmente intimados do lançamento, apenas a empresa [...] SERVIÇOS DE LIMPEZA E TRANSPORTES E COMÉRCIO DE PETRÓLEO LTDA comparece em sede singular. Alegou, na oportunidade, a incompetência funcional da Autoridade lançadora.

Levado à apreciação do Julgador Singular, o lançamento foi confirmado por seu valor total, rejeitada a preliminar de incompetência funcional.

A intimação da empresa se deu em 12/11/09, mediante vista na GEPRO. Identicamente, os sócios [...] e [...], em 13/11/09.

Revéis e peremptos, os solidários [...] e [...] não compareceram aos autos.

Não resignado com a decisão proferida, o sujeito passivo retorna aos autos, já nesta sede Cameral, e aduz o seguinte:

1) A Auditoria fiscal não seguiu os ditames das técnicas de fiscalização, visto que abrangeu tão-somente 1 (um) dia de apuração em levantamento específico de mercadorias.

2) Assevera que os movimentos de saídas correspondentes às notas fiscais nº 3653 e 3654 e cupons fiscais nº 14101, 14104, 14109, 14139, 14141 e 14142, todos considerados no levantamento fiscal, se referem a complementações

de saídas de mercadorias que ocorreram em períodos anteriores a 17/08/07, data do levantamento.

Pede, ao final, a nulidade por insegurança na determinação da infração e a improcedência do lançamento.

Em 5 de março de 2012, a Segunda Câmara deste Conselho Administrativo determinou novas intimações aos solidários, haja vista terem sido as anteriores feitas a Causídico que não era procurador dos mesmos.

A advogada procuradora do sujeito passivo comparece às fls. 68 dos autos e noticia sua renúncia de mandato quanto a diversos processos, inclusive o que ora se julga, solicitando que seja notificado o referido outorgante acerca do fato.

O sócio [...] fora intimado via correios. Não localizado no endereço declarado, o solidário [...] fora intimado por Edital.

Finalmente, o sujeito passivo principal comparece aos autos para informar que propôs ação anulatória em face do Estado de Goiás, visando a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo legal que impôs a penalidade ao ilícito apontado no lançamento fiscal, tendo sido deferida antecipação de tutela com vistas a sobrestar o trâmite do presente Processo Administrativo Tributário até o seu desfecho final.

Junta, para tanto, decisão singular do Juízo da Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Anápolis, deferindo a suspensão do presente processo administrativo, nos termos do art. 151, VI do CTN.

Por fim, a SEGE promoveu a juntada do memorando nº 396/2013-GERC, noticiando a revogação da liminar antes deferida ao sujeito passivo, que suspendia o trâmite dos PAT contra ele lavrados. Fora juntada a decisão monocrática, lavrada pelo Relator Des. Luiz Eduardo de Sousa, que concluiu pela constitucionalidade do art. 71, VII, bem como do §9º do mesmo dispositivo legal.

É o relatório.

DECISÃO

Preliminarmente, quanto à possibilidade de que o lançamento padeça de vício formal por insegurança na determinação da infração, de igual forma, 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”; d) antevê os argumentos de defesa do sujeito passivo, fortalecendo com fundamentos sólidos os pontos mais controversos do lançamento, passíveis de serem atacados.

A Auditoria do Movimento Específico em posto revendedor de combustíveis vem prevista no Roteiro 22 da Instrução de Serviço nº 15/09-SAT. Vem assim conceituada:

“Auditoria realizada por meio eletrônico de dados que analisa as entradas e as saídas de determinado combustível comercializado, levando-se em consideração os estoques inicial e final, de forma a verificar, num determinado período, se a soma do estoque inicial com as entradas é igual à soma do estoque final com as saídas”.

Percebe-se que em momento algum as orientações técnicas a ele relacionadas impõem ou especificam período mínimo para confecção da auditoria. Dessa forma, em tese, o trabalho poderia ser desenvolvido mesmo em período de horas, desde que disponíveis todos os elementos para que o mesmo seja conclusivo: estoque inicial, entradas, estoque final e saídas.

Ademais, 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.

Quanto ao mérito, a justificativa da empresa se prende à inexistência de saídas na quantidade pretendida pelas Autoridades Fiscais, haja vista a impossibilidade de vendas em montantes tais quais os declarados nos demonstrativos.

Em especial, os cupons fiscais mencionados na peça recursal, e que supostamente se referem à saída de mercadoria não realizadas podem ser visualizados por meio do software eECFc, disponibilizado no sítio da Secretaria da Fazenda. Os arquivos binários de extensão MFD, constantes da mídia juntada aos autos, é que contém tais dados, que são visualizados da seguinte forma:

Cupom fiscal 14101:

FERREIRA SERV LIM TRANSP COM PETROLEO LTDA
ROD. BR-153 AER STA GENOVEVA SANTA GENOVEVA
GOIANIA - GOIAS
CNPJ:02.881.921/0013-70
IE:10.206.056-8 UF:GO

17/08/2007 08:53:35 CCF:013643 COO:014101

CUPOM FISCAL

ITEM CÓDIGO

DESCRIÇÃO

QTD.UN.	VL UNITÁRIO(R\$)	ST	VL ITEM(R\$)
001 1			Diesel avista
736UN X 1,739		F1	1279,90G

TOTAL R\$	1.279,90
Dinheiro	1.279,90

Obrigado e Volte Sempre

BEMATECH	MP-2000 TH FI	ECF-IF
ECF:002 LJ:0013		VERSÃO:01.03.03
FAB:BE0306SC95510615555	17/08/2007 08:53:42	
QQQQQQQQUYTTEUURU		BR

Cupom fiscal 14104:

FERREIRA SERV LIM TRANSP COM PETROLEO LTDA
ROD. BR-153 AER STA GENOVEVA SANTA GENOVEVA
GOIANIA - GOIAS
CNPJ:02.881.921/0013-70
IE:10.206.056-8 UF:GO

17/08/2007 09:09:41 CCF:013646 COO:014104

CUPOM FISCAL

ITEM	CÓDIGO	DESCRIÇÃO	
QTD.UN.	VL UNITÁRIO(R\$)	ST	VL ITEM(R\$)
001 1			Diesel avista
115,009UN X 1,739		F1	200,00G

TOTAL R\$	200,00
Dinheiro	200,00

Obrigado e Volte Sempre

BEMATECH	MP-2000 TH FI	ECF-IF
ECF:002 LJ:0013		VERSÃO:01.03.03
FAB:BE0306SC95510615555	17/08/2007 09:09:46	
QQQQQQQQUYTTUWURU		BR

Cupom fiscal 14109:

FERREIRA SERV LIM TRANSP COM PETROLEO LTDA
ROD. BR-153 AER STA GENOVEVA SANTA GENOVEVA
GOIANIA - GOIAS
CNPJ:02.881.921/0013-70
IE:10.206.056-8 UF:GO

17/08/2007 09:45:33 CCF:013651 COO:014109

CUPOM FISCAL

ITEM	CÓDIGO	DESCRIÇÃO	
QTD.UN.	VL UNITÁRIO(R\$)	ST	VL ITEM(R\$)
001 1			Diesel avista
6000UN X 1,739		F1	10434,00G

TOTAL R\$ 10.434,00
Dinheiro 10.434,00

Obrigado e Volte Sempre

BEMATECH MP-2000 TH FI ECF-IF
ECF:002 LJ:0013 VERSÃO:01.03.03
FAB:BE0306SC95510615555 17/08/2007 09:45:38
QQQQQQQQUYUYIWRU BR

Cupom fiscal 14139:

FERREIRA SERV LIM TRANSP COM PETROLEO LTDA
ROD. BR-153 AER STA GENOVEVA SANTA GENOVEVA
GOIANIA - GOIAS
CNPJ:02.881.921/0013-70
IE:10.206.056-8 UF:GO

17/08/2007 17:44:56 CCF:013681 COO:014139

CUPOM FISCAL
ITEM CÓDIGO DESCRIÇÃO
QTD.UN. VL UNITÁRIO(R\$) ST VL ITEM(R\$)

001 1 Diesel avista
2975,39UN X 1,739 F1 5174,20G

TOTAL R\$ 5.174,20
Dinheiro 5.174,20

Obrigado e Volte Sempre

BEMATECH MP-2000 TH FI ECF-IF
ECF:002 LJ:0013 VERSÃO:01.03.03
FAB:BE0306SC95510615555 17/08/2007 17:45:01
QQQQQQQQUYIRURIQQ BR

Cupom fiscal 14141:

FERREIRA SERV LIM TRANSP COM PETROLEO LTDA
ROD. BR-153 AER STA GENOVEVA SANTA GENOVEVA
GOIANIA - GOIAS
CNPJ:02.881.921/0013-70
IE:10.206.056-8 UF:GO

17/08/2007 18:24:36 CCF:013683 COO:014141

CUPOM FISCAL
ITEM CÓDIGO DESCRIÇÃO
QTD.UN. VL UNITÁRIO(R\$) ST VL ITEM(R\$)

001 1 Diesel avista
602,891UN X 1,739 F1 1048,42G

TOTAL R\$ 1.048,42
Dinheiro 1.048,42

Obrigado e Volte Sempre

BEMATECH MP-2000 TH FI ECF-IF
ECF:002 LJ:0013 VERSÃO:01.03.03
FAB:BE0306SC95510615555 17/08/2007 18:24:48
QQQQQQQQUYITIEQTE BR

Cupom fiscal 14142:

FERREIRA SERV LIM TRANSP COM PETROLEO LTDA
ROD. BR-153 AER STA GENOVEVA SANTA GENOVEVA
GOIANIA - GOIAS
CNPJ:02.881.921/0013-70
IE:10.206.056-8 UF:GO

17/08/2007 18:25:09 CCF:013684 COO:014142

CUPOM FISCAL

ITEM	CÓDIGO	DESCRIÇÃO
QTD.UN.	VL UNITÁRIO (R\$)	ST VL ITEM (R\$)
001	1	Diesel avista
599,426	UN X 1,739	F1 1042,40G

TOTAL R\$ 1.042,40
Dinheiro 1.042,40

Obrigado e Volte Sempre

BEMATECH MP-2000 TH FI ECF-IF
ECF:002 LJ:0013 VERSÃO:01.03.03
FAB:BE0306SC95510615555 17/08/2007 18:25:15
QQQQQQQQUYIYIUEOE BR

Percebe-se que os documentos foram emitidos na data de 17/08/07, e possuem lançamentos referentes a óleo diesel. As duas únicas hipóteses que explicariam o argumento do sujeito passivo, no sentido de que tal saída não ocorreu no dia informado no cupom, não são admitidas como lícitas pelo ordenamento normativo tributário. A primeira seria a emissão de nota fiscal em momento posterior à saída efetiva da mercadoria. Poder-se-ia imaginar, também, a emissão totalmente desassociada de qualquer operação no mundo dos fatos. Em contraposição a essas possibilidades, não há previsão legislativa para a emissão a posteriori de notas fiscais de saída de mercadorias, como, por exemplo, a título de complementação de vendas. Posto isso, não vislumbramos motivo algum para excluir tal documento do rol de saídas da empresa.

Ademais, com tais argumentos – e considerando que a saída de mercadoria e a emissão do correspondente documento fiscal devem ser concomitantes, não admitindo a legislação que tais atos estejam dissociados no tempo - a empresa termina por confessar o descumprimento do que dispõem os art. 66 do CTE e art. 171 do RCTE, *in verbis*:

“Art. 66. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos”.

“Art. 171. Na venda a consumidor ou na prestação de serviço a usuário final, em que o adquirente ou tomador seja pessoa natural ou jurídica não contribuinte do ICMS, deve ser emitido Cupom Fiscal, por ECF, observadas sempre as disposições contidas no Anexo XI deste regulamento (Convênio SINIEF SN/70, art. 50; Lei Federal nº 9.532/97, art.63; e Convênio ECF 1/98, cláusula primeira).” (grifamos)

Ante o exposto, quanto ao recurso interposto, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento, sob o argumento de insegurança na determinação da infração. No mérito, conheço do recurso e nego-lhe provimento, para confirmar a decisão Singular que deu pela procedência do feito.

Sala das sessões, em 20 de dezembro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS - Omissão de saída de mercadoria tributada (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01632/13

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: *I - NULIDADES. Preliminares de nulidade do auto de infração, arguidas pelo sujeito passivo, por: a) incompetência da autoridade autuante; b) insegurança na determinação da infração. rejeitadas por unanimidade de votos.*

1. Encontrando-se consignado nos levantamentos, bem como no auto de infração, que os trabalhos foram realizados por Auditores Fiscais da Receita Estadual - AFREs, possuidores de competência plena para a atividade de fiscalização, nos termos do artigo 4º, da Lei nº 13.266/98, não há que se falar em incompetência funcional;

2. Não é passível de nulidade o lançamento que contenha os elementos indispensáveis para determinar com segurança a infração denunciada e identificar corretamente o infrator. (artigo 20, § 3.º, da Lei nº 16.469/09);

II - ICMS - Obrigação tributária principal. Auditoria Específica de Mercadorias. Omissão de Saídas. Procedência parcial. Decisão unânime.

1. A 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. A omissão de registro de saídas de mercadorias, respaldada em levantamento específico, constitui ilícito fiscal punível nos termos da legislação tributária vigente, quando suficientemente provada a irregularidade. (artigo 71, inciso VII, alínea "I", e § 9.º, inciso I, do CTE);

3. A apresentação de argumentos, conjugados com documentos idôneos, que possibilitam promover alterações na acusação inicial, quando verossímeis, devem ser acatados para que se promova a adequação da irregularidade fiscal detectada pela fiscalização, à efetivamente praticada pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 07 de novembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pelos

autuados, sendo a primeira por incompetência funcional da autoridade autuante, e a segunda por insegurança na determinação da infração. Participaram da decisão os Conselheiros Heli José da Silva, Allen Anderson Viana e Carlos Andrade Silveira. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer dos Recursos Voluntários, dar-lhes parcial provimento para considerar parcialmente procedente o auto de infração nos seguintes termos: (i) multa formal no valor original de R\$ 784.221,84 (setecentos e oitenta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e quatro centavos), cuja base de cálculo é de R\$ 3.136.887,35 (três milhões, cento e trinta e seis mil, oitocentos e oitenta e sete reais e trinta e cinco centavos), nos termos do artigo 71, inciso VII, alínea "I", do Código Tributário Estadual - CTE, aplicando, ainda, a forma privilegiada prevista no § 8º, do artigo 71, do CTE; (ii) ICMS no valor original de R\$ 26.402,53 (vinte e seis mil, quatrocentos e dois reais e cinquenta e três centavos), correspondente a uma base de cálculo de R\$ 155.309,00 (cento e cinquenta e cinco mil e trezentos e nove reais), nos termos do artigo 71, inciso VII, alínea "I", e seu § 9º, inciso I, do CTE, sem a aplicação do benefício do § 8º, do artigo 71, do CTE. Participaram da decisão os Conselheiros Heli José da Silva, Allen Anderson Viana e Carlos Andrade Silveira. Quanto aos solidários: (i) por unanimidade de votos, excluí-los da lide em relação à multa formal de R\$ R\$ 784.221,84 (setecentos e oitenta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e quatro centavos). Participaram da decisão os Conselheiros Heli José da Silva, Allen Anderson Viana e Carlos Andrade Silveira; (ii) Por unanimidade de votos, mantê-los na lide em relação ao ICMS de R\$ 26.402,53 (vinte e seis mil, quatrocentos e dois reais e cinquenta e três centavos). Participaram da decisão os Conselheiros Heli José da Silva, Allen Anderson Viana e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Extrai-se, da análise do presente processo, que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que, em 1º de março de 2007, o Fisco efetuou o lançamento do crédito tributário de que trata este processo, alegando que o sujeito passivo omitiu saída de mercadoria tributada na importância de R\$ 3.292.196,36 (três milhões, duzentos e noventa e dois mil, cento e noventa e seis reais e trinta e seis centavos), referente ao período de 1º de janeiro a 21 de novembro de 2006, conforme apurado na Auditoria Específica de Mercadorias, em anexo. Portanto, fica sujeito ao pagamento do ICMS na importância de R\$ 559.673,38 (quinhentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e setenta e três reais e trinta e oito centavos), mais as cominações legais.

Foram juntadas ao processo os demonstrativos e as cópias dos documentos que fundamentaram a auditoria realizada, fls. 04/228, a saber: Identificação dos solidários; cópia do Contrato Social; Extrato cadastral; cópia de Contrato de Prestação de Serviços de Armazenagem e Depósito; Ordem de Serviço; Auditoria Específica de Mercadorias – Conclusão, Registros de Inventários inicial e final, Relação de Entradas, e Relação de Saídas; Formulário de Trancamento de Estoques; cópias das páginas dos livros Registro de Inventário, Registro de Entradas, e Registro de Saídas.

Qualificou como responsáveis solidários: (i) o sócio administrador [...], nos termos do artigo 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual – CTE; (ii) a empresa [...] Alimentos S.A., na condição de depositante, nos termos do artigo 45, inciso V, da Lei nº 11.651/91.

Os autuados foram devidamente intimados, fls. 229/237, e quedaram-se silentes, propiciando a lavratura dos Termos de Revelia de fls. 238/240.

Novamente intimados, fls. 242/245, interpuseram Impugnação.

O autuado direto e o solidário [...], em conjunto, apresentam a Impugnação de fls. 247/257, na qual, após detalhar o lançamento, arguem, preliminarmente, nulidade do auto de infração por motivo de impedimento e incompetência funcional dos agentes participantes. Alegam ausência de Ordem de Serviço, nos autos, relativamente às tarefas desenvolvidas pelos agentes Jorge Áreas da Silva e Conegundes Pereira Passos, relativamente à atividade de trancamento de estoques. Também, motivada por ato praticado em 1º de março de 2007, pelo AFRE III Simonise Gomes Pereira, fora do período designado na Ordem de Serviço.

Alegam, também, nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, indicando que a capitulação da infração contida na peça exordial omite os dispositivos legais relacionados com a ocorrência do fato gerador tributário perante a Lei nº 11.651/91. Destacam: *“Cabe salientar que, sobre as operações de remessa e retorno de mercadoria para depósito em armazém geral situado em Goiás, não se configura a incidência do ICMS, nos termos do artigo 37, inciso I, alínea “I”, do CTE.”*

Pugnam pela exclusão do solidário [...], por falta de motivação. Colacionam doutrina e jurisprudência a respeito.

Mo mérito, contestam o levantamento específico relativamente ao produto agrícola de propriedade de terceiros, cuja movimentação só é possível mediante ordem formal do depositante expressa em documento fiscal próprio. Assim, pretendem provar o alegado, mediante a juntada de levantamento contraditório de mesma natureza, abrangendo a movimentação ocorrida durante o período em questão, cujos quantitativos de remessa para depósito e retorno estão em conformidade com os documentos fiscais próprios.

Juntam as cópias dos documentos de fls. 258/264.

O solidário [...] Alimentos S/A., apresenta sua peça defensiva de fls. 265/269, na qual alega as mesmas preliminares de nulidades e demais razões suscitadas pelo autuado direto.

Promove a juntada das cópias dos documentos de fls. 270/292.

Posteriormente, às fls. 295/299 e 300/304, os autuados apresentam complemento às Impugnações, com levantamento específico contraditório,

inventário de mercadorias de terceiros em 31 de dezembro de 2006, e fotocópias de Notas Fiscais de remessa e/ou retorno simbólico, emitidas após 21 de novembro de 2006.

Após detalhar os procedimentos relacionados com as operações entre os depositantes e a depositária, qualificando-os de complexos, detalha os quantitativos de mercadorias nas rubricas: (i) Entradas na [...] ; (ii) Saídas da [...] / Devoluções Simbólicas e Estoque Final; (iii) Aquisições aos Produtores e Transferências – Safra 2005/2006; (iv) Devoluções Simbólicas / Saídas Efetivas e Estoque Final; (v) Desdobramento das Saídas, Entre Efetivas e Simbólicas.

Destacou-se: *“Através do levantamento contraditório em anexo, a depositária demonstra as operações praticadas durante o ano 2006, detalhando inclusive a movimentação dos demais estabelecimentos envolvidos, provando que não praticou, bem como não ocorreu a alegada ‘omissão de saída’ de 6.625.288 kg de soja do armazém.”*

Ainda: *“Cabe esclarecer, a bem da verdade que, parte da documentação fiscal expedida a título de ‘devolução simbólica’ para os produtores, ocorreu posteriormente à saída física, relativamente à soja da safra 2005/2006 (4.444.610 kg).*

Mais: *Os fatos detalhados, levaram o Fisco à equivocada conclusão de que houve ‘omissão de saída de mercadoria tributada’, quando na verdade, todas as citadas operações de saída de mercadoria do estabelecimento da [...], foram realizadas mediante documentação fiscal própria e sob o manto da não incidência do ICMS, nos termos da alínea “f”, inciso I, do artigo 37, da Lei nº 11.651/91 – CTE.*

Esta mercadoria já havia sido adquirida e retirada e/ou transferida, por iniciativa do depositante [...] Alimentos S/A., de São Simão (41.970 kg) e Itumbiara (1.828.090 kg).

Em razão das aquisições promovidas pela [...] Alimentos S/A., houve por parte da [...], a emissão de várias notas fiscais após 21/11/2006, para o efeito de devolução simbólica aos produtos rurais depositantes (4.444.610 kg).

Somadas as notas fiscais de retorno simbólico após o ‘trancamento’, temos o seguinte quantitativo: $(41.970 + 1.828.090 + 4.444.610) = 6.314.670$ kg, fato que se contrapõe à suposta ‘omissão de saída de mercadoria tributada’ de 6.625.288 kg.”

Anexam ao processo as cópias dos documentos e demonstrativos de fls. 305/395.

Pugnam, ao final, pela improcedência do auto de infração.

A Primeira Câmara deste Conselho exara a Resolução nº 172/2008, fls. 396, convertendo o julgamento em diligência para fins de revisão, devendo ser evidenciadas as entradas e saídas físicas do armazém geral, separadamente das

operações simbólicas, levando-se em consideração os documentos fiscais da safra 2005/2006 apresentados pelo sujeito passivo.

O resultado da diligência encontra-se consubstanciado no Relatório de fls. 397/398, bem como nos demonstrativos e documentos de fls. 399/490, tendo o revisor manifestado pela manutenção do lançamento nos termos da exordial, por considerar impróprio a inclusão das Notas Fiscais emitidas após o trancamento do estoque, mesmo a título de devolução simbólica aos produtores depositantes.

Os atuados se manifestam a respeito do resultado da diligência, fls. 499/503, destacando que haviam afirmado a existência de erro de critério cometido no levantamento fiscal que instrui a inicial, pois restou provado, através dos levantamentos contraditórios que a compilação das notas fiscais de movimentação efetiva (entradas e saídas), conjuntamente com a movimentação simbólica (formal), serviu apenas para criar números irreais, resultando duplicados os quantitativos de entrada e saída da mercadoria no armazém geral. Ou seja, o critério adotado pela fiscalização não reflete a realidade física da movimentação da mercadoria no depósito. O levantamento fiscal em discussão, serviu apenas para evidenciar o fato notório confessado pelo sujeito passivo depositário (armazenador), qual seja, o fato da emissão de algumas notas fiscais de retorno simbólico após o “trancamento de estoque”.

Complementa: *“A irregularidade encontrada pela fiscalização, se corretamente analisada, reflete a falta de emissão simultânea, de nota fiscal de retorno simbólico, de parte da mercadoria depositada no armazém geral, operação essa que está ao amparo da não incidência do ICMS.*

Este fato (devolução simbólica pós venda), está comprovado pelos próprios documentos fiscais elencados pelo ilustre revisor às fls. 426/427, totalizando o quantitativo de 6.314.670 kg de soja em grãos. Referidos documentos estão codificados no CFOP 5.949, que corresponde a ‘outras saídas não especificadas’.

Contudo, estes documentos não foram considerados no cômputo das saídas, tanto no levantamento fiscal, quanto no revisional, o que se infere do afirmado pelo ilustre revisor, às fls. 397, terceiro parágrafo.”

Reiteram, ao final, os argumentos já declinados anteriormente.

Exara-se nova Resolução, fls. 506, nos seguintes termos:

“A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 07/07/2011, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, encaminhando o processo à Delegacia Regional de Fiscalização de Morrinhos, para que seu ilustre titular, em face às colocações a seguir destacadas, solicite manifestação do auditor Simonise Gomes Pereira, a respeito:

I – A acusação refere-se à omissão de saída de mercadorias - soja, no valor base de cálculo de R\$ 3.292.196,36 (três milhões, duzentos e noventa e dois mil, cento e

noventa e seis reais e trinta e seis centavos), apurada em Auditoria Específica de Mercadorias no período de 01/01/06 a 21/11/06, sendo o ICMS no valor de R\$ 559.673,38 (quinhentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e setenta e três reais e trinta e oito centavos);

II - A omissão de saída é quantificada em 6.625.288 (seis milhões, seiscentos e vinte e cinco mil e duzentos e oitenta e oito quilos);

III - Juntou-se ao processo, além da auditoria realizada, o Formulário de Trancamento de Estoque, realizado em 21/11/2006;

IV - Os autuados optaram por impugnar o lançamento a partir desta Instância;

V - Em relação à materialidade contida na autuação, os autuados argumentam:

'Cabe esclarecer, a bem da verdade que, circunstancialmente, parte da documentação fiscal expedida a título de 'retorno simbólico' para os estabelecimentos da [...] Alimentos S/A., de São Simão (41.970 kg.) e Itumbiara (1.828.090 kg.), ocorreu posteriormente à saída física da mercadoria que se encontrava no armazém da [...]

Em razão das aquisições promovidas pela [...] Alimentos S/A., houve por parte da [...], a emissão de várias notas fiscais após 21/11/2006, para o efeito de devolução simbólica aos produtores rurais depositantes (4.444.610 kg).

Somadas as notas fiscais de retorno simbólico após o "trancamento" temos o seguinte quantitativo: $(41.970 + 1.828.090 + 4.444.610) = 6.314.670$ kg., fato que se contrapõe à suposta 'omissão de saída de mercadoria tributada' de 6.625.288 kg."

VI - As cópias das Notas Fiscais relacionadas com os quantitativos indicados no item anterior, foram juntadas ao processo às fls. 330/395;

VII - A Primeira Câmara deste Conselho exarou a Resolução nº 172/2008, fls. 396, convertendo o julgamento em diligência revisional;

VIII - O revisor manifestou-se às fls. 397/398, mantendo o auto de infração na sua íntegra. Por conseguinte, não considerou no seu levantamento as Notas Fiscais de retorno simbólico emitidas após o trancamento de estoque. Juntou, também, cópias das Notas Fiscais;

IX - O sujeito passivo manifesta a respeito da diligência revisional, não concordando com a mesma. Reitera que a diferença apurada na auditoria refere-se aos quantitativos contidos nas referidas Notas Fiscais;

ASSIM,

Considerando que este Conselho, na aplicação da justiça fiscal, envida todos os esforços para a obtenção da verdade material, solicita ao insigne autuante que, inobstante a manifestação escorreita proferida pelo revisor às fls. 397/398, se digne em analisar os argumentos e documentos apresentados pelo sujeito passivo, manifestando, de forma conclusiva a respeito, destacando, por oportuno que:

(i) É incontroverso que as Notas Fiscais de fls. 330/395, foram emitidas em datas posteriores ao trancamento de estoque de fls. 24;

(ii) No campo 'Dados Adicionais' das Notas Fiscais indica-se como 'observação' a operação de compra, com o destaque das Notas Fiscais vinculadas à operação, cujas datas estão dentro do período fiscalizado;

(iii) Verificar, assim, se as Notas Fiscais em questão - retorno simbólico, inobstante terem sido emitidas a destempo, em desconformidade com o especificado nos artigos 4º e 5º, do Anexo XII, do RCTE, possuem vinculação com as mercadorias que foram arroladas como 'entradas' na auditoria realizada;

(iv) outros esclarecimentos que julgar pertinentes.

Cientificar, posteriormente, o sujeito passivo, na pessoa do advogado constituído, no endereço constante do rodapé da manifestação de fls. 499/503, do resultado dos trabalhos realizados, concedendo-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para, caso queira, se manifestar a respeito.

(v) Após, retornar para julgamento.

As partes optaram por manifestar no retorno.”

O revisor se manifesta às fls. 510, com o seguinte teor:

“As Notas Fiscais que foram emitidas após o trancamento de estoque, como foi levantado, são Notas Fiscais de Retorno Simbólico e Quebra Técnica; foram emitidas em desconformidade com o especificado nos artigos 4º e 5º, do Anexo XII, do RCTE, e foram emitidas para ajustar a omissão de saída encontrada;

As Notas Fiscais de Retorno e Quebra Técnica foram emitidas quase na totalidade em dezembro de 2006; e se observarmos as Notas Fiscais constantes nas observações destas, verificamos que são quase que na totalidade referentes aos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2006; portanto, qual a razão de não terem sido emitidas anteriormente e de acordo com a Legislação Tributária? O que nos leva a crer que só foram emitidas devido ao Trancamento de Estoque realizado, para ajustar a omissão de saída, pois do contrário não seriam emitidas.”

Assim, conclui:

“Portanto, a nossa manifestação é pela manutenção do Auto de Infração; não existe motivo para o Armazém Geral deixar de emitir a Nota Fiscal de Retorno Simbólico e Quebra Técnica de acordo com a Legislação Tributária; ainda mais porque não existia estoque de Soja no Armazém na data do Trancamento efetuado.”

Intimidados para se manifestarem a respeito do resultado da diligência realizada, fls. 511/512, os autuados o fazem por intermédio da peça de fls. 515/519, não concordando com o mesmo. Reiteram que a irregularidade encontrada pela fiscalização, conforme ficou implicitamente admitido pelo diligente, reflete a falta de emissão simultânea, de nota fiscal de retorno simbólico, de parte da mercadoria depositada no armazém geral.

Destacam, ainda, que estando provado através de levantamento contraditório, que não houve “omissão de saída de mercadoria tributadas”, pugna-se pela improcedência do presente lançamento de crédito tributário, visto que, a emissão de notas fiscais de retorno simbólico aos depositantes, estão compreendidas no campo da não incidência do ICMS.

Reiteram todos os argumentos apresentados anteriormente.

A Quarta Câmara deste Conselho exarou a Resolução nº 015/2012, fls. 520/522, com os seguintes dizeres:

“A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20/01/2012,

CONSIDERANDO, que o processo administrativo tributário prima pela busca da verdade material, sendo facultado à Câmara Julgadora determinar a realização de diligência, de ofício ou a pedido, para fins de saneamento do processo, não estando o Julgador adstrito ao alegado pelas partes (Decreto nº 6.930/09, inciso II, do § 3º, do artigo 6º);

CONSIDERANDO, que a acusação refere-se à omissão de saída de mercadorias - soja, no valor base de cálculo de R\$ 3.292.196,36 (três milhões, duzentos e noventa e dois mil, cento e noventa e seis reais e trinta e seis centavos), apurada em Auditoria Específica de Mercadorias no período de 01/01/06 a 21/11/06, sendo o ICMS no valor de R\$ 559.673,38 (quinhentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e setenta e três reais e trinta e oito centavos);

CONSIDERANDO, que a omissão de saída é quantificada em 6.625.288 (seis milhões, seiscentos e vinte e cinco mil e duzentos e oitenta e oito quilos), tendo sido juntado ao processo, além da auditoria realizada, o Formulário de Trancamento de Estoque, realizado em 21/11/2006;

CONSIDERANDO, que em relação à materialidade contida na autuação, os autuados argumentam:

"Cabe esclarecer, a bem da verdade que, circunstancialmente, parte da documentação fiscal expedida a título de 'retorno simbólico' para os estabelecimentos da [...] Alimentos S/A., de São Simão (41.970 kg.) e Itumbiara (1.828.090 kg.), ocorreu posteriormente à saída física da mercadoria que se encontrava no armazém da [...].

Em razão das aquisições promovidas *pela* [...] Alimentos S/A., houve por parte da [...], a emissão de várias notas fiscais após 21/11/2006, para o efeito de devolução simbólica aos produtores rurais depositantes (4.444.610 kg).

Somadas as notas fiscais de retorno simbólico após o "trancamento" temos o seguinte quantitativo: $(41.970 + 1.828.090 + 4.444.610) = 6.314.670$ kg., fato que se contrapõe à suposta 'omissão de saída de mercadoria tributada' de 6.625.288 kg."

CONSIDERANDO, que as cópias das Notas Fiscais relacionadas com os quantitativos indicados no item anterior, foram juntadas ao processo às fls. 330/395;

CONSIDERANDO, que, inobstante o esforço dos Julgadores que já participaram do processo, em tornar clara a situação fática contida no lançamento, através de duas Resoluções que encaminharam o processo para diligências, não se logrou, até o presente momento, alcançar referido desiderato;

CONSIDERANDO, ainda, ser incontroverso que as Notas Fiscais de fls. 330/395, foram emitidas em datas posteriores ao trancamento de estoque de fls. 24;

CONSIDERANDO, por derradeiro, os argumentos e documentos expendidos pelo sujeito passivo, que buscam demonstrar a inexistência de falta de recolhimento do tributo incidente sobre as mercadorias autuadas, e concordam, explicitamente, que tão somente deixaram de emitir parte das Notas Fiscais de retorno simbólico das mercadorias depositadas em seu armazém para os depositantes, o fazendo após o trancamento de estoque realizado pela fiscalização.

RESOLVE, por unanimidade de votos, acatando proposição do Conselheiro Relator, converter o julgamento em diligência, e encaminhar o processo ao SETOR DE ATIVIDADE ENCARREGADO PELO PREPARO PROCESSUAL da GEPRO, para que promova a intimação do sujeito passivo, na pessoa dos advogados constituídos, no endereço constante do rodapé da manifestação de fls. 499/503, para, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, fazerem a juntada de:

(i) demonstrativo - levantamento específico para cada produtor e empresa que constam das cópias das Notas Fiscais de fls. 330/395, emitidas após o trancamento de estoque realizado pela fiscalização, e que se encontram, também, relacionados (hachurados) nos demonstrativos de fls. 314/315 e 325.

(ii) o demonstrativo solicitado deverá conter - especifica e individualmente, para cada depositante, em relação ao período auditado:

a) os quantitativos relacionados com eventual estoque inicial, lembrando, outrossim, que o trancamento de estoque informa a inexistência de estoque final da mercadoria soja;

b) os quantitativos depositados e números dos documentos fiscais correspondentes;

c) as quantidades devolvidas, quer seja física ou simbolicamente, e números dos documentos fiscais, anteriores ao trancamento, e, também os posteriores;

d) Informação da destinação, especialmente nos retornos simbólicos, da mercadoria devolvida ao depositante, com a indicação dos números dos documentos fiscais correspondentes;

e) juntar cópias dos documentos relacionados com o levantamento.

Outrossim, caso entenda necessário, fornecer outros esclarecimentos que julgar pertinentes.

Após, retornar para julgamento.”

Os autuados, em cumprimento ao determinado pela Resolução retro transcrita, por intermédio do expediente de fls. 528, requerem a juntada do

levantamento específico e documentos fiscais, detalhados para cada produtor e empresa que constam das cópias de notas fiscais de fls. 330/395.

Promovem, assim, a juntada dos levantamentos e das cópias dos documentos de fls. 529/1925. Complementam, posteriormente, com a anexação dos documentos de fls. 1931/1959.

Este é o relatório.

D E C I S Ã O

QUESTÕES PRELIMINARES

NULIDADES

Em proêmio, mister manifestar a respeito das preliminares de nulidade do lançamento, arguidas pelos impugnantes, por incompetência funcional das autoridades atuantes, e por insegurança na determinação da infração.

Rejeito ambas, em consenso unânime com meus pares.

A preliminar de nulidade por incompetência funcional das autoridades atuantes não se faz presente, haja vista que os trabalhos realizados, tanto pelos agentes que efetuaram o trancamento de estoque no estabelecimento atuado, bem como pelo auditor que elaborou a auditoria objurgada, se pautaram pela competência que lhes é conferida pelo artigo 4º, da Lei nº 13.266/98, que instituiu a carreira do Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás.

Assim, encontrando-se consignado nos levantamentos, bem como no auto de infração, que os trabalhos foram realizados por Auditores Fiscais da Receita Federal - AFREs, possuidores de competência plena para a atividade de fiscalização, nos termos do artigo 4º, da Lei nº 13.266/98, não há que se falar em incompetência funcional.

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelos impugnantes, com a alegação de que a capitulação da infração contida na peça exordial omite os dispositivos legais relacionados com a ocorrência do fato gerador tributário perante a Lei nº 11.651/91, entendendo serem vazios os argumentos apresentados, haja vista que, da análise, mesmo perfunctória da descrição do fato contido no auto de infração, bem como da fundamentação legal, exsurge, nitidamente, que os dispositivos indicados como infringidos, assim como a penalidade aplica, coadunam-se, perfeitamente, com o fato imponível em análise.

Há que se destacar, por oportuno, que o lançamento originou-se de uma auditoria, cuja realização lastreou-se nos dados contidos nos documentos fiscais e livros do estabelecimento dos impugnantes.

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.

QUESTÃO MERITÓRIA

Adentrando ao exame do mérito do processo, observo, em preâmbulo, que a descrição do fato contido na peça inicial, bem como nos demonstrativos anexados, reporta-se à cobrança de ICMS, em razão da omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada em Auditoria Específica de Mercadorias.

Os artigos 25. § 1º, inciso V, e 148, § 1º, inciso I, do Código Tributário Estadual, a seguir transcritos, validam a auditoria realizada:

“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;

[...]

Art. 148. O movimento real tributável, realizado pelo sujeito passivo em determinado período, pode ser apurado por meio de levantamento fiscal, conforme dispuser o regulamento.

§ 1º O levantamento fiscal poderá considerar:

I - os valores e quantidades das entradas e das saídas de mercadorias e dos respectivos estoques, inicial e final;

[...]”

A omissão de saída de mercadorias foi detectada por intermédio da Auditoria Específica de Mercadorias.

Referida 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, 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, ou mesmo a existência de estoque, na data da sua contagem, em situação irregular.

A auditoria em questão 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.

Inobstante revestir de caráter simples e singelo para a sua realização, haja vista restringir-se a mera equação algébrica, a saber: $(EI + E = EF + S)$, a auditoria apresentada, no presente caso, revestiu-se de nuanças que terminaram por torná-la mais complexa.

No trabalho realizado pelo Fisco, os quantitativos que compõem a equação matemática acima referenciada, não se circunscrevem apenas aos estoques, saídas e entradas físicas verificadas no estabelecimento auditado, mas, em razão da peculiaridade da sua atividade, qual seja, Armazém Geral, incluem-se, também, os quantitativos contidos nos documentos relacionados com devolução simbólica para os estabelecimentos depositantes.

E, aqui, nos parece, encontra-se o cerne da presente discussão.

Os impugnantes não negam que a diferença encontrada pelo Fisco, dentro dos parâmetros por ele utilizado, encontram-se corretos. Argumentam, no entanto, que a quase totalidade da diferença detectada no valor de 6.625.288 kgs de soja, referem-se à não consideração pela fiscalização dos retornos simbólicos aos depositantes da mercadoria, que deveriam ter ocorridos quando das saídas físicas das mesmas, e, que tal correção somente ocorreu após o trancamento do estoque realizado, sendo as Notas Fiscais emitidas, portanto, após tal ato, e, por conseguinte, não constaram do levantamento realizado pelos autuantes.

Várias diligências foram encetadas no sentido de verificar a veracidade dos argumentos apresentados pelos impugnantes, tendo o diligenciador declinado de efetuar verificações, por entender que o simples fato de ter ocorrido a emissão das Notas Fiscais de Devolução Simbólica para os depositantes, em momento posterior ao trancamento de estoque, inviabilizava qualquer revisão, tendo assinalado que as emissões em questão visam tão somente equacionar a diferença apurada.

A priori, comungo de forma inquestionável com o argumento do diligenciador, em razão da singeleza da auditoria realizada, por considerar que, se após a auditoria realizada, puder permitir que se insira na mesma Notas Fiscais emitidas posteriormente ao termo final da auditoria, seria tornar inócua a sua realização.

No presente caso, em razão dos argumentos e documentos apresentados, que se vinculam, explicitamente, à não emissão das Notas Fiscais de Retorno Simbólico, sendo que as emitidas em tal rubrica no período atuado foram consideradas no trabalho fiscal, determinei aos impugnantes que apresentassem, de forma detalhada:

(i) demonstrativo - levantamento específico para cada produtor e empresa que constam das cópias das Notas Fiscais de fls. 330/395, emitidas após o trancamento de estoque realizado pela fiscalização, e que se encontram, também, relacionados (hachurados) nos demonstrativos de fls. 314/315 e 325.

(ii) o demonstrativo solicitado deverá conter - específica e individualmente, para cada depositante, em relação ao período auditado:

a) os quantitativos relacionados com eventual estoque inicial, lembrando, outrossim, que o trancamento de estoque informa a inexistência de estoque final da mercadoria soja;

b) os quantitativos depositados e números dos documentos fiscais correspondentes;

c) as quantidades devolvidas, quer seja física ou simbolicamente, e números dos documentos fiscais, anteriores ao trancamento, e, também os posteriores;

d) Informação da destinação, especialmente nos retornos simbólicos, da mercadoria devolvida ao depositante, com a indicação dos números dos documentos fiscais correspondentes;

e) juntar cópias dos documentos relacionados com o levantamento.”

Os impugnantes, prontamente, apresentaram os demonstrativos requeridos, conforme se verifica às fls. 529/1925 e 1931/1959.

Após, efetuei as verificações nos demonstrativos apresentados, e conclui, que, efetivamente, a quase totalidade da diferença apurado pelo Fisco, como omissão de saídas, vincula-se à não emissão, ATÉMPADAMENTE, pela atuada direta, das NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO SIMBÓLICA, para os depositantes.

Diante de tal conclusão, e por considerar que em relação ao quantitativo relacionado com as Notas fiscais de Devolução Simbólica, não há que se falar em omissão de pagamento do imposto, mas em descumprimento de obrigação acessória, infração sujeita à imposição de penalidade pecuniária, mantive, em consenso unânime com meus pares, e, inclusive, com aquiescência da Representação Fazendária, a procedência do lançamento, nos seguintes termos:

Do quantitativo apurado pelo Fisco de 6.625.288 kgs de soja, como omissão de saídas, a quantidade de 6.314.670 kgs refere-se às Notas Fiscais de Devolução Simbólica, emitidas posteriormente ao trancamento de estoque, quantidade esta que perfaz o valor comercial de R\$ 3.136.887,35 (três milhões, cento e trinta e seis mil, oitocentos e oitenta e sete reais e trinta e cinco centavos), sobre a qual aplicando-se a penalidade de 25% (vinte e cinco por cento), do artigo 71, inciso VII, alínea “I”, implica no valor de R\$ 784.221,84 (setecentos e oitenta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e quatro centavos). Sobre o valor

em questão entendo ser aplicável, ainda, a forma privilegiada do § 8º, do artigo 71, do Código Tributário Estadual – CTE.

Outrossim, em relação à penalidade pecuniária em questão, há que se excluir os solidários, por inexistência de previsão legal para a manutenção dos mesmos.

Para a diferença restante, na quantidade de 310.618 (trezentos e dez mil e seiscentos e dezoito) quilos de soja, os impugnantes não lograram apresentar documentos comprobatórios da regularidade quanto às saídas da referida quantidade. Apenas alegaram estar vinculada a quebra técnica, sem, no entanto, apresentar provas convincentes a respeito, razão pela qual mantenho em relação à mesma a cobrança do ICMS no valor original de R\$ 26.402,53 (vinte e seis mil, quatrocentos e dois reais e cinquenta e três centavos), incidente sobre uma base de cálculo de R\$ 155.309,00 (cento e cinquenta e cinco mil e trezentos e nove reais).

Ao teor de todo o exposto, em consenso unânime com meus pares, voto, para rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração, arguidas pelos impugnantes, por incompetência funcional das autoridades autuantes, e por insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito, voto, em sintonia com a unanimidade dos meus pares, para conhecer da Impugnação, dar-lhe parcial provimento, para considerar parcialmente procedente o auto de infração nos seguintes termos:

(i) multa formal no valor original de R\$ 784.221,84 (setecentos e oitenta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e quatro centavos), cuja base de cálculo é de R\$ 3.136.887,35 (três milhões, cento e trinta e seis mil, oitocentos e oitenta e sete reais e trinta e cinco centavos), nos termos do artigo 71, inciso VII, alínea "I", do Código Tributário Estadual – CTE, aplicando, ainda, a forma privilegiada prevista no § 8º, do artigo 71, do CTE;

(ii) ICMS, no valor original de R\$ 26.402,53 (vinte e seis mil, quatrocentos e dois reais e cinquenta e três centavos), correspondente a uma base de cálculo de R\$ 155.309,00 (cento e cinquenta e cinco mil, trezentos e nove reais), nos termos do artigo 71, inciso VII, alínea "I", e seu § 9º, inciso I, do CTE, sem a aplicação do benefício do § 8º, do artigo 71, do CTE.

Quanto aos solidários, por unanimidade de votos: (i) excluí-los da lide em relação à multa formal de R\$ 784.221,84 (setecentos e oitenta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e quatro centavos); (ii) mantê-los na lide em relação ao ICMS de R\$ 26.402,53 (vinte e seis mil, quatrocentos e dois reais e cinquenta e três centavos).

Sala das sessões plenárias, em 10 de setembro de 2013.

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

Matéria: AUDITORIA ESPECÍFICA DE MERCADORIAS - Omissão do registro de entradas (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01158/13

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: *ICMS. Obrigação acessória. Omissão de registro de entrada de mercadoria. Auditoria Específica de Mercadorias. Procedência do auto de infração. Confirmada a sentença de Primeira Instância. Aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 da Lei nº 11.651/91.*

I - 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. (RCTE, art. 145);

II - Declara-se procedente a autuação fundamentada em Auditoria Específica de Mercadorias, não tendo o sujeito passivo exibido levantamento contraditório;

III - 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. (Lei nº 11.651/91, art. 71, § 8º).

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de dezembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial 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 da Lei 11.651/91. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Em 27 de abril de 2012, o Fisco exige a penalidade pecuniária no valor de R\$ 86.158,02 (oitenta e seis mil, cento e cinquenta e oito reais e dois centavos) da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter, no período de 08/01/2009 a 31/12/2009, omitido o registro de entrada de mercadorias no valor comercial de R\$ 344.632,09 (trezentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e trinta e dois reais e nove centavos).

Citados como infringidos o art. 64 da Lei nº 11.651/91 c/c o art. 145 do Decreto nº 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 71, VII, "I" da Lei nº 11.651/91.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, Relatório Fiscal (fls. 4 a 5), demonstrativos da Auditoria Específica de Mercadorias (fls. 6 a 18), cópias dos livros fiscais Registro de Entradas (fls. 21 a 52), Registro de Saídas (fls. 54 a 73), Registro de Inventário (fls. 75 a 78) e Registro de Apuração do ICMS (fls. 81 a 106), cópias de notas fiscais (fls. 107 a 634), dentre outros documentos.

Intimada em 09/05/2012 (fl. 641), a autuada apresenta impugnação (fls. 646 a 653), pedindo a improcedência do lançamento, alegando que a falha não resultou em prejuízo ao Erário Estadual, citando diversas decisões deste Conselho.

Vindo o processo a julgamento em Primeira Instância, o julgador, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões da defesa apresentada, decide pela procedência do lançamento, consoante a Sentença nº 1796/2012 (fls. 662 a 663).

Intimada (fl. 664), a autuada apresenta recurso voluntário (fls. 671 a 679), pedindo a reforma da decisão singular e a improcedência do lançamento, alegando que a falta de registro de notas fiscais no livro Registro de Entradas não resultou em prejuízo ao Erário Estadual, citando diversas decisões deste Conselho.

Não sendo esse o entendimento pede a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 da Lei 11.651/91, pelo fato de não haver sonegação de tributo.

É o relatório.

DECISÃO

Dirigindo-me ao mérito, vejo que o auto de infração está fundamentado em Auditoria Específica de Mercadorias, tendo a Conclusão (fl. 19) apurado a omissão de entrada de mercadoria denunciada.

Essa omissão indica que o contribuinte, destinatário da mercadoria, não cumpriu a obrigação de exigir documento fiscal, de quem o deva emitir, obrigação estabelecida no art. 145 do Regulamento do Código Tributário Estadual (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).”

A jurisprudência neste Conselho Administrativo Tributário é mansa e pacífica no sentido de que a atuação fundamentada em Auditoria Específica de mercadorias deve ser contestada por meio de outra auditoria de mesmo rigor técnico, em que aponte eventuais falhas no procedimento fiscal, caso contrário, mantém-se o lançamento fiscal.

Nas oportunidades processuais que teve o sujeito passivo não contestou objetivamente o levantamento fiscal realizado, motivando a conclusão de procedência do auto de infração, já declarada na sentença recorrida.

Pelo fato da omissão apurada no procedimento fiscal e denunciada na inicial não resultar em falta de pagamento de imposto, cabe a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 da Lei 11.651/91:

“Art. 71 [...]

§ 8º Quando da prática das irregularidades descritas nos incisos V ao XII deste artigo não resultar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto, a multa aplicável corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor fixado para a respectiva infração.”

Ante o exposto, conheço do recurso, dou-lhe parcial 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 da Lei 11.651/91.

Sala das sessões plenárias, em 02 de julho de 2013.

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

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - Falta de inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores relativos a juros, seguros e outros valores (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01539/13

Redator do Voto: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: Processual. Preliminares. Insegurança na determinação da infração, cerceamento do direito de defesa. Rejeitadas. Exclusão dos solidários da lide. Rejeitada. Pedido de revisão. Rejeitado. ICMS. Obrigação Principal. Utilização de base de cálculo do ICMS em valor inferior ao previsto na legislação. Procedência. Adequação da penalidade.

- 1. Quando a descrição do fato gerador mantém coerência com os documentos anexados pelo autuante, bem como, com a fundamentação legal da operação, não há que se falar em nulidade por insegurança na determinação da infração;**
- 2. Não se acolhe a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por cerceamento do direito de defesa, tendo sido observado nos autos o contraditório e a ampla defesa;**
- 3. É correta a indicação como solidário do sócio que, comprovadamente, exercia função de administrador da empresa atuada à época da ocorrência dos fatos geradores;**
- 4. Indefere-se o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, estando o processo pronto para julgamento, podendo-se decidir as questões nele tratadas;**
- 5. A base de cálculo do imposto é, nas operações relativas à circulação de mercadorias, o valor da operação (CTE, art. 15, I);**
- 6. Integra a base de cálculo do imposto 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);**
- 7. Comprovado que o sujeito passivo praticou a irregularidade constante da acusação fiscal, o auto de infração deve ser julgado procedente.**

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 26 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pelo sujeito

passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Carlos Andrade Silveira e Aldeci de Souza Flor. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário [...] da lide, arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Aldeci de Souza Flor. Vencido o Conselheiro Carlos Andrade Silveira. E, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de revisão solicitado pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Carlos Andrade Silveira e Aldeci de Souza Flor. Quanto ao mérito, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, com adequação da penalidade à prevista no art. 71, inciso VIII, alínea "a" do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Carlos Andrade Silveira e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Noticiam-se nestes autos que a empresa em epígrafe emitiu documentos fiscais com valores inferiores ao efetivamente realizado no período de 01/012008 a 28/02/2008, resultando em diferença de ICMS a ser recolhida, conforme Auditoria Básica do ICMS e documentos anexos. Em consequência, deverá pagar a diferença omitida na importância de R\$ 4.133,08, juntamente com a penalidade e demais acréscimos legais.

Como coobrigado foi nomeado [...].

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seus arts. 15, inciso I e 20, II e 64 da Lei nº 11.651/91 e a penalidade no art. 71, inciso XII, alínea "a", item 4, com o agravante do § 9º, I do mesmo código.

Como subsídio à exação fiscal foram trazidos aos autos, Nota Explicativa, Auditoria Básica do ICMS, relatórios, cópias de duplicatas, de cupons fiscais, CD com termos de copiagem e autenticação de arquivos magnéticos, declaração de recibo, cópias de livros fiscais (fls. 18 a 393).

Os sujeitos passivos ingressaram com impugnação (fls. 401 a 426) e alegaram:

a) que a inclusão na lide do solidário foi indevida, na medida em que não se fez prova dos eventos previstos no caput do art. 135 do CTN. Transcreveu acórdãos de decisões judiciais e de julgamentos administrativo-tributários;

b) que as provas acostadas ao processo são ilícitas, na medida em que não houve prévia notificação ao contribuinte a fim de que os documentos inerentes à fiscalização lhe fossem disponibilizados com a Medida Cautelar de Busca e Apreensão;

c) que há nulidade processual por cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que não foram juntados aos autos as notas fiscais referentes às operações, objeto de autuação;

d) que as nominadas duplicatas não trazem qualquer número de nota fiscal/cupom fiscal, ou outra identificação, que possa dar certeza e segurança de que os valores ali descritos referem-se aos cupons fiscais/notas fiscais relacionados no Relatório da Auditoria, tratando-se apenas de presunção;

e) que há erro na tipificação legal do auto de infração, que traz como fundamento o descumprimento de obrigação acessória, diversa da hipótese de omissão de imposto a pagar; também, vinculou-se a infração à emissão de documento fiscal com valor inferior ao da operação realizada, enquanto a tipificação legal traz como fundamento o erro na base de cálculo do imposto e a inclusão de juros e seguros na apuração do mesmo; assevera-se, por último, que a penalidade também não é a que corresponde à suposta infração;

f) que não há motivação para a autuação, visto que não ocorreu pagamento a menor de imposto;

g) que a situação descrita no auto de infração não é hipótese de venda a prazo, mas de vendas financiadas de mercadorias, sujeitas a tributos federais (IOF) e não ao ICMS;

h) que a multa proposta tem caráter confiscatório.

Pediu que se acolha as nulidades de preliminares apontadas ou, no mérito, declare insubsistente o auto de infração, e que se exclua da lide o sujeito passivo solidário.

O julgador singular, após analisar os autos, decide a questão favoravelmente à Fazenda Pública Estadual, pois não acolhe nenhuma das nulidades suscitadas e no mérito decide pela procedência do auto de infração, consoante a Sentença nº 696/09-JULP (fls. 452 a 458).

Inconformadas com a decisão supra, as recorrentes alegam as mesmas razões impugnatórias, solicitando, ainda, o pedido de revisão do lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

Questões Preliminares

1. Da preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração:

A infração imputada à empresa atuada foi claramente descrita no histórico do auto de infração com a correta indicação dos dispositivos legais infringidos.

O lançamento está estribado na Nota Explicativa, Auditoria Básica do ICMS, relatórios, cópias de duplicatas, de cupons fiscais, CD com termos de copiagem e autenticação de arquivos magnéticos, declaração de recibo, cópias de livros fiscais (fls. 18 a 393). Assim, demonstrou-se com 3 (três) relatórios como se apurou a diferença de valores e de ICMS pelo confronto entre as operações efetivas e os documentos fiscais emitidos pelo contribuinte. Os valores apurados foram transportados para a Auditoria Básica do ICMS no item outros débitos de ofício (fls. 17 e 19).

Assim, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração.

2. Da preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa:

Não há com dar guarida ao pleito do atuado por cerceamento ao direito de defesa, pela produção de provas ilícitas, pois as provas obtidas pelos autuantes advêm de arquivos magnéticos apreendidos do contribuinte, nos termos do inciso II do art. 147 do CTE, que foram devidamente autenticados pelo programa "Authenticator" que garante a inviolabilidade dos dados registrados no microcomputador, não contestados pela polaridade passiva com provas contundentes.

Ademais, o relatório II (fls. 52 a 81) demonstra ser perfeitamente possível fazer a correlação entre as duplicatas e as notas e cupons fiscais respectivos, pela identificação dos nomes dos clientes com o número dos documentos. Assim os demonstrativos são por demais claros e suficientes para a sustentação do lançamento, bem como para o exercício do amplo direito de defesa, não sendo necessário anexar todos os documentos fiscais relacionados no levantamento fiscal.

3. Da preliminar de exclusão dos solidários da lide:

O item 9º da Alteração Contratual consolidado de fls. 09 a 11, assevera que a administração da sociedade é exercida única e exclusivamente pelo sócio [...], que fica investido de todos os poderes que lhe confere a legislação.

Assim, entendo que a indicação do sócio-administrador como solidário atende ao disposto no art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, que estabelece 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;"

Assim, rejeito a preliminar de exclusão dos solidários da lide.

4. Do pedido de revisão do lançamento

Em relação ao pedido de diligência o mesmo foi rejeitado. De fato, não há como atender ao pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, quando o processo estiver pronto para julgamento, não havendo dúvidas sobre as questões nele tratadas.

Questão meritória

Conforme consta do auto de infração, o sujeito passivo realizou saída de mercadorias, em operações de vendas, relacionadas nos demonstrativos, sem que esses valores, cobrados incondicionalmente do destinatário, compusessem a base de cálculo do ICMS nas respectivas Notas Fiscais.

As autoridades fiscais instruíram os autos com 3 (três) relatórios fiscais, sendo que dois deles foram extraídos dos registros dos arquivos eletrônicos copiados. Consta das notas explicativas que o primeiro relatório expõe os valores reais das operações, correspondentes às duplicatas (faturas) emitidas; o segundo colocando em destaque os valores correspondentes de emissão de documentos fiscais, e o terceiro cotejando os dados dos dois relatórios anteriores, acusando a diferença de valores e de ICMS, que constitui o objeto do presente processo.

A diferença apurada no presente lançamento é decorrente de valores não submetidos à tributação pelo ICMS, trata-se de débito apurado de ofício pelas autoridades fiscais. Para apurar débito dessa natureza inexistente a necessidade de realizar a Auditoria Básica do ICMS e preencher os demonstrativos próprios dessa auditoria. O procedimento em tela consistiu em apurar os valores que indevidamente não foram submetidos à tributação pelo ICMS. Os demonstrativos acostados aos autos demonstram essa diferença com bastante segurança.

A acusação fiscal foi posta de forma clara e objetiva e se fez acompanhada de demonstrativos consistentes. A diferença foi apurada com base na comparação entre as operações reais (duplicatas com nome dos clientes e o ICMS devido) e os documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo (cupom/nota fiscal e o ICMS a destacado a menor), lançando-se a diferença do imposto a ser cobrada. Ficou devidamente demonstrado que o sujeito passivo utilizou base de cálculo do ICMS em valor inferior ao valor da operação.

O sujeito passivo ao deixar de submeter à tributação o valor relativo às operações de vendas realizadas por utilizar base de cálculo inferior ao valor da operação, infringiu o disposto no artigo 15, inciso I e II do CTE:

"Art. 15. A base de cálculo do imposto é:

I - nas operações relativas à circulação de mercadorias, o valor da operação;

[...]"

Também, nesse sentido, é importante destacar que o artigo 20, incisos I ao IV, do CTE, relaciona itens que devem obrigatoriamente compor a base de cálculo do ICMS, vejamos:

"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:

I - ao montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fim de controle;

II - a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como bonificações e descontos concedidos sob condição; (grifo nosso).

III - ao frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente, ou por sua conta e ordem, e seja cobrado em separado;

IV - ao montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a mercadoria se destinar:

a) ao uso, consumo final ou à integração ao ativo imobilizado do estabelecimento destinatário;

b) a consumidor final;"

Entendo que a infração está devidamente configurada. Ocorreu a utilização de base de cálculo em valor inferior ao da operação praticada. Ademais, o sujeito passivo deixou de apresentar qualquer justificativa razoável para essa diferença apurada pelo Fisco.

Contudo, deve ser adequada a penalidade do art. 71, inciso XII alínea "a" para à penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, alínea "a" do CTE, por se tratar de penalidade mais adequada a infração cometida: "*diferença entre o valor da base de cálculo do imposto que deveria ter sido utilizada e o valor da base de cálculo efetivamente utilizada na operação ou prestação*", sendo que houve interpretação errônea da polaridade passiva ao não incluir na base de cálculo do ICMS o valor dos acréscimos decorrente de suas vendas realizadas a prazo. Na infração apurada não se caracterizou o dolo ou o subfaturamento, mas uma interpretação equivocada da legislação tributária.

Diante do exposto, rejeito as preliminares de nulidade por cerceamento ao direito de defesa conhecido do recurso voluntário e por insegurança na determinação

da infração. Rejeito a preliminar de exclusão da lide do sujeito passivo solidário [...]. Rejeito o pedido de revisão solicitado pela autuada. E, quanto ao mérito, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração, adequando, porém, a penalidade à prevista no art. 71, inciso VIII, alínea “a” do CTE.

Sala das sessões, em 27 de agosto de 2013.

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

Matéria: BASE DE CÁLCULO DE ICMS - Prestação de serviço de transporte interestadual - CTCR sem incluir pedágio no cálculo do ICMS (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00670/13

Relator: Conselheiro José Pereira D'abadia

EMENTA: Preliminar de reinclusão na lide dos sujeitos passivos solidários, suscitada pela Representação Fazendária. Rejeitada.

Preliminar de exclusão dos sujeitos passivos solidários da lide, arguida pela defesa. Acolhida.

Os sócios, os gerentes, os administradores, os presidentes, etc que não tenham agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, ou concorrido para a prática de ilícito tributário, nos termos sentenciados pelo Superior Tribunal de Justiça, não podem ser sujeitos passivos solidários da lide.

ICMS. Realizou prestação de serviço de transporte interestadual com CTCR, com redução indevida da base de cálculo, por não ter incluído o valor do pedágio. Improcedente.

Estando demonstrado, por meio da instrução processual, que o polo passivo agiu de conformidade com orientação legal, o auto de infração que exige recolhimento do imposto deve ser considerado improcedente.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 01 de fevereiro de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de reinclusão dos solidários na lide, quanto à penalidade, feita pela Representação Fazendária. Foram vencedores os Conselheiros José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana. Vencido o Conselheiro Renato Moraes Lima. Por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelos próprios. Foram vencedores os Conselheiros José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana. Vencido o Conselheiro Renato Moraes Lima. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana. Vencido o Conselheiro Renato Moraes Lima que votou pela manutenção da decisão singular, com adequação da penalidade para a prevista no art. 71, IV-A do CTE.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo, em epígrafe, realizou, no ano de 2007, prestações de serviço de transporte de cargas em operações

interessada, por meio de CTRC's relacionados em acostada a este volume, com redução indevida da base de cálculo do ICMS, sem previsão legal. Em consequência, deverá pagar o imposto na importância de R\$ 80.279,66 (oitenta mil, duzentos e setenta e nove reais e sessenta e seis centavos), juntamente com penalidade e acréscimos legais, incidentes sobre a diferença apurada, conforme demonstrativos anexos.

Dados como infringidos os artigos 11, inciso IV; 15, inciso II; 20, inciso II e 64 do Código Tributário, c/c art. 13, inciso II e 82 do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE). Proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, "a", § 9º, I, do CTE, com redação da Lei nº 14.634/2003.

Foram identificados como sujeitos passivos solidários os consignados às fls. 05 a 08.

O auto de infração foi instruído com os documentos a seguir: Anexo Estruturado/Detailamento do Crédito Tributário (fl. 03), Anexo Estruturado/Descritivo Complementar da Ocorrência (fl. 04), Anexo Estruturado/Identificação do Sujeito Passivo Coobrigado (fls. 05/08), Ordem de Serviço nº 4501/2009 (fl. 09), Planilha da Base de Cálculo do ICMS Reduzida Indevidamente (fls. 10/30), cópias de CTRC's (fls. 31/66), cópia do Livro de Registro de Saídas nº 06-E (fls. 67/298), cópia do Livro de Registro de Apuração do ICMS nº 06-E (fls. 299/350), Espelho Cadastral (fl. 351), Consulta - Endereço do Sócio (fls. 352/359).

A atuada e solidários foram intimados em 06/08/04, 18/08/04 e 19/08/04 (fls. 360, 372-A e 365/367).

A empresa ingressa com impugnação em Primeira Instância (fls. 374/395), aduzindo: não incidência do vale pedágio na base de cálculo do ICMS; majoração da base de cálculo; indevida aplicação da multa; impossibilidade de acumular a taxa SELIC com juros e correção monetária; e imprestabilidade da taxa SELIC para aplicação nos tributos. Frisa que o valor constante do auto de infração, relativo ao vale pedágio, não é devido, pelas razões a seguir: o frete não pode integrar a base de cálculo do ICMS, em virtude do transporte não ser efetuado pelo próprio remetente, afastando assim a aplicação do inciso II, art. 20, do CTE; que nem a legislação federal (art. 13, LC 87/96), como também, a estadual (Lei 11.651/91), prevê a incidência do vale pedágio da base de cálculo; que o vale pedágio instituído pelo art. 2º, da Lei nº 10.209/2001, prevê expressamente que este "*não integra o valor do frete, será considerado receita operacional ou rendimento tributável*" (grifou-se); que a obrigação do recolhimento é do embarcador e não do transportador, nos termos do art. 1º, da Lei nº 10.209/2001; que o alargamento da base de cálculo do imposto somente pode ser realizado através de previsão em Lei Complementar, nos termos do art. 146 da Constituição Federal (CF); que a multa do artigo 71, § 9º, inciso I, não deve prosperar, visto que somente pode ser utilizada quando houver dolo na conduta do agente, ou seja, a intenção do contribuinte em lesar o FISCO, o que não ocorreu. Nesse sentido, reproduz trechos de Acórdãos, da 5ª Câmara nº 105-16.936/2008 e 3ª Câmara nº 103-22.984/2007, ambos do 1º Conselho de Contribuintes. Aduz que a taxa SELIC é composta de

juros e correção monetária e não poder ser cumulada, a partir de sua incidência com qualquer outro índice de atualização; que para que a Taxa SELIC pudesse ser albergada para fins tributários, havia imperiosa necessidade de lei estabelecendo os critérios para sua exteriorização, por ser notório e agora até vetusto o princípio de que o contribuinte deve de antemão saber como será apurado o quantum debeat da obrigação tributária. Frisa também, que a Taxa SELIC é de natureza remuneratória e títulos, a par de sua conotação substitutiva de correção da moeda. Títulos e tributos, porém, são conceitos que não podem e não devem ser misturados. Faz referência à jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ao final, requer: cancelamento, em sua totalidade, do auto em questão; caso não seja o entendimento, requer, alternativamente, a exclusão da multa qualificada, bem como a aplicação da taxa SELIC, ou, ainda, a aplicação da taxa SELIC com juros e correção monetária.

Os sujeitos passivos solidários, com peças apartadas, apresentam impugnação, (fls. 403/428, 432/456, 463-A/486 e 489/513), arguindo, em preliminar, ilegitimidade Passiva *Ad Causam* e, no mérito, reiteram todos os argumentos e fundamentos trazidos na impugnação da autuada de folhas 374 a 395.

Juntamente com a peça de impugnação da autuada é trazido aos autos os documentos a seguir: procuração (fl. 396), cópia da Alteração Contratual nº 10 da Sociedade [...] - Transportes, Importação e Exportação Ltda. (fls. 397/401) e cópia dos documentos dos advogados (fl. 402).

Anexou-se procuração (fls. 429, 457, 488 e 514), cópia dos documentos pessoais dos solidários (fls. 430, 458, 487 e 515) e cópia dos documentos dos advogados (fls. 431, 459 e 516).

O julgador singular profere a Sentença nº 662/2010-JULP (fls. 520/523), e decide considerar Procedente o auto de infração, devendo ser observado que os solidários ficaram mantidos na lide de maneira parcial, apenas em relação à parte do crédito tributário relativa ao imposto, sendo, portanto, excluídos na parte do crédito tributário relativo a multa pecuniária.

Intimações dos autuados quanto à decisão singular, com também, para apresentar contradita ao pedido de reforma de decisão (fls. 529/534).

A Representação Fazendária intimada, apresentou recurso para Câmara Julgadora nº 076/2010-SAT/CRF (fl. 524), requerendo a reforma da sentença recorrida em que os solidários sejam mantidos na lide em relação à totalidade do crédito tributário.

A Representação Fazendária discorda da referida decisão por entender que, muito embora o texto do caput do art. 45 do CTE se refira ao imposto, a responsabilidade pelo pagamento das cominações legais decorrentes da falta da omissão de recolhimento de imposto também deve ser atribuída aos solidários, posto que estas se vinculam ao descumprimento da obrigação tributária principal, diferente da obrigação tributária acessória que, nos termos do art. 113, § 2º, do

CTN, é "*decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos*".

Neste sentido, o texto do Parecer nº 1602/2008-GPT (fls. 525/527), reforça o entendimento de que os solidários somente não podem ser responsabilizados pelo pagamento de multa formal aplicada em razão da falta de cumprimento de obrigação tributária acessória.

Inconformado com a decisão monocrática descrita acima, o sujeito passivo interpõe sua peça recursal (fls. 536/548), reiterando as alegações apresentadas na impugnação de folhas 374 a 395, acrescenta ainda, que a decisão recorrida merece reforma por não espelhar a realidade dos fatos, bem como ter deixado de aplicar bem o direito.

Os solidários, em conjunto, apresentam contradita (fls. 552/556), na qual requerem que o pedido contido no Recurso à Câmara Julgadora nº 076/2010-SAT/CRF, seja desconsiderado e mantida a decisão neste ponto, como também, reitera as razões trazidas na fase singular.

Por meio do Termo de Juntada às folhas 559, a recorrente juntou substabelecimento e cópia de documentos do advogado (fls. 562/564). Nessa oportunidade, requereu que: "as novas publicações sejam realizadas em nome do advogado substabelecido, fl. 561, sob pena de nulidade".

É o relatório.

DECISÃO

Sobre a preliminar de reinclusão dos solidários na lide, suscitada pela nobre Representação Fazendária, quanto à penalidade pecuniária, a rejeito e assim me posiciono, nos exatos termos sobre a preliminar de exclusão dos solidários desta ação, conforme texto que passo a discorrer:

Acolho a preliminar de exclusão do polo passivo solidário da lide, por entender que a indicação do sócios, identificados nos documentos de fls. 05 "usque" 08 para responder pelo crédito fazendário, deve vir acompanhada da comprovação de que eles tenham 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).

Portanto, 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 que se falar em responsabilidade tributária do sócio a 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 dos sócios solidários da lide se conserva de acordo com o meu entendimento, que foi externado em outros julgados semelhantes.

Com a questão primeira solucionada, volvo-me à razão de mérito deste litígio, e reporto-me ao estampado na folha de rosto deste volume, onde o autor do lançamento exige do polo passivo o recolhimento do imposto referente a prestações de serviço de transporte interestadual com CTCR, pois o autuado reduziu indevidamente a base de cálculo do imposto, sem previsão legal.

Esclareço que embora na peça preambular, não esteja explicitado que se trata de pedágio, a defesa assim o diz, fato que também é mencionado pelo julgador monocrático, este, no penúltimo parágrafo da fl. 522, portanto, passo a fundamentar o meu voto, conforme acabo de destacar.

Ocorre que, conforme demonstrado pela instrução processual, a sujeição passiva é prestadora de serviço de transporte. Assim, não pode ser considerado para integrar a base de cálculo do ICMS, o frete, em virtude do transporte não ser efetuado pelo próprio remetente, afastando, portanto, a aplicação do inciso II do artigo 20 da Lei nº 11.651/91.

Aliás, a interpretação dada pela autoridade fiscal, autora do lançamento de que o vale-pedágio está incluído no valor da prestação, não se adequa com a orientação contida na Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 13, inciso III, que será transcrito na sequência, nem com o lecionado pela Lei nº 10.209/2001, que instituiu o vale transporte.

“LC. 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.”

O grifo que apus nas letras imediatamente volvidas, tem a finalidade de demonstrar que a legislação que rege a matéria, objeto desta decisão, em momento algum prevê a incidência do vale pedágio da base de cálculo.

Conforme citado em linhas anteriores, a Lei nº 10.209/2001, também não contempla a pretensão do autuante, o que equivale dizer que a incidência do vale pedágio na base de cálculo é indevida, vejamos:

“Art. 1º. Fica instituído o Vale – Pedágio obrigatório, para utilização efetiva em despesas de deslocamento de carga por meio de transporte rodoviário, nas rodovias brasileira.

§1º O pagamento de pedágio, por veículos de carga, passa a ser de responsabilidade do embarcador.

§2º Para efeito do disposto no §1º, considera-se embarcador o proprietário originário da carga, contratante do serviço de transporte rodoviário de carga.

§3º Equipara-se, ainda, ao embarcador;

I – o contratante do serviço de transporte rodoviário de carga que não seja o proprietário originário da carga;

II – a empresa transportadora que subcontratar serviço de transporte de carga prestado por transportador autônomo.”

Pelo exposto, voto rejeitando a preliminar de reinclusão dos solidários na lide, quanto à penalidade, feita pela Representação Fazendária. E acolho a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelos próprios. Quanto ao mérito, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 10 de abril de 2013.

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

Matéria: CONTROLE PARALELO (CAIXA 2) - Saída de mercadorias tributadas com utilização de documentos denominados "Extrato para Conferência Futura" para os quais não foram emitidos as respectivas notas fiscais (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00455/13

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: Processual. Nulidade parcial dos autos a partir da decisão singular. Preliminar arguida pelo sujeito passivo. Rejeição. Decisão unânime.

ICMS. Obrigação principal. Controle paralelo de vendas. Comparativo com os valores registrados no livro fiscal. Procedência parcial. Decisão não unânime.

I - A falta de demonstração do prejuízo alegado pela parte passiva e a constatação de que a decisão singular analisou e enfrentou de forma clara e objetiva a irregularidade motivadora do lançamento para embasar a sentença proferida, bem como o respeito aos ditames previstos no ordenamento jurídico brasileiro, com a perquirição da verdade material e concomitante observância do contraditório e da ampla defesa, constituem-se em razão suficiente para o não acolhimento do pedido de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, a partir da decisão singular, arguida pelo sujeito passivo.

II - Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real, sobre o qual é correta a cobrança do ICMS, com os acréscimos legais, por omissão de saídas de mercadorias tributadas.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 11 de dezembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, a partir da decisão singular. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Alcedino Gomes Barbosa, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Edson Abrão da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. 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 parcialmente procedente o auto de infração sobre a base

de cálculo de R\$ 237.153,92 (duzentos e trinta e sete mil, cento e cinquenta e três reais e noventa e dois centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 40.316,17 (quarenta mil, trezentos e dezesseis reais e dezessete centavos). Foram vencedores os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Alcedino Gomes Barbosa, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Pereira D'abadia, José Paixão de Oliveira Gomes, Washington Luis Freire de Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Paulo Diniz e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva e Nivaldo Carvelo Carvalho, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo realizou saída de diversas mercadorias mediante a emissão de documentos denominados de "Extrato para Conferência de Fatura", documentos estes apreendidos e anexados a este processo, totalizando R\$ 246.541,92 (duzentos e quarenta e seis mil, quinhentos e quarenta e um reais e noventa e dois centavos). Os documentos em questão se referem ao período de 01 a 31 de janeiro de 2006, e não tiveram a respectiva emissão das notas fiscais no período, quando confrontados com as notas fiscais emitidas pelo contribuinte. Portanto devera recolher o ICMS devido, na importância de R\$ 41.912,13 (quarenta e um mil, novecentos e doze reais e treze centavos), acrescidos das demais cominações legais.

São dados como infringidos os artigos 64 e 66 do Código Tributário Estadual (CTE) combinados com o art. 25, parágrafo 6º do Anexo X do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE), tendo sido proposta a penalidade prevista no art.71, inciso VII, Alínea L, parágrafo 9º inciso I, com redação da Lei 13.446/1999.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Relação de Pedidos Sem Nota Fiscal no período Janeiro/2006 (fls. 03 a 12), Extratos para Conferência de Fatura (fls. 13 a 386).

O autuado foi intimado para apresentar impugnação em Primeira Instância (fls. 387 e cópia de AR de fls. 408).

A empresa, por sua vez, por meio de seu representante legal, ingressa com impugnação em Primeira Instância (fls. 389 a 392), alegando que os agentes do Fisco consideraram saídas de mercadorias sem pagamento de imposto os documentos de conferência de fatura, não realizando a confrontação de valores com a respectiva saída com nota fiscal, registrada no livro de registro próprio.

Aduz que esses documentos literalmente não coadunam com as notas fiscais, por serem documentos de conferências cujas negociações não se confirmam ou as notas fiscais são extraídas em mercadorias e/ou valores diferentes. Sustenta que a fiscalização deveria somar esses documentos subtraindo o valor de vendas com notas fiscais registradas em livro próprio.

Notícia que a soma acusada de documentos na inicial na importância de R\$ 246.541,92 (duzentos e quarenta e seis mil, quinhentos e quarenta e um reais e noventa e dois centavos) difere da soma de vendas com notas fiscais registradas, as quais alcançaram a cifra de R\$ 194.322,30 (cento e noventa e quatro mil, trezentos e vinte e dois reais e trinta centavos). Cita ser inadmissível que o sujeito passivo tenha vendido, além do valor registrado de R\$ 194.322,30 (cento e noventa e quatro mil, trezentos e vinte e dois reais e trinta centavos), o valor adicional de R\$ 246.541,92 (duzentos e quarenta e seis mil, quinhentos e quarenta e um reais e noventa e dois centavos) acusado pela autuação, pois não possui estoque neste patamar de valor.

Informa, ainda, que não há como confirmar que a empresa tenha realizado vendas no valor acusado na inicial, pois a entrada de mercadorias, alcançou a importância de R\$138.875,20 (cento e trinta e oito mil, oitocentos e setenta e cinco reais e vinte centavos). Excluindo o valor registrado pelo sujeito passivo, a base de cálculo do presente feito está sendo cobrando duas vezes o mesmo valor da venda realizada, redundando no valor de R\$ 440.864,22 (quatrocentos e quarenta mil, oitocentos e sessenta e quatro reais e vinte e dois centavos).

Levanta a questão de que os autuantes, em seu trabalho, não efetuaram levantamento algum, se limitando a somar esses documentos de conferência para lavrarem o auto de infração.

Conclui citando que não há dispositivo legal algum que autoriza a fiscalização a desprezar os valores que estão registrados nos livros fiscais e sim, ao contrário, devendo-se fazer uma conferência entre os valores considerados por esses documentos de conferência, com os valores registrados em livro próprio.

Requer a improcedência do auto de infração.

Junto com a peça de impugnação é trazido ao feito cópia de Procuração e de documento do advogado (fls. 393/394), cópia da Carteira Nacional de Habilitação de [...] (fl. 395), cópia do Contrato de Constituição da Sociedade por Cotas de Responsabilidade e Segunda Alteração Contratual (fls. 396/403), cópia de documento de Compras - Relação de Pedidos, período 01 a 31/03/2006 (fls. 404/406).

O julgador singular prola a Sentença de n.º 1728/08-COJP, de fls. 409 e 412, confirmando integralmente a exigência inicial.

Fundamenta sua decisão aduzindo que não que tem como suficiente provado que as vendas de mercadorias foram efetuadas, pois os autuantes afirmam na descrição do fato que os documentos de prova não possuíam a correspondente emissão das notas fiscais atinente ao período, quando foram confrontados com as notas fiscais emitidas pela parte passiva. Acrescenta que a defesa não carrou aos autos "elementos de confirmação de possível emissão de documentos fiscais".

Transcreve os dispositivos legais da Lei (CTE), art. 25, § 1º, Inciso VI e conclui que, o autuado incorreu também na omissão de pagamento de ICMS normal, motivo pelo qual fica também obrigado ao pagamento de imposto além do pagamento da penalidade.

Intimação do autuado quanto à decisão singular, às fls. 413, por ciência direta.

A empresa ingressa com impugnação em Segunda Instância (fls. 415 a 418), arguindo que não foi proferida uma sentença, mas julgador singular se limitou apenas a efetuar comentários ao Auto de Infração e citar dispositivos relativos a multa aplicada, não observando que o autuante ignorou os registros de saídas postos nos livros, "*sempre em valores superiores aos somatórios dos documentos*". *Aduz que os registros mencionados na defesa, os quais foram desprezados na análise pela julgadora, é "que se impõe de forma finalista"*, ressaltando não haver dúvida alguma na inexistência dos débitos para com o Estado, no que diz respeito a este feito.

Reitera toda a peça da defesa anterior, fazendo menção a juntada de levantamento financeiro (fl.419), visando fortalecer as suas alegações anteriores e pugna pela acolhida da impugnação com o fito de reformar a decisão singular e absolvição da empresa no tocante à penalidade aplicada.

O sujeito passivo acosta ao feito cópia de levantamento financeiro (fl. 419).

A Segunda Câmara decidiu (fls. 421/422), por maioria de votos, acolher a proposição do Conselheiro José Manoel Caixeta Haun, converter o julgamento em diligência à Delegacia Fiscal de origem para que auditor fiscal estranho à lide proceda revisão no trabalho fiscal do autuante, assim como intimar o sujeito passivo para apresentar as notas fiscais de venda emitidas no período autuado e realizado o confronto desses documentos fiscais com os controles paralelos de vendas, com elaboração de demonstrativo próprio pelo fiscal revisor, cujo objetivo é verificar se foram emitidas notas fiscais em relação às mercadorias discriminadas nos controles de vendas.

A autoridade fiscal autuante AFRE III João Tomaz de A. Neto, em sua manifestação de fls. 512, informa que as verificações foram efetuadas por meio de arquivos magnéticos entregues, pois a parte passiva não apresentou os blocos de notas fiscais solicitados na intimação. Aduz que, conforme demonstrativo anexo (fls. 498 a 511), encontrou notas fiscais coincidentes em data, destinatário, descrições e valores somente para os controles paralelos descritos na manifestação. Informa também que o processo necessita de algumas adequações.

Foram anexadas ao feito cópias descritivas de documentos fiscais, de fls. 423 a 497.

O autuado foi intimado com ciência direta aos autos de fl. 514, havendo manifestação por parte do pólo passivo de fls. 516 a 518, na qual salienta que o

fisco não efetuou a diligência devida, se deslocando até a empresa, onde os documentos fiscais estavam à disposição da fiscalização, mas sim esperando que a empresa se deslocasse até o Fisco para a apresentação de documentos exigidos. Conclui assentando que a diligência não sendo cumprida, o processo deve retornar ao órgão próprio para que o fiscal alheio à lide proceda a diligência na sede da empresa, "na forma como manda a lei".

A secretária da IV CJL faz juntada aos autos de documentos de fls. 521 e 522 (cópia de auto de infração n.º 4010901626022).

A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário (fl. 523), acatando proposição do Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca, por unanimidade de votos, converte o julgamento em diligência, encaminhando os autos, após ser reordenado e remunerado pela Sege, ao AFRE III Sr. João Tomaz de A. Neto, para anexar ao feito a intimação do sujeito passivo para apresentação dos documentos fiscais exigidos na Resolução n.º 236/2008 (fl. 421), o que foi feito, de fls. 524 a 527.

Por meio do despacho de n.º 711/2010 - I CJULT (fl. 530), é concedido vistas ao conselheiro Carlos Andrade Silveira.

A parte passiva - em tempo - acosta aos autos "Memorial" (fls. 532 e 533) onde salienta que a fiscalização não atentou para a atuação da empresa no ramo de vendas de papéis a serem utilizados por gráficas, na confecção de livros, periódicos e jornais e papéis destinados a sua impressão, imunes consoante estipula o item 6º, letra "d" da Constituição Federal. Com isto a empresa foi autuada para pagamento de ICMS, sendo imune a tal exigência pelo motivo retro citado. Reforça citando que a fiscalização não atentou "ou não quiseram atentar" para o fato de que todas as suas notas fiscais consideradas não constam alíquota de ICMS e "sim indicação de imunidade do produto da empresa". Menciona a juntada ao feito de Ato Declaratório da Receita Federal como documento de prova de sua afirmação (fl. 534).

Pugna pela nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa ou, subsidiariamente, a reforma da decisão singular para considerar improcedente o auto de infração.

A Primeira Câmara decidiu (fls. 536 a 543), por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença singular, argüida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa, por entender que o julgador singular analisou todos os aspectos da matéria em discussão e decidiu de acordo com a convicção formada pelo estudo das informações e documentos que a ele se apresentavam nos autos, não havendo dúvidas de que os Extratos para Conferência de Fatura analisados espelham vendas efetivamente realizadas, informando todos os dados pertinentes a atos de mercancia, além de possuírem carimbo da empresa atestando o recebimento do valor correspondente à venda e data de pagamento efetuado pelo comprador.

Quanto ao mérito, a Primeira Câmara entendeu que a irregularidade motivadora do lançamento está objetivamente demonstrada no processo e que foi

feito o comparativo entre as notas fiscais e os controles paralelos, considerando e deduzindo os itens coincidentes nos dois controles, no total de R\$ 9.388,00 (Nove mil, trezentos e oitenta e oito reais), conforme demonstrado às fls.542 e 543. Assim, por maioria de votos, foi, dado parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre a base de cálculo de R\$ 237.153,92 (duzentos trinta e sete mil, cento e cinquenta e três reais e noventa e dois centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 40.316,17 (quarenta mil, trezentos e dezesseis reais e dezessete centavos).

A Representação Fazendária se manifestou nos autos, de fl.544, corroborando a decisão da Primeira Câmara.

O sujeito passivo foi intimado por ciência direta às fl.545.

Inconformado, o sujeito passivo, por meio de seu procurador, apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 548/549), no qual sustenta que a fiscalização não atentou para a atuação da empresa no ramo de vendas de papéis a serem utilizados por gráficas, na confecção de livros, periódicos e jornais e papéis destinados a sua impressão, imunes consoante estipula o item 6º, letra "d" da Constituição Federal. Com isto a empresa foi autuada para pagamento de ICMS, sendo imune a tal exigência pelo motivo retro citado. Reforça citando que a fiscalização não atentou "ou não quiseram atentar" para o fato de que todas as suas notas fiscais consideradas não constam alíquota de ICMS e "sim indicação de imunidade do produto da empresa". Menciona a juntada ao feito de Ato Declaratório da Receita Federal como documento de prova de sua afirmação (fl. 550 a 552).

Ao final pugna pela reforma da decisão cameral para considerar improcedente o auto de infração.

Anexou-se aos autos, por solicitação da Representação Fazendária (fl. 557), cópia do Termo de Apreensão n.º 11.00.095.763-8 (fl. 560), assim como cópia Termo de Liberação e Doação Solicitado (fl. 561).

O Conselho Pleno do Conselho Administrativo Tributário (fls. 562/563), resolve, por unanimidade de votos, remeter os autos a Sepre - Setor de Preparo Processual, para que providencie a intimação do representante legal do sujeito passivo, para que tome ciência da juntada de novo documento por parte da Representação da Fazenda Pública, em observância ao princípio constitucional que preserva o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O sujeito passivo, intimado (fl. 564), apresentou petição (fls. 567/569), aduzindo que o documento juntado pela Fazenda Pública Estadual, foi uma intromissão indevida, vez que teria de ter vindo junto com o Auto de Infração, para que a empresa então pudesse fazer uma análise de confrontação desse documento com os diversos documentos apreendidos no estabelecimento.

Alega que a juntada do Termo de Apreensão, após julgamento de 2ª Instância, é inconstitucional e incabível. Aduz que faltou nos autos, o documento que faz constar às matérias apreendidas que levaram a condenação da empresa.

Dessa forma, requer a nulidade do processo ou o seu retorno a primeira instância, para reiniciar o julgamento.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano não dou guarida à preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, a partir da decisão singular, arguida pelo sujeito passivo.

De fato, nada há nos autos que aponte quaisquer tipos de defeitos que estariam a inquinare de vício processual o feito. No entanto, é de se perguntar, onde estaria a nulidade parcial dos autos por cerceamento do direito de defesa, a partir da decisão singular, se o sujeito passivo foi regularmente intimado para pagar a quantia exigida em virtude de ter sido condenado em decisão de primeira instância ou apresentar recurso voluntário, conforme atesta o documento de fl. 413 ou na seqüência, recurso para o Conselho Pleno nos termos da comunicação processual de fls. 545?

No mesmo diapasão, onde situaria-se o aludido vício processual se, o próprio julgador singular, ao ser confrontado com os argumentos e provas colacionadas aos autos, pela parte passiva e fisco, não somente os contemplou mas também promoveu o cotejamento entre eles, exarando a respectiva decisão monocrática com a convicção formada por essa avaliação?. Por acaso, o insígne julgador deixou lacunas para prejudicá-lo?. Se isto ocorreu, conforme argumenta o contribuinte, por que a plenária do Excelso Conselho Pleno rejeitou tal preliminar de nulidade por votação unânime?

Aprofundando-me na questão, refaço a pergunta, onde estaria o referido prejuízo se a própria Câmara Julgadora buscou o aprimoramento da discussão, através de diligência proposta na Resolução nº 238/2008 (fl 373) no sentido de ver materializado em demonstrativo, o cotejamento dos documentos das partes (fisco x contribuinte)? Basta ler que o objetivo da diligência foi o de intimar o sujeito passivo para apresentar notas fiscais de vendas emitidas no período de referência do auto de infração e que se realizasse o confronto desses documentos fiscais com os controles paralelos de vendas, com a elaboração de demonstrativo próprio pelo fiscal revisor, com o objetivo de verificar se foram emitidas notas fiscais em relação às mercadorias discriminadas nos controles de vendas.

Pois bem, verifico pelas informações trazidas pelo revisor, que o trabalho foi realizado a partir das informações dos arquivos magnéticos do próprio contribuinte, em decorrência da sua recusa em apresentar os documentos fiscais solicitados. Para minha surpresa verifiquei que a informação trazida pelo revisor não foi contestada pelo sujeito passivo. Ao contrário, ao manter-se silente

confirmou o trabalho fiscal mesmo admitindo que não está obrigado a apresentar os documentos à fiscalização. Concluí que a defesa do contribuinte optou por ratificar o trabalho fiscal.

Pois bem, doutos colegas, verifico desde o início que o feito seguiu todo o rito que lhe fora previsto por lei. Houve decisões, intimações, contestações, diligências e recursos. Onde estaria a propalada nulidade parcial dos autos por cerceamento do direito de defesa, a partir da decisão singular, se não se confirmou prejuízos a quem quer que seja?. Digo que não existe. Refaço a pergunta, onde está o festejado prejuízo admitido pelo sujeito passivo se toda a matéria foi discutida à exaustão, com a apreciação final por parte do Excelso Conselho Pleno desta Casa? Digo que não ocorreu. A propósito, é de se perguntar se o feito teria chegado à última instância sem que antes tivessem sido sanadas as omissões, obscuridades e fatos controversos? Como se viu, as respostas para as três perguntas acima foram peremptoriamente, um sonoro não.

Face ao exposto e por estar todo o feito em consonância com o disposto no art. 8º da Lei Estadual nº 16.469/09 e do art. 142 do CTN, devo rejeitar, com a unanimidade do voto de meus pares, a preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, a partir da decisão singular.

No mérito, considero que o feito é procedente em parte. De fato, a questão foi apreciada com a devida propriedade pela Douta Conselheira Célia Reis Di Rezende que exarou seu voto no lapidar acórdão de nº 3508/2010, às fls. 537/543 destes autos e que por ser esclarecedor adoto-o como razão de decidir. Transcrevo-o abaixo, *in totum et verbis*:

“Conforme consta nos demonstrativos e documentos que embasam o auto de infração, o ICMS inicialmente reclamado tem como base de cálculo o valor das operações consignadas nos “Extratos para Conferência de Fatura”, apreendidos pela fiscalização.

Considerou o julgador singular que não há dúvidas de que os “Extratos para Conferência de Fatura” espelham vendas efetivamente realizadas, pois eles informam: nome, endereço e outros dados do comprador, quantidade, descrição do produto, valor unitário e total da mercadoria vendida, identificação do vendedor, forma de pagamento (cheque, cheque pré-datado, duplicata), além de possuírem carimbo da empresa atestando o recebimento do valor correspondente à venda e a respectiva data do pagamento efetuado pelo adquirente.

Pelas considerações feitas pelo julgador singular conclui-se que ele analisou todos os aspectos da matéria em discussão e decidiu de acordo com a convicção formada pelo estudo das informações e documentos presentes nos autos. Por essas razões, não acolho a preliminar de nulidade da sentença singular, por cerceamento do direito de defesa, argüida pelo sujeito passivo.

Adotando entendimento já pacificado nesta segunda instância de julgamento, foi determinado, por meio de Resolução Cameral, que o processo retornasse à origem para que o sujeito passivo fosse intimado a apresentar as notas fiscais de vendas emitidas no período de referência do auto de infração e que fosse realizado o

confronto desses documentos fiscais com os controles paralelos de vendas e elaborado demonstrativo próprio, com o objetivo de verificar se foram emitidas notas fiscais em relação às mercadorias discriminadas nos controles de vendas. Dois pontos foram considerados para o pedido de diligência, quais sejam:

1 - Embora o autuante tenha informado, na própria descrição do fato, que os controles paralelos de vendas não tiveram a respectiva emissão das notas fiscais, não foi trazido para o processo a relação das notas fiscais emitidas no período, com a discriminação das respectivas mercadorias, para possível conferência;

2 - À exceção do mês de fevereiro de 2006, o sujeito passivo declara ter realizado vendas com notas fiscais em montante superior ao dos controles paralelos;

Segundo informado pelo revisor, o trabalho revisional foi realizado a partir das informações dos arquivos magnéticos do contribuinte, em decorrência da sua recusa em apresentar os documentos fiscais solicitados. Relativamente a essa questão, é conveniente destacar que essa informação do revisor não foi contestada pelo sujeito passivo. Ao contrário, ele, de forma implícita, a confirma, quando admite que não está obrigado a apresentar documentos à fiscalização e que o trabalho deveria ser realizado no estabelecimento da empresa. De qualquer forma, é oportuno destacar a existência das notificações correspondentes, bem como do auto de infração lavrado por embarço ao exercício da fiscalização, cuja cópia, inclusive, teve sua juntada solicitada pelo Representante da Fazenda pública.

Em decorrência da característica da mercadoria comercializada pelo contribuinte e da irregularidade motivadora do lançamento, a discussão no processo ultrapassou a questão do controle não formal, com enfoque na imunidade constitucional do papel destinado à confecção de livros, jornais, revistas e periódicos.

Quanto à questão da não-incidência do ICMS na comercialização de papeis, o CTE, em estrita obediência ao texto constitucional, assim dispõe em seu art. 37, I, "d":

"Art. 37. O imposto não incide sobre:

I - operações:

[...]

d) com livros, jornais e periódicos e o papel destinado a sua impressão" (destaque acrescentado nesta transcrição);

Com relação ao papel, trata-se, sem dúvida, de uma imunidade objetiva que alcança o papel destinado a impressão de livros, jornais e periódicos. Assim, o ICMS deve incidir normalmente sobre as saídas de papel, cuja comercialização não tenha a utilização ou destinação definida. Tem-se, nessa situação, que não é a empresa, que comercializa papeis, que está amparada pela imunidade, mas sim a operação de saída do papel com o fim específico já mencionado.

O controle paralelo, adotado pelo contribuinte, já é suficiente para estabelecer a dúvida quanto a real destinação do papel comercializado, porquanto não haveria necessidade da adoção de controle informal para as saídas não tributadas pelo ICMS. Nesse sentido, é oportuno destacar que o Ato Declaratório, da Receita Federal, que dispõe sobre a "concessão de regime especial para estabelecimento que realiza operações com papel destinado à impressão de livros, jornais e

periódicos”, não autoriza a venda de papel sem nota fiscal; esse “Ato” não revoga nem modifica a legislação do ICMS; não tem nenhum reflexo sobre ela.

Com relação ao controle paralelo, é necessário destacar que todos os pedidos têm o carimbo da emitente (FIBRA) atestando o recebimento do valor da venda, sem nenhuma retificação das informações referentes a quantidade e valor dos produtos. Portanto, não há dúvidas de que esses controles referem-se a vendas efetivamente realizada. A própria legislação tributária autoriza a presunção de que as vendas realizadas por meio de controles paralelos, sem a emissão de documento fiscal, constituem-se em omissão de saídas de mercadorias tributadas, conforme estabelecido no § 1º, VI, art. 25, do Código Tributário Estadual, a seguir transcrito:

“Art. 25. [...]

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

[...]

VI - ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias ou prestação de serviços, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real;

[...]”.

A exigência legal é de que nenhuma operação de circulação de mercadoria seja realizada sem o controle formal estabelecido na legislação tributária, segundo dispõe o art. 66, § 2º, do Código Tributário Estadual – Lei nº 11.651/92:

“Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

[...]

§ 2º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais”.

Sob o aspecto técnico, a única reclamação da recorrente foi de falta de confronto dos controles paralelos com os documentos fiscais emitidos no período, o que foi corrigido com a diligência então realizada. No trabalho de revisão, ao ser realizado o confronto dos controles paralelos com as notas fiscais emitidas pelo contribuinte, ficou constatado que, relativamente a alguns controles paralelos – “Extrato para Conferência de Fatura” – houve emissão de nota fiscal alcançando parte ou a totalidade das mercadorias discriminadas nos controles paralelos, conforme destacado na planilha então elaborada. O revisor considerou que deveriam ser excluídos do lançamento apenas os valores correspondentes aos controles paralelos para os quais havia notas fiscais com coincidência de datas, descrição do produto e valores correspondentes

Contudo, revendo a planilha contendo a listagem comparativa dos controles paralelos com as notas fiscais emitidas no período, para cada destinatário neles identificado, concluí ser necessário excluir também os itens coincidentes nos dois

controles, formal e informal. Assim, fiz a exclusão de cada item de acordo com a quantidade e valor informado na nota fiscal, conforme discriminado a seguir:

Doc.Paralelo	Valor	Nota Fiscal	Valor	Valor a excluir
21738	2.051,00	3685	544,00	180,00
21840	507,00	3700	367,00	162,00
21843	816,00	3701	720,00	720,00
22010	656,00	3718	656,00	656,00
22017	528,00	3720	388,00	172,00
22074	1.488,00	3729	1.488,00	1.488,00
22150	3.280,00	3745	3.280,00	3.280,00
22225	2.730,00	3748	2.730,00	2.730,00
Total a excluir da base de cálculo:				9.388,00

A penalidade proposta pela autoridade lançadora e aplicável na situação é a prevista no art. 71, VII, "L", § 9º, I, do Código Tributário Estadual – CTE, que

assim dispõe:

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"

[...]

§ 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:

[...]".

Tem-se, assim, que a irregularidade motivadora do lançamento está objetivamente demonstrada no processo e que foi feito o comparativo entre as notas fiscais e os controles paralelos, de forma a considerar – deduzir – as mercadorias coincidentes entre esses controles. Assim, o ICMS a ser recolhido incide apenas sobre a as saídas sem a emissão de documento fiscal, conforme já demonstrado.

Nessas condições, voto, rejeitando a preliminar de nulidade da sentença singular, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo e, no mérito, conhecendo da impugnação, dando-lhe parcial provimento para considerar procedente o lançamento sobre a base de cálculo de R\$ 237.153,92, cujo ICMS a recolher é de R\$ 40.316,17.

Ante o exposto, nada devo acrescentar e por isso voto com a maioria de meus pares, 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 sobre a base de cálculo de R\$ 237.153,92 (duzentos e trinta e sete mil, cento e cinquenta e três reais e noventa e dois centavos), cujo ICMS recolher é de R\$ 40.316,17 (quarenta mil, trezentos e dezesseis reais e dezessete centavos).

Sala das sessões plenárias, em 14 de março de 2013.

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

Matéria: CONTROLE PARALELO (CAIXA 2) - Utilização de aplicativo que permite o controle paralelo de vendas (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00143/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Controle paralelo de vendas. Utilização de programa aplicativo para Sistema Eletrônico de Emissão e Escrituração de Documento Fiscal que permitia o controle paralelo de vendas. Insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Cerceamento ao direito de defesa. Rejeitado. Responsabilidade solidária da empresa fornecedora do aplicativo, de seu sócio-administrador e responsável técnico. Manutenção dos solidários na lide.

1. A insegurança na determinação da infração somente se caracteriza se a acusação fiscal for feita de tal modo que inviabilize o conhecimento da falta ou irregularidade que é imputada ao sujeito passivo;

2. Não resta caracterizado cerceamento ao direito de defesa quando for oferecido aos autuados meios legais para a ampla defesa, compreendendo a contrariedade e dedução de provas.

3. Devem ser mantidos na lide a empresa, fornecedora de programa aplicativo de computador para Sistema Eletrônico de Emissão e Escrituração de Documento Fiscal, bem como seu sócio-administrador e responsável técnico pelo programa, quando ficar comprovado que o aplicativo fornecido dispõe de funcionalidade que permite o controle paralelo de vendas e, por conseguinte, possibilita a soneração fiscal.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 24 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa, arguidas pelos sujeitos passivos solidários. Participaram do julgamento os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Luis Antônio da Silva Costa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos sujeitos passivos solidários da lide, arguida pelos mesmos. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Luis Antonio da Silva Costa. Vencido o Conselheiro Alcedino Gomes Barbosa.

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:

“A firma acima qualificada omitiu saídas de mercadorias tributadas - no valor comercial de R\$ 100.459,28 -, conforme apurado em levantamento comparativo entre as vendas reais registradas no banco de dados apreendido e os valores escriturados nos livros fiscais (Anexo I). Além disso, temos acostado o Anexo II (relatório circunstancial) que evidencia a rotina adotada na extração, autenticação e análise do referido banco de dados. Dessa forma, devera recolher ao erário estadual o imposto calculado sobre as diferenças apuradas, conforme detalhamento abaixo. Em apenso, acham-se os seguintes Termos: de Apreensão, de Lacração e Deslacrção, de Vistoria em ECF, de Copiagem e Autenticação, Declaração/Recibo, Anexo III (uso indevido do prog. aplicativo), DVR-r (contendo o banco de dados e demais relatórios), Relatório Impresso das Vendas Registradas no B.D. (vendcab empresa-1.xls), etc.”

São dados como infringidos os artigos 13, I; 64, § 2º; e 66 da Lei nº 11651/91 (CTE-GO), tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "L", § 9º, I da Lei nº 11651/1991, c/ redação da Lei 13446/1999.

Foram indicados como sujeitos passivos solidários [...], [...] e [...] Assessoria Administração e Informática Ltda., conforme documentos de folhas 03/05.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Identificação dos sujeitos passivos coobrigados (fls.03/05), consulta contribuinte - base Juceg (fls.06 e 07), cópias de instrumento particular de constituição de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e alterações contratuais (fls.08/26), cópia de Ordens de Serviço (fls.27 e 28), cópia de Termo de Apreensão (fls.29/30), cópia de Termo de Doação (fl. 31), cópia de notificações fiscais (fls.32/37), cópia de CTPS (fls.38), cópias de Termos de Declaração de Equipamentos (fls.40/41), cópias de Termos de Deslacrção de Equipamentos (fls.42 e 43), cópias de vistoria em sistemas e equipamentos de automação (fls.44/45), cópias de Termos de Copiagem e Autenticação de Arquivos Magnéticos (fls.46/51), relação de arquivos processados (fls. 53/59), comprovante de alteração de uso de sistema informatizado para emissão de documentos fiscais (fl. 60 e 61), espelhos cadastrais (fls.62/66), cópias de notas fiscais (fls.67/69), cópia de Protocolo ICMS 02/02 (fls.70), cópia de Termo Aditivo ao Auto de Infração e Relatório (fls.73/122), cópia de Livro Registro de Apuração do ICMS (fls.123/137), relatórios de fiscalização (fls.138/625). E arquivo digital CD de fls.626.

Intimados a pagar ou apresentar impugnação a Primeira Instância, às fls.627/634, os sujeitos passivos quedam-se inertes, conforme revelam os Termos de Revelia de folhas 635/638, bem como Termo de Perempção de folha 646.

Em seguida, a Gerência de Cobrança e Programas Especiais - GCOP ingressa com pedido de Revisão Extraordinária, via Despacho nº 1068/2009-GCOP, de folha 647, mediante o qual é denunciada a ausência de intimação à segunda instância do solidário [...] ASSESSORIA ADMINISTRAÇÃO E INFORMÁTICA LTDA e requerido o saneamento do vício.

O eminente Presidente em exercício deste Conselho, em Despacho nº 1980/2009-CAT, de folha 648, constata que restou demonstrada a ineficácia da peça intimatória apontada no pedido de revisão extraordinária e determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Preparo Processual, para que seja procedida nova intimação.

Em seguida, os sujeitos solidários apresentam impugnação a Segunda Instância, de folhas 657/669, na qual arguem a preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que não são sócios e sequer tem acesso a qualquer aquisição de mercadoria da referida empresa.

Alegam também que o auto deve ser declarado nulo, por cerceamento ao direito de defesa, uma vez que não foram intimados para nenhum procedimento ou ato administrativo vinculado ao mesmo, bem como por falta de motivação jurídica, uma vez que não existe no auto de infração qualquer tipificação que enquadre os impugnantes.

Por fim, alegam que há insegurança na determinação da infração por falta de motivação jurídica do auto de infração no que se refere ao enquadramento dado à solidariedade posto que aos impugnantes, do nada, absolutamente do nada, estão sendo imputadas a alegação de que teriam praticado “omissão de saída de mercadorias”.

Reclamam, também, do caráter confiscatório da multa aplicada.

Requerem, ao final, a nulidade do feito fiscal.

Em Certidão de fls.680, consubstanciada pelo acórdão de nº 2275/11 às fls.681/684, a Quarta Câmara deste CAT, decide, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelos solidários, por cerceamento do direito de defesa e, por maioria de votos, excluir da presente lide, os solidários [...] e [...] Assessoria, Adm. e Informática Ltda.

O solidário [...] encontra-se perempto.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe o presente recurso ao Conselho Pleno no qual pugna pela reforma da decisão recorrida, na parte relativa à exclusão dos solidários [...] e [...] Assessoria, Adm. E Informática Ltda, ao argumento de que o primeiro é sócio administrador da segunda, que por sua vez é a responsável pelo programa aplicativo utilizado pelo contribuinte.

As partes comparecem ao feito com memorial de fls.702/705, arguindo preliminarmente, que não há como manter os recorridos como solidários da obrigação tributária aqui perquirida, vez que não concorreram para prática do ato ilícito ora em discussão. Asseguram que os recorridos não detêm qualquer gerência ou ingerência quanto a lançamentos fiscais e contábeis em Livros Fiscais da autuada, sendo esta responsabilidade exclusiva do contador habilitado junto a SEFAZ, bem como dos sócios proprietários da empresa autuada, já inclusos como solidários.

Conforme Certidão de fls.706, o Conselho Pleno deste Conselho decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial dos autos, por cerceamento do direito de defesa, 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.

Entendeu o acórdão nº 1811/12 (fls. 707/709), 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 ante à obrigatoriedade do 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), regra esta descumprida quando da votação procedida pela Câmara Julgadora.

Retornado o processo à Câmara Julgadora, os solidários são novamente intimados e comparecem ao feito (fls.714/719), alegando que não houve cerceamento e, desta forma, não se justifica a remessa dos autos à Câmara para novo julgamento e abrindo discussão a respeito do acórdão cameral que remeteu o processo para novo julgamento em Câmara Julgadora.

Pedem a reforma do acórdão nº 1811/12, que declarou nula a decisão cameral, e, por consequência, pleiteiam o regular prosseguimento do feito, na fase em que encontra, com a intimação das partes para novo julgamento dos recursos interpostos.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

Analisando o que consta do processo, percebe-se que a apreciação desta Câmara Julgadora restringe-se à pretérita impugnação apresentada pelos solidários [...] e [...] ASSESSORIA ADMINISTRAÇÃO E INFORMÁTICA LTDA (atual [...] – SISTEMAS E TECNOLOGIA LTDA-ME), de fls. 657/669 dos autos, visto que a atuada principal e o solidário identificado no documento de fl. 03 perderam o direito de manifestação por conta dos Termos de Revelia e de Perempção de fls. 635/636 e 646.

Irrelevante a irresignação dos solidários impugnantes quanto à declaração de nulidade do acórdão nº 2275/2011 da Quarta Câmara Julgadora, com a conseqüente remessa do processo para novo julgamento, conforme manifestado na peça de fls. 714/719 (pedido de reconsideração), visto tratar-se de decisão irrecurável proferida pelo plenário desta Corte Administrativa.

Ademais, no estado em que se encontrava o processo não haveria caminho para admissão de recurso ao Conselho Pleno interposto pela Fazenda Pública Estadual visto que a decisão anulada havia sido tomada com o voto de apenas dois Conselheiros, isto é, sem a requerida manifestação do Coordenador

da Câmara. Claro que o terceiro voto (do Coordenador) poderia, ou não, confirmar a unanimidade, o que mudaria as possibilidades recursais no processo. Por isto, acertada a decisão plenária.

No que refere-se ao objeto de julgamento nesta oportunidade entendo que não cabe razão aos solidários, ora impugnantes.

Primeiro, há que se rejeitar as preliminares de cerceamento ao direito de defesa e de insegurança na determinação da infração.

A primeira cai por terra por força do ato de ofício da Gerência de Cobrança e Programas Especiais – GCOP, que ingressou com pedido de Revisão Extraordinária (fl. 647), pedido este que foi acolhido pelo Presidente em exercício deste Conselho, conforme Despacho nº 1980/2009-CAT (fl. 648).

Com efeito, não resta caracterizado cerceamento ao direito de defesa quando for oferecido aos atuados meios legais para a ampla defesa, compreendendo a contrariedade e dedução de provas.

Insegurança na determinação da infração também não há, visto que o processo encontra-se perfeitamente instruído, conforme registrado no relatório, de modo que a infração está caracterizada, constando dos autos todos os elementos necessários para a compreensão dos fatos bem como do direito aplicável ao caso. A insegurança na determinação da infração estaria configurada 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.

Segundo, conforme arguição extraída da peça impugnatória referida, entendem os impugnantes que foram indevidamente “*indicados como solidários o Sr. [...] e [...] [nesse processo a Sra. [...] não foi arrolada como solidária] que nada tem em comum com a empresa atuada, seja porque não são sócios, seja porque não participaram de qualquer ato pertinente ao procedimento de investigação que originou o processo administrativo, seja porque não são os responsáveis legais pela empresa atuada*”, cujo enquadramento teria se dado na forma do art. 45, XII do CTE e que “*não há qualquer previsão legal que permita atribuir aos impugnantes a condição de responsável solidário pela omissão de receita ou omissão de ICMS de uma empresa da qual nunca integraram o quadro defensorio*”.

Percebe-se, pois, que há evidente equívoco na argumentação defensoria, primeiro porque o “enquadramento” não seria o art. 45, XII, mas o art. 45, XIII, conforme se vê na ficha de identificação do solidário (fl. 07), segundo, porque dependendo da ação ou omissão praticada em relação ao fato gerador ou aos negócios jurídicos da atuada pode ser atribuída responsabilidade tributária a terceiros (CTN, art. 134).

Entendem ainda os impugnantes que, como consta da Nota Explicativa, o único momento em que há referência à [...] diz respeito à solicitação de informação de que o programa aplicativo utilizado teria sido dela adquirido, “*sendo que a*

mesma teria sido notificada a fornecer o manual sobre o banco de dados do programa, o que foi prontamente atendido". Acrescentam que fora isso, não há qualquer provas de a [...] ter incentivado ou utilizado o seu programa objetivando favorecer a atuada no sentido de lesar o Erário.

Entretanto, ao contrário do alegado, colhe-se da análise jurídica do conteúdo dos autos que os solidários, ora impugnantes, têm sim responsabilidade tributária em relação ao crédito reclamado na inicial.

O liame de responsabilidade é estabelecido, como já expresso, com a força normativa do disposto no art. 45, inciso XIII do CTE, que abaixo transcrevemos, *verbis*:

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.

Trata-se, pois, de responsabilidade decorrente de *concurso*, isto é, os impugnantes concorreram para a prática da infração ao fornecerem à atuada programa aplicativo com a funcionalidade de ocultar dos registros fiscais parte das operações realizadas.

O concurso resta comprovado pelo descrito no Anexo III, inserto às fls. 110/122 dos autos, especialmente pelo contido no item 3 - DA FRAUDE NO PROGRAMA APLICATIVO "UNIFAR". Destacadamente, registre-se que às fls. 118/119 é demonstrado, mediante captura de tela, que o sistema encontra-se configurado para imprimir documentos de venda em uma **impressora não fiscal** (Epson LX 300) e que o operador de caixa, através de teclas de atalho (Alt + I) consegue alterar a impressora de saída.

Desse modo, fica claro que o aplicativo fornecido pela atuada torna opcional a impressão dos documentos de venda nas impressoras fiscais da atuada e oferece, por padrão, a possibilidade de impressão numa impressora não fiscal.

De se destacar que os impugnantes firmaram declaração conjunta perante a SEFAZ, conforme regramento abaixo transcrito (RCTE, Anexo X, art. 3º, § 1º, III), *verbis*:

Art. 3º O pedido de uso, de alteração ou de cessação de uso de sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de documento fiscal ou escrituração de livro fiscal deve ser solicitado junto à delegacia regional ou fiscal em cuja circunscrição localizar-se o estabelecimento usuário, por meio do formulário Pedido/Comunicação de Uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados,

constante no Apêndice I, preenchido em 1 (uma) via, contendo as seguintes informações (Convênio ICMS 57/95, cláusula segunda):

[...]

§ 1º O pedido de que trata o caput deve ser instruído com:

[...]

III - a declaração conjunta do contribuinte e do responsável pelos programas aplicativos, conforme modelo constante do Apêndice XV, preenchida em 1 (uma) via, assinada pelo representante legal do requerente e pelo responsável técnico pelo programa aplicativo, com as firmas reconhecidas em cartório ou acompanhada dos documentos de identificação, em original, para reconhecimento pelo funcionário da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás - SEFAZ;

Assim em cumprimento ao requerido pelo § 1º, III, do art. 3º do Anexo X do RCTE, a declaração apresentada pelos impugnantes conjuntamente com o sujeito passivo principal têm o seguinte teor:

QUADRO X - DECLARAÇÃO CONJUNTA

O contribuinte, por meio de seu representante legal, juntamente com o responsável técnico pelo programa aplicativo, ambos acima identificados, DECLARAM que o programa aplicativo que será utilizado para a emissão de documentos fiscais e controles gerenciais, não dispõe de mecanismo de controle paralelo que possibilite a sonegação fiscal e assumem, perante a lei, total responsabilidade, inclusive solidária, por sua utilização.

O contribuinte declara serem verdadeiras as demais informações deste formulário.

Assinaturas:	Representante Legal do Contribuinte:
	Responsável Técnico pelo programa aplicativo:

Obs.: Assinaturas com firmas reconhecidas em cartório ou acompanhado dos documentos de identificação, em original, para reconhecimento pelo funcionário da SEFAZ.

[sublinhado nosso]

Desta forma, entendemos que resta caracterizada a responsabilidade da empresa fornecedora do *software* ([...] ASSESSORIA ADMINISTRAÇÃO E INFORMÁTICA LTDA, atual [...] – SISTEMAS E TECNOLOGIA LTDA-ME) e do responsável técnico pelo aplicativo e sócio administrador desta empresa, Sr. [...], conforme a Quarta Alteração Contratual da empresa solidária (fls.22).

Como se percebe, os solidários agiram exatamente de maneira contrária ao declarado à Secretaria da Fazenda.

Diante do exposto, rejeito as preliminares de insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa bem como rejeito também o pedido de exclusão da lide dos sujeitos passivos solidários, Sr. [...] e [...] ASSESSORIA ADMINISTRAÇÃO E INFORMÁTICA LTDA, atual [...] – SISTEMAS E TECNOLOGIA LTDA-ME.

Sala das sessões, em 28 de fevereiro de 2013.

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

Matéria: DECADÊNCIA - Extravio de documentos fiscais (Decadência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 00088/13

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário. Ocorrência do artigo 153, inciso I, do C.T.N. Preliminar arguida pelo sujeito passivo e acolhida por unanimidade.

Há de ser declarada a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário se, não havendo lei que fixe prazo para homologação, será ele de cinco ano, a contar da ocorrência do fato gerador e, se expirado esse prazo, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de outubro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, para acolher a preliminar de decadência argüida pelo sujeito passivo, declarando extinto o crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Elias Alves dos Santos, Cláudio Henrique de Oliveira e Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

O presente litígio prende-se a descumprimento de uma obrigação tributária acessória pelo sujeito passivo, exigindo-se uma multa formal, referente ao extravio de diversos documentos fiscais descritos nos autos.

A autoridade lançadora indicou como infringida as disposições do artigo 64 e 146, parágrafo único do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91). Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, XVIII, "a", item 0, do CTE, com redação da Lei 12.806/95.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: controle de concessão/autenticações de documentos fiscais, dados cadastrais, ordem de serviço, espelho cadastral, consulta – dados endereço sócio (fls. 03-07).

O sujeito passivo foi intimado para apresentar defesa em primeira instância, conforme documento de fls. 08-09, tendo sido lavrado termo de revelia (fls. 10). Novamente intimado, fls. 12-13, deixou o prazo transcorrer "in albis", tendo sido lavrado termo de preempção.

O processo foi inscrito em dívida ativa em 31/03/2009 (fls. 16-17).

Em razão de falha na intimação foi admitido o pedido de revisão extraordinária do sujeito passivo, dando oportunidade para que apresentasse defesa, instaurando o contraditório, em que alega que teria promovido sua baixa cadastral e, desta forma, entregue ao setor competente todos os documentos fiscais tidos por extraviados, pedindo, por isto, a improcedência do feito.

O julgador singular prolatou a sentença nº 5873/2010, onde conheceu da Impugnação, deu-lhe parcial provimento para decidir pela PROCEDÊNCIA EM PARTE da pretensão inicial do Fisco no valor da multa formal de R\$711.073,26 (setecentos e onze mil, setenta e três reais e vinte e seis centavos), em cálculos do setor competente, o que garantirá certeza e liquidez a este crédito tributário.

Destacou que: "No referido processo houve a confirmação da entrega de apenas uma parte dos documentos fiscais extraviados, conforme pode ser observado, às folhas retro, em que a fiscalização atesta que foram apresentados, apenas e tão somente, os documentos fiscais modelo 1 da série 1 de 2738 a 2750, de 2774 a 2825 e a de n.º 2675 , perfazendo um total de 66 documentos fiscais apresentados, o que importa numa redução da multa formal sobre o restante que soma 3.134 documentos fiscais ainda extraviados (3.200 documentos atuados menos os 66 documentos fiscais apresentados), totalizando uma nova multa formal de R\$ 711.073,26 (3.134 X R\$ 226,89/documento), o que, por si só, é suficiente para ilidir parte da pretensão inicial do fisco."

A Representação Fazendária, ciente, manifestou-se de acordo com a sentença que julgou o auto de infração parcialmente procedente (fls. 53).

O sujeito passivo foi intimado para apresentar recurso voluntário, conforme documento de fls. 54-55, deixando novamente o prazo transcorrer "in albis", tendo sido lavrado termo de preempção (fls. 56).

A Gerência de Recuperação de Crédito apresentou pedido de revisão extraordinária apontando a ocorrência de ineficácia de intimação feita ao sujeito passivo para pagar o crédito tributário ou apresentar recurso voluntário.

O Presidente deste Conselho admitiu o pedido e determinou encaminhamento dos autos ao Setor de Preparo Processual para que seja procedida a intimação em Segunda Instância.

O sujeito passivo foi intimado, conforme documentos de fls. 61-64.

Inconformado, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário, fls. 66-78, onde alegou:

1- nulidade do auto de infração, aduzindo que o Fisco não cumpriu com as exigências legais, pois lavrou o presente auto de infração sob a alegação de que o contribuinte teria extraviado suas notas fiscais, sendo que na verdade nunca notificou o contribuinte para apresentá-las, ou seja, não lhe ofereceu oportunidade para exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa;

2 - improcedência do lançamento, em razão da inexigibilidade da obrigação tributária acessória.

Ao final, pediu a nulidade ou conversão do julgamento em diligência para verificar se ocorreu a decadência do tributo principal e da obrigação acessória.

O sujeito passivo apresentou memoriais às fls. 86-93.

Pela Resolução 028/2012 a Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolveu o seguinte:

“por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência ao SEPRO deste Conselho, para intimar o autuado a apresentar as notas fiscais encontradas à Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia para elaboração do termo de apresentação de tais documentos.

Após, intime-se o patrono da autuada para, querendo, se manifestar acerca do resultado desta apresentação, no prazo de até 15 (quinze) dias.

Em seguida, volvam-nos para deliberação.” (fls. 94).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documentos de fls. 99-100. O sujeito passivo apresentando comprovante de apresentação ao Fisco das notas fiscais objeto do presente lançamento (fls. 109-113).

Pela resolução 175/2012 a Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolveu, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia, para que seu titular, por obséquio, determine ao funcionário receptor das notas fiscais em questão, cotejando os Anexos II de fls. 25, 112 e 113, informar conclusivamente a quantidade dos referidos documentos fiscais não apresentados, considerando as incoerências das informações constantes entre as numerações inseridas nas Linhas 13, 14 e 16 do Anexo II de fl. 112 e linha 4 do Anexo II de fl. 113 (fls. 114).

Em diligência, fls. 115-120, o fiscal revisor informou que houve correção da incoerência contida no termo de baixa de folhas 25 com o Anexo II das folhas 12 e 113, com uma nova conferência dos blocos de nota fiscal descrito no Anexo II.

O patrono do sujeito passivo apresentou minuta de sustentação oral, fls. 122-125, alegando, em síntese, que o direito de se exigir a apresentação das notas fiscais já estava decaído.

A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, na sessão do dia 05/10/12, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a decadência argüida pelo sujeito passivo, declarando extinto o crédito tributário.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano acolho a prejudicial de mérito relativa à decadência do direito da Fazenda Pública Estadual - FPE constituir o crédito tributário relativo ao fato gerador ocorrido no mês de abril de 2007 (04/2007).

De fato, após a ocorrência do fato gerador, o agente fiscal lavrou o presente auto de infração em 17/10/2007, porém a primeira intimação para pagar ou impugnar o auto de infração não se efetivou, pois o endereço constante dos cadastros estava desatualizado, o que o levou, inclusive, a ter sua obrigação com o Estado inscrita em dívida ativa. Tal fato motivou o polo passivo a ingressar com Pedido de Revisão Extraordinária provando de maneira inequívoca a ineficácia de intimação. Assim, verifico que em 10/06/2010 (fl. 36), pelo fato de comparecer espontaneamente aos autos, ficou caracterizada sua devida intimação.

Na sequência, após o pronunciamento do douto julgador singular, que considerou procedente em parte o auto de infração, o sujeito passivo foi intimado para interpor recurso, mas novamente em lugar diverso daquele por ele informado. A repetição desta ocorrência, motivou novo Pedido de Revisão Extraordinária, agora por parte da Gerência de Recuperação de Créditos -GERC (fl 60), admitido pelo Sr. Presidente do Conselho Administrativo Tributário em 10/11/2012, data que considero que o contribuinte foi efetivamente notificado da invalidade da intimação da presente autuação fiscal.

Em seguida o feito retoma seu andamento normal e de imediato constato que a documentação fiscal de nº 2526 a 2825, do modelo 01, da Série 01 e tida como extraviada, foi devidamente apresentada ao fisco, conforme atesta o documento de fl.113.

Mas e quanto às demais notas fiscais constantes do documento de fl.03 não entregues? A resposta está contida na própria legislação. O art. 140 do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, estatui que *“o documento fiscal uma vez confeccionado deve ser utilizado pelo contribuinte no prazo máximo de 02 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.*

Pois bem, ante o exposto e considerando-se que o prazo decadencial é quinquenal e que o contribuinte foi efetivamente notificado em 10/11/2011 é de se entender que sobre os documentos pendentes, cujas datas de emissão ou autorização situam-se entre 09/01/97 e 07/11/2003 (fl. 03), cuja autorização de uso é válida até 07/11/2005, foram atingidos pela decadência, o que implica dizer que a Fazenda Pública não mais deve cobrar a multa formal ora em análise.

Ante o exposto, nada mais tenho a acrescentar e por isso voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso voluntário, dando-lhe provimento para acolher a preliminar de decadência, arguida pelo sujeito passivo, do direito da Fazenda Pública Estadual – FPE constituir o presente crédito tributário.

Sala das sessões, em 22 de janeiro de 2013.

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

Matéria: DECADÊNCIA - Falta de comunicação do encerramento de atividades (Decadência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01331/13

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: *Pedido de Revisão Extraordinária. Decadência do crédito tributário. Reconhecido.*

A constatação de que o lançamento de ofício foi praticado depois de transcorrido o prazo decadencial, fixado em lei, impõe a declaração da decadência do direito da Fazenda em constituir o crédito tributário.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 26 de fevereiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para reconhecer a ocorrência da decadência do crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Antônio Martins da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Ismael Madlum, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Álvaro Falanque, Victor Augusto de Faria Morato, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa e José Paixão de Oliveira Gomes.

RELATÓRIO

Noticia-se neste lançamento fiscal que a empresa em epígrafe foi autuada no dia 04 de janeiro de 2005 por deixar de comunicar, no prazo legal, o encerramento das atividades do estabelecimento. Em consequência, fica sujeito ao pagamento da multa formal no valor de R\$ 185,56 (cento e oitenta e cinco reais e cinquenta e seis centavos) juntamente com as cominações legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 64 e 154 do CTE c/c o artigo 109 do RCTE. A penalidade proposta foi a do artigo 71, XVI, "b" do CTE c/ a nova redação da Lei nº 12.806/95.

Para instrução do lançamento fiscal foram anexados os seguintes documentos: notificação ao autuado para apresentação no Setor de Baixa de toda a documentação fiscal necessários à regularização cadastral fls. 02/03; espelho de relatório de sócios fl. 05.

Foi expedida intimação via AR à autuada, fls. 06/07.

Como não compareceu ao processo, foi lavrado o Termo de Revelia, fl.08, em seguida, lavrado o Termo de Perempção conforme se vê, à fl. 09.

Na sequência, foi juntado extrato do histórico do contribuinte onde indica que a autuada encontra-se no status de suspensão por desaparecimento, fl. 10.

Em 05 de outubro de 2012, foi juntado Despacho nº 0359/2.012 – PTR que sugere o encaminhamento dos presentes autos ao Setor Competente para análise deliberação sobre possível decadência do crédito tributário, fls. 11/12.

A Gerência de Recuperação de Créditos exarou Despacho de fl. 13 onde concluiu que o lançamento em questão está contaminado por vício decadencial, uma vez ter transcorrido mais de 5 (cinco) anos entre a data do fato gerador e a notificação fiscal do autuado, estando o mesmo fulminado pelo instituto da decadência nos termos do inciso I, do art. 182 do CTE. Assim, com fundamento do art. 43, I, "a" da Lei nº 16.469/2009, c/c o art. 182 do CTE, requer o pronunciamento final da Presidência do CAT, a cerca da ocorrência da decadência do crédito em tela.

O Presidente do Conselho Administrativo vislumbrando a existência de erro de fato substancial que implicaria alteração no lançamento fiscal, haja vista a ocorrência do lapso temporal superior a (5) cinco anos sem que fosse efetivada a intimação e, em consequência o lançamento foi atingido pelo instituto da decadência, motivo pelo qual acolhe o Pedido de Revisão Extraordinária com supedâneo no inciso II, § 4º, art. 43 da Lei 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.

É o relatório.

DECISÃO

De fato, ao analisar as peças constitutivas desta lide, verifiquei que o lançamento, em apreciação, está fulminado pela decadência, tendo em vista que, de acordo com o informado no relatório que é parte integrante deste “decisum”, o auto de infração foi lavrado em 04 de janeiro de 2005, por não ter o contribuinte comunicado à SEFAZ-GO o encerramento de suas atividades. A notificação prévia do lançamento ocorreu em 22 de dezembro de 2004 e o polo passivo foi intimado em 07 de janeiro de 2005. Entretanto, a suspensão, por desaparecimento do endereço declarado, foi registrada no sistema informatizado da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás em 10 de agosto de 1998, conforme fl. 10, sendo esta data considerada como fato gerador do lançamento, portanto, em face a tal data, estabelecido está o prazo decadencial, que é de cinco anos, uma vez que se trata de lançamento de ofício, cuja atuação não foi questionada administrativamente, conforme orienta o inciso I do artigo 182 do CTE, que segue transcrito:

“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.”

Aliás, o entendimento que externei em linhas anteriores, é consonante com o aduzido pelas autoridades fazendárias que se manifestaram neste volume, de conformidade com o inferido em parágrafos volvidos.

Assim, voto conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe provimento para reconhecer a ocorrência da decadência do crédito tributário.

Sala das sessões plenárias, em 11 de julho de 2013.

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

Matéria: DECADÊNCIA - Omissão do registro de saída de mercadorias - Auditoria Básica do ICMS (Rejeição de Decadência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00771/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: *1 - ICMS. Processual. Decadência parcial acolhida no julgamento cameral. Reforma. Retorno dos autos à fase anterior de julgamento. Decisão por maioria.*

1. O direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, artigo 173, inciso I, e CTE, artigo 182, inciso I);

2. Afastando-se a 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

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de março de 2013, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para afastar a preliminar de decadência relativa ao período de janeiro a outubro de 2005, devendo os autos retornarem a Câmara Julgadora para apreciação das questões meritórias, relativas à parcela do crédito tributário objeto da reforma, bem como de outras questões objeto de recurso cameral e eventualmente não apreciadas. Deixou-se de conhecer das demais questões preliminares ou meritórias porventura trazidas nos recursos, contraditas e memoriais, haja vista a remessa obrigatória prescrita no inciso I, art. 2º da Resolução nº 177/2011 do Conselho Pleno. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Paixão de Oliveira Gomes, Antônio Martins da Silva, Ismael Madlum, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, José Luiz Rosa, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Alcedino Gomes Barbosa.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo, na condição de Substituto Tributário do ICMS devido pelas Operações Posteriores, promoveu a saída de querosene de aviação sem o destaque do ICMS devido, nas Notas Fiscais emitidas a título de remessa para armazenagem, quando na verdade tratava-se de saídas

destinadas a revenda, relativo ao exercício de 2005, conforme Auditoria Básica do ICMS e demais documentos. Em consequência deverá pagar o ICMS no valor original de R\$ 2.456.016,34 (dois milhões, quatrocentos e cinquenta e seis mil, dezesseis reais e trinta e quatro centavos) com os acréscimos legais.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seus artigos 51, § 1º, inciso I, e 64, ambos da Lei nº 11.651/91, c/c os artigos 34, inciso I, alínea "a"; 55, 65, inciso I, e 66, todos do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97.

A penalidade aplicada consta do artigo 71, inciso III, alínea "a", da Lei nº 11.651/91, com redação da Lei nº 11.750/92.

Foi nomeado como responsável solidário o sujeito passivo [...] Comércio de Derivados de Petróleo Ltda, fls. 04.

Os autos foram instruídos com: cópia do Diário Oficial; Histórico das Atas de Eleição; cópia de Alteração Contratual; cópia de Nota Explicativa; Auditoria Básica do ICMS; Relatório das Remessas de Querosene de Aviação; Planilha Retorno de Armazenagem de Querosene de Aviação; planilha Apuração do Valor Unitário Médio da Gasolina e Querosene de Aviação referente às Notas Fiscais emitidas a título de vendas internas diretamente ao consumidor - sem Substituição Tributária, registradas em livro próprio; Planilha Apuração do ICMS Devido; cópias das Notas Fiscais; cópia de Contrato Particular de Fornecimento e outros pactos; Espelho Cadastral; cópia do livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS, fls. 05/1113.

Os autuados foram devidamente intimados, fls. 1114/1117.

A atuada solidária apresenta Impugnação em Primeira Instância, fls. 1120/1127, alegando, em preliminar, a ilegitimidade passiva, uma vez que aponta a [...] Distribuidora S.A. como a devedora principal. No mérito, aduz que apenas presta serviço de armazenamento e abastecimento de aeronaves dos clientes da [...] Distribuidora S.A.; que a [...] Distribuidora S.A. recolhe o imposto e que, no presente caso, está ocorrendo bitributação ou *bis in idem*. Requer a sua exclusão da lide ou, no mérito, o cancelamento do auto de infração. Protesta pela realização de diligência a fim de comprovar o alegado.

Por sua vez, a [...] Distribuidora S.A., sujeito passivo principal da lide, apresenta, também, Impugnação em Primeira Instância, fls. 1157/1166, na qual alega, em preliminar, a nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, e por cerceamento do direito de defesa, pois não se verifica no auto a demonstração dos cálculos do imposto apurado, nem mesmo os documentos que o instruíram.

Aduz, ainda em preliminar, a decadência quanto aos fatos geradores anteriores a 22 de novembro de 2005, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN.

No mérito, argumenta que em razão da atual legislação regulatória, exige-se que entre o Distribuidor e o cliente consumidor haja uma terceira figura, o Revendedor; que a empresa [...], sujeito passivo solidário, funciona como prestador de serviços, que armazena produtos da impugnante e operacionaliza o abastecimento, emitindo Nota Fiscal de serviço; que não há transferência de propriedade de produtos; e que, por fim, trata-se de uma venda direta da Distribuidora. Requer a nulidade ou a improcedência do auto de infração.

As defesas foram instruídas com os documentos de fls. fls. 1131/1154 e 1167/1221.

O julgador singular, após ler e analisar os argumentos apresentados pelos autuados, exara a Sentença nº 1.366/11 - JULD, fls. 1223/1227, não acolhendo as preliminares suscitadas, e, no mérito decidindo pela procedência da pretensão do fisco.

Afirma que não vislumbra qualquer das hipóteses de nulidade e, conforme o artigo 173, inciso I, do CTN, não há que se falar em decadência. No mérito, aponta que, no presente caso, há uma tentativa de dissimular as operações de vendas realizadas com vistas a afastar essas operações da incidência do regime de Substituição Tributária.

Os autuados foram intimados da decisão monocrática, fls. 1228/1229.

O sujeito passivo direto, discordando da decisão, interpõe Recurso Voluntário, fls. 1234/1239, no qual reitera a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, alegando que não foi trazida para os autos a relação das Notas Fiscais autuadas, e nem demonstrado o cálculo do imposto, inclusive provocando cerceamento ao direito de defesa.

Reitera, também, a preliminar de nulidade meritória, de decadência parcial relativa ao período de janeiro a novembro de 2005. Respalda-se no artigo 150, § 4º, do CTN.

Volta a destacar a sistemática de remessa das mercadorias para a empresa [...] Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., argumentando tratar-se de negócio jurídico lícito.

Indica que a autoridade fiscal lavrou dois autos de infração, o presente exigindo o ICMS/ST, e o de nº 4.0110036.828.35, por aproveitamento indevido de crédito referente às Notas Fiscais emitidas pela [...], consideradas inidôneas, pois procedia devolução de mercadoria que havia sido entregue aos clientes. Pede, caso proceda a exigência, que seja abatido o valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais de venda emitidas para as empresas aéreas.

Por sua vez, a responsável solidária [...] apresenta, também, Recurso Voluntário, fls. 1248/1257, reiterando quanto à sua indevida inclusão na sujeição passiva, pois presta tão somente serviços de armazenamento e abastecimento de aeronaves em geral, utilizando combustível fornecido e comercializado diretamente

pela [...] – atuada direta, conforme cópia do Contrato. Alega ser terceira na relação, por isso a sua inclusão na sujeição passiva é imatura, pois não se provou que a [...] não possui condições de pagar a suposta dívida, ressaltando que não trata de saída de mercadoria com destino a revenda, pois opera na prestação de serviço - transporte, armazenamento e abastecimento, uma vez que a fatura é diretamente para os clientes, não emitindo Nota Fiscal de venda de combustível diretamente para os clientes da [...]. Deixa, por final, a cargo do julgador determinar diligência para se confirmar a veracidade de todas as informações prestadas.

A Quarta Câmara deste Conselho encaminhou o processo para diligência, nos termos constantes da Resolução nº 127/2001, fls. 1259/1260.

O resultado da diligência encontra-se consubstanciado no Relatório de fls. 1262/1263, com esclarecimentos, sem contudo promover alteração no valor atuado.

Os atuados se manifestam a respeito da diligência realizado, conforme constam às fls. 1270/1273 e 1275/1278.

A Terceira Câmara Julgadora 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, arguidas pelas recorrentes. Decidiu ainda, por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão da lide da solidária [...] Comércio de Derivados de Petróleo Ltda, arguida pela mesma. Decidiu também, por maioria de votos, acolher a preliminar de decadência parcial do crédito tributário, referente ao período de janeiro a outubro de 2005, arguida pela atuada. Quanto ao mérito, em relação à parte remanescente, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular, e considerar parcialmente procedente o auto de infração, no valor original de ICMS de R\$ 475.680,00 (quatrocentos e setenta e cinco mil seiscentos e oitenta reais), referente aos meses de novembro e dezembro de 2005.

A decisão encontra-se consubstanciada no Acórdão de fls. 1284/1289.

A Representação Fazendária, inconformada com a decisão, apresenta suas razões às fls. 1291/1294, pugnando pela reinclusão do sujeito passivo solidário na lide, por acreditar que o mesmo concorreu para a prática da infração. Requer, outrossim, a reforma da decisão para julgar inteiramente procedente o lançamento, afastando o entendimento de que está caracterizado nos autos a decadência de parte do crédito tributário.

Aduz que, quanto a decadência, deve prevalecer a jurisprudência pacífica deste Conselho, que aponta que o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido lançado. Cita o artigo 173, inciso I, do CTN, e o artigo 182, inciso I, do CTE.

A autuada direta, [...], comparece aos autos, fls. 1301/1304 e 1311/1313, apresentando Recurso ao Conselho Pleno, bem como contradita ao Recurso Fazendário. Reitera que a operação autuada trata-se de uma remessa para armazenamento e que, desse modo, não há tributação. Argumenta, outrossim, que recolheu o imposto quando da emissão das Notas Fiscais de vendas aos seus clientes após o abastecimento realizado pela empresa Aeroprest. Manifesta-se pela manutenção da decisão cameral que acolheu a decadência parcial do lançamento em relação aos meses de janeiro a outubro de 2005.

A responsável solidária apresenta Contradita ao Recurso Fazendário, fls. 1321/1329, pugnando pela manutenção da decisão cameral que a excluiu da lide, por restar claro que ela é terceira na relação tributária havida entre a Fazenda e o contribuinte da obrigação principal. Argumenta, ainda, que não é contribuinte do ICMS, haja vista que não promoveu e nem promove vendas. Reitera que, no presente caso, está configurado tão somente prestação de serviço de armazenamento de combustível e abastecimento das aeronaves dos clientes da [...].

Este é o relatório.

DECISÃO

Dirigindo-me ao pedido de reforma da decisão cameral, formulado pela Representação Fazendária, relativamente à decadência parcial acolhida pela Câmara, quanto ao crédito tributário relacionado com o período compreendido de janeiro a outubro de 2005, após compulsar os autos, meu entendimento é pelo seu acolhimento, por observar, à semelhança da referida Representação, que inexistente a decadência em questão.

A Fazenda Pública, após destacar os dispositivos legais atinentes à decadência, em especial o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN, bem como o artigo 182, inciso I, do Código Tributário Estadual – CTE, assevera:

“Conforme jurisprudência pacífica desta Casa, entende-se que ‘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 lançado (CTN, art. 173, I e CTE, art. 182, I)’.

Nesse mesmo sentido, quanto à aplicação do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, entende-se junto ao Conselho Administrativo Tributário, de forma remansosa, que a mesma alcança apenas o crédito tributário lançado, apurado e informado ao Fisco, com pagamento apenas parcial, que com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador, completa-se o interregno de decadência do direito de o Fisco lançar o crédito tributário.

Portanto, apresentada a posição que esta Casa adota em relação ao reconhecimento da decadência, resulta na impossibilidade de aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, com o propósito de extinguir crédito tributário diverso do

referente àquele em relação ao qual o julgamento plenário deste Conselho Administrativo Tributário já consolidou entendimento, na forma retro exposta, pois o fato em apreciação não comporta entendimento diverso.

Dessa forma, considerando que o sujeito passivo foi intimado na forma legal para comparecer ao presente processo em 18/11/2010, conforme documentos de fls. 1114/1117 dos autos, não há que se falar em decadência do direito de a Fazenda Pública lançar o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no decurso do ano de 2005.”

Em relação à preliminar de decadência parcial 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, a acusação fiscal é de que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS devido por Substituição Tributária, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2005, conforme explicitado na peça exordial.

Nessa situação, o direito da Fazenda Pública obedece à regra estabelecida no artigo 173, inciso I, do CTN, pois não há que se falar em homologação em relação ao tributo não pago nos termos da legislação. Nessa mesma conceituação dispõe o § 1º do artigo 150 do CTN: "*§ 1º. O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.*" Frise-se, por oportuno, que no caso em comento ocorreu falta de pagamento do imposto.

Da análise da auditoria realizada depreende-se, claramente, que a omissão de pagamento do imposto ocorreu nos meses de janeiro a dezembro de 2005. Conclui-se, portanto, consoante preconizado pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN, que o Fisco poderia promover o lançamento tributário relativo ao imposto omitido no exercício de 2005, até o dia 31 de dezembro de 2010.

Observa-se, outrossim, que os autuados foram devidamente intimados nas datas de 18 e 22 de novembro de 2010, fls. 1116/1117. Conclui-se, portanto, que a decadência não ocorreu.

Neste processo e nesta fase processual, há que se atentar para o estatuído pelo artigo 2º, da Resolução nº 177/2011 – CONP, "*in verbis*":

"Art. 2º. Ocorrendo a reforma de decisão que tenha acolhido, ainda que parcialmente, preliminar de decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário, o órgão julgador:

I – remeterá o processo à fase de julgamento em que a preliminar tenha sido originalmente acolhida, para apreciação de todas as questões meritórias constantes

da peça defensoria apresentada naquela fase, relativamente à parcela do crédito tributário objeto da reforma.

[...]"

Diante do exposto, conheço do Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para afastar a decadência parcial do lançamento tributário, referente ao período de janeiro a outubro de 2005, devendo o processo 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 pela decisão cameral de fls. 1282/1283.

Deixou-se de conhecer das demais questões preliminares ou meritórias porventura trazidas nos recursos, contraditas e memoriais, haja vista a remessa obrigatória prescrita no inciso I, do artigo 2º, da Resolução nº 177/2011, do Conselho Pleno, acima transcrita.

Sala das sessões plenárias, em 23 de abril de 2013.

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

Matéria: DECADÊNCIA - Saída de mercadoria tributada sem emissão de documentação fiscal (Decadência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00563/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: *Processual. Preliminares de nulidade da peça básica, questionadas pela defesa, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa. Rejeitadas.*

Tornam-se inócuas as arguições sobre nulidade da lide, quando tais inquirições forem desprovidas de amparo legal.

Preliminar de decadência, suscitada pela recorrente. Acolhida.

"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." (redação do §4º do artigo 150 do CTN)

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de fevereiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Também por votação unânime, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, José Luiz Rosa e Edson Abrão da Silva. Por maioria de votos, acolher a preliminar de decadência, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros José Luiz Rosa e Edson Abrão da Silva. Vencido o Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes.

RELATÓRIO

Narra a peça de sustentação deste feito que o polo passivo, em epígrafe, realizou saída de mercadoria tributada, sem emissão de documentação fiscal, no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, conforme Auditoria Específica de Mercadoria, que se encontra, juntamente com outros documentos acostadas ao processo com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva. Por esse motivo, foi-lhe imputada a obrigatoriedade de recolher o imposto devido na importância de R\$ 46.147,04 (quarenta e seis mil, cento e quarenta e sete reais e quatro centavos), acrescido das cominações legais.

A base legal dada por infringida foi assim descrita: artigos 63 e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c artigo 141 do Decreto nº 4.852/97. E a penalidade aplicada: artigo 71, VII, "I", §9º, I do CTE.

Intimado, nos termos da lei, o polo passivo torna-se revel, conforme fl. 84.

Com impugnação à Segunda Instância o autuado, suscita em preliminares a nulidade da lide por insegurança na determinação da infração por cerceamento do direito de defesa, aduzindo para tanto que a aplicação do §9º do artigo 71 da Lei nº 11.651/91, está equivocada; na sequência de sua inquirição, o polo passivo aponta a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Estadual em constituir o crédito objeto desta demanda, fls. 90/111; junta documentos, fls. 112/120.

É o relatório.

DECISÃO

Sobre as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa, as rejeito por não haver nos elementos constitutivos desta lide afronta ao capítulo que trata da nulidade dos atos processuais, insertos nos incisos III e IV do artigo 20 da Lei nº 16.469/09. O lançamento, à época que foi lavrado, foi tecnicamente correto, os prazos processuais, respeitados, a instrução processual em sede cognitiva efetivada com clareza, o polo passivo teve vista dos autos nas fases processuais que, por “ex legis”, lhe são próprias. Assim, rejeitadas estão as preliminares em comento.

Com as incidentais supra comentadas solucionadas, volvo-me a outro questionamento da autuada, desta feita sobre a decadência do direito da Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, objeto desta demanda, e acolho o pleito da defesa e o faço, amparando-me na orientação contida no §4º do artigo 150 do CNT, tendo em vista que o fato gerador, conforme registrado na folha de rosto deste tomo e na instrução processual, ocorreu no período de 01 de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2007 e o lançamento em 28 de março de 2012, portanto, estabelecido está o quinquênio lecionado no CTN, que segue transcrito:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Assim, voto rejeitando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Também por votação unânime, rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por

cerceamento do direito de defesa. E por maioria de votos, acolho a preliminar de decadência, arguida pelo sujeito passivo.

Sala das sessões, em 01 de abril de 2013.

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

Matéria: DECADÊNCIA - Utilização de benefício fiscal sem o cumprimento de condicionante (Rejeição de Decadência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00396/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Utilização de benefício fiscal sem o cumprimento de condição. Omissão de pagamento de imposto. Decadência parcial. Rejeitada. Decisão não unânime. Procedência. Decisão não unânime.

1. Relativamente aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, ainda que tenha havido o pagamento antecipado, aplica-se, para efeito da decadência, o prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I), quando a irregularidade estiver relacionada ao aproveitamento indevido de crédito (STJ, AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 76.977-RS);

2. 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);

3. Estando comprovado nos autos que o contribuinte utilizou o benefício fiscal do crédito outorgado sem o cumprimento de condição estabelecida na legislação tributária de regência e que o estorno de ofício do referido benefício redundou em omissão de pagamento de imposto, deve ser considerado procedente o lançamento.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de março de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência, arguida pelo sujeito passivo, referente ao período de 01/01/2006 a 25/08/2006. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Ismael Madlum, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, 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, José Pereira D'abadia, Delcides de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana e Aguinaldo Fernandes de Melo, que votaram acolhendo a preliminar de decadência, referente ao período de 01/01/2006 a 25/08/2006. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer do recurso

do Contribuinte para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Ismael Madlum, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e José Paixão de Oliveira Gomes. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira e Aguinaldo Fernandes de Melo, 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\$ 5.499.964,30 (cinco milhões, quatrocentos e noventa e nove mil, novecentos e sessenta e quatro reais e trinta centavos). Vencidos, também, os Conselheiros Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco no presente processo é no sentido de que a atuada omitiu pagamento de ICMS nos valores e períodos discriminados nos campos próprios do auto de infração em razão da apropriação como outros créditos no livro Registro de Apuração de ICMS de valores a título de crédito outorgado previsto no art. 11, inciso XXXV, alínea "e", item 2, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, em desacordo com o Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás.

Foram mencionados como infringidos o art. 64 da Lei nº 11.651/91; art. 340, inciso IV, alínea "b" da parte geral e art. 11, inciso XXXV, alínea "e", item 2, do Anexo IX, ambos do Decreto nº 4.852/97, c/c a Cláusula Primeira do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 521/03-GSF e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com os demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS, bem como cópia do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 521/03-GSF e do livro Registro de Apuração do ICMS.

Nas Notas Explicativas de fls. 07 a 09 os autores do procedimento detalharam os trabalhos realizados para efeito de apuração da infração.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação a empresa atuada compareceu ao processo por meio da peça de fls. 294 a 320, dirigida ao Corpo de Julgadores de Primeira Instância, alegando o seguinte:

1 - Decadência do crédito tributário relativo ao período de 01/01/06 a 25/08/06, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN;

2 - Que o benefício fiscal do crédito outorgado foi apropriado de acordo com o Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 521/03-GSF, celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás.

Ao final, pediu a improcedência do lançamento ou, alternativamente, a nulidade por cerceamento ao direito de defesa ou, ainda, a conversão do processo em diligência para a verificação do cumprimento das metas para apropriação do benefício fiscal em questão.

Por meio da Sentença nº 4049/11, de fls. 358 a 361, o julgador singular rejeitou todos os pedidos formulados pela atuada e considerou procedente o lançamento.

Inconformada a empresa atuada interpôs o recurso voluntário de fls. 365 a 398, repetindo a preliminar de decadência parcial do crédito tributário e pedido de diligência e, finalmente, a improcedência do lançamento, afirmando que o fisco interpretou de forma equivocada a Cláusula Primeira do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 521/03-GSF, entendendo que ali fora fixado meta de arrecadação mensal igual ou superior a R\$ 395.100,00 (trezentos e noventa e cinco mil e cem reais), quando, no seu entendimento, a exigência é de saldo devedor oriundo do confronto entre os débitos e créditos, destes excluídos o benefício fiscal do crédito outorgado.

Em sessão realizada no dia 10 de fevereiro de 2012 a Primeira Câmara Julgadora, por meio da Resolução nº 018/2012, de fls. 411, converteu o julgamento em diligência e encaminhou o processo à Gerência de Tributação e Regimes Especiais da Superintendência da Receita Estadual para manifestação em relação a tese da empresa atuada relativamente a Cláusula Primeira do Termo de Regime Especial mencionado.

Por meio do Parecer nº 097/2012, de fls. 419 a 423, adotado pelo Despacho nº 1048/2012, de fls. 424, a Superintendência da Receita Estadual, informou que o saldo devedor mencionado do Termo de Acordo de Regime Especial deve ser aferido por meio do confronto entre os débitos e os créditos, incluindo nestes o valor do benefício fiscal do crédito outorgado.

Intimada do resultado da diligência a empresa atuada compareceu ao processo por meio da peça de fls. 428 a 439, insistindo na sua tese.

Em sessão realizada no dia 03 de agosto de 2012 a Primeira Câmara Julgadora, por maioria de votos, rejeitou a decadência e considerou procedente o lançamento.

Inconformada a atuada interpôs o recurso ao Conselho Pleno, objeto do presente julgamento, repetindo a alegação de decadência parcial do lançamento relativamente ao período de 01/01/06 a 25/08/06.

Em relação ao mérito propriamente dito, reafirma o seu entendimento no sentido de que a expressão "saldo devedor do imposto" inserida no inciso III, do §

1º, da Cláusula Primeira do Termo de Acordo de Regime Especial nº 521/03-GSF, deve ser interpretada como o saldo decorrente do confronto entre os débitos e os créditos do período de apuração antes da apropriação do benefício fiscal do crédito outorgado, não constituindo, portanto, "meta de arrecadação" a ser cumprida conforme o entendimento do fisco e da Superintendência de Administração Tributária.

Em apoio a sua tese, menciona vários dispositivos legais da legislação tributária do Estado de Goiás, nos quais o legislador fez referência expressa a "metas de arrecadação", a saber:

1 - Lei nº 16.671, de 23 de julho de 2009, art. 2º, § 2º;

2 - Decreto nº 5.825, de 05 de setembro de 2003, art. 11, alínea "c", item 2;

3 - Lei nº 14.543, de 30 de setembro de 2003, art. 2º;

4 - Portaria SEFAZ/GO nº 163, de 30 de junho de 2006, art. 1º.

É o relatório.

DECISÃO

1. DA DECADÊNCIA:

Em relação à decadência a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, denominada CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, assevera o seguinte:

"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."

No caso vertente, o lançamento do crédito tributário abrange o período de 01/01/06 a 30/06/11, tendo a empresa autuada sido intimada no dia 25/08/11, conforme faz prova o Aviso de Recebimento - AR de fls. 292. Assim, à luz do dispositivo legal acima transcrito, não há falar em caducidade do direito de lançar,

tendo em vista que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos iniciou-se no dia 1º de janeiro de 2007, findando-se de pleno direito em 31 de dezembro de 2011.

Não comungo com a tese da empresa autuada no sentido de que, no caso vertente, o prazo decadencial é do § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional, que estabelece o 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.

[...]

§ 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."

Não há como negar o peso das decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ, invocadas pela autuada em apoio à sua tese no sentido de que está pacificado, naquela corte, o entendimento no sentido de que nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ainda que tenha havido aproveitamento indevido de crédito, o prazo decadencial a ser aplicado é do § 4º, do art. 150 do Código Tributário Nacional, porém, no julgamento do AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 76.977 - RS (2011/0191109-3), no dia 12 de abril de 2012, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu de modo diverso. Vejamos o teor da EMENTA:

"TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. 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 seguintes à ocorrência do fato imponível, donde se deduz a não ocorrência, in casu, da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.

2. "Nos tributos 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)" (REsp 973189/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 19/09/2007, p. 262).

Vejamos alguns pontos do voto do relator Min. HUMBERTO MARTINS:

"A recorrente alega que a decisão agrava deixou de reconhecer a ocorrência do instituto da decadência em decorrência de premissa fática equivocada formada pelo

Tribunal de origem, qual seja, de que não houvera pagamento antecipado do ICMS, quando na verdade ocorreu.

Contudo, a decisão agravada não desconsidera o fato do recolhimento antecipado do tributo, mas aplica entendimento firmado nessa Corte no sentido de que o recolhimento de tributo sujeito a lançamento por homologação - portanto, recolhimento antecipado - "em desacordo com a legislação aplicável" enseja a providência do Fisco em efetuar o lançamento de ofício, com aplicação de prazo decadencial de cinco anos, e que se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a que poderia ter sido efetuado o lançamento."

Ao concluir o seu voto o eminente relator assevera:

"No caso em apreço, a irregularidade estava no creditamento indevido de ICMS relativo ao período de 1.1.2002 a 30.9.2002, cujo prazo decadencial iniciou-se em 1º.1.2003 e findou em 31.12.2007. Como o lançamento ocorreu em 26.11.2007, houve a decadência de direito."

Observa-se, portanto, que a situação se amolda com perfeição ao caso vertente, onde embora tenha havido o pagamento do imposto, a irregularidade estava no creditamento indevido do benefício fiscal do crédito outorgado sem o cumprimento de condição estabelecida na legislação tributária de regência e no Termo de Acordo de Regime Especial celebrado pelo contribuinte com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás.

Rejeito o pedido de decadência do crédito tributário relativo ao período de 01/01/06 a 25/08/06.

2. DO MÉRITO:

A questão discutida no presente processo gira em torno do benefício fiscal do crédito outorgado previsto no art. 11, inciso XXXV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97. Vejamos:

"Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

XXXV - para o estabelecimento industrial, na operação interestadual com produto relacionado no Apêndice XXXII, em cuja industrialização tenha sido utilizado leite como matéria-prima, desde que o produto tenha sido fabricado pelo próprio industrial ou tenha sido industrializado por sua encomenda em outro estabelecimento situado no Estado de Goiás, o percentual de 7% (sete por cento) aplicado sobre o valor da base de cálculo, observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 1º, I, "s"):

e) o benefício não alcança a operação:

[...]

2. de saída em transferência, excetuado o caso autorizado e realizado nos termos de regime especial para tal fim celebrado com a Secretaria da Fazenda;"

Com vistas ao disposto no item 2, da alínea "e", do inciso XXXV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, acima transcrito, em 30 de setembro de 2003, a autuada celebrou com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás o Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 521/03-GSF, cuja Cláusula Primeira estabelece o seguinte:

"Cláusula primeira: Com fulcro no que dispõe o art. 11, inciso XXXV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, fica a ACORDANTE autorizada a escriturar como crédito fiscal a importância equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da base de cálculo de saída em transferência interestadual com achocolatado em pó; bebida láctea; creme de leite; doce de leite; iogurte; leite aromatizado; esterilizado (UHT), pasteurizado ou em pó; manteiga de leite; queijo, inclusive requeijão; e soro de leite em pó, observado os termos deste regime especial.

§ 1º Para fruição do benefício a ACORDANTE deve:

[...]

III - perfazer, na apuração do ICMS normal, o montante do saldo devedor do imposto devido ao Estado de Goiás, correspondente aos fatos geradores ocorridos no período de vigência deste Termo de Acordo, na importância não inferior a R\$ 395.100,00 (trezentos e noventa e cinco mil e cem reais) mensais.

§ 2º Quando o saldo devedor apurado em determinado mês for inferior ao valor da meta de saldo devedor estipulada no inciso III do parágrafo anterior, poderá a ACORDANTE utilizar-se do benefício de que trata o caput desta cláusula, desde que o valor acumulado relativo ao saldo devedor do imposto devido por obrigação própria ao Estado de Goiás, no referido mês e nos meses anteriores, seja, no mínimo, igual ao valor acumulado da meta de saldo devedor no mesmo período."

Ao fazer a verificação relativa ao cumprimento da meta de saldo devedor (arrecadação) prevista no inciso III, do § 1º, da Cláusula Primeira do Termo de Acordo, por meio da planilha denominada "DEMONSTRATIVO DO APROVEITAMENTO INDEVIDO DO CRÉDITO OUTORGADO REFERENTE À TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL - TARE Nº 521/03-GSF", de fls. 15 a 17, o autor do procedimento concluiu que, no período de 01/01/06 a 30/06/11, a autuada apropriou-se do benefício fiscal do crédito outorgado sem atender a meta de saldo devedor avençada com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás.

O Parecer nº 097/2012 da Gerência de Tributação e Regimes Especiais, de fls. 419 a 423, adotado pelo Despacho nº 1048/2012 do Superintendente de Administração Tributária, de fls. 424, coloca uma pá de cal sobre o argumento da autuada no sentido de que o crédito outorgado não deve ser adicionado aos demais créditos do período para fins de apuração do saldo devedor do imposto devido ao Estado de Goiás de R\$ 395.100,00 (trezentos e noventa e cinco mil e cem reais) previsto no inciso III, do § 1º, da Cláusula Primeira do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 521/03-GSF. Vejamos:

"A finalidade da estipulação de meta quando da concessão de benefício se mostra como forma de manter a arrecadação existente antes da concessão, permitindo ao beneficiado uma redução em sua carga tributária quando obtém resultados mais eficientes em suas atividades. Com base nessa premissa foi calculada a meta constante no Termo de Acordo de Regime Especial nº 521/03-GSF, que é a média dos valores do ICMS normal efetivamente pagos pelo contribuinte signatário no período de janeiro a julho de 2002:

[...]

Desta forma fica claro que a regra contida no inciso III, do § 1º, da Cláusula primeira do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 521/03-GSF estabelece uma meta de arrecadação: para ter o direito de utilizar o benefício previsto na cláusula primeira do referido termo de acordo, no período de sua vigência, o contribuinte signatário deve prover recolhimento igual ou superior a R\$ 395.100,00 (trezentos e noventa e cinco mil e cem reais)."

Não merece melhor sorte a alegação pela empresa autuada em relação ao descumprimento da regra de cumulação prevista no Termo de Acordo em questão.

Quanto a esse ponto, o parecer acima mencionado é uma clareza solar e meridiana, asseverando o seguinte:

"Cabe, ainda, esclarecimento quanto às disposições contidas no § 2º, da Cláusula Primeira do Termo de Acordo de Regimes Especial - TARE nº 521/03-GSF, onde tem-se a expressão: "o valor acumulado relativo ao saldo devedor (...) no referido mês de nos meses anteriores (...)". Isto significa que, no mês em que o saldo devedor for menor que o valor estipulado, devem ser somados todos os saldos devedores apurados desde o primeiro mês de vigência do termo de acordo até aquele mês e calculada uma média do período. O valor desta média deverá ser maior ou igual ao valor de R\$ 395.100,00 (trezentos e noventa e cinco mil e cem reais) para que seja permitida a utilização do crédito outorgado de 5% (cinco por cento) sobre as transferências interestaduais."

Com essas considerações, entendo que restou sobejamente provado que a autuada utilizou o benefício fiscal do crédito outorgado previsto no art. 11, inciso XXXV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, sem o cumprimento da condição avençada no inciso III, do § 1º, da Cláusula Primeira do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 521/03-GSF, consistente em perfazer, na apuração do ICMS normal, o montante do saldo devedor do imposto devido ao Estado de Goiás, correspondente aos fatos geradores ocorridos no período de vigência do referido Termo de Acordo, na importância não inferior a R\$ 395.100,00 (trezentos e noventa e cinco mil e cem reais) mensais, atraindo, destarte, a regra prevista no art. 86 do Decreto nº 4.852/97 que assevera o seguinte:

"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."

Os demonstrativos da Auditoria Básica do ICMS de fls. 19 a 42 revelam que o estorno de ofício do benefício fiscal do crédito outorgado aproveitado indevidamente redundou em omissão de pagamento do imposto. Assim, conclui-se, sem nenhum esforço, que o lançamento exigindo o imposto omitido está escoreito.

À conta do exposto, conheço do recurso do contribuinte ao Conselho Pleno, nego-lhe provimento, para confirmar o acórdão cameral que confirmou a decisão singular considerando precedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 14 de março de 2013.

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

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00389/13

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: *Processual. Requerimento de diligência efetuado pelo Representante Fazendário. Rejeitado. Decisão não unânime.*

O processo que passar pelo procedimento revisional e apresentar resultado diferenciado do registrado na peça basilar, bem como também houver a conclusão de que os bens adquiridos foram utilizado nas instalações do estabelecimento mercantil, asseguram ao julgador do feito a rejeitar a realização de outra diligência, requerida por qualquer das partes de direito.

Preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela parte de direito. Aplicação do § 3º do art. 18 do Decreto nº 6.930/2009, Não apreciação. Decisão não unânime

O julgador deixa de se pronunciar sobre o questionamento preliminar quando a decisão do mérito favorecer a parte a quem aproveite a declaração da nulidade.

ICMS. Diferença de alíquota. Aquisição de bens para integração do Ativo Fixo. Improcedência. Decisão unânime.

As peças processuais registram que o sujeito passivo, por adquirir mercadorias para serem empregadas nas instalações do estabelecimento, não lesou o erário estadual. Esta comprovação inibe a exigência do imposto com os acréscimos das cominações legais, causa modificação na decisão proferida pela Primeira Instância e favorece a declaração da improcedência do auto de infração em qualquer fase do processo.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 03 de janeiro de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pela Representação Fazendária, em sua manifestação oral. Foram vencedores os Conselheiros Edson Abrão da Silva e José Luiz Rosa. Vencido o Conselheiro Ismael Madlum. Nos termos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário, as preliminares arguidas pela autuada não foram apreciadas. Quanto ao 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, Ismael Madlum e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

O auto de infração descreve a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária com a seguinte redação:

“Deixou de pagar, no prazo legal, o ICMS substituição tributária pelas operações posteriores e/ou diferencial de alíquotas, consignado em Documento de Arrecadação emitido no posto fiscal de fronteira, relativo à aquisição de mercadoria proveniente de outra unidade da federação, conforme relação de DAREs anexa. Em consequência, deverá pagar o imposto na importância de R\$ 32.474,07, juntamente com os acréscimos legais.

OBS.: Cópias anexas das N. F. 133869 E 133870.”

De acordo com a descrição do fato gerador supra, a fiscalização indicou a infração prevista nos arts. 51, § 3º; e 63 da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 32, §1º do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97 e art. 5º da Instrução Normativa nº 428/00-GSF. Em seguida propôs a penalidade prescrita na alínea "a" do inciso III do art. 71 do CTE.

No documento de fl. 04, a fiscalização identifica os sócios da pessoa jurídica no polo passivo solidário da lide.

O auto de infração foi instruído com as cópias dos seguintes documentos: Identificação do Sujeito Passivo Solidário ou Responsável Tributário, Consulta Contribuinte - Base JUCEG e Consulta - Endereço do Sócio, Ordem de Serviço nº 0182/2007, e Consulta DARE's c/ Substituição Tributária, fls. 04 a 15.

A atuada e os polos passivos solidários foram intimadas por carta com Aviso de Recebimento e depois por Edital, conforme mostram os documentos de fls. 19 e 22 e 23.

O silêncio dos sujeitos passivos solidários nas fases impugnatórias e ou recursais está marcado com a lavratura dos Termos de Revelia, fl. 24 e de Perempção, fl. 68.

A atuada instaura o contraditório com a impugnação de fls. 26 a 30 e argui as preliminares de nulidade da peça básica, por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, *“em razão da ausência de clareza quanto a descrição do fato gerador do imposto cobrado, circunstância que resulta no cerceamento ao direito de defesa da empresa ora impugnante”*, (fl. 27), no primeiro caso e, no segundo, por ter *“ocorrido resistência ao recolhimento do tributo nominado de ‘ICMS substituição tributária pelas operações posteriores e/ou diferencial de alíquotas’. Evidentemente que por mais se atribua ao digno agente fiscalizador signatário do documento o pressuposto da veracidade das conclusões não goza da prerrogativa de obrar com dubiedade relativamente à infração”*, fl. 27.

A impugnante esclarece que está *“instalando no município de Vila Boa, parque industrial com a finalidade de produção de álcool combustível. Dentre os*

equipamentos indispensáveis à atividade muitos deles exigem a montagem no próprio local dado a absoluta impossibilidade de serem transportados, quer em razão da inexistência de veículos compatíveis ou em decorrência da desproporção de dimensão desses equipamentos com o padrão das rodovias."

Portanto, não se tratam de peças separadas que pudessem ser tributadas e, sim, de partes a serem agregadas com outro fim senão a incorporação ao ativo imobilizado da empresa, circunstância que ilide a incidência do ICMS", fls. 28 e 29. Conclui a sua tese com a afirmação de que os produtos serão para uso e consumo do estabelecimento e, por isso, comporão o ativo fixo para funcionamento do estabelecimento.

Ao finalizar a peça defensiva, requer a improcedência do auto de infração, como também, que seja intimado da decisão o profissional qualificado nos autos.

Para instrução da defesa foram carreadas para o processo as cópias dos seguintes documentos: procuração e documentos do advogado, fls. 37 a 38, Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, fl. 39, Ata da Assembléia Geral de Constituição da empresa, realizada em 03/05/1993, fls. 40 a 42, Estatuto Social da atuada, fls. 42 a 50, Ata da Assembléia Geral Extraordinária da empresa, realizada em 06/12/2004, fls. 51 a 54, e fotos, fls. 55 a 57.

O julgador singular, fls. 59 e 60, decide conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para declarar procedente o auto de infração, depois de afirmar que não existem provas nos autos de que as mercadorias envolvidas no litígio foram realmente destinadas ao Ativo Fixo ou Imobilizado do estabelecimento industrial.

A atuada recorre da decisão singular, fls. 70 a 73, para reafirmar que *"não se tratam de peças separadas que pudessem ser tributadas e, sim, de partes a serem agregadas com outro fim senão a incorporação ao ativo imobilizado da empresa, circunstância que ilide a incidência do ICMS"*, fl. 76. Portanto, a recusa em recolher o imposto é justa.

Transcreve ementa de sentença judicial, fls. 72 e 73 com o fim de robustecer a sua tese recursal.

Ao final, requer a reforma da decisão singular, para reconhecer da extinção do crédito tributário exigido.

A atuada retorna ao processo, fls. 75 a 78 para informar que os autos de infração nºs 3 0262212 226 47, 3 0250155 437 67, 3 0260241 565 82 e 3 0260215 661 51, foram convertidos em diligência para comprovar a utilização nas instalações dos equipamentos, objeto da autuação, os quais têm relação direta com o este auto de infração.

Afirma ainda que os resultados diligenciais, realizados nos referidos autos de infração corroboram com as fundamentações defensórias daqueles processo como também deste, pois os registros efetivados nos Despachos nºs 583/2008,

584/2008, 585/2008 e 582/2008 - DRRFO, fls. 80, 82, 85 e 87, apontaram que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais que enumera em cada despacho, "*condizem com a estrutura encontrada na propriedade. Portanto é seguro afirmar que tais mercadorias foram destinadas ao ativo imobilizado da empresa*".

O documento de fl. 83 compõe a ilustração do resultado de diligência efetivada no processo nº 3 0250155 437 67, a qual instrui este processo e, ainda, motiva a empresa a ratificar o requerimento de improcedência do auto de infração.

A Câmara Julgadora do Conselho Administrativo Tributário, fl. 93, em sessão realizada no dia 12/4/2010 e 12/05/2010, depois de acatar o requerido pela Representação Fazendária, resolveu, "*por maioria de votos, converter o julgamento em diligência nos termos a seguir propostos*".

Os autos devem ser remetidos à Delegacia Fiscal de Formosa, para que seu titular, por gentileza, providencie a revisão do auto de infração, por fiscal estranho à lide, nos termos a seguir propostos.

Solicitamos que seja confirmado para o presente caso o mesmo entendimento que foi dado para os processos de numeração 30262212 228 47, 3 0250155 437 67, 3 0260241 565 82 e 3 0260215 661 51, que são da mesma empresa, e que trataram do mesmo assunto.

Caso seja possível, devem ser anexados para embasar o parecer, documentos como planilhas, memorial descritivo, projetos de engenharia e outros.

Após, intime-se o sujeito passivo do trabalho revisional e retorne para julgamento.

Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa e Domingos Caruso Neto. Vencido o Conselheiro Edson Abrão da Silva."

A fiscalização, ao atender o deferido pela Resolução nº 103/2010, fl. 93, descrita acima, à fl. 95, assim concluiu: "*as mercadorias acobertadas pela notas fiscais nº 133869 e 13870, condizem com a estrutura encontrada na propriedade. Portanto é seguro afirmar que tais mercadorias foram destinadas ao ativo imobilizado da empresa*".

Outrossim, abro um parêntese para informar que o número correto da segunda Nota Fiscal é 133870 e não 13870 como digitou a autoridade fiscal revisora.

A empresa foi notificada pelos documentos de fls. 96 a 98 para conhecimento da conclusão do trabalho de diligência e não retornou ao processo, conforme prova o despacho de encaminhamento dos autos a julgamento cameral.

É o relatório.

DECISÃO

Depois de o trabalho inicial receber o deferimento diligencial e a conclusão ser favorável à parte de direito, com o devido respeito, firmei, junto com a maioria de votos dos senhores conselheiros presentes na sessão cameral do dia 03/01/2013, o convencimento de rejeitar o pleiteado pelo Representante da Fazenda Pública Estadual, formulado em sua fala, qual seja o de diligenciar o trabalho inicial da fiscalização, pois o processo passou por esse procedimento fiscal e os resultados confirmaram a alegação defensiva.

Com isto posso assegurar que ele foi diligenciado na oportunidade legal e a conclusão apresentada pela autoridade fazendária está igual à dos autos enumerados no relatório, qual seja: *“Portanto é seguro afirmar que tais mercadorias foram destinadas ao ativo imobilizado da empresa”, fl. 101. Este é o fator principal da rejeição do requerido pela parte legal.*”

Após este primeiro discurso, dirijo-me à redação da tese do mérito conforme segue:

Início a tese deste voto com o esclarecimento de que o sujeito passivo foi autuado porque, na ótica da fiscalização, deixou de recolher o imposto gerado com a aquisição de mercadoria sob a forma de exigência tributária pelas operações posteriores, portanto, com substituição tributária e ou diferencial de alíquota.

O processo passou pelo procedimento revisional e a conclusão favoreceu a parte recorrente, inclusive com a demonstração da existência de outros lançamentos fiscais iguais, cujas revisões também beneficiaram a empresa. Portanto, com suporte na formalização deste volume, o requerido pelo Representante da Fazenda Pública Estadual foi rejeitado com voto majoritário proferido pela Câmara Julgadora na sessão de julgamento do dia 03/01/2013.

Quanto às preliminares de nulidade da peça básica, por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, arguidas pela autuada, deixo de apreciá-las com a seguinte exposição:

Os exames e conferências, que foram realizados na sessão de apreciação e julgamento da questão primeira, mostraram que a decisão do mérito da ação beneficiaria o sujeito passivo, visto o consenso unânime da improcedência do auto de infração.

Este convencimento dos Conselheiros presentes à sessão cameral tem o amparo do § 3º do art. 18 do Decreto nº 6.830/2009, que aprovou o Regimento Interno do egrégio Conselho Administrativo Tributário, cuja norma legal é concessiva a não apreciação das questões preliminares, quando o julgamento do mérito favorecer a quem de direito. Por isto, as preliminares de nulidade, arguidas pela autuada, não foram pronunciadas e deu vazão para a apreciação do mérito da autuação, que, de antemão, já se sabe que o lançamento é improcedente.

Transcrevo a norma do artigo mencionado no parágrafo volvido para efeito ilustrativo desta parte do voto, conforme segue:

“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:

I - em primeiro lugar, as preliminares de que possam resultar decisões terminativas do processo;

II - em segundo lugar, as preliminares que envolvam falhas processuais sanáveis;

III - finalmente, superadas as fases anteriores, o mérito do processo.

§ 1º Acatada preliminar da espécie de que trata o inciso I do caput, fica prejudicada a apreciação do mérito e põe-se fim ao processo.

§ 2º Ocorrendo falhas processuais sanáveis e estas influenciarem na solução do litígio, a autoridade ou órgão julgador deve corrigi-las ou determinar o cumprimento de providências corretivas.

§ 3º Quando puder decidir sobre o mérito, a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade ou órgão julgador não devem pronunciá-la e nem mandar repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

Com suporte na disposição legal mencionada no parágrafo anterior e vencida esta primeira fase do processo, analiso e decido o mérito da ação nos fundamentos seguintes:

Vistoriei as peças que compõem este processo, na sessão de apreciação e julgamento cameral e verifiquei que a decisão proferida pela Primeira Instância cabe reforma, pois o resultado diligencial demonstra a inexistência do crédito tributário registrado na peça basilar, fato acontecido após a efetivação do julgado pelo juízo monocrático. Observei, ainda, que o consenso dos demais componentes desta Câmara Julgadora se uniu ao meu e produziu efeito para que a decisão do mérito da ação se convergisse para a improcedência do auto de infração, razão por que ela se torna benéfica ao sujeito passivo.

Pelos registros efetuados na parte do relatório, vejo que o contribuinte não lesou o erário estadual e não cometeu ato fiscal ilícito, motivo pelo qual estou convicto de que neste momento a razão é do sujeito passivo porque o exigido no auto de infração é improcedente. Com isto, em respeito ao princípio da legalidade do lançamento, entendo que a decisão recorrida é reformada nesta fase de julgamento cameral.

Pelo exposto, após os comentários decisivos das preliminares arguidas pelas partes de direito, voto o mérito da ação com a declaração do conhecimento do recurso voluntário, e, ao dar-lhe provimento, assegurado fica a reforma a decisão proferida pela Primeira Instância, como também a improcedência do auto de infração.

Sala das sessões, em 13 de março de 2013.

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

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01677/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro David Fernandes de Carvalho

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Diferencial de alíquotas. Materiais de uso e consumo. Procedência parcial . Decisão unânime. Solidariedade. Acionistas e administradores. Manutenção na lide. Decisão não unânime.

I - É devido o ICMS diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento, devendo o crédito tributário adequar-se ao resultado de revisão fiscal, quando procedente.

II - São solidariamente obrigados ao pagamento do crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum no fato gerador da obrigação tributária, especialmente os administradores que por seus atos ou omissões concorram para a prática da infração (art. 45, XII, do CTE)

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 26 de agosto de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos solidários da lide, [...] S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL, [...] S/A, [...], [...], arguida pelo Conselheiro Relator. Foram vencedores os Conselheiros David Fernandes de Carvalho e Renato Moraes Lima. Vencido o Conselheiro Álvaro Falanque que votou pela exclusão dos solidários da lide. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, David Fernandes de Carvalho e Renato Moraes Lima.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado em virtude de o sujeito passivo deixar de debitar no livro Registro de Apuração do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2008, o valor correspondente ao diferencial de alíquotas, na importância de R\$259.230,43, incidente na operação de aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo e documentos anexos. Em consequência deverá pagar o imposto não debitado, juntamente com penalidade e acréscimos legais.

Houve arrolamento como sujeitos passivos solidários as pessoas jurídicas [...] S/A Açúcar e Alcool e [...] S/A, e também as pessoas físicas de [...] e [...].

Foram citados como dispositivos legais infringidos o art. 63, § 2º, da Lei nº 11.651/91 – CTE c/c o art. 76, II, “a”, do Decreto nº 4.852/97 – RCTE e art. 2º da Instrução Normativa nº 155/94-GSF.

A penalidade proposta é a tipificada no art. 71, inciso III, alínea “f”, do CTE com a redação conferida pela Lei nº15.505/05.

Para instrução processual, anexou-se ao feito espelho cadastral (fls. 08), planilha denominada “Demonstrativo do ICMS Diferencial de Alíquotas – Exercício 2008” em que se especifica nota fiscal por nota fiscal, identificadas por CNPJ/MF do emitente, unidade federativa de origem, número e data de emissão do documento fiscal, valor total, base de cálculo do ICMS diferencial de alíquotas (10%) e o valor do ICMS diferencial de alíquotas com totalização anual (fls. 14 a 33) e com totalização mensal (fls. 34 a 61). Juntou-se, ainda, cópias das notas fiscais referidas na planilha (fls. 62 a 739), cópia do livro Registro de Entradas (fls. 740 a 888) e livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 889 a 951).

Intimados na forma legal para pagar ou apresentar impugnação em primeira instância, conforme Intimações e Avisos de Recebimento – AR de fls. 954 a 963, todos os sujeitos passivos comparecem aos autos em peça única de defesa (fls. 966/967) e afirmam que houve pagamento do ICMS diferencial de alíquotas em cada mês, conforme comprovam as cópias de 13 DAREs correspondentes aos meses autuados. Pedem que se julgue o auto de infração improcedente.

Juntam aos autos cópias de instrumentos de mandato, planilha denominada “Demonstrativo de Notas Fiscais e Pagamento de ICMS – diferencial de alíquotas”, em que se especificam nota fiscal por nota fiscal, identificadas por número e data de emissão, valor base de cálculo, valor do ICMS diferencial de alíquotas e data do pagamento respectivo (fls. 978 a 994), juntamente com cópias dos DAREs de pagamento mês a mês com autenticação efetuada por instituição financeira (fls. 995 a 1006).

Em despacho de fls. 1009/1010, a autoridade julgadora de primeira instância determina o encaminhamento dos autos para manifestação do autuante face aos documentos apresentados pelos sujeitos passivos.

Como resultado da diligência (fls. 1012 a 1016), o autor do procedimento fiscal manifesta-se afirmando que *“os livros fiscais não trazem a apuração mensal do ICMS/diferencial de alíquotas e a amarração do lançamento, nos livros fiscais de registro e/ou apuração do ICMS das notas fiscais debitadas”* e que *“qualquer revisão...teria que ter por base a correção/retificação dos atuais lançamentos efetuados nos livros fiscais/contábeis”*, o que deverá ser determinado pela autoridade julgadora.

Intimados para manifestação face ao resultado da diligência, os sujeitos passivos retornam aos autos e ratificam a alegação de pagamento do ICMS diferencial de alíquotas, pedindo a improcedência da ação fiscal.

Em novo despacho de fls. 1036/1037, a autoridade julgadora de primeira instância determina o encaminhamento dos autos à Delegacia Especial de Combustíveis para que seu titular determine a uma autoridade fiscal estranha à lide que promova o cotejamento das notas fiscais relacionadas folhas 14/61 com os DAREs anexos folhas 995/1006.

Nesse sentido, autoridade fiscal estranha à lide manifesta-se às fls. 1041/1042 para redução do ICMS diferencial de alíquotas, reduzindo o valor exigido pela fiscalização para R\$75.762,50, tendo em vista as planilhas apresentadas às fls. 1043-B a 1079, elaboradas com apoio em planilhas juntadas pelo contribuinte às fls. 1081 a 1105.

Às fls. 1120/1121, os sujeitos passivos retornam ao feito alegando que o montante de R\$75.762,50 não é devido a título de ICMS diferencial de alíquotas, tendo em vista que *“não se trata de materiais destinados ao uso e consumo, mas sim, materiais que se destinaram ao ativo imobilizado, ou produtos químicos que se integraram ao produto industrializado, ou embalagem”* e que *“o diferencial de alíquotas de ICMS, no valor de R\$8.074,59, relativo às compras de materiais destinados ao uso e consumo do mês de maio de 2008, foi deduzido no saldo credor outorgado do mês de maio”* e, ainda, *“que materiais destinados ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial, são isentos do diferencial de alíquotas”*. Anexam aos autos a planilha “Demonstrativo da Utilização de Materiais no Ativo Imobilizado, Composição Química e Embalagem”, cópia de livro Apuração do ICMS do mês de maio/2008 e cópias de notas fiscais que fundamentam suas alegações (fls. 1122 a 1192). Por fim, pedem a procedência parcial do auto de infração (no montante de R\$12.455,93).

Por meio de novo despacho de fls. 1193/1194 a autoridade julgadora monocrática faz nova requisição de diligência para que o fisco analise as notas fiscais descritas folhas 1122 e confirme o destino das mercadorias adquiridas, considerando a atividade industrial desenvolvida pela empresa.

Analisando a planilha apresentada, agora com novo demonstrativo (fls. 1197) entregue pela empresa à fiscalização, em virtude de notificação específica, a autoridade fiscal revisora apresenta a planilha de fls. 1204 referente a “Notas Fiscais que Não Foram Contestadas pela Impugnante”, conforme sua manifestação anterior e pedido de procedência parcial do auto de infração (no montante de R\$12.455,93), que na verdade resulta em ICMS diferencial de alíquotas incontestado de R\$12.638,03 (doze mil, seiscentos e trinta e oito reais e três centavos), conforme a planilha retificadora apresentada pela revisora (fls. 1204), e o demonstrativo revisoral referente ao ICMS diferencial de alíquotas impugnado pela defesa (fls. 1205/1206), referente à planilha apresentada anteriormente pelos sujeitos passivos (fls. 1197), detalhando, conforme as mercadorias e respectivas notas fiscais de aquisição interestadual, se tratavam de material de construção, material de reposição, insumo, produto intermediário, ativo imobilizado, ativo imobilizado, prestação de serviço e embalagem, e concluiu pelo ICMS diferencial de alíquotas devido em relação a essa planilha no importe de R\$32.996,24 (trinta e dois mil, novecentos e noventa e seis reais e vinte e quatro centavos), resultando em ICMS diferencial de alíquotas total a pagar no montante de R\$45.634,27

(quarenta e cinco mil, seiscentos e trinta e quatro reais e vinte e sete centavos), conforme conclusão apresentada pela revisora às fls. 1202.

Intimados para manifestação em relação à última revisão empreendida, os sujeitos passivos não comparecem ao feito.

Ato contínuo, julgador monocrático exara decisão às fls. 1225 a 1228, em que julga o feito procedente em parte no montante da revisão fiscal (R\$45.634,27), havendo concordância da Fazenda Pública Estadual (fls. 1229).

Intimados para pagar ou recorrer da decisão singular, os sujeitos passivos apresentam recurso voluntário às fls. 1237 a 1239 confirmando seus entendimento de que todas as mercadorias relacionadas às fls. 1239 não estão sujeitas ao pagamento do ICMS diferencial de alíquotas, restando como ICMS diferencial de alíquotas devido apenas o montante de R\$12.508,32, que admitem como parte não litigiosa, motivo pelo qual pedem que o julgamento seja pela procedência parcial sobre este valor, juntando ainda aos autos cópia de decisão judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em que se considerara materiais de construção destinado à edificação como ativo imobilizado, e não uso e consumo.

É o relatório.

DECISÃO

Não há nos autos qualquer alegação de nulidade processual, e os pedidos de diligência foram todos acatados e cumpridos. Também, não se questiona a respeito de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Portanto, o que resta é a questão de mérito acerca dos produtos e bens que se destinam ou não a uso e consumo do estabelecimento, conforme a última revisão de fls. 1199 e seguintes dos autos, que concluiu pela procedência da parte não contestada pelo sujeito passivo, no montante de R\$12.638,03, e do restante em relação ao qual a fiscalização considerou devido o ICMS diferencial de alíquotas, conforme relação de fls. 1205/1206, na importância de R\$32.996,24, o que totaliza o valor exigido, ao final, de R\$45.634,27 (quarenta e cinco mil, seiscentos e trinta e quatro reais e vinte e sete centavos), mais acréscimos legais.

Sobre esse valor, o julgador monocrático decidiu a contenda, julgando procedente em parte, conforme se verifica às fls. 1225/1228.

O sujeito passivo recorre da decisão de primeiro grau, arguindo que existem ainda, da última relação elaborada pelo revisor, bens destinados a montagem do ativo imobilizado da usina, embalagens e produtos químicos que foram consumidos no processo de fabricação do álcool, pedindo a procedência parcial no montante de R\$12.508,32 (fls. 1237/1238).

Deve-se considerar, também, que o conselheiro relator pediu a exclusão dos solidários da lide.

Sobre tal aspecto processual, insta transcrever o art. 45, inciso XII, do CTE, para fundamentar o meu voto. Eis o texto 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;

Com fundamento no “caput” do art. 45 do CTE, mantenho na lide as pessoas jurídicas nomeadas solidárias [...] S/A Açúcar e Álcool e [...] S/A, porquanto, na condição de acionistas do sujeito passivo principal, as mesmas têm interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Com efeito, com o recolhimento a menor de tributos o sujeito passivo principal apresentará melhor resultado financeiro ao final de cada exercício, o que resultará em ganho direto dos seus acionistas, especialmente as empresas solidárias, que auferirão maiores dividendos, ou arcarão com menor prejuízo, se for o caso. Ainda com fundamento no art. 45, XII, do CTE, mantenho na lide os sujeitos passivos solidários pessoas físicas de [...] e [...], porquanto na condição de administradores da empresa autuada estavam obrigados a proceder ou determinar o pagamento total do ICMS diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de materiais de uso e consumo. Ao descumprirem o preceito legal, cometeram omissão de suas responsabilidade. Assim, também os mantenho na lide.

No mérito, deve-se considerar que a manifestação da autoridade fiscal revisora encontra-se devidamente fundamentada (fls. 1199/1206). Nesse sentido, embora o recorrente tenha juntado cópia de decisão judicial relativa a atividades de uma outra empresa, em que materiais de construção não são considerados materiais de uso e consumo, a verdade é que, no âmbito da administração tributária estadual, trata-se de ponto pacífico que materiais de construção são considerados materiais de uso e consumo, sujeitos ao pagamento do ICMS diferencial de alíquotas, conforme Instrução Normativa nº 990/10-GSF e Pareceres citados pela revisora, tais como: 684/2002 e 721/2010.

Quanto à diferenciação entre produtos de uso e consumo do estabelecimento e dos produtos intermediários na industrialização, a mesma Instrução Normativa nº 990/10-GSF deixa claro que considera-se produto intermediário a mercadoria integrada ou consumida no processo industrial que venha a se incorporar ao produto final por meio de combinação química ou adjunção física. Assim, a revisora esclarece que “os bens simplesmente desgastados em decorrência de seu uso e que não esteja com contato direto com o produto em fabricação na chamada ‘linha de produção’ não são considerados consumidos no processo de industrialização, por serem materiais de reposição em decorrência de uso continuado ou desgaste”.

Por outro lado, o Acórdão da IV CJUL nº 03090/06 firma entendimento de que “ativo imobilizado é aquele que permanece existindo como coisa móvel e de existência autônoma, durante e após essa integração, tal como entrou no estabelecimento” e que “é destinado ao uso ou consumo o bem que, embora adentre o estabelecimento como coisa móvel, perde essa condição quando de sua utilização, seja por reposição de parte de um outro bem, seja para obra civil, seja por destruição física não vinculada direta e proporcionalmente à atividade industrial”.

Com fundamento nessas definições sobre bens do ativo imobilizado e bens de uso e consumo e produtos intermediários, a autoridade fiscal revisora procedeu à classificação, mercadoria por mercadoria, conforme relação às fls. 1205/1206, com a qual concordamos.

Forte nessas razões, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que decidiu pela procedência parcial do auto de infração, mantendo na lide todos os solidários.

Sala das sessões, em 13 de setembro de 2013.

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

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Aquisição de mercadorias destinadas a construção de granjas aviárias vinculadas a projeto agroindustrial em regime de parceria ou integração (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01368/13

Relator: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE REVISÃO EXTRAORDINÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ATIVO IMOBILIZADO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. MERCADORIAS UTILIZADAS EM CONSTRUÇÃO DE AVIÁRIO. LEI ESTADUAL Nº 12955/96. EXISTÊNCIA DE ISENÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 23 de maio de 2013, 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 Victor Augusto de Faria Morato, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, Paulo Diniz, Célia Reis Di Rezende, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Washington Luis Freire de Oliveira e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

RELATÓRIO - PEDIDO DE REVISÃO EXTRAORDINÁRIA - nº 4011103214841

1. DESCRIÇÃO DO PEDIDO DE REVISÃO/DESCRIÇÃO DO FATO

O Contribuinte comparece ao feito às fls.16 com PRE e pedido de cancelamento do presente lançamento. Alega que a descrição dos fatos no próprio auto, esbarra no direito concedido de isenção de ICMS sobre mercadorias adquiridas destinadas a construção de granjas aviárias vinculadas a projetos agroindustrial em regime de parceria ou integração, conforme art. 6º, Inciso CV do anexo IX do decreto nº 4.852/97 c/c o artigo 1º, inciso I e art. 8º inciso I da Lei nº 12.955/96, Lei Perdígão.

Pede ao final, seja acolhido o presente pedido e, caso caiba, sejam os autos encaminhados para baixa da inscrição em Dívida Ativa e, posteriormente, para julgamento.

2. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO PRE

Cópia do Pedido de Revisão Extraordinária de fls.20; Pedido de Arquivamento de Auto de Infração de fls.21/24; cópia de documentos pessoais de fls.26; cópia do Contrato de Parceria Avícola de fls.27/31; Planilha de Parcelamento de fls.32; cópia de comprovante de pagamento via DARE de fls.33;

Base da Consulta de fls.34/36; cópia do Despacho nº 2343/05 de fls.37; cópia de Memorando de fls.38; cópia de Relatório de Notas Fiscais por Organização de Vendas de fls.39; cópia de Notas Fiscais de fls.40/42.

3. DILIGÊNCIAS DETERMINADAS PELA PRESIDÊNCIA

Em seguida, os autos foram encaminhados à Assessoria Jurídica para análise às fls.43.

4. DESPACHO DO PRESIDENTE

Após análise, o Presidente deste Conselho através do Despacho nº 1748/12 de fls.44, resolve encaminhar os autos ao Setor de Controle e Acompanhamento Processual, para que sejam remetidos à Delegacia Regional de Fiscalização de Catalão para que seu titular, por obséquio, designe servidor para verificar quanto à utilização das mercadorias adquiridas através das notas fiscais autuadas, cópias de fls.39/42, tendo em vista a defesa do requerente, o qual aduz isenção nos termos do art. 6º, inciso CV do anexo IX do RCTE.

Em resposta, foi elaborado o relatório de fls.46, pelo qual o revisor se manifesta favorável à solicitação do sujeito passivo.

Os autos foram novamente encaminhados à Assessoria Jurídica para análise às fls.47/48.

Pelo Despacho nº 0579/13 às fls.49 o Presidente Deste Conselho, com amparo no inciso II, § 4º do art. 43 da Lei nº 16.469/09, ADMITE o presente Pedido de Revisão Extraordinária e DETERMINA o encaminhamento dos presentes autos à Gerência de Recuperação de Créditos para que, caso não tenha sido ajuizada ação de execução fiscal, seja procedido o cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa, nos termos do § 5º do mesmo dispositivo legal.

É o relatório.

DECISÃO

Segundo noticiam os autos, o sujeito passivo fora autuado pelo não recolhimento de ICMS devido a título de diferencial de alíquotas, por aquisições interestaduais de mercadorias. Os DARE para pagamento foram gerados em Posto Fiscal de Fronteira.

De plano, percebe-se que para a implementação das regras disciplinadas pela Lei nº 12955/96, que dispõe sobre o tratamento tributário para operação e prestação relativas a projetos agroindustriais de avicultura e de suinocultura, é imprescindível a prévia existência de um contrato de parceria ou integração em projeto agroindustrial, celebrado entre produtor e estabelecimento industrial.

No transcorrer dos autos, provou-se que as mercadorias adquiridas foram, de fato, utilizadas para a construção de aviário, integrando o ativo imobilizado do

sujeito passivo, sob os auspícios da Lei nº 12955/96. Há parecer da Delegacia Regional de Catalão atestando tal evidência (fls. 46). O contrato de parceria, por seu turno, se encontra às fls. 27 dos autos.

Nessa qualidade, vigoravam ao sujeito passivo as prerrogativas estabelecidas no art. 6º, CV, *in verbis*, tornando indevida a imputação fiscal:

“Art. 6º São isentos do ICMS:

.....

CV - a operação que destine a contribuinte abrangido por projeto agroindustrial de avicultura ou de suinocultura, nos termos da Lei nº 12.955, de 19 de novembro de 1996, mercadorias para uso exclusivo na construção de granjas e aviários, observado o seguinte:”

Falece, portanto, fundamento legal de validade à presente imputação fiscal. Sob tais fundamentos, dou provimento ao presente pedido de revisão extraordinária para julgar improcedente o lançamento fiscal.

Sala das sessões plenárias, em 30 de julho de 2013.

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

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Aquisição de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do contribuinte (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00752/13

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Exigência de diferencial de alíquotas em operações de entrada de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do contribuinte. Procedência.

Restando provado que houve entrada de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do contribuinte, cabe exigência de diferencial de alíquotas, preservando o princípio do destino, adotado pelo texto constitucional de 1988.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 12 de abril de 2013, 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 Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Alcedino Gomes Barbosa. 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 Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Alcedino Gomes Barbosa.

RELATÓRIO

Acusação tem o seguinte texto:

“Deixou de debitar no Livro Registro de Apuração do ICMS o valor correspondente ao diferencial de alíquotas, na importância de R\$ 18.441,50 incidente na operação de aquisição das mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento, conforme “Auditoria Básica do ICMS” demonstrativo denominado “Diferencial de Alíquota não Registrado” e demais documentos que acompanham este. Em conseqüência, deverá pagar o imposto não debitado, juntamente com penalidade e acréscimos legais.”

Foram anexados aos autos os seguintes documentos:

- = Anexo Estruturado – Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 3);
- = Anexo Estruturado – Descritivo Complementar da Ocorrência (fls. 4);
- = Auditoria Básica do ICMS de 2.005 (fls. 5/8);
- = Auditoria Básica do ICMS de 2.006 (fls. 9/14)

15);

- = Demonstrativo chamado de “ANEXO AO AI Nº 4.01.09.013265.76” (fls. 16/29);
- = Cópia das notas fiscais sobre as quais reside a exigência (fls. 16/29);
- = Cópia do Livro Registro de Entradas 2.004 (fls.30/72);
- = Cópia do Livro Registro de Saídas 2.004 (fls. 73/99);
- = Cópia do Livro de Apuração de ICMS 2.004 (fls. 100/126);
- = Livro Registro de Inventário 2.004 (fls. 127/129);
- = Cópia do Livro Registro de Entradas 2.005 (fls. 130/159);
- = Cópia do Livro Registro de Saídas 2.005 (fls. 160/186);
- = Cópia do Livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 187/214);
- = Cópia do Livro Registro de Inventário 2.005 (fls. 215/217);
- = Cópia do Livro Registro de Entradas 2.006 (fls. 218/233);
- = Cópia do Livro Registro de Saídas 2.006 (fls. 234/247);
- = Cópia do Livro Registro de Apuração de ICMS 2.006 (fls. 248/273)
- = Cópia do Livro Registro de Inventário 2.006 (fls. 274/276);
- = Cópia do Livro Registro de Entradas 2.007 (fls. 277/293);
- = Cópia do Livro Registro de Saídas 2.007 (fls. 294/306);
- = Cópia do Livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 307/333);
- = Cópia do Livro Registro de Inventário 2.007 (fls. 334/335).

Houve correta intimação do sujeito passivo para a fase singular (fls. 337).

Nesse momento houve apresentação de peça defensiva (fls. 339/352).

Inicialmente foi feita narrativa dos fatos até o presente momento do trâmite processual. Foi apontado o cerne da acusação fiscal.

Foi apresentado argumento de que teria ocorrido equivocadamente a aplicação de norma em período anterior à sua vigência, que foi o artigo 71,III, “f” do CTE. Esse vício seria formal e chamado de nulidade pelo sujeito passivo.

Quanto ao mérito, foi alegado que se trata de bonificações de mercadorias, onde não se verificaria a incidência do ICMS, na forma de interpretar os fatos, pela autuada. Portanto, não se poderia exigir diferencial de alíquotas, pois a operação não seria tributada pelo ICMS.

Foi trazida também arguição de imposição de multa confiscatória ao sujeito passivo. Houve questionamento de sua intensidade.

Decisão singular (fls. 365/369) rejeitou todos os argumentos defensórios, e entendeu que o trabalho fiscal deve ser julgado procedente.

Após correta intimação do sujeito passivo (fls. 370) em relação à mesma, houve nova apresentação de peça por sua parte (374/389).

Nela, foi exposto entendimento de que a decisão singular teria desprezado entendimento pacificado em nossos tribunais, bem como lição de doutrinadores reconhecidos.

Foi feita soma dos fatos, e, em seguida, houve questionamento em relação à aplicação da norma inserta no artigo 71, III, "f" do CTE, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 2006, ela teria sido indevidamente aplicada à situações ocorridas antes de sua entrada em vigor.

Sobre o mérito, se repetiu o argumento já posto anteriormente, de que se tratava de operações de bonificação, não havendo, na forma de interpretar da autuada, incidência de ICMS. Foi apresentado arrazoado sobre esse fundamento trazido pela defesa. Sendo desta forma, em operação não tributada, não haveria como se exigir o diferencial de alíquotas.

Também foi trazido questionamento sobre a intensidade da multa, que foi interpretada como confiscatória.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente cabe apreciar a preliminar suscitada pelo sujeito passivo de nulidade, por aplicação indevida, do artigo 71, III, "f" do CTE. Compulsando os autos, se percebe que na parte dispositiva da infração, foram colocadas duas normas, o artigo 71, III, "a" e o artigo 71, III, "f", ambos do CTE.

Qual foi a razão desse fato? Ocorre que os fatos geradores se reportam aos exercícios de 2005, 2006 e 2007. A vigência da Lei 15.505/06, que acrescentou a alínea "f" ao inciso III do CTE, se deu a partir de 01/01/2006. Desta forma, por esse motivo houve referência inicial ao artigo 71, III, "a" do mesmo diploma, para, após, se fazer referência ao artigo 71, III, "f", que estava em vigor somente a partir do exercício de 2006. Com essa explicação, afastamos a possibilidade de se acolher a arguição de nulidade feita pelo passivo.

Sobre a natureza das operações, cabe ressaltar que, analisando a cópia de cada um dos documentos fiscais anexados (fls. 16/29), e, sobre os quais reside a exigência, percebe-se que somente em poucos casos se constata a situação de bonificação; e, ainda assim, inexistente previsão legal que proteja tais operações da incidência do diferencial de alíquotas. Portanto, não há juridicidade em tal argumento.

Sobre a questão da confiscatoriedade da multa imputada, deve ser ressaltado que foi aplicado ao caso a expressa previsão do Código Tributário Estadual, demonstrando que a ação do agente público se deu estritamente dentro do princípio da legalidade, que é o norte de todos os atos administrativos.

Discussões dessa natureza extrapolam à competência da esfera administrativa, devem ser encaminhadas ao poder judiciário, que é quem pode se manifestar sobre essa matéria.

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

Sala das sessões, em 19 de abril de 2013.

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

Matéria: DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Recebimento de mercadoria em transferência interestadual (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00134/13

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: Nulidade. Cerceamento ao direito de defesa. Questão já decidida pelo Conselho Pleno. Inadmissão. Insegurança na determinação da infração. Ausência de falha processual. Rejeição. ICMS. Obrigação principal. Diferencial de Alíquotas do ICMS. Recebimento de mercadorias em transferência interestadual. Incidência. Procedência.

1 - Não deve objeto de apreciação questão preliminar em relação a qual já houve manifestação final do Conselho Pleno;

2 - A insegurança na determinação da infração somente se caracteriza se a acusação fiscal for feita de tal modo que inviabilize o conhecimento da falta ou irregularidade que é imputada ao sujeito passivo;

3 - É devido o ICMS, a título de diferencial de alíquotas, no recebimento, em operação interestadual de transferência, de mercadorias destinadas ao uso/consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento.

4. Auto de infração procedente.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 10 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e Delcides de Souza Fonseca. Por unanimidade de votos, inadmitir a preliminar de cerceamento ao direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo, por já ter sido apreciada pelo Conselho Pleno. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e Delcides 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 Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e Delcides de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Versa a autuação que o sujeito passivo “Deixou de debitar no livro Registro de Apuração do ICMS, no período de 01/01/2004 a 31/12/2004, o valor correspondente ao diferencial de alíquotas, na importância de R\$ 106.256,70

(cento e seis mil duzentos e cinqüenta e seis reais e setenta centavos), incidente na operação de aquisição das mercadorias destinadas ao uso/consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento, conforme demonstrativo e documentos anexos. Em consequência, deverá pagar o imposto não debitado, juntamente com penalidade e acréscimos legais."

Foi dado como infringido o artigo 63, § 2º, da Lei 11.651/91, do Código Tributário Estadual, combinado com o artigo 76, inciso II, aliena "a", do Decreto 4.852/97 e artigo 2º, da Instrução Normativa 155/94-GSF, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea "a", da Lei 11.651/91, com redação da Lei 11.750/92.

O Auto de infração foi instruído com o Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03), Descritivo Complementar da Ocorrência (fl. 04), Planilha sobre Levantamento Diferencial Alíquota referente ao Exercício de 2004 (fls. 05/10), CFOP Geral Tipos 50X60X61X70 - Entradas e Saídas referente ao Exercício de 2004 (fls. 11/28), CFOP Geral Tipos 50X60X61X70 - Resumo (fls. 29/30), cópia do Processo nº 200700004007126 - Regularização de Pendência (fls. 31/34), cópia da Procuração (fls. 35/36), cópia do Diário Oficial Empresarial (fls. 37/38), cópia da Solicitação de Esclarecimento - Respostas do Monitoramento (fl. 39), cópia do Processo nº 200600004024636 - Solicitação de Esclarecimentos nº 19/20096 (fls. 41/46), cópia da Procuração (fl. 47), cópia do Diário Oficial Empresarial (fls. 48/49), cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS referente ao Exercício de 2003 (fls. 50/94), referente ao Exercício de 2004 (fls. 95/140), cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS - Modelo P9, de abril a junho de 2004 (fls. 141/153), de julho a setembro de 2004 (fls. 154/166), cópia do Livro Apuração do ICMS nº 06-E de janeiro a março de 2004 (fls. 167/178), cópia do Livro de Apuração do ICMS nº 09-E, de outubro a dezembro de 2004 (fls. 179/191).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documentos de fls. 192/193, mas não apresentou impugnação, tornando-se revel (fls.194).

Novamente intimado para impugnar o lançamento em segunda instância, conforme documentos de fls. 196/197, o sujeito passivo ingressa com impugnação em segunda instância (fls. 199/207), na qual alega, em preliminar, nulidade da revelia, vez que a intimação foi recebida em local estranho às dependências da Recorrente, razão pela qual o Termo de Revelia às fls. 194 é evidente afronta ao artigo 17, inciso I, da Lei 13.882/01.

Alega também que em relação ao "detalhamento do lançamento", ao referir-se "a período", o Auditor Fiscal indica como período 01/01/2004 a 31/12/2004, em que a Recorrente ao verificar o auto de infração, não encontrou nenhuma relação dos valores apontados nos referidos períodos com os valores constantes em seus Livros Fiscais.

Quanto ao mérito, alega possuir como atividade principal o comércio varejista de venda e distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, sendo que estas operações estão incluídas no rol de produtos sujeito ao regime de substituição tributária, por força do Convênio 03/99, sendo que no exercício de

suas atividades, a Recorrente adquire de seus fornecedores bens destinados ao uso, consumo e ativo imobilizado, fato que a obrigaria a recolher o diferencial de alíquota nas hipóteses em que a alíquota interna foi maior do que a interestadual, conforme o artigo 73, § 1º, do Regulamento do ICMS de Goiás.

Com relação ao CFOP 2551 - compra de bem para ativo imobilizado, a Recorrente confirma o efetivo pagamento do respectivo ICMS, conforme cópia das respectivas folhas do Livro de Registro de Apuração do ICMS, sendo que o pagamento foi efetuado segundo o artigo 73, § 1º, inciso I, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE.

Quanto ao CFOP 2552 - Não ocorrência do Fato Gerador, diversos julgados prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive a Súmula 166 entendem a impossibilidade de existência de incidência do ICMS no caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular.

Por fim, requer que seja declarado nulo o Termo de Revelia e no mérito que seja julgado improcedente o respectivo auto de infração.

Instrui à peça defensiva: cópia da intimação (fls. 208/209), cópia da Procuração (fl. 210/211), cópia do Diário Oficial Empresarial (fls. 212/214) e cópia da Identidade Profissional do seu Procurador (fl. 215).

O processo veio a julgamento e a Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por maioria de votos, acolheu a preliminar de nulidade parcial do processo a partir de fls. 193, arguida pela atuada, por cerceamento ao direito de defesa (fls. 217/220).

A Fazenda Pública Estadual interpõe o Recurso nº 071/2001 ao Conselho Pleno, fls. 222/223. Aduz que as razões do voto vencedor para anular o processo a partir da fls. 193 se fundam no entendimento de que o sujeito passivo não foi corretamente notificado do lançamento, o que teria redundado em cerceamento ao direito de defesa, sendo que tais razões não encontram sustentação na peça que instruem o processo, vez que às fls. 193 se pode verificar que a intimação foi feita exatamente no endereço do sujeito passivo, conforme comprova o AR.

Afirma também que não existe qualquer nulidade no processo, pois às fls. 196 o contribuinte foi notificado para impugnar o lançamento em segunda instância e compareceu ao processo, sendo que o AR foi assinado pela mesma pessoa e no mesmo endereço constante do AR de fls. 193.

Por fim, requer que seja reformado o acórdão cameral e que o processo retorne à segunda instância para julgamento do mérito.

O sujeito passivo apresenta Contradita, fls. 229/237. Alega que a intimação foi recebida em local estranho às dependências da Recorrente, e que o Termo de Revelia às fls. 194 configura evidente afronta ao artigo 17, inciso I, da Lei 13.882/01.

Sustenta que só tomou conhecimento do auto de infração quando da intimação pela segunda instância sobre o débito quando o AR com a intimação sobre a revelia chegou ao seu destino.

Aduz, ainda, que pelo fato do AR não ter sido corretamente endereçado já é causa de vício que acarreta nulidade e que o fato de uma terceira pessoa não ser apenas pessoa estranha, mas também não deter poderes de gerência ou de administrador na empresa que o autorize a receber os avisos de recebimento, seja de fl. 193, como também de fls. 196, o que torna não apenas o AR de fls. 193 inválido, como também o AR de fl. 196.

Quanto ao mérito, alega que o referido imposto encontra-se lançado no Livro de Registro de Apuração do ICMS e na DPI - Declaração Periódica de Informações, conforme os documentos de fls. 50 a 191 e o Doc. 02. Além do mais, como não bastasse o pagamento, alega também que foram glosadas operações com CFOP 2552, operações estas que inexistem a incidência do ICMS, pois se tratam de transferência de bens entre estabelecimento de mesmo titular, cabendo nulidade do auto de infração, conforme a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, requer que o acórdão seja mantido e com relação ao mérito, requer que seja julgado improcedente o respectivo auto de infração.

O sujeito passivo traz ao processo cópia do Diário Oficial Empresarial (fls. 238/252), cópia da Procução (fls. 253/255), cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 256/279).

Requer que o acórdão seja mantido, tendo em vista a nulidade da intimação de fls. 193, por constar CEP incorreto no endereçamento, vício insanável e com relação ao mérito, requer que o auto de infração seja julgado improcedente.

Memoriais apresentados ao Conselho Pleno, às fls. 283/285, por meio do qual a atuada reafirma seus argumentos de defesa.

Em decisão datada de 13 de março de 2012 (fls. 297/301), o Conselho Pleno, reforma o acórdão cameral que anulou o auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e determina o retorno dos autos à Câmara Julgadora para apreciação de toda a matéria.

Novamente intimada, a atuada comparece ao feito por meio da peça de fls. 306/309, em que requer a revisão do acórdão e reitera a arguição de nulidade por entender que o envio de intimação para endereço diverso (com CEP errado) acabou por acarretar prejuízo a empresa que não pode se manifestar oportunamente no processo, ficando cerceado o seu direito ao contraditório.

Alega ainda que há vício quanto à forma do ato administrativo, uma vez que este não fora instruído com provas suficientes, arguição esta que apreciaremos como preliminar de insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito, alega que com relação ao CFOP 2551 (compra de bem para ativo imobilizado), efetivou o pagamento do respectivo ICMS, conforme cópia

das respectivas folhas do Livro de Registro de Apuração do ICMS, sendo que o pagamento foi efetuado segundo o artigo 73, § 1º, inciso I, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE. Quanto ao CFOP 2552, alega a não ocorrência do Fato Gerador, conforme diversos julgados prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive a Súmula 166 que confirmam a impossibilidade de existência de incidência do ICMS no caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular.

É o relatório.

MÉRITO

Analisando o que consta do processo, entendo que razão assiste à Fazenda Pública Estadual quanto a exigência contida no auto de infração.

De início, deixo de apreciar a preliminar de cerceamento ao direito de defesa, vez que a matéria já foi objeto de manifestação pelo Conselho Pleno, conforme Acórdão de fls. 297/301.

No referido acórdão, o cerceamento ao direito de defesa foi rejeitado com o seguinte fundamento:

“Assiste razão à Fazenda Pública em relação ao inconformismo com nulidade do processo por cerceamento ao direito de defesa. De fato, a intimação constante às fls. 193 foi realizada exatamente no endereço do sujeito passivo, conforme se pode comprovar da análise do Aviso de Recebimento - AR.

É de se ressaltar que intimação para o contribuinte impugnar o lançamento tributário em segunda instância, fls. 196, foi destinada para o mesmo endereço e o contribuinte manifestou-se no processo, inclusive o AR foi assinado pela mesma pessoa que assinou o AR de fls. 193”.

Quanto a alegação de insegurança na determinação da infração também entendo que não merece prosperar. Segundo a autuada haveria “vício quanto à forma do ato administrativo, uma vez que este não fora instruído com provas suficientes”, arguição esta que, conforme relatamos, apreciaremos como preliminar.

Ao meu ver, não é fato que haja insuficiência instrutória da acusação fiscal. Ao contrário, o procedimento fiscal encontra-se instruído com um vasto conjunto de demonstrativos, dentre os quais destaco a Planilha sobre Levantamento Diferencial Alíquota (fls. 05/10), cópia da Solicitação de Esclarecimento - Respostas do Monitoramento (fl. 39), cópias dos Livros Registro de Apuração do ICMS referente ao Exercício de 2003 (fls. 50/94) e 2004 (fls. 95/140) e as cópias dos Livros Registro de Apuração do ICMS (fls. 141/191).

Além disso, antes mesmo da autuação fiscal a autuada já havia declarado o seu conhecimento a respeito da matéria objeto da exigência, conforme se extrai

de sua manifestação relativa à Solicitação de Esclarecimentos nº 19/20096, nos autos do Processo Administrativo nº 200600004024636 - (cópia fls. 41/46).

Quanto ao mérito, também não como acolher a tese defensiva.

Do ponto de vista material, a Planilha sobre Levantamento Diferencial Alíquota (fls. 05/10) relaciona todas as notas fiscais referentes às entradas de mercadorias destinadas ao uso/consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento da atuada, sendo totalizada a diferença atuada em relação a cada uma das notas fiscais. O quadro resumo de fl. 10, destaca a diferença mensal e o valor total da atuação.

O conjunto probatório que instrui o processo, fls. 01 a 191, complementa a demonstração da irregularidade fiscal apontada na peça de início. Vê-se, portanto, que os pagamentos efetuados mediante débito no Livro de Registro de Apuração do ICMS, (Art. 73, § 1º, inciso I, do RCTE) já foram considerados pelo autor do procedimento fiscal.

A partir daí, a discussão é jurídica. A atuada afirma que, em relação ao CFOP 2552, não haveria ocorrência do fato gerador, consoante julgados prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça e Súmula 166, desse Tribunal, que confirmam a não incidência do ICMS no caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular.

De se ver que a Súmula 166 do STJ (de 14/08/1996), que tem por enunciado "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte" não se aplica ao caso, porquanto o fato gerador do diferencial de alíquotas tem natureza especial, não recaindo sobre a saída da mercadoria do estabelecimento remetente.

Eis a definição legal do fato gerador do ICMS, relativamente ao diferencial de alíquotas (CTE, art. 11, § 1º, II):

Art. 11. O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide, também, sobre:

(...)

II - 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;

Assim, o fato gerador, *in casu*, ocorre em face do contribuinte goiano, destinatário, de modo que, ao meu não caberia a invocação da súmula.

O texto constitucional também reforça esse entendimento (CF, art. 155, VII e VIII):

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Ou seja, o diferencial de alíquotas cabe ao Estado da localização do destinatário e corresponde à diferença entre a alíquota interna (do Estado de destino) e a interestadual (aplicada na origem). A hipótese alegada de que, em face da súmula, não ocorre incidência na origem, não retira a possibilidade de cobrança no destino. Esta, aliás, é a *ratio* do diferencial de alíquotas do ICMS.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade 'ab initio' por insegurança na determinação da infração e inadmito a preliminar de cerceamento ao direito de defesa, por já ter sido apreciada pelo Conselho Pleno e, quanto ao mérito, conheço da impugnação, nego-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 23 de janeiro de 2013.

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

Matéria: EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - ECF - Irregularidade nas vendas - utilização de alíquota efetiva e situação tributária em desacordo com legislação tributária (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01666/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Alcedino Gomes Barbosa

EMENTA: Processual. Nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa.

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 arguida pelo sujeito passivo.

Processual. Exclusão do sujeito passivo solidário da lide. Acolhida.

I - Deve-se excluir a solidária do polo passivo da lide quando houver a inexistência de previsão legal para a aplicação do instituto da solidariedade nos casos de multa por ação fiscal havida no crédito tributário.

II - Os sócios, os gerentes, os administradores, os presidentes, etc que não tenham agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, ou concorrido pela prática de ilícito tributário, nos termos da Súmula do Superior Tribunal Justiça, não poder ser sujeitos passivos solidários da lide.

ICMS. Obrigação principal. Omissão do imposto. Irregularidades em relação às vendas de mercadorias tributadas realizadas por ECF. Procedência. Aplicação da penalidade prevista no inciso IV-A do artigo 71 do Código Tributário Estadual.

Provado nos autos que o sujeito passivo omitiu o imposto em virtude da prática de irregularidades em relação às vendas de mercadorias tributadas realizadas por ECF, com a utilização de alíquota efetiva e situação tributária em desacordo com a legislação vigente, procedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19 de julho de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Alcedino Gomes Barbosa e Delcídes de Souza Fonseca. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Alcedino Gomes Barbosa e Delcídes de Souza Fonseca. Por maioria de votos,

manter a exclusão da solidária sobre o ônus da multa por ação fiscal havida no crédito tributário, arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa e Delcídes de Souza Fonseca. Vencido o Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Também, por maioria de votos, foi dado provimento ao pedido de exclusão da solidária feito pela mesma em peça apartada. Foram vencedores os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa e Delcídes de Souza Fonseca. Vencido o Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira que votou pela permanência da solidária na lide. 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 Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Alcedino Gomes Barbosa e Delcídes de Souza Fonseca. E, por unanimidade de votos, adequar da penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Alcedino Gomes Barbosa e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Descreve o histórico do auto de infração que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS em virtude da prática de irregularidades em relação às vendas de mercadorias tributadas por ECF, com a utilização de alíquota efetiva e situação tributária em desacordo com a legislação tributária. Em consequência deverá pagar o imposto acrescido das cominações legais.

De acordo com a fazenda pública o sujeito passivo infringiu os artigos 11, 27 e 64, todos do Código Tributário Estadual em consonância com os dispositivos do artigo 179, inciso XI, § 3º do Anexo XI do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE.

A penalidade proposta é a prevista no artigo 71, inciso III, “a”, da Lei Estadual nº 11.651/91, com a nova redação dada pela Lei nº 11.750/92.

[...] é nomeada solidária nos termos do artigo 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual (fl.06).

A título de fundamentação da peça basilar, os agentes autuantes instruíram o feito com os seguintes feitos: a) Auditoria Básica do ICMS (fls. 13 a 16) relativa a 31/12/2006; b) relação das respectivas notas fiscais de fls. 18 a 29; c) Auditoria Básica do ICMS (fls. 30 a 33) relativa a 31/12/2007; d) relação das respectivas notas fiscais de fls. 35 a 58; e) Auditoria Básica do ICMS (fls. 59 a 63); f) relação das notas fiscais de fls. 64 a 88; g) Arquivos do SINTEGRA relativos ao período considerado no fato gerador (fls. 89 a 118) e mídia digital de fls. 119.

As partes são intimadas às fls. 121 a 123 para pagar ou apresentar impugnação ao auto de infração em Primeira Instância.

Cientificado legalmente, o sujeito passivo ingressa com impugnação ao auto de infração (fls. 126 a 131) para requerer a nulidade do feito ou, subsidiariamente, sua improcedência.

Argui de proêmio as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa. Alega que os levantamentos são imprecisos e alerta para a ausência de demonstrativos analíticos. Acrescenta ainda que não foram colacionadas aos autos todas as planilhas relativas aos períodos objeto do lançamento.

No mérito, argumenta não ter praticado a infração estampada na basilar; que pretende provar que inexistente a irregularidade apontada nos relatórios digitais anexados aos autos; que em relação aos períodos em que inexistem as planilhas analíticas e digitais, não se tem como impugnar de maneira efetiva.

Na sequência, a solidária Ivone Maria de Souza comparece aos autos em impugnação específica (fls. 139 a 147) para reiterar os argumentos passivos bem como protestar pela inclusão da pessoa física do sócio, como responsável solidário nos termos do inciso XII do artigo 45 do CTE, alegando que não há interesse comum na situação objeto da lide. Ao final requer sua exclusão do polo passivo da lide, por entender que inexistente liame entre gestão empresarial e a infração praticada pelo sujeito passivo.

O julgador singular manifesta-se às fls. 167 a 169. De proêmio, informa que providenciou junto aos agentes autuantes, através de diligência, para que fosse feita a juntada de todas as planilhas analíticas em meio digital, referente a todos os períodos que compõem o lançamento; que o procedimento fiscal foi corretamente executado e as partes devidamente intimadas; que após o cumprimento da diligência, foram sanadas as omissões que causavam a insegurança na determinação da infração e o cerceamento do direito de defesa e por isso as aludidas preliminares de nulidade foram rejeitadas.

Na sequência, rejeita o pedido de exclusão da solidária do polo passivo por entender que está presente o interesse comum do administrador com os resultados obtidos na empresa; que nos termos do art. 45, inciso XII, do CTE, mantém-se a responsabilidade da pessoa indicada como solidária pelo pagamento do imposto devido.

No mérito, o ínclito julgador singular declara a procedência do auto de infração tendo em vista que o sujeito passivo nada traz aos autos que possa ilidir a pretensão fiscal inicial.

A Gerência da Representação Fazendária comparece aos autos às fls. 173 para insurgir-se contra a decisão singular que considerou procedente o crédito tributário porém manteve na lide o solidário tão somente com relação ao imposto.

Argumenta o duto representante fazendário que não se trata de descumprimento de obrigação acessória isolada, mas de falta de pagamento de imposto decorrente da omissão de saída de mercadoria tributada, constatada mediante auditoria formal e numericamente correta.

Entende que o solidário também deve ser responsabilizado por todo o crédito tributário vez que tendo sido descumprida uma obrigação de pagar o imposto, este é lançado de ofício sendo a penalidade sancionatória e os demais acréscimos legais; que não há como se obrigar apenas pelo imposto lançado de ofício.

Ao final requer a reforma da decisão singular para que o solidário seja responsabilizado tanto quanto o sujeito passivo direto, ao recolhimento de todo o crédito tributário lançado na peça inaugural.

As partes são intimadas às fls. 176/177 para pagar ou apresentar recurso.

Legalmente cientificado, o sujeito passivo interpõe recurso às fls. 180/184 para arguir as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa.

Argumenta que o douto julgador descumpriu o previsto no artigo 20, incisos III e IV e § 3º da Lei Estadual nº 16.469/09; que os demonstrativos até então inexistentes não constavam nos processos e portanto não haviam elementos suficientes para que a infração fosse claramente definida; que se trouxe ao processo elementos que dele não constavam; que desta forma jamais poderia haver nulidades por levantamentos imprecisos, por ausência de demonstrativos, posto que todos poderiam ser corrigidos com notificações aos auditores iniciais no sentido de sanar as irregularidades apontadas pelo contribuinte; que o lançamento deve nascer sem vício e assim permanecer até findar-se o processo administrativo.

No mérito, argumenta que em vista das decisões tomadas pelo preclaro julgador singular o feito não deve ser considerado procedente; que em momento posterior e antes do julgamento da lide, promoverá a juntada dos demonstrativos contraditórios aos relatórios digitais, tendo em vista o grande volume de informações nele constantes.

Ao final requer a nulidade do feito por cerceamento do direito de defesa ou insegurança na determinação da infração, ou na impossibilidade, a reforma da decisão singular para considerá-lo improcedente.

No mesmo diapasão, a solidária [...] comparece aos autos às fls. 185/190 para reiterar sua exclusão do polo passivo da lide e arguir as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração.

De início argumenta que a obrigação tributária é *ex lege* e por isso decorre expressamente de disposições legais, sendo que na situação do presente PAT há a ausência do elemento subjetivo ou seja, inexistente ação ou omissão imputável ao agente; que não está comprovado o interesse comum do solidário na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária; que deve-se apurar quais são os atos que o sócio tenha praticado, intervindo ou omitido, dos quais tenha resultado diretamente a intenção de eximir-se do pagamento do imposto e tal não restou comprovado; que por tratar-se de solidariedade deve estar comprovado o elemento subjetivo do tipo para que haja a incidência da norma prescrita no artigo 12, inciso

I, do CTN, fundamento de validade da redação contida no caput do artigo 45, inciso XII, do CTE; que o instituto da solidariedade aplica-se apenas nos casos em que liquidação da sociedade ou ficar demonstrada a prática de ato que se caracterize infração à lei por parte do sócio, tal como previsto nos artigos 134 e 135, todos do Código Tributário Nacional.

Em seguida reitera a argumentação inicial do sujeito passivo principal quanto às preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa.

Quanto ao mérito, a juntada de demonstrativos ao PAT em momento posterior não faz crer que o vício do feito estariam sanados; que contesta os levantamentos realizados pelos agentes fiscais e constantes no presente PAT, provando mediante a juntada de levantamento contraditório de mesma natureza, cujos quantitativos estão em conformidade com os documentos fiscais próprios.

E, por último, reinsiste no pedido de juntada, antes do julgamento da lide, dos demonstrativos contraditórios aos relatórios digitais, tendo em vista o grande número de informações neles constantes.

Ao final requer sua exclusão do polo passivo em concomitância com a nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, ou na impossibilidade, a reforma da decisão singular para julgá-lo improcedente.

Tempestivamente, o sujeito passivo colaciona aos autos o memorial de fls. 197 a 199, para reiterar as preliminares de nulidade anteriores. Argumenta que o auto de infração deve ser anulado tendo em vista a imprecisão do lançamento. Nessa linha de raciocínio, aduz que os agentes fiscais não observaram que fundamentaram a exordial com base em arquivos magnéticos rejeitados por duplicidade, pela Secretaria da Fazenda deste Estado.

Em seguida, aponta erros e omissões praticados pelos agentes nos levantamentos, tais como as informações contidas nas fls. 89 a 118, na qual aponta recibos rejeitados por duplicidade pela SEFAZ bem como em relação aos meses em que a auditoria se pautou em arquivos aceitos formalmente, a recorrente observou que foram retificados anteriormente à autuação fiscal, não sendo os arquivos validados e aceitos à época da análise fiscal.

Na sequência, invoca o art. 20, inciso III, da Lei Estadual nº 16.469/09 para argumentar que o lançamento em tela está evitado de vício que diretamente derruba por completo os demonstrativos apresentados pelos agentes fiscais. Pondera que são demonstrativos apurados com base em arquivos magnéticos não relativos às efetivas operações da recorrente à época da autuação; que os levantamentos fiscais foram realizados com base em arquivos magnéticos rejeitados pela Secretaria de Estado da Fazenda de Goiás; que viu completamente comprometida sua intenção em levantar demonstrativos contraditórios, posto que qualquer levantamento que fizesse seria com base nos arquivos que efetivamente enviou e foram aceitas pela Secretaria de Estado da Fazenda, arquivos esses

totalmente diferentes dos utilizados pela fiscalização, não sendo possível fazer base comparativa e por isso requer sua exclusão do polo passivo da lide em concomitância com a nulidade do auto de infração ou, na impossibilidade, a reforma da decisão singular para considerá-lo improcedente.

Em seguida, acosta aos autos os comprovantes de regularidade de entrega de arquivos magnéticos (fls. 200/205).

Resolução cameral de fls. 210 determina, com base na inexistência de comprovante de entrega ao sujeito passivo da mídia anexada às fls. 151 e em obediência ao disposto no art. 4º da Instrução Normativa nº 916/08-GSF, o encaminhamento dos autos à Delegacia Fiscal de origem para que o autor do despacho de fls. 153 tome as seguintes providências:

1) informar se entregou pessoalmente a mídia anexada às fls. 152 diretamente ao sujeito passivo, e caso seja verdade, proceder a juntada ao processo do respectivo comprovante de entrega; que em caso contrário, ou seja, se apenas juntou a mídia ao processo e o encaminhou à julgadora singular, conforme o despacho de fl. 153, bem como informe esta circunstância para que a entrega da mídia seja feita pelo órgão próprio deste Conselho Administrativo Tributário fins de saneamento processual.

2) Verificar a possibilidade de inserção no Sistema de Auto de Infração dos relatórios de auditoria contidos na mídia anexada às fls. 152 e após, o retorno dos autos à esta Câmara, para prosseguimento no feito.

Concitada, a delegacia em questão manifesta-se às fls. 212 para informar que cumpriu com o item 01 da resolução nº 156/2001, conforme comprovante de fls. 155; que em relação ao item 02, não foi possível fazer a inserção no Sistema do Auto de Infração dos relatórios de auditoria contidos na mídia anexada às fls. 152 visto que o próprio sistema impede em razão do sujeito passivo ter sido previamente notificado.

Nova resolução cameral de fls.222, tendo em vista os argumentos passivos esgrimidos no auto de infração nº 4 0111002 805 17, no sentido de que há duplicidade parcial do lançamento consubstanciado no presente processo com lançamento formalizado no auto de infração nº 4 0111002 805 17, resolve em relação ao exercício de 2008, converter o presente julgamento em diligência junto à Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia, a fim de que seja designado agente do fisco estranho à lide para promover a revisão do presente processo em conjunto com o auto de infração nº 4 0111002 805 17, procedente à exclusão das eventuais exigências em duplicidade.

A Delegacia Regional de Fiscalização manifesta-se às fls. 224/225 para informar que realizou a revisão do presente feito juntamente com o Processo Administrativo Tributário relativo ao auto de infração nº 4 0111002 805 17, no qual procedeu-se a exclusão dos valores atuados em duplicidade no período de 01/07/2008 a 31/12/2008.

As partes são intimadas às fls. 227/228, entretanto não se manifestam em tempo hábil (fls. 228/229).

A terceira câmara julgadora decide, por unanimidade de votos através da resolução nº 134/2012 (fls.231), com base na arguição do sujeito passivo, constante do memorial de fls. 169/199, de que parte do trabalho fiscal foi realizado com base em arquivos magnéticos entregues, mas “rejeitados por duplicidade” e de outros erros que comprometeriam a auditoria realizada e ainda, considerando-se que grande parte dos recibos SINTEGRA colacionados, refere-se a arquivos com situação “Rejeitado por duplicidade”, converter os presente autos em diligência à Gerência Especial de Auditoria para que:

a) um dos autores do procedimento fiscal se manifeste quanto às alegações do sujeito passivo, esclarecendo quais arquivos magnéticos foram considerados na auditoria fiscal, se apenas os arquivos aceitos formalmente pelo sistema ou, como alega a autuada, os arquivos “rejeitados por duplicidade”, devendo, ainda prestar outras informações que julgar necessárias para o deslinde das questões materiais relativas ao presente processo

b) intimar o sujeito passivo do resultado da diligência para que este se manifeste no prazo legal.

Intimado através do documento de fls. 236, para que apresentasse em arquivo os registros do subtipo 60I, relativos às saídas de mercadorias registradas nos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal, o sujeito passivo manifesta-se às fls. 238 para informar que não poderá atender ao que lhe foi requisitado. Informa que seus sistemas de dados eletrônicos não estão aptos a gerar os arquivos solicitados em tempo hábil.

A Gerência Especial de Auditoria manifesta-se às fls. 239/240 para contraditar os argumentos passivos. Após breve explicação sobre o funcionamento do sistema eletrônico de dados, aduz que as afirmações mencionadas pela recorrente estão equivocadas quanto ao quesito rejeição por duplicidade da entrega de arquivo digital; que o argumento foi absolutamente preciso, bastando verificar os registros contidos na fita detalhe anexada aos autos que demonstram de maneira fatídica as informações enviadas pelo contribuinte, conforme comprovam os recibos – SINTEGRA – com o resumo dos registros do arquivo tipo 60I, corroborando também a quantidade destes registros, (anexos fls. 90 a 112).

Após, contradiz o sujeito passivo em relação à afirmação dos meses auditados com arquivos aceitos formalmente e que foram retificados antes da autuação. Argumenta que, no caso deste contribuinte, ao se iniciar a auditoria das alíquotas, percebeu-se que era impossível realizá-la apenas com base nas informações fornecidas pelo arquivo tipo 60R que informa tão somente os valores totais mensais das mercadorias registradas nos ECF, então para que se verificassem os registros por item, foi solicitada a entrega do arquivo 60I, nos termos contidos na Instrução Normativa nº 632/08 – GSF.

Assevera que todos os levantamentos foram criteriosamente analisados e pautados dentro dos ditames previstos na legislação tributária vigente e que as diferenças apuradas podem ser facilmente comprovadas conforme os registros dos itens com a respectiva carga tributária e ou situação tributária nas bobinas que contém a fita detalhe (amostragem anexa) e que representam a 2ª via de todos os documentos emitidos pelos Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais.

Por fim, o relatório gerencial salienta que foi emitida nova notificação fiscal para que fossem apresentados os registros do subtipo 60I para que se pudesse compará-lo com os registros do arquivo anteriormente fornecido, mas que o pleito não fora atendido em virtude de um pedido de adiamento feito pela própria empresa e concedido pelo fisco; que após o transcurso deste prazo, o fisco foi informado da impossibilidade do atendimento dessa demanda em virtude de inadequação técnica dos sistemas de processamento de dados do recorrente; que em virtude dessas omissões, a gerência reafirma com convicção a existência de omissão do ICMS, em virtude das diferenças verificadas nos levantamentos concernentes a Auditoria de Alíquotas.

Intimadas às fls. 243/244 para que se manifestassem acerca das notas explicativas de fls. 239/240, as partes quedam-se silentes (doc. fls.245).

Tempestivamente, o sujeito passivo comparece aos autos e colaciona o memorial de fls. 254/257 para reforçar as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa.

Reitera o argumento de que o auto de infração é impreciso; que os agentes fiscais deixaram de observar fato essencial em seu trabalho, qual seja, a execução dos trabalhos de auditoria fiscal sob arquivos magnéticos rejeitados pela Secretaria da Fazenda deste Estado; que ao analisar os documentos de fls. 89 a 118, observou que senão pelos recibos relativos aos meses de julho/2006, setembro/2008, outubro/2008, novembro e dezembro, ambos de 2008, todos os outros meses analisados com base nos arquivos magnéticos entregues foram rejeitados por duplicidade; que em relação aos meses em que a auditoria pautou-se em arquivos aceitos formalmente (julho, setembro, outubro, novembro e dezembro, todos de 2008), nota a recorrente que tais arquivos foram retificados anteriormente à autuação fiscal, não sendo os arquivos validados e aceitos à época da análise fiscal.

Assevera ainda que na revisão, o auditor bem como o revisor informam que tal fato, análise sobre arquivos rejeitados por duplicidade) em nada interfere no resultado do trabalho; que o próprio revisor cai em contradição ao afirmar que o arquivo rejeitado em duplicidade pode ou não conter alterações quando comparado como efetivo arquivo aceito; para fundamentar sua tese, reproduz trecho da nota explicativa de fls. 239; que o revisor não observou que o que se questiona não é se em seu trabalho inicial foram utilizados como base da autuação, os arquivos rejeitados por duplicidade, arquivos estes que o próprio revisor indica que podem ou não corresponder ao arquivo originalmente enviado.

E, por último, argumenta que o vício contido no auto de infração é insanável, não passível de qualquer correção, qual seja a realização do trabalho fiscal sobre arquivos magnéticos que não correspondem aos legalmente capazes para os trabalhos da fiscalização. Ao final, invoca o inciso III, do artigo 20, da Lei Estadual nº 16.469/09 para reiterar o pedido de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, bem como, na impossibilidade, a reforma da decisão singular para julgá-lo improcedente.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano devo rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, ambas arguidas pelo sujeito passivo, por entender inexistirem os aludidos vícios suscitados.

De fato, a questão relativa a essas nulidades fora resolvida anteriormente pelo próprio julgador singular, que às fls. 167 assim se manifestou, *"in verbis"*:

"Analisando os autos e especialmente a auditoria constante do arquivo digital anexado aos autos, observamos que assistia razão às alegações da parte passiva, pois faltavam os demonstrativos analíticos em relação a vários períodos referidos no lançamento.

Com o objetivo de sanar a irregularidade e descaracterizar as hipóteses de insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, os autos foram encaminhados aos atuantes com a determinação de juntada de todas as planilhas analíticas, em meio digital, referente a todos os períodos que compõem o lançamento. Em seguida, a intimação original, concedendo inclusive o direito de pagar o crédito tributário com a redução do artigo 171 do CTE.

O procedimento fiscal foi corretamente complementado conforme se vê às fls. 152/155 dos autos. Os sujeitos passivos foram intimados e não se apresentou impugnação complementar. Somente juntou substabelecimento à advogada identificada às fls. 161, e pedido de que todas as intimações lhe sejam endereçadas". (grifo nosso)

Após o breve relatório, o douto julgador singular exarou a seguinte decisão, "verbatim":

"Após o cumprimento diligência de fls. 151, foram sanadas as omissões que causavam insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa da parte passiva.

Nesta oportunidade, o lançamento se encontra nos termos definidos na lei, uma vez que, ao auto de infração foram anexados demonstrativos e levantamentos, em meio magnético, que fundamenta a exigência tributária em relação a todos os períodos relacionados ao auto de infração.

Diante disso, deixo de acolher o pedido de nulidade considerando que não há nesta oportunidade, as hipóteses de insegurança na determinação da infração nem de cerceamento ao direito de defesa."

Pois bem doutos colegas conselheiros, após ler as considerações acima e cotejá-las com o que as partes argumentaram nas peças impugnatórias, vejo que razão assiste ao julgador singular quando rejeitou as aludidas preliminares, pois além de agir dentro da lei promoveu o saneamento preventivo do feito, eliminando todos os vícios que poderiam levar o auto de infração para a vala da nulidade.

Assim concluí que, uma vez retificado o levantamento fiscal, com a eliminação dos vícios que o próprio julgador singular houvera reconhecido de antemão e tendo o sujeito passivo sido intimado para que apresentasse nova impugnação, o lançamento fiscal estaria a salvo e abrigado contra quaisquer tipos de vícios, limitando-se a lide apenas quanto á apreciação do mérito. Nesse diapasão devo acrescentar que o recorrente mesmo tendo sido cientificado para apresentar nova impugnação, não o fez.

Feita a devida digressão, verifico que o sujeito passivo, em sede de recurso voluntário volta à carga para reiterar as referidas preliminares, porém supedaneadas em outros argumentos e fatos, senão vejamos:

“É de se notar que o julgador singular, em detrimento da verificação do vício constante no presente PAT, notificou os auditores fiscais autuantes para que complementassem o presente PAT com a inclusão dos demonstrativos cuja ausência foi identificada pela Recorrente.

Ora, é claro o vício existente que deveria ser imediatamente considerado pela autoridade monocrática. Vejam o disposto no artigo 20, incisos III e IV e § 3º da Lei nº 16.469/09 (grifo nosso).

[...]

Não restam dúvidas que o procedimento adotado pelo julgador singular não é consoante às disposições previstas na legislação processual. Os demonstrativos até então inexistentes não constavam nos processos e, portanto, não haviam elementos suficientes para que a infração fosse claramente definida. Buscou o julgador corrigir o procedimento de ofício, trazendo ao processo elementos que não constavam.”

Mais à frente observo com surpresa nova rearguição das mesmas nulidades mas agora com o argumento de que o auto de infração encontra-se parte embasado em informações contidas em arquivos magnéticos rejeitados por duplicidade e a outra parte por arquivos aceitos formalmente, porém retificados anteriormente à autuação fiscal, não sendo os arquivos validados e aceitos à época da análise fiscal.

Ora, Doutos Colegas Conselheiros, ao contrário do que obtempera o insígne representante legal da empresa, todo o procedimento adotado pelo ilustre julgador singular está em perfeita sintonia com a lei processual, invocada inclusive pela recorrente. Por oportuno reproduzo-a abaixo, porém com o acréscimo do § 2º, ‘*in verbis*’;

“Art. 20. São nulos os atos praticados:

[...]

§ 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.”

Ante o exposto e considerando-se o fato de que as providências foram cuidadosamente tomadas antes do julgamento singular, para que se possibilitasse a ampla defesa do sujeito passivo, que foi devidamente cientificado em tempo hábil das alterações, considero que o feito encontra-se em total harmonia com o ordenamento jurídico tributário pátrio, o que deita por terra as aludidas preliminares de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa.

E por último, quanto aos argumentos de nulidade por informações contidas em arquivos magnéticos rejeitados por duplicidade e daquelas contidas em arquivos aceitos, porém, retificados anteriormente à autuação, não sendo aqueles validados e aceitos à época da análise fiscal, devo dizer que a Resolução Cameral de nº 134/2012 de fls.231, que deu origem às consequentes Notas Explicativas de fls. 239/240, esclareceu com a devida propriedade as contradições apresentadas pelo sujeito passivo. Por oportuno, transcrevo parte das notas exaradas pelo insigne revisor Luiz José da Silva, para adotá-las como razão de decidir, “*ipsis litteris*”

“Nas alegações preliminares da recorrente, em relação ao item 1, compete-nos informar que:

Quando o contribuinte gera as informações através do TED, que é enviado via portal (Rio Grande do Sul), recebe no momento um protocolo/recibo de recepção e após quarenta e oito (48) horas no máximo, os dados já estão processados na UF Goiás e podem ser consultadas, sendo que neste momento aparece a informação de REJEIÇÃO OU ACEITE, de conformidade com o artigo 5º da Instrução Normativa nº 932/08-GSF.

Ao enviar a primeira vez com a finalidade – NORMAL – a situação acusada será sempre – ACEITO FORMALMENTE – enaltecendo a importância de afirmar que se este mesmo arquivo for enviado novamente com a finalidade – NORMAL – é óbvio que a situação indicada será – REJEITADO POR DUPLICIDADE – independente de tenha sofrido alterações ou não nos dados enviados.

Agora, quando a finalidade se tratar de – RETIFICAÇÃO TOTAL DO ARQUIVO – a recepção fatalmente ocorrerá apresentando também a mensagem – ACEITO FORMALMENTE – e isso é preciso que fique bastante claro que não foi o caso dos – ARQUIVOS REJEITADOS – conforme comprovante (fls.200).

Entendemos que as afirmações mencionadas pela recorrente estão equivocadas quanto ao quesito rejeição por duplicidade da entrega de arquivo digital e que o lançamento foi absolutamente preciso, bastando verificar os registros contidos na fita detalhe anexa aos autos, que demonstram de maneira fatídica as informações enviadas pelo contribuinte, conforme comprovam os recibos – SINTEGRA – com o resumo dos registros do arquivo tipo 60I, corroborando também a quantidade destes registros, (anexos fls. 90 a 112).

Em relação à afirmação dos meses auditados com arquivos aceitos formalmente e que foram retificados antes da autuação, é preciso esclarecer que, no caso deste contribuinte, quando iniciamos a auditoria das alíquotas percebemos a impossibilidade de realizá-la com base nas informações fornecidas pelo arquivo tipo 60R que informa tão somente os valores totais mensais das mercadorias registradas no ECF, então para verificar os registros por item, solicitamos a entrega do arquivo tipo 60I, nos termos do artigo § 6º, artigo 3º da Instrução Normativa nº 632/08-GSF (fls. 90 a 112).

Todos os levantamentos efetuados foram criteriosamente analisados e pautados dentro dos ditames previstos na legislação tributária vigente e as diferenças apuradas podem facilmente ser comprovadas conforme os registros dos itens com a respectiva carga tributária e ou situação tributária nas bobinas que contêm a fita detalhe (amostragem anexa) e que representam a 2ª via de todos os documentos emitidos pelos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal – ECF.

Finalmente emitimos uma nova notificação solicitando do contribuinte a apresentação em arquivo dos registros do subtipo 60I para compararmos com os registros do arquivo anteriormente fornecido, mas a pedido (anexo) do contador representante da empresa, Sr. Cássius Pimenta Rodrigues, concedemos mais de 10 (dez) dias de prazo cumprimento da notificação e que após esse prazo, com o retorno do técnico habilitado a nos atender, Sr. Marcos Batista, funcionário responsável pelo Sistema Eletrônico de Processamento de Dados da empresa, fomos oficialmente informados da impossibilidade de cumprimento da notificação nº 003/2013, em razão de se tratar de um programa obsoleto e que fora substituído por outro, além de outras considerações, deixando de cumprir o que foi solicitado pelo fisco e que independente de uma nova apresentação do arquivo contendo os registros ora mencionados, não ter sido gerado e nem apresentado ao fisco, reafirmamos com convicção a existência de omissão do ICMS, em virtude das diferenças verificadas nos levantamentos concernentes a – AUDITORIA DE ALÍQUOTAS. “

Doutos Conselheiros, após a detida leitura deste conteúdo, concluí que todo o procedimento está de acordo com a lei (artigos 8º da Lei Estadual nº 16.469/09 e 142 do CTN) e que ao sujeito passivo foram endereçadas todas as oportunidades previstas em lei para que o mesmo pudesse exercer seu legítimo direito de defesa. Este, em contrapartida, nada trouxe de concreto que pudesse ilidir na íntegra a pretensão estatal inicial, apegando-se desde o início em demolir o lançamento apenas com base em questões processuais. Melhor teria feito, se tivesse colacionado aos autos, documentação probante que invertesse o ônus da prova, porém como não o fez, sujeita-se aos desígnios da lei.

E, por último, mas não menos importante, o douto representante legal do sujeito passivo envereda, na contradita ou memorial de fls. 254/257, mais uma vez pelo terreno das nulidades ao argumentar que o trabalho fiscal está viciado de

forma insanável e irremediável, consoante o previsto no artigo 20, inciso III, da Lei Estadual nº 16.469/09.

Para fundamentar sua tese, argumenta que no item 4 de fls. 255, que na revisão efetuada o revisor informa que o fato ou seja a análise sobre arquivos rejeitados por duplicidade, em nada interfere no resultado do trabalho e posteriormente, aduz que o próprio afirma que o arquivo rejeitado em duplicidade pode ou não conter alterações quando comparado com o efetivo arquivo aceito e constante nas bases da Sefaz.

Doutos Colegas Julgadores, vez que o sujeito passivo ainda suscita dúvidas quanto a atuação fiscal que, como já se sabe, está perfeitamente dentro da lei, devo repetir o que foi considerado pelo ínclito auditor revisor e que põe um ponto final nesta questão. Transcrevo-o novamente abaixo, o trecho que trata desta questão, “ verbis”

“Nas alegações preliminares da recorrente, em relação ao item 1, compete-nos informar que:

Quando o contribuinte gera as informações através do TED, que é enviado via portal (Rio Grande do Sul), recebe no momento um protocolo/recibo de recepção e após quarenta e oito (48) horas no máximo, os dados já estão processados na UF Goiás e podem ser consultadas, sendo que neste momento aparece a informação de REJEIÇÃO OU ACEITE, de conformidade com o artigo 5º da Instrução Normativa nº 932/08-GSF.

Ao enviar a primeira vez com a finalidade – NORMAL – a situação acusada será sempre – ACEITO FORMALMENTE – enaltecendo a importância de afirmar que se este mesmo arquivo for enviado novamente com a finalidade – NORMAL – é óbvio que a situação indicada será – REJEITADO POR DUPLICIDADE – independente de tenha sofrido alterações ou não nos dados enviados.

Agora, quando a finalidade se tratar de – RETIFICAÇÃO TOTAL DO ARQUIVO – a recepção fatalmente ocorrerá apresentando também a mensagem – ACEITO FORMALMENTE – e isso é preciso que fique bastante claro que não foi o caso dos – ARQUIVOS REJEITADOS – conforme comprovante (fls.200).

Entendemos que as afirmações mencionadas pela recorrente estão equivocadas quanto ao quesito rejeição por duplicidade da entrega de arquivo digital e que o lançamento foi absolutamente preciso, bastando verificar os registros contidos na fita detalhe anexa aos autos, que demonstram de maneira fatídica as informações enviadas pelo contribuinte, conforme comprovam os recibos – SINTEGRA – com o resumo dos registros do arquivo tipo 60I, corroborando também a quantidade destes registros, “(anexos fls. 90 a 112).

Ante o exposto e considerando-se que os agentes autuantes trabalham estritamente dentro da lei, estou convencido de que os argumentos do sujeito passivo não devem prosperar pelas razões acima expostas.

Fica então, mais uma vez a pergunta, agora endereçada ao douto representante legal do contribuinte: Por que razões até o presente momento o sujeito passivo nada traz aos autos que possa ilidir a pretensão fiscal inicial, em

obediência ao Princípio da Verdade Material? Onde estão os arquivos requisitados ao sujeito passivo, pelo fisco, que poderiam eventualmente mitigar a acusação fiscal? Por que ao invés de apresentar provas materiais de que não teria praticado a infração estampada na basilar, insiste na desqualificação do trabalho fiscal via nulidades, mesmo que o auto de infração encontre-se revestido das condições formais e materiais para afirmar a procedência do crédito tributário?

Face ao exposto, e por estar absolutamente convencido que a fiscalização agiu com a lisura que lhe é peculiar, voto com meus pares para rejeitar as aludidas preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, arguidas pelo sujeito passivo.

Quanto a preliminar de exclusão da solidária [...], do polo passivo da lide, arguida pela parte, em relação ao ônus da multa por ação fiscal havida no crédito tributário devo acolhê-la, com fulcro no *caput* do artigo 45 do CTE que prevê a aplicação do instituto da solidariedade tributária apenas nos casos em que há omissão do imposto. Com efeito, não é de se estranhar que a Fazenda Pública Estadual – FPE tenha requerido sua reinclusão na lide, pois à época do fato gerador, o mesmo artigo 45 do CTE retrocitado, previa a aplicação da solidariedade nos casos de multa formal. Visto que tal dispositivo perdeu sua eficácia em 03/12/2008, e ao referido artigo foi dada nova redação em que a solidariedade se efetivaria apenas com relação ao descumprimento de obrigação tributária principal, mister se faz que excluir a citada sócia do rol dos coobrigados. Em decorrência, voto com a maioria dos meus pares para conhecer do de ofício, negar-lhe seguimento para excluir a citada solidária do polo passivo da lide.

No mesmo diapasão devo igualmente excluí-la do polo passivo da lide, no que tange a omissão do imposto, por entender que o sócio da pessoa jurídica não responde isoladamente pelo crédito tributário devido pela pessoa jurídica. Tanto que a sentença do Superior Tribunal de Justiça, a qual me espelhei, sobre este sentido sumulou:

“1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da agravante.

2. 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 comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que 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 de ex-sócio a esse título ou a título de infração legal, por meio de redirecionamento da execução fiscal. (STJ, 1ª T, AgRg no Resp 834404/RS, rel. Ministro José Delgado, DJ 31.08.2006,p.260).”

No caso em discussão, a Súmula do STJ resguarda a pessoa do sócio e somente nas situações aventadas é que estes poderão ser responsabilizados. Em

face ao procedimento da sócia, é pacífico que a sociedade não sofreu abalos de nenhuma ordem, tanto que a atividade mercantil continua operando de acordo com as regras da legislação tributária em vigor.

Portanto, visto que o fisco estadual não comprovou, até a presente data, que [...] tenha interesse comum na situação que constituiu o presente fato gerador ou que de outro modo tenha agido de maneira dolosa, fraudulenta, má fé ou via simulação ou que tenha agido com excesso de poderes, infração de contrato social ou estatutos, devo excluí-la do polo passivo da lide.

Dessarte, acompanhado da maioria de votos de meus pares, devo acolher a preliminar de exclusão da solidária [...] do polo passivo da lide por entender inexistirem provas de que tenha agido nos termos previstos pelos artigos 134 e 135, ambos do Código Tributário Nacional.

Na questão meritória considero que o feito deve prosperar. De fato, o sujeito passivo nada traz aos autos que possa desconstituir o presente crédito tributário. Após ler todas as peças processuais, verifico que o recorrente está a pugnar pela anexação futura de provas ou de demonstrativos que serviriam para comprovar não ter praticado a infração estampada na basilar, mas estes nunca aparecem. Em outro momento, alega dificuldades técnicas ou inadequações de seus sistemas e por fim, persevera na tese da insubsistência do feito em virtude de supostos vícios que o tornariam inseguro.

Face ao exposto, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

E, por último, mas não menos importante devo retificar a penalidade anterior para a prevista no artigo 71, inciso IV-A, do Código Tributário Estadual, por entender que esta é a penalidade que deve-se aplicar à situação fática que ora se analisa.

De fato, o referido dispositivo entrou em vigor em 29/12/2011 e por entender que o mesmo desonera em parte o valor da penalidade que lhe fora anteriormente cobrada, em decorrência da aplicação do Princípio da Retroatividade Mais Benigna, mister se faz necessário que ao sujeito passivo seja aplicada a nova cominação. Por esclarecedora, transcrevo-a abaixo, "*in verbis*":

"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;"

Em virtude do acima exposto, e acompanhado do voto de meus pares é que ajusto a penalidade anterior plasmada pelo artigo 71, inciso III, alínea "a" do Código Tributário Estadual para a prevista no mesmo diploma legal mas contida no artigo 71, inciso IV-A.

Sala das sessões, em 13 de setembro de 2013.

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

Matéria: EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - ECF -
Violação de memória fiscal - redução de vendas registradas (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01488/13

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Controle paralelo.

1. Pedido de Diligência. Rejeitado.

Os motivos apresentados para formulação do pedido de diligência são prescindíveis à solução da lide.

2. NULIDADE PARCIAL DOS AUTOS. DA DECISÃO SINGULAR. Rejeitada.

A preliminar de nulidade da sentença singular não prevalece haja vista a resposta ao sujeito passivo, embora de maneira sucinta, mas todas as questões foram apreciadas pelo julgador.

3. PEDIDO DE JULGAMENTO EM CONJUNTO COM OUTROS PROCESSOS. Rejeitado.

O processo que não está em julgamento em nada altera o crédito tributário do presente processo, além de considerar que um deles encontra-se em etapa posterior de julgamento.

4. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. Rejeitada.

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 não se verifica nestes autos.

5. PRELIMINAR DE INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. Rejeitada.

Não há nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, pois expostos com precisão os fundamentos do lançamento fiscal.

6. MÉRITO. Procedente.

Presume-se decorrente de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de

mercadorias, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais. (art. 25, § 1º, VI da Lei n.º 11.651/91).

7. EXCLUSÃO DO SOLIDÁRIO DA SUJEIÇÃO PASSIVA. Rejeitada.

A pessoa expressamente designada por lei é mantida na sujeição passiva, na condição de responsável solidário com o contribuinte.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 18 de julho de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, não acolher o pedido de diligência, formulado pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz e Antônio Martins da Silva. E, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar parcial de nulidade da sentença singular, arguida pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz e Antônio Martins da Silva. Também, por votação unânime, rejeitar o pedido de julgamento em conjunto com os processos nºs 4 0110022 005 78, 4 0110007 717 30 e 4 0110008 492 75, solicitado pela atuada. Por votação unânime, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa, arguidas pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz e Antônio Martins da Silva. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, mantendo a penalidade capitulada. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Paulo Diniz e Antônio Martins da Silva. E, também, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos sujeitos passivos solidários [...], [...], [...], [...] e [...] da lide, arguida pela atuada.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo reduziu o montante das vendas registradas nos equipamentos emissores de cupom fiscal em uso no estabelecimento, conforme termos de apreensão 11001118095 e 11001167034, ao violar a memória fiscal, segundo laudo da lacradora e demais documentos anexos. Em consequência pagar o ICMS, multa e demais acréscimos legais.

O crédito tributário, num primeiro momento, foi considerado procedente pelo julgador singular, o qual foi confirmado em decisão cameral.

Contudo, o Conselho Pleno, anula o auto desde a sentença singular, por entender que “a manifestação do julgador singular foi por demais resumida no que diz respeito à necessidade da apreciação de cada uma dessas preliminares de forma destacada”, acolhendo o pleito do sujeito passivo, conforme recurso interposto.

Assim, nova decisão é proferida, conforme fls. 708/712.

Devidamente intimados, os sujeitos passivos interpõem recurso buscando, outra vez, a nulidade da última sentença proferida, dado que não analisou todas as matérias impugnadas. Além disso, pede a exclusão dos solidários, aplicando o art. 135 do CTN, especialmente [...], [...] e [...], pois não integrava o quadro societário da empresa à época da lavratura do auto de infração.

Continua, agora, sustentando a nulidade do auto de infração, pois o levantamento é impreciso, dada a impossibilidade de verificação das alíquotas aplicadas para se chegar ao valor do ICMS cobrado, deixando de apresentar a relação das mercadorias autuadas e sua forma de tributação, assim como não especificou o lucro bruto aplicado, observando que o arquivo magnético entregue não contém o banco de dados, o que caracteriza cerceamento ao direito de defesa. Prossegue, há insegurança na determinação da infração, em virtude da capitulação incorreta da penalidade, pois a específica seria art. 71, inciso VII, alínea “I”, da Lei 11.651/91, ressaltando que não houve motivação do julgador singular em relação a essa matéria. Volta a salientar que “*não foi juntado ao processo administrativo o próprio banco de dados e seus arquivos magnéticos*”.

Quanto ao mérito, informa que pretende provar o alegado, requerendo diligência para realização de nova auditoria e juntada do banco de dados.

Mais adiante, os recorrentes requerem a juntada de laudo pericial extrajudicial, com intuito de demonstrar que o banco de dados analisado pela autoridade fiscal não é o mesmo contido na mídia que encontra nos autos, havendo desconformidade entre as informações impressas e a mídia. Nessa oportunidade requer realização de julgamento conjunto com demais processos de mesma natureza, reafirmando o pedido de deferimento de diligência para certificar a divergência assinalada pelo assistente contábil.

A diligência foi determinada, via resolução, fls. 763/764, retornando os autos com a informação às fls. 765 em diante.

O sujeito passivo ao manifestar sobre o resultado da diligência, assinala que essa ficou prejudicada, pois o exercício analisado, na revisão, foi 2009, enquanto o lançamento é de 2008, o que se configura, ainda, pelo o outro item relativo a cupom com COO (0), ou (zero) ou (null). Ademais, a incongruência da informação prestada pela revisora em relação ao desinteresse da fraude, para efeito do lançamento, quando a descrição do fato a releva. Outra contradição diz respeito ao documento juntado pela revisora fls. 789 em relação ao de fls. 66, destacando a juntada de outro laudo pericial, apontando que no confronto de dados, os autuantes não levaram em consideração as informações contidas do tipo 50 do SINTEGRA, requerendo diligência a ser realizada por fiscal estranho à lide.

Ainda, em sustentação oral, o procurador da parte passiva acresce a manifestação de que os equipamentos lacrados não foram os periciados, ressaltando a impossibilidade de o técnico da fabricante do equipamento emitir parecer em 30.10.2009 para equipamento apreendido em 29.10.2009.

DECISÃO

É preciso esclarecer inicialmente que, conforme certifica-se nos autos, o procedimento de lançamento do presente crédito tributário, aconteceu considerando, num primeiro momento, a ação fiscal de apreensão dos equipamentos existentes na empresa, por equipe especializada do setor de automação da Fazenda, conforme extratos dos termos de apreensão às fls. 56 e 57, estando registrado como motivo do procedimento o seguinte: *“nos termos do art. 147, inciso III da Lei 11.651/91 procedemos a apreensão dos itens abaixo para apurar a irregularidade fiscal da operação, os objetos foram ensacados e lacrados na presença do sócio da empresa, para posterior deslacrção.”* Depois, num segundo momento, após a deslacrção, é que ocorreu a apuração do controle paralelo (caixa dois) extraído do banco de dados desses equipamentos frente ao registrado no cupom fiscal, fiscalização realizada por outra equipe de auditores, agora da Delegacia Fiscal de Jataí.

Com isso, o presente procedimento de fiscalização chamado de controle paralelo de vendas refoge ao usualmente verificado, pela fiscalização, para efeito de constituição do crédito tributário, pois ficou configurada uma alteração no equipamento, em si, de maneira que emitia o cupom fiscal, mas por alteração no hardware, não ficava nada registrado na memória fiscal, a qual controla a tributação.

Essa fraude está por demais comprovada nos autos, senão vejamos alguns textos extraídos dos laudos técnicos existentes aos autos, fls. 59 em diante, da empresa BEMATECH:

“Após a abertura dos mecanismos impressores e acessadas as placas internas do mecanismo impressor, chamou a atenção a existência de fios soldados interligando os pinos do conector de gaveta da placa controladora de impressão aos pinos do conector de comunicação da mesma placa controladora de impressão (ver fig. 02), além da inclusão de componentes tais como relê e resistores não original ao produto (ver fig. 01 e fig. 03).”

[...]

Os fios associados, aparentemente, permitem através do conector externo da gaveta de dinheiro, comunicar diretamente com o mecanismo impressor da EPSON sem os devidos controles fiscais a que o equipamento emissor fiscal (ECF), através da placa controladora fiscal, se propõe originalmente. A possibilidade neste caso é de impressão de documentos sem o devido controle fiscal pressupõe a existência de programa aplicativo externo ao ECF para comandar e simular a emissão de um documento fiscal diretamente no mecanismo impressor.”

Assim, até por sugestão da Bematech, veio aos autos o laudo técnico da EPSON, no qual demonstra e explica a alteração de hardware por ela não autorizada, consignando um circuito extra adicionado ao mecanismo impressor, de maneira que *“o mecanismo passa a ter dois canais de comunicação, sendo que*

quando funciona um o outro fica inativo” e, “ao finalizar a comunicação o canal serial normal volta a ficar habilitado automaticamente.”

Esse fato é reconhecido pela própria autuada, senão vejamos o que consigna às fls. 728:

“No caso, os sócios [...] e [...] não praticaram atos ilícitos. Em verdade, foram os sócios vítimas de uma empresa estelionatária que simularam a venda de um programa voltado para organização e planejamento tributário da sociedade empresária.

O contrato anexo revela que os sócios adquiriram da empresa “[...] Ltda” o programa denominado “Planej’AR”. O produto foi apresentado e vendido aos Recorrentes pelo Sr. [...], vulgo “Paulinho”, que se expunha como representante legal da referenciada empresa, o qual, inclusive, foi quem procedeu a retirada dos equipamentos para instalação do suposto programa.

Ao contratarem referido produto, acreditaram os sócios estarem lidando com empresa idônea que prestaria serviço de “Planejamento Tributário”, com vistas ao efetivo controle de todos os tributos pagos pela sociedade empresária. A constatação de que foram vítimas de fraude somente foi constatada pelos sócios através da autuação fiscal.”

Desse modo, não resta dúvida quanto à violação da memória fiscal ou de trabalho, segundo noticiado na descrição da ocorrência feita no auto de infração, o que caracteriza utilização de forma irregular do equipamento, com isso, resolvendo a questão relacionada à aplicação da penalidade, uma das matérias alegadas pelo recorrente, devendo permanecer a capitulada no auto de infração por ser a mais específica, ou seja, art. 71, inciso XII, alínea “a”, item 5, § 9º, inciso I, da Lei 11.651/91:

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XII - equivalentes aos percentuais de:

a) 50% (cinquenta por cento) do valor da operação ou prestação:

[...]

5. não registrada em livro próprio, em decorrência da utilização de forma irregular de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF, não podendo ser inferior a R\$ 10.803,63 (dez mil oitocentos e três reais e sessenta e três centavos) por equipamento;

[...]

§ 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;

É bem de ver que isso também resolve e explica a informação prestada pela revisora às fls. 769, ou seja: *“O objetivo da auditoria foi verificar a existência de venda no Banco de Dados analisado superiores àquelas declaradas, conforme citado no relatório às fls. 131, item quatro, volume I. **Não interessou ao auditor fiscal, neste momento da apuração do “Caixa dois” se houve fraude em ECF ou não.** O que se buscou foram as vendas efetuadas e não registradas. A diferença encontrada, conforme relatório de fls. 134 a 137, Volume I, foi objeto do presente auto de infração.”*

Não se pode extrair dessa informação de que não houve fraude no ECF de maneira a caracterizar contradição na acusação, causando insegurança na determinação da infração como sustentando na impugnação apresentada em resposta à diligência efetivada.

E aqui, antes de avançar na árdua tarefa de redação do acórdão, é importante esclarecer que os equipamentos apreendidos e lacrados foram periciados, de maneira a extrair os dados concernente ao controle paralelo, haja vista o que se encontra nos termos de apreensão, lacração e deslacração constante dos autos.

Conforme certidão foi rejeitado o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, especialmente o último, pertinente à análise do registro tipo 50 do SINTEGRA, já que o primeiro foi atendido, retornando os autos com esclarecimento constante às fls. 765 em diante.

O pedido de diligência para consideração do tipo 50, para efeito de abatimento na apuração do controle paralelo, não tem sentido, por referir-se a dados registrados em nota fiscal, material não objeto de análise pela fiscalização, ou seja, a fiscalização restringiu a comparação de dados do controle paralelo com o cupom fiscal, não se ocupando com análise de nota fiscal.

Quanto aos outros aspectos alegados no recurso interposto, motivadores da diligência, muito bem esclareceram as revisoras, anexando aos autos o material que, embora já juntados à época da fiscalização, agora melhor sintetizado, devendo transcrever parte, fls. 765, pois arreda a alegada insegurança na determinação da infração ou cerceamento ao direito de defesa, caracterizado pelo banco de dados, isto é:

“Quanto ao Banco de Dados utilizado para elaborar o levantamento:

Conforme relatório de restauração e abertura do Banco de Dados anexado pelo fiscal autuante, três backups foram analisados, ver folhas 124 do volume I. Notadamente para este Auto de infração que se refere ao exercício de

2009, foram utilizadas as informações contidas no backup denominado BKPMERC_3_1_13/01/2009, conforme citado às fls. 128 do mesmo relatório.

Ressaltamos aqui que este backup estava em CD apreendido no estabelecimento do Sujeito Passivo no dia 01/10/2009, conforme espelho do Termo de apreensão nº 107354-0 anexado às fls. 57 do Volume I. As informações contidas nos diversos CDs foram copiadas, autenticadas e assinadas pelo procurador do Sujeito Passivo, Sr. [...]. Todo o procedimento foi descrito no relatório, às fls. 113, item u, volume I.

O arquivo em questão faz parte da cópiagem relacionada no Aut_List008.txt que contém ao todo aproximadamente 29,9GB.

Serão anexados ao processo os seguintes documentos (e também fornecidas cópias aos sujeitos passivos):

- DVD contendo o arquivo "Citro5 2009-01-19 06.00.03.rar". O arquivo BKPMERC_3_1.bkp está dentro deste arquivo de compactação.

- Novo Relatório de Restauração e Abertura elaborado especificamente para a abertura do banco de dados em questão (Anexo 1 da Revisão).

- O Anexo 2 da Revisão contendo o Termo de Cópia e Autenticação de Arquivos Magnéticos, Aut_List008.txt, Aut_Vali.txt e demais documentos que comprovam a autenticidade do arquivo copiado no estabelecimento."

Com essa medida de diligência ficou confirmada a existência do banco de dados, a entrega da mídia ao sujeito passivo e dela consta o banco de dados extraído dos equipamentos apreendidos na empresa.

A essa altura a impertinência da diligência, conforme sustentado na manifestação do recorrente, fls. 845, relativamente ao exercício financeiro atuado (2008) e o revisado (2009), não se confirma, tratando-se de lapso manifesto, bastando, para isso, certificar o que consta às fls. 124 dos autos, quando indica o banco de dados analisados, especialmente o BKPMERC3_1_13012009, o qual refere-se ao exercício de 2008.

Com essa diligência também ficou resolvido pela inexistência de cupons com COO com numeração (0), ou (zero) ou (null) ou numeração negativa para o exercício de 2008.

Pode-se selar essa parte da fundamentação com o seguinte: o banco de dados obtido dos equipamentos fraudados e apreendidos na empresa trazia controle de venda de mercadorias que não foi levada à tributação. Tudo isso conforme mídia entregue ao responsável pela empresa, fls. 37.

Vejamos a partir de então o aspecto relacionado à nulidade da sentença singular, por não ter sido apreciadas todas as matérias alegadas em impugnação. Esse quesito já foi contemplado quando o Conselho Pleno anulou a decisão

singular, fls. 699/705. Mas ainda assim a defesa volta a manifestar contrariedade no tocante a nova sentença proferida, conquanto ressalta, especificamente, o item pertinente a ausência de motivação em relação à penalidade aplicada, contudo sem razão, senão vejamos o que consta na sentença às fls. 709:

“Nenhum reparo a fazer, no tocante à penalidade proposta, eis que a adequada para o ilícito fiscal ora denunciado, ...” Está sucinta, não resta dúvida, mas concedeu resposta à parte, o que atende ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Aspectos no tocante à solidariedade, cerceamento por imprecisão no levantamento, insegurança por capitulação incorreta da penalidade e ausência do tributo reclamado, igualmente foram enfrentados no decorrer da fundamentação da sentença de fls. 708/712, deixando explícito que a solidariedade decorre de lei, a falta de precisão do presente trabalho não foi identificada pelo impugnante, observando que já fora resolvida a fundamentação da penalidade, conforme acima indicado, estando confirmada a exigência do imposto na operação.

A obrigação do julgador é enfrentar a questão controvertida e fundamentar a decisão, e não analisar todos os argumentos da parte e debater todos os artigos de lei incidentes na espécie, sob pena de se transformar as decisões em tratados de hermenêutica.

O julgador não está obrigado a responder a cada um dos dispositivos legais em discussões expostas na razões de recurso, se bastantes os argumentos jurídicos a embasar seu conhecimento.

Portanto, o fundamento no qual amparou a decisão foi suficiente para o seu deslinde, pois examinou todas as questões postas, fixando o exame daquelas que bastaram para seu convencimento pela procedência do crédito tributário, analisando o fato frente à lei.

Assim, rejeitada a preliminar de nulidade parcial dos autos.

Vejamos o que diz o Decreto 6.930/09 em relação ao julgamento em conjunto de processos, §§ 5º e 6º do art. 7º:

Art. 7º A distribuição de processos aos Julgadores de Primeira Instância e aos Conselheiros deverá ser feita mediante sorteio e de forma equitativa, por meio de sistema informatizado aprovado por ato do Secretário da Fazenda.

.....

§ 5º O julgamento de processos em conjunto de que trata o inciso I do § 3º somente será determinado pelo órgão julgador se o processo que estiver em julgamento depender de outro que tramite na mesma fase processual ou anterior.

§ 6º A dependência a que se refere o § 5º considera-se verificada quando a alteração do crédito tributário relativa ao processo que não estiver em julgamento

implicar alteração do crédito tributário referente ao processo em apreciação ou ocorrer duplicidade de lançamentos.

O processo 4 0110008 492 75 já foi julgado pela Primeira Câmara Julgadora, conforme acórdão 1796/11, estando na etapa de julgamento no Conselho Pleno, no ato de classificação, portanto fase processual posterior.

Os demais processos requeridos para julgamento conjunto estão na etapa de julgamento em segunda instância no ato de diligência, ou seja, embora tratem da mesma matéria não tem interferência com o presente, não sendo dele dependentes.

Desse modo, por um motivo ou outro, não há permissivo legal para efeito de acolher o pedido de julgamento em conjunto dos processos indicados.

As teses que amparam as preliminares de cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, em virtude da fundamentação inicial, já foram afastadas, restando uma indicada como imprecisão e impossibilidade de verificação de alíquota, bem como a não apresentação da relação das mercadorias autuadas e forma de tributação, no momento da apuração feita pela fiscalização. Para tanto, deve-se voltar ao que consta no resumo do levantamento realizado, fls. 133 em diante, bem como o resumo das saídas registradas nos equipamentos ECF, por mês e por situação tributária, fls. 142/147, sem contudo deixar de apreciar todo o dado da mídia às fls. 12.

Ou seja, ao realizarem a comparação dos valores informados nos tipos 60A e 60R e o confronto entre valores de saídas realizados através de Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal fraudados, obtidos em Banco de Dados do Sujeito passivo e aqueles devidamente escriturados (valores informados nos tipos acima), as autoridades fiscais lançadoras, indicam expressamente as alíquotas aplicadas, trabalhando apenas com as mercadorias tributadas deixando as isentas, não tributadas e outras, indicando a base de cálculo, de maneira a concluir que sem razão a argumentação do recorrente neste sentido.

O controle paralelo, conforme indicado pelo relatório mensal de venda, contido no relatório descritivo da ação fiscal desenvolvida, dá conta da tabela saída por valor, portanto não está a indicar as mercadorias autuadas, observando que, por isso mesmo, não se trabalha com a aplicação de lucro bruto para atividade desenvolvida.

São dois os termos de apreensão juntados à época do lançamento, fls. 56 e 57, números 11001118095 e 11001167034, bem como as atas de deslacrção de equipamentos utilizados para automação fiscal, uma referindo ao dia 08/12/2009, quando trabalhou-se com os equipamentos apreendidos pelo primeiro termo de apreensão, fls. 72, datado de 29/10/2009, e outro do dia 28/01/2010, dando conta da continuidade aos trabalhos de investigação conforme Atas de Deslacrção em 22/10/2009; 12/11/2009 e 08/12/2009.

Na oportunidade da revisão foi apresentada a Ata de Deslacrção de equipamentos utilizados para automação fiscal, datada de 23/10/2009, fls. 789, que trabalhou com os equipamentos apreendidos pelo termo 11001167034, datado de 1º/10/09, portanto apenas apresentando mais suporte para efeito de comprovação da infração, da qual o sujeito passivo foi intimado.

Assim, pode-se concluir que o fato alegado pelo recorrente nesse sentido não constitui “incongruência informativa”, mas trata-se de material pertinente à instrução processual, dado que não há comparação do documento às fls. 66 ao 789.

Ademais, destaca-se que, muito embora relevado como elementos dos autos, os laudos ditos periciais, na verdade serviram de adendo aos argumentos da defesa, apenas, pois estão desvestidos de validade como laudos em si, por não estar comprovada a habilitação legal do seu subscritor na seara da informática.

Considerando a ideia de que ocorre o cerceamento ao direito de defesa somente 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 e a insegurança na determinação da infração quando não expostos com precisão os fundamentos do lançamento fiscal é que são rejeitadas todas as teses alegadas em relação a essas preliminares, pois não se concretizaram no decorrer do lançamento e nem nas etapas subsequentes.

Por resto, para afugentar qualquer irregularidade de natureza formal que pudesse fulminar o auto de infração, assim dispõe o § 3º do art. 20 da Lei 16.469/09:

Art. 20. São nulos os atos praticados:

[...]

§ 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.

Em relação ao mérito, em si, observa-se tratar da apuração do não pagamento integral do imposto devido na operação de saída em decorrência da intervenção no equipamento emissor de cupom fiscal, tudo devidamente apurado e lançado, apresentando suporte legal pelo que consta do art. 25, § 1º, inciso VI, da Lei 11.651/91 e art. 179, § 1º, do Anexo XI, do Decreto 4.852/97:

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;

[...]

Art. 179. O cupom fiscal a ser entregue ao consumidor final, qualquer que seja o seu valor deve conter, no mínimo, as seguintes indicações (Convênio ICMS 85/01, cláusula trigésima oitava):

[...]

§ 1º O contribuinte deve emitir o cupom fiscal e entregá-lo ao comprador ou consumidor, independentemente de solicitação deste.

E mais, sabe-se que a forma própria de realizar vendas é por meio da emissão do documento fiscal, com seu registro no livro e apuração do imposto, o que não ocorreu em relação às mercadorias constantes do chamado controle paralelo, o que está comprovado nestes autos. Por força do § 2º do art. 64 da Lei 11.651/91 o contribuinte é obrigado, no caso, a emitir cupom fiscal, assim:

Art. 64. O sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária.

[...]

§ 2º Os contribuintes do imposto e as demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigações tributárias, relacionadas com o ICMS, são obrigados a manter e escriturar os livros exigidos e a emitir documentos fiscais.

Acresce-se, ainda, art. 66 do citado diploma legal acima:

Art. 66. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar *sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos*.

A condição de sócios administradores da sociedade pessoa jurídica, nos termos do § 6º do contrato social, fls. 51, autoriza a responsabilidade pelo crédito tributário nos termos do art. 45, inciso XII da Lei 11.651/91 - CTE, de todos os arrolados, da seguinte forma:

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;

E aqui, ressalta-se que o fundamento de validade do dispositivo acima se dá pelo disposto no art. 124, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, assim:

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.

Portanto, não é o fato de ter sido tomada alguma expressão do art. 135 do Código Tributário Nacional para efeito da redação do art. 45, inciso XII, do CTE é que haja transmutação do fundamento de validade, ressaltando que aquele dispositivo trata-se da responsabilidade de terceiros.

Esclarece-se, por último, que o fato de alguns sócios se desligarem da sociedade em data posterior à lavratura do auto de infração, não autoriza sua exclusão da sujeição passiva, haja vista considerar sua condição de administrador na ocasião de ocorrência do fato gerador.

Posto isso, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para manter a sentença atacada tal como lançada, mantendo a procedência do crédito tributário, segundo a inicial, com manutenção dos solidários na sujeição passiva e rejeição de todas as preliminares arguidas e do pedido de diligência.

Sala das sessões, em 07 de agosto de 2013.

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

Matéria: ESTABELECIMENTO COM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR - Mercadoria sem documentação fiscal em estabelecimento em situação cadastral irregular (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02484/13

Relator: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ICMS. RECURSO DA FAZENDA PÚBLICA PARA O CONSELHO PLENO. MANUTENÇÃO DE MERCADORIAS EM ESTABELECIMENTO NÃO CADASTRADO. FATO GERADOR DO IMPOSTO. PRESUNÇÃO LEGAL ABSOLUTA. REFORMA DA DECISÃO CAMERAL. PROCEDÊNCIA.

A presunção legal (juris et de jure) procura estabelecer uma verdade jurídica, ao passo que a presunção relativa (juris tantum) constitui mera conjectura. Considera-se, de plano, irregular a situação fiscal de estabelecimento que não possua cadastro (art. 156 do CTE), ocorrendo o fato gerador do imposto no momento da constatação fiscal de existência de mercadorias ali depositadas (art. 14, IV do CTE).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de agosto de 2013, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, David Fernandes de Carvalho, José Paixão de Oliveira Gomes, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Márcio Nogueira Pedra, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Álvaro Falanque, Rickardo de Souza Santos Mariano, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana e Aguinaldo Fernandes de Melo que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

RELATÓRIO - RITO ORDINÁRIO - Processo nº 3021029273578

1. DESCRIÇÃO DO FATO

A acusação fiscal é a de que o sujeito passivo mantinha mercadorias tributadas e sem documentação fiscal, em estabelecimento em situação cadastral irregular, conforme o Termo de Apreensão nº 1100090770-9 e relação anexa. Fica sujeito ao pagamento do imposto além das cominações legais.

2. TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO E PENALIDADE PROPOSTA

São dados como infringidos os arts. 14, IV; 19, IX; 64; 66 e 156 da Lei 11.651/51 com art. 145, Decreto 4.852/97. A penalidade é a prevista na Lei 11.651/91 art. 71 inciso XII alínea "a" item 3 § 9º II redação Lei 14.058/2001.

3. COMPLEMENTAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO POLO PASSIVO

4. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO AUTO DE INFRAÇÃO

Termo de Apreensão de fls.04/05 Extrato de Termo de Apreensão Ativo/Homologado de fls.07 e Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica de fls.07.

5. INTIMAÇÕES / REFERÊNCIA À REVELIA

A autuada foi intimada em 06/12/06 por AR às fls.08/09 a pagar ou apresentar impugnação à Primeira Instância.

6. ALEGAÇÕES DE IMPUGNAÇÃO

Na impugnação às fls.11/12 ao auto de infração, o sujeito passivo alega que estava providenciando o cadastramento do estabelecimento que funcionava como depósito da matriz que é estabelecida à Avenida São Francisco, no Setor Santa Genoveva, nesta Capital.

Traz cópias das notas fiscais de aquisição em nome da matriz e cópia do Livro de Registro de Apuração do ICMS, alegando que o imposto foi pago por Substituição Tributária nos termos aplicáveis à microempresa.

Requer a improcedência da exordial.

7. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DA IMPUGNAÇÃO

Cópias de notas fiscais de fls.13/17; Requerimento de Empresário de fls.18; Registro de apuração do ICMS de fls.19/21.

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 dá guarida à argumentação do sujeito passivo e conhece da impugnação, dá-lhe provimento para julgar improcedente o lançamento de ofício.

Fundamenta sua decisão no sentido de que, ao analisar os documentos dos autos, vê-se, inclusive, que o auto de infração foi lavrado em nome da empresa matriz, pois menciona o CGC dessa.

As notas fiscais apresentadas conferem com a mercadoria apreendida e as datas de aquisição são compatíveis com o estoque encontrado; que a ação fiscal não relata os fatos reais verificados no momento da vistoria.

Lavrou-se o auto de infração apontando irregularidade mais grave do que realmente existia, qual seja: mercadoria acompanhada de documento fiscal encontrado em estabelecimento não cadastrado.

Diante disso, entende que assiste razão aos argumentos do contribuinte, uma vez provado que a mercadoria apreendida estava acompanhada de documento fiscal.

12. INTIMAÇÕES / REFERÊNCIA À PEREMPÇÃO

13. ALEGAÇÕES DE RECURSO (VOLUNTÁRIO OU EX-OFFICIO) / MANIFESTAÇÃO DE CONCORDÂNCIA DA FPE / IMPUGNAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA / CONTRADITA DO SUJEITO PASSIVO

A Fazenda Pública às fls.25/26 pelo Parecer nº 426, insurge-se contra a decisão singular e interpõe recurso para alegar que a decisão singular revela-se contrária às provas constantes dos autos; que as mercadorias não estavam acompanhadas por documentação fiscal; que a inscrição do sujeito passivo no Cadastro de Contribuintes do Estado de Goiás foi homologada em 25/10/2006; que a decisão é fruto de interpretação equivocada em relação às provas constantes dos autos. Requer a reforma da decisão singular para julgar procedente o auto de infração.

14. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO RECURSO / IMPUGNAÇÃO / CONTRADITA

A atuada foi intimada em 03/01/08 a apresentar contradita ao pedido de reforma formulado pelo Representante Fazendário, contra a decisão de Primeira instância.

Na contradita de fls.29/30 às razões da Fazenda Pública, o sujeito passivo reitera a argumentação inicial e acrescenta que todas as mercadorias constantes do Termo de Apreensão estão acompanhadas pelas respectivas notas fiscais.

Requer a manutenção da decisão singular para considerar improcedente o auto de infração.

Juntou-se aos autos os seguintes documentos: Espelho Cadastral às fls.312; Declaração de Firma Individual de fls.32 e cópia de Notas Fiscais às fls.33/34.

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

Pela Certidão às fls.36, consubstanciada pelo Acórdão nº 2950/2008 às fls.37/39, a Primeira Câmara deste Conselho decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou improcedente o auto de infração.

Entendeu o acórdão cameral, que a pretensão fiscal não deve prosperar haja vista que as cópias das notas fiscais colacionadas ao feito e relativas às mercadorias constantes no Termo de Apreensão em epígrafe, fls. 04, comprovam de maneira inequívoca sua origem e regularidade. Ademais, tais mercadorias foram transferidas para a filial tão-somente após sua regularização no Cadastro de Contribuintes do Estado de Goiás - CCE, conforme se extrai do documento de fls.17, o que infirma a acusação fiscal estampada na basilar.

19. INTIMAÇÕES

A FPE foi intimada em 07/08/08 às fls.40, na pessoa de seu Representante Fazendário, a interpor recurso ao Conselho Pleno com relação ao acórdão cameral.

20. ALEGAÇÕES DE RECURSO (DO CONTRIBUINTE OU DA FPE) / CONTRADITA DO(S) SUJEITO(S) PASSIVO(S)

A FPE apresenta Recurso ao Conselho Pleno nº 305/08, fls.41/42, argumentando que o conteúdo do aresto cameral prolatado no caso em análise é fruto da análise equivocada dos preceitos normativos aplicáveis à matéria posta sob apreciação, culminando em decisão proferida ao arrepio da Lei e dos elementos de prova que instruem este feito, razão pela qual pugna a este colendo órgão julgador seja reformado o aludido acórdão cameral, para que prevaleça no caso em tela o teor do voto vencido, que concluiu pela procedência na íntegra do crédito tributário em apreciação.

Após intimada em 20/10/08, às fls.43/44, a atuada apresenta contradita, alegando que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um pra outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Junta neste ato os comprovantes do pagamento da Substituição Tributária (Cod.124) demonstrando que o Erário Público não sofreu nenhum prejuízo; que as mercadorias apreendidas se encontravam documentadas, com o seu imposto devidamente recolhido ao cofre Estadual.

Por fim, requer a este Conselho Pleno, julgue pela manutenção das sentenças prolatadas, que julgou improcedente o auto de infração.

Junta comprovante de pagamento via DARE às fls.48/49.

É o relatório.

DECISÃO

O entendimento fiscal, materializado no presente lançamento, fora no sentido de que a manutenção de mercadorias, em estabelecimento não cadastrado, se amoldaria à presunção descrita no art. 14, IV do CTE, *in verbis*:

"Art. 14. Considera-se, também, ocorrido o fato gerador do imposto, no momento:

[...]

IV - da verificação da existência de estabelecimento de contribuinte, não inscrito no cadastro estadual ou em situação cadastral irregular, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado;"

O Conselho Pleno tem confirmado, em reiteradas decisões acerca da matéria em pauta, o entendimento acima delineado. Vide, a exemplo, decisão plenária nos autos do processo nº 3019440454678, cuja ementa ficou assim redigida:

"ICMS. Obrigação principal. Mercadoria em estabelecimento em situação cadastral irregular. Procedência. Decisão não unânime.

Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto, no momento da verificação da existência de estabelecimento de contribuinte, não inscrito no cadastro estadual ou em situação cadastral irregular, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado (art. 14, IV, do Código Tributário Estadual)."

Naquela oportunidade, as razões Fazendárias se amparavam na assertiva de que *"o fato do sujeito passivo possuir nota fiscal de aquisição das mercadorias apreendidas não descaracteriza a infração apontada pela fiscalização, visto que a nossa legislação é precisa quando prevê a ocorrência do fato gerador em relação às mercadorias encontradas em estabelecimento com situação cadastral irregular (...)"*.

Em seu voto, a Relatora assim fundamentou:

"O artigo 156 do Código Tributário Estadual - CTE dispõe que está em situação cadastral irregular o contribuinte não inscrito no cadastro estadual ou que esteja com sua inscrição suspensa.

'Art. 156. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação cadastral irregular o contribuinte que:

I - não esteja inscrito no cadastro estadual;

II - esteja com sua inscrição cadastral suspensa ou tenha sido cassada a sua eficácia;

III - esteja utilizando inscrição inativa em virtude da paralisação temporária do estabelecimento'.

Materializada a hipótese prevista no dispositivo legal mencionado, a base de cálculo para a cobrança do imposto devido é definida pelo artigo 19, IX, do mesmo diploma legal, que assim dispõe:

'Art. 19. Nas seguintes situações específicas, a base de cálculo do imposto é:

[...]

IX - na situação prevista no art. 14, inciso IV, o preço corrente das mercadorias no mercado atacadista, acrescido do valor resultante da aplicação do percentual de lucro bruto estabelecido para a respectiva atividade;

[...]

Nessas condições, voto conhecendo do Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração."

No contexto destes autos, a materialidade da infração se encontra perfeitamente descrita em Termo de Apreensão.

Segundo o art. 147, III do CTE, a finalidade do Termo de Apreensão é, precipuamente, "*comprovar infrações à legislação tributária ou para efeito de instruir o processo administrativo tributário*". Uma leitura na Instrução Normativa nº 181/94-GSF, ainda em vigor, também nos dá uma noção da importância desse documento para o êxito de uma ação fiscal.

O TA traduz, sobretudo, o poder de polícia da Fazenda, em seu mister de fiscalizar, apurar e cobrar o tributo. Ele materializa a existência da infração tributária.

Podemos afirmar que o Termo de Apreensão está para o processo contencioso fiscal assim como o Auto de prisão em flagrante está para o inquérito policial. Com efeito, ambos procuram atestar a autoria e a materialidade de uma determinada infração, e legitimam as ações do fisco/polícia no exercício da apreensão/ prisão em flagrante. Portanto, o TA é o documento formal que "fotografa" o momento da ocorrência da infração, permitindo identificar com segurança:

a) o possuidor da mercadoria ou objeto apreendido, com vistas a permitir a identificação do sujeito passivo;

b) o início do procedimento fiscal para efeito de se afastar a espontaneidade;

c) o local da constatação da infração ou da apreensão da mercadoria ou documentos, a descrição dos fatos e a fundamentação da apreensão;

d) o valor da mercadoria apreendida.

Considerando que o Termo de Apreensão, lavrado no caso sob análise, seguiu os ditames que lhe são requisitados pela norma, cerro fileira com o voto vencido expendido em fase cameral, no sentido da legitimidade do presente lançamento fiscal. Voltando-nos ao caso concreto, a própria literalidade dos dispositivos já transcritos demonstra que a presente imputação fiscal fez-se acertada.

Ademais, não raro, a legislação tributária cria **presunções e ficções legais** para tornar exequível determinado procedimento, buscando aproximá-lo o máximo possível da realidade. Assim o é, por exemplo, quando a lei elege uma data fixa para determinar a ocorrência do fato gerador de um determinado imposto complexo (ficção), como ocorre com o IPVA e o IR. Podemos citar, ainda, uma série de outras presunções estabelecidas no ordenamento tributário, que autorizam o fisco, por exemplo, a exigir o imposto sob a alegação de vendas de mercadorias sem documentação fiscal: o saldo credor na conta caixa, o *déficit* financeiro apurado em levantamento financeiro, o suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário, a Auditoria do Valor Adicionado.

Com efeito, quaisquer procedimentos de auditoria demandam padrões, *standarts*, em atenção ao próprio princípio da isonomia. A fiscalização, pois, necessita de um norte, um referencial para executar processos de fiscalização sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados pelo sujeito passivo (art. 148 do CTN).

Segundo SOARES DE MELO,

“a presunção é o resultado de um processo lógico, mediante o qual, do fato conhecido, cuja existência é certa, infere-se o fato desconhecido ou duvidoso, cuja existência é provável. A presunção legal (*juris et de jure*) procura estabelecer uma verdade jurídica, ao passo que a presunção relativa (*juris tantum*) constitui mera conjectura.”

Citando MARIA RITA FERRAGUT (Presunções no Direito Tributário. São Paulo. Dialética. 2001. 1ª Ed. P. 160), o mesmo autor assevera que

“(…) As presunções legais foram vislumbradas nas hipóteses de desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com dissimulação; preços de transferências; distribuição disfarçada de lucros; tributação reflexa na pessoa do sócio; distribuição automática de lucros; sinais exteriores de riqueza; depósitos bancários; passivo fictício; suprimento de caixa; falta de emissão de documento fiscal; ausência de comprovação da origem dos recursos utilizados para a integralização do capital, assim como a efetividade da entrega desses valores à empresa; liquidação de débito dos sócios e, finalmente, omissão de receitas por parte do contribuinte pessoa física.”

Não penso que as presunções estabelecidas nos artigos transcritos alhures sejam relativas (*juris tantum*), uma vez que as mesmas não abrem possibilidade ao sujeito passivo de demonstrar, por outra forma, que sua situação fiscal mostrava-se regular.

Em primeiro lugar, não há justificativa legal para se manter mercadorias em estabelecimento não-cadastrado. Considera-se, de plano, irregular a situação fiscal de tal estabelecimento (art. 156 do CTE).

Em segundo lugar, ocorre o fato gerador do imposto no momento desta constatação fiscal (art. 14, IV do CTE).

Como afastar tais presunções? Justamente pelo fato de constituírem presunções legais absolutas (*juris et de jure*) é que tal possibilidade inexistente, uma vez materializada a infração.

A empresa autuada não possuía inscrição estadual no momento da ação fiscal. O fato de havê-la solicitado, com processo em andamento, não autoriza a atividade da empresa, mesmo porque a existência da inscrição estadual é condição *sine qua non* para a adoção de livros e a confecção de notas fiscais. Ora, é elementar que a ausência de inscrição tem como efeito indeclinável a venda de mercadorias sem nota fiscal, uma vez que as mesmas sequer foram confeccionadas. Daí a inexorabilidade das regras que norteiam a ação fiscal em situações tais quais as que se apresentam nestes autos.

Uma vez descumpridas as obrigações acessórias, não há como se aferir com segurança o cumprimento da obrigação principal quanto às mercadorias depositadas em estabelecimento sem cadastro, dado o alto grau de fungibilidade inerente às mesmas. Discordo, com a devida vênia, portanto, dos Julgamentos antecedentes, que entenderam por cumprida a referida obrigação principal.

Sob tais fundamentos, conheço do Recurso Fazendário e lhe dou provimento para reformar o aresto cameral e julgar procedente o presente lançamento, nos termos propostos na inicial.

Sala das sessões plenárias, em 03 de dezembro de 2013.

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

Matéria: EXTINÇÃO - Remessa de gado sem emissão de documento fiscal de estabelecimento de produtor rural para abate em frigorífico (Extinção)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01621/13

Redator do Voto: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: ICMS. Remessa de gado para abate em frigorífico. Aplicação da remissão prevista no art. 1º, Lei 17.298/11. Extinção do crédito tributário.

I - Fica extinto o crédito tributário relativo ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS -, correspondente à omissão de entrada ou de saída de aves, gado bovino ou bufalino e ovino constatada em estabelecimento de produtor rural ou em estabelecimento leiloeiro rural (art. 1º da Lei 17.298/08);

II - O fato de ter sido incluído na lide sujeito passivo não produtor rural na condição de solidário ao pagamento do crédito tributário, não obsta a extinção do crédito tributário, visto que o inciso II do artigo 125 do CTN prevê que a remissão de crédito exonera todos os obrigados.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de maio de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, reconhecer a extinção do crédito tributário, com fundamento no art. 1º da Lei 17.298/2011 c/c inciso III, do art. 4º-A da Instrução de Serviço nº 002/2011-GSF. Participaram do julgamento os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aguinaldo Fernandes de Melo, 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, Paulo Diniz, Luis Antônio da Silva Costa, Cláudio Henrique de Oliveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Trata-se de apreciação de extinção de crédito tributário relativo ao ICMS no valor original de R\$ 5.222,40 (cinco mil, duzentos e vinte e dois reais e quarenta centavos), correspondente à omissão de saída contra o produtor rural [...] pela saída de 80 cabeças de gado bovino para abate em frigorífico, sem a emissão de documentação fiscal, constatada em estabelecimentos de produtor rural, para fato gerador ocorrido no período de 01/12/2007.

O feito está alicerçado nos artigos 45, inciso I, alínea "a", 64 e 66 da Lei 11.651/91, combinado com o artigo 145, parágrafo único do Decreto 4.852/97. A

penalidade é a prevista no artigo 71, inciso XII, alínea "a", 3, § 9º, I da Lei 11.651/91, com redação da Lei 15.505/05.

Consta como solidário o frigorífico [...] Indústria e Com de Alimentos Ltda (fl. 05), pois concorreu para a prática da infração, por receber e abater gado sem a respectiva nota fiscal, conforme artigo 45, XIII, do CTE.

Em notas explicativas a fiscalização informou que (fl. 04):

a) o autuado não está credenciado para emissão de nota fiscal própria, estando obrigado a emissão de nota fiscal avulsa;

b) apurou a omissão de saída por meio do confronto entre as GTAS emitidas em nome do produtor autuado, destinando gado para abate no frigorífico [...] e as notas fiscais avulsas emitidas no sistema da Sefaz;

c) não foi considerado o Termo de Acordo de Regime Especial 154/06-GSF, uma vez que as saídas/aquisições foram realizadas sem documentação fiscal, portanto em desacordo com o referido TARE.

Para instrução processual, a fiscalização juntou aos autos os seguintes documentos: Verificação da regularidade fiscal das operações, Consulta produtor ou extrator, Relação das notas fiscais por remetente e GTAs (fls. 05 a 28).

Após intimados, somente o sujeito passivo direto comparece a lide e apresenta a impugnação (fls. 40 a 43), que após analisada é convertida em diligência por meio do Despacho nº 28/11-JULP (fl. 46).

O julgador singular considerou em sua decisão, consubstanciada por meio da Sentença nº 235/2011-JULP (fls. 76 a 77) que não estão presentes os pressupostos exigidos pela Lei 17.298/11 e encaminhou os autos à Representação Fazendária nos termos do art. 1º da IN 01/2011-CAT. Seu entendimento foi o de que a omissão encontrada não foi constatada em estabelecimento de produtor ou leiloeiro rural, mas no estabelecimento frigorífico. E que figura no pólo passivo da obrigação tributária empresa industrial e comercial na condição de solidário.

Por sua vez, a Representação Fazendária também se manifestou contrária à extinção do crédito tributário e, em atendimento ao disposto na Instrução de Serviço nº 01/2011-GSF, com redação da Instrução de Serviço nº 02/2011-GSF, encaminhou os autos ao Presidente do CAT, que os remeteu ao Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

Entendo que a acusação fiscal enquadra-se nas condições estabelecidas pelo art. 1º da Lei 17.298 de 29 de abril de 2011, pois se trata de omissão de saída

de gado bovino, ocorrida em estabelecimento de produtor rural, apurada em dezembro de 2007.

“Art. 1º Fica extinto o crédito tributário relativo ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS -, correspondente à omissão de entrada ou de saída de aves, gado bovino ou bufalino e ovino constatada em estabelecimento de produtor rural ou em estabelecimento leiloeiro rural.”

Para aplicar o dispositivo supra mencionado têm relevância as seguintes expressões: “omissão de saída” e “constatada em estabelecimento do produtor rural”, o que exclui de plano as infrações de trânsito.

No caso em apreço, verificamos que houve o ilícito praticado com a saída de gado e que a mesma foi constatada em estabelecimento do produtor rural, sendo efetuado levantamento para confrontar as GTAs com dados do Sistema de Comercialização Rural, em que se detectou a emissão parcial de notas fiscais avulsas.

O fato das Guias de Trânsito - GTAs terem sido recolhidas pelo Serviço de Inspeção Federal - SIF, no estabelecimento abatedor, que posteriormente as remeteu à SEFAZ para as devidas conferências, não muda o local da ocorrência do fato gerador.

Por último destaco que o fato de ter sido incluído na lide sujeito passivo não produtor rural na condição de solidário ao pagamento do crédito tributário, não obsta a extinção do crédito tributário, visto que o inciso II do artigo 125 do CTN prevê que a remissão de crédito exonera todos os obrigados.

“Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;

II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;

III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.”

Pelo acima exposto, reconheço a extinção do crédito tributário, com fundamento no art. 1º da Lei 17.298/2011, combinado com o inciso III, do art. 4-A da Instrução de Serviço nº 02/2011-GSF, entendendo que a remissão do crédito tributário exonera todos os obrigados.

Sala das sessões plenárias, em 10 de setembro de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO DECLARADO EM DPI - Divergência de informações entre o livro Registro de Apuração ICMS e o declarado DPI (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00344/13

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ICMS. Divergência entre os valores do ICMS escriturado nos livros fiscais e o declarado na Declaração Periódica de Informação - DPI. Procedência. Decisão unânime.

A defesa do sujeito passivo que se achar destituída de provas essenciais ou com poderes para modificar o lançamento, que ampara a exigência do cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, suporta a sua confirmação, bem como a declaração da procedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 28 de novembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Luis Antônio da Silva Costa e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

O auto de infração descreve a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária com a seguinte redação:

“Omitiu parcela do valor das operações realizadas em janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2009, pois informou, nas Declarações Periódicas de Informações -DPI, valores das operações diferentes daqueles constantes no Livro Registro de Apuração do ICMS, conforme comprovam os relatórios e cópias do livro fiscal anexos. Em consequência, fica sujeito à multa formal, correspondente a 2% (dois por cento) do valor das operações omitidas.”

A fiscalização indica os artigos infringidos, quais sejam 55, inciso II e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c o 3º da IN 599/03-GSF e propôs a penalidade correspondente ao art. 71, inciso XII, alínea "d", beneficiada com a aplicação do § 8º do CTE.

Para instruir o lançamento fiscal o autuante juntou o Anexo Estruturado – detalhamento do Crédito Tributário, o comparativo do Livro Registro de Apuração do ICMS com a DPI relativa ao período de 01/2009 a 09/2009, fls. 04 a 06; e cópia das folhas do Livro Registro de Apuração do ICMS fls. 07 a 16.

Devidamente intimada à autuada no dia 02.03.2010, fls. 17 e 18, sendo que ela deixa de comparecer na fase de defesa, fato assinalado no Termo de Revelia, fls. 19.

Como a notificação do autuado, fls. 21 a 23, não se concretizou, fato evidenciado pelo agente do correio na informação mudança de endereço do destinatário, ocasionou a intimação por edital, fls. 24.

A atuada impugna o lançamento tributário a Primeira Instância para alegar que protocolou o pedido de autorização para migração do regime normal de apuração para o regime em que pudesse usar o crédito outorgado ao contribuinte atacadista no setor fiscal competente da SEFAZ; que do mencionado requerimento não houve deferimento até a presente data; que nesta autuação existem situações diversas, como: a) deixar de estornar o crédito referente ao prejuízo bruto apresentado na conta mercadoria usado em sistema que utiliza o crédito outorgado; b) omissão no recolhimento do ICMS, transferência a maior do saldo credor do período anterior, utilização irregular de benefício do Crédito Outorgado e utilização irregular do benefício do crédito outorgado por não ter atendido uma de suas condições; que todos os lançamentos têm referencia ao pedido de migração referida acima; que a não apreciação do seu requerimento ficou no regime especial o que motivou o recolhimento do ICMS no posto fiscal de entrada com a adição do IVA maior possível; que está neste regime desde 15 de março, portanto, não se refere ao ano. Ao finalizar, indaga se poderá usar o crédito outorgado e que fosse autorizado a refazer toda a escrita fiscal desde o início da operação referida para feito de ajuste da escrita fiscal.

A instrução da peça defensoria se fez com a juntada de uma cópia da alteração contratual, fls. 30 a 32.

É o relatório.

DECISÃO

Do estudo dos autos verifiquei que a fiscalização exigiu o recolhimento do ICMS relativo à diferença de imposto, ocasionada pela declaração de valores diferenciados na Declaração Periódica de Informação – DPI e a escrituração efetivada no livro Registro de Apuração do ICMS no período de janeiro a maio de 2009, conforme demonstrativo que sustenta o auto de infração.

O sujeito passivo se manteve inerte na primeira fase de defesa e somente veio ao feito com impugnação a uma das Câmaras Julgadoras, oportunidade em que ficou somente com alegações destituídas de contraprovas que pudessem favorecer os objetivos da defesa.

Os valores constantes da escrituração mercantil do contribuinte foram avaliados pela fiscalização, momento em que ficou demonstrada a diferença existente entre os documento entregue ao setor fiscal competente da Secretaria da Fazenda e o efetivamente escriturado no livro fiscal identificado nas linhas passadas.

Em nenhum instante o contribuinte comprovou que a autoridade lançadora cometeu engano no seu trabalho ou que o valor exigido não seja o real devido, o

quê gera direito ao sujeito ativo de reclamar a parcela do tributo omitido, tanto que a fiscalização assim procedeu ao efetivar a lavratura do auto de infração.

Outrossim, apenas para lembrar ao sujeito passivo que, caso ele tenha os elementos de provas da inexistência do ilícito fiscal demonstrado pela autoridade lançadora, ele pode se valer dos recursos pertinentes, requerer novo julgamento do processo, instruído com provas inequívocas da inexistência do crédito e, assim, conseguir a admissão do recurso por meio do Pedido de Revisão Extraordinária, ou do recurso para o Conselho Pleno, observado, é claro, a permissão estampada nos arts. 43, inciso II e 41, inciso II da Lei nº 16.469/2009.

Enquanto isso permanece o lançamento tributário porque o contribuinte não trouxe elementos de provas satisfatórias para a modificação do trabalho fiscal que iniciou este volume.

Pelo exposto e em sintonia com a unanimidade de entendimento dos pares votantes na sessão cameral do dia 28/11/2012, finalizo esta redação para votar: conheço das razões impugnatórias nego-lhes provimento para considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 12 de março de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO DECLARADO EM DPI - Falta de indicação na DPI X SARE do valor do imposto (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00899/13

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: *Pedido de Revisão Extraordinária. Termo de Acordo de Regime Especial. Ausência de diferenças no comparativo entre a Declaração Periódica de Informações (DPI) e o Sistema de Arrecadação (SARE). Pedido de diligência. Rejeição. Aplicação da regra contida no parágrafo único do art. 166-A do CTE. Rejeição. Mérito. Procedência.*

1. *Não deve ser acolhido o pedido de diligência para esclarecimentos de questões trazidas pela defesa quando constarem nos autos os elementos suficientes para elucidação das dúvidas suscitadas.*

2. *A regra contida no parágrafo único do art. 166-A do CTE é aplicável somente para os casos em que o crédito tributário não for pago em razão de ato praticado por servidor da Fazenda Pública Estadual.*

3. *Deve ser confirmada a exigência fiscal, devidamente constituída, quando não ficar comprovada a existência de erro de fato substancial que implique alteração total ou parcial do lançamento.*

4. *É vedada a fruição do benefício sem prévia assinatura do respectivo Termo de Acordo de Regime Especial (inciso V do art. 23 do Decreto 5265/00).*

5. *A ausência de indicação do valor do imposto devido pelo contribuinte nos relatórios de controle interno de fiscalização da Secretaria da Fazenda (DPI X SARE) não acarreta dispensa de recolhimento do crédito tributário.*

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 12 de março de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar o pedido de diligência, formulado pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Renato Moraes Lima, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Aguinaldo Fernandes de Melo, Álvaro Falanque, José Luiz Rosa, Carlos Andrade Silveira, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca e Alcedino

Gomes Barbosa. Por maioria de votos, rejeitar a aplicação do art. 166-A do CTE, arguida pelo Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Víctor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Renato Moraes Lima, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Aguinaldo Fernandes de Melo, Álvaro Falanque, José Luiz Rosa, Carlos Andrade Silveira, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca e Alcedino Gomes Barbosa. Quanto ao mérito, também, por maioria de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Víctor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Renato Moraes Lima, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Aguinaldo Fernandes de Melo, Álvaro Falanque, José Luiz Rosa, Carlos Andrade Silveira, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca e Alcedino Gomes Barbosa.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Revisão Extraordinária apresentado com fundamento no item 1, alínea, "a", inciso II, art. 43 da Lei nº 16.459/09, pelo qual o sujeito passivo pede a desconstituição total do crédito tributário referente à exigência de ICMS consignado na Declaração Periódica de Informação (DPI) nos meses de dezembro de 2009 e janeiro de 2010, cujo pagamento foi omitido.

O sujeito passivo, inconformado com a decisão singular que não admitiu o pedido de descaracterização de não contenciosidade da notificação de lançamento e confirmou a exigência fiscal, apresentou Pedido de Revisão Extraordinária, sustentando que havia efetuado o pagamento do tributo lançado, antes do início do procedimento fiscal, nos moldes contratados com o MICROPRODUZIR.

Esclarece que um ano antes do vencimento do TARE 176/04-GSF, para fruição dos benefícios do MICROPRODUZIR, subprograma do PRODUZIR, protocolou pedido de adequação do MICROPRODUZIR para o PRODUZIR, sendo comunicado, por meio do ofício nº 355/09 da Comissão Executiva do Conselho Deliberativo do Produzir – CD/PRODUZIR - da Secretaria de Indústria e Comércio, que a solicitação foi deferida com data retroativa a primeiro de setembro de 2009.

O pedido foi indeferido pelo Presidente deste Conselho Administrativo Tributário com fundamento de que o sujeito passivo não trouxe aos autos prova inconteste de erro de fato substancial no lançamento procedido pelo Fisco, condição exigida para admissão do seu pedido.

Após inscrição do crédito tributário em dívida ativa, o sujeito passivo pede reconsideração do seu Pedido de Revisão Extraordinária, requerendo a análise em conjunto dos processos nºs 2011724000085, 2014396900063, 2018653100004 e

20158172000958, sustentando que o Despacho que indeferiu o pedido anterior foi remetido ao endereço do ex-procurador da empresa, que não atua mais no processos mencionados e no fato de não constar as diferenças de ICMS a recolher no relatório comparativo DPIXSARE, o sujeito passivo sustenta também que o TARE nº 176/04-GSF está vigente e que o TARE nº 111/2010, cláusula 4ª, confirma a retroatividade do programa de financiamento a setembro de 2009, circunstancia que comprova a improcedência do lançamento.

Em janeiro de 2011, mediante Despacho do CAT o Pedido de Revisão Extraordinária é admitido e os autos encaminhados para apreciação pelo Conselho Pleno com base na inexistência de qualquer diferença no relatório DPIXSARE no período autuado.

Em outubro de 2011, a Assessoria Jurídica deste Conselho Administrativo Tributário faz juntada de documentos relativos ao PAT nº 4011002146778, que trata de matéria análoga à discutida no presente lançamento, porém elaborados em data posterior à admissibilidade do presente Pedido de Revisão Extraordinária formulado pelo sujeito passivo.

Entre os documentos juntados consta manifestação da Superintendência de Administração Tributária em resposta a consulta formulada pelo Conselho Administrativo Tributário – Assessoria Jurídica - na qual se solicita manifestação do Setor de Termo de Acordo de Regime Especial da SAT para esclarecer questão relativa a retroatividade da vigência do TARE nº 111/2010, celebrado com a empresa autuada.

A Gerência de Tributação e Regimes Especiais, mediante Despacho nº 057/2011-GTRE, informa que a Lei nº 16.271/2008, art. 4º, veda a fruição do benefício sem a prévia assinatura de Termo de Acordo de Regime Especial e que o Decreto nº 5.265/2000, § 5º do art. 43, determina que o contribuinte fica impedido de utilizar o benefício do financiamento na apuração do imposto desde o mês de início da suspensão do benefício até o mês anterior ao término da suspensão.

Informa, também, que o TARE 176/2004-GSF tinha prazo de fruição até 01/10/2009 (prazo máximo de fruição de cinco anos) e que quando foi publicado o TARE nº 111/2010-GSF o anterior já estava revogado por decurso de prazo, razão pela qual a cláusula primeira do novo TARE dispõe que fica revigorada a vigência do TARE nº 176/2004-GSF, contudo, tal dispositivo não deu efeito retroativo ao benefício, muito embora a Resolução nº 1.505/2009-CD/PRODUZIR tenha autorizado o agente financeiro a aditar o contrato de financiamento com efeito retroativo a 01/09/2009, art. 1º, contrariando o que dispõe o art. 4º da Lei nº 16.271/2008 e art. 43 do Decreto nº 5.265/2000.

Esclarece que *“(...) recebeu o processo para celebração do TARE em 16/08/2010, contudo o contribuinte encontrava-se com pendências em documentação e outras exigências para a celebração do TARE em questão” e que mesmo não tendo dado causa ao atraso a administração tributária, “após uma análise de oportunidade e conveniência, resolveu convalidar os pagamentos do ICMS, com a utilização do PRODUZIR, a partir do mês em que o processo deu*

entrada na Gerência de Tributação e Regimes Especiais para celebração do TARE, ou seja, agosto/2010, por isso a cláusula quinta do TARE nº 111/2010-GSF somente convalida os procedimentos adotados a partir do período de apuração de agosto de 2010."

Em sessão plenária realizada no dia 1/12/2011, acatando proposição do Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa, o processo foi remetido à Gerência de Tributação e Regimes Especiais - GTRE, para anexar aos autos os processos capa branca de numeração 200800009000103, 200200009000232, 200400009001009, 200600009000768 e 200900009001450 e prestar esclarecimentos sobre quais pendências de documentos e outros motivos que ensejaram o atraso no trâmite do processo em que o contribuinte requereu a celebração do TARE de forma retroativa.

Por meio do despacho nº 055/2012-GTRE a Gerência de Tributação e Regimes Especiais informa o seguinte:

1) os documentos que ensejaram o atraso no tramite do processo foram aqueles solicitados na relação em anexo ao ofício 423/08-SEPT, de 25/11/2008, fls. 220.

2) os autos de infração lavrados decorrem do uso indevido dos benefícios do PRODUIR no período de novembro de 2009 a julho de 2010, uma vez que a empresa estava desacobertada de meio eficaz para a fruição dos benefícios do programa PRODUIR, ou seja a empresa [...] INDUSTRIAL LTDA não possuía TARE vigente nesse período.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, quanto ao pedido de diligência proposto pelo eminente Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho, no sentido de que os autos fossem encaminhados em diligência a fim de se conhecer o nome do servidor que representou a Secretaria da Fazenda na Comissão Executiva do Conselho Deliberativo do PRODUIR, Resolução nº 1505/2009, entendo desnecessária a informação pretendida, porque ela não tem qualquer relevância para o deslinde da questão.

A mencionada Resolução não é objeto de contestação pela defesa, mas pelo contrário é nela que se embasa a tese defensiva de que a empresa teria direito adquirido de usufruir do benefício do programa PRODUIR.

Não se questiona a validade da Resolução do CD PRODUIR, destacando que ela tem caráter apenas autorizativo para retroatividade do benefício, visto que ela não tratou de qualquer dispensa de celebração de TARE junto a SEFAZ para que a empresa pudesse usufruir do benefício.

No tocante a aplicação da regra contida no parágrafo único do art. 166-A do CTE, proposta pelo preclaro Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca, devo trazer à baila que essa norma somente pode ser aplicada nos casos em que o crédito tributário deixou de ser pago em razão de ato praticado por servidor da Fazenda Pública Estadual, situação que não se amolda ao presente caso.

No mérito, os seguintes fatos, ocorridos entre o pedido formalizado pelo contribuinte de migração do MICROPRODUZIR para o PRODUZIR e a celebração do TARE nº111/10, para fruição dos benefícios do programa PRODUZIR, são importantes mencionar para perfeita compreensão de todo o ocorrido:

1) em 01/02/2008, antes do término do prazo de fruição do TARE 176/04 para utilização dos benefícios do MICROPRODUZIR até 30/09/2009, a empresa solicitou reenquadramento do seu projeto para o PRODUZIR, com objetivo de obter aumento do valor financiado e prorrogação do prazo de financiamento.

2) a resolução nº 1381/08-CEPRODUZIR de 25/11/2008 aprovou o projeto de complementação da implantação com reenquadramento do MICROPRODUZIR para o PRODUZIR.

3) a empresa foi comunicada da aprovação do seu projeto por meio do Ofício nº 423/08-SEF (Secretário Executivo do Produzir) que informou da necessidade de atualização do seu quadro societário junto ao cadastro de contribuintes do Estado de Goiás, contratação junto a GOIASFOMENTO, com apresentação dos documentos constantes em relação anexa, e celebração do TARE perante a SEFAZ, etapas necessárias a fruição dos incentivos do PRODUZIR.

4) a documentação solicitada (fls. 220) não foi apresentada e as etapas seguintes (contratação do agente financeiro e celebração do Termo de Acordo) não foram realizadas.

5) somente em 05/11/2009, um mês depois de expirado o término do prazo de fruição do benefício estabelecido pelo TARE 176/04-GSF (30/09/2009), a empresa protocolou novamente pedido de prorrogação do prazo do PRODUZIR.

6) como resposta a esse novo pedido, em 08/12/2009, a Comissão Executiva do Conselho Deliberativo do PRODUZIR expediu a Resolução nº 1505/2009 autorizando a Agência de Fomento de Goiás (GOIASFOMENTO), agente financeiro do programa Produzir, a aditar o contrato de financiamento com prorrogação do prazo de utilização do benefício até dezembro de 2020 com efeito retroativo a 01/09/2009.

7) em 05/04/2010 foi aditado o contrato de empréstimo firmado entre a GOIASFOMENTO e a empresa [...] INDUSTRIAL LTDA alterando o valor e prazo de financiamento, retroagindo seus efeitos a setembro de 2009.

8) O relatório de Auditoria que atestou a comprovação dos investimentos fixos realizados, destacou que somente após a assinatura do TARE a empresa

estaria apta a continuar a usufruir do benefício do programa PRODUIR, fls. 12 do processo 201000009000777.

9) O Parecer (nº 1294/2010-GEPT, fls. 60/62, do processo 201000009000777) que concluiu favoravelmente a celebração do TARE manifestou entendimento no sentido de que fossem excluídos da fruição dos benefícios o período de novembro a dezembro de 2009 e janeiro a junho de 2010 em que a empresa foi autuada por utilizar indevidamente o benefício do programa PRODUIR.

10) em 11/11/2010 foi celebrado o TARE nº 111/10 para fruição dos benefícios do programa PRODUIR convalida os procedimentos adotados pela empresa, a partir do período de apuração do mês de agosto de 2010, conforme clausula quinta.

A manifestação da Superintendência de Administração Tributária por meio do Despacho nº 057/2011-GTRE e 055/2012 é conclusiva no sentido de que o contribuinte fazia jus ao benefício do financiamento do MICROPRODUIR (TARE nº 176/2004-GSF) até 01/10/2009, sendo ampliado para o programa PRODUIR e revigorado pelo TARE nº 111/2010-GSF, com vigência somente a partir de agosto de 2010 e que os autos de infração lavrados decorrem do uso indevido dos benefícios do PRODUIR no período de novembro de 2009 a julho de 2010, uma vez que a empresa estava desacobertada de meio eficaz para a fruição dos benefícios do programa PRODUIR

Ao contrário do que alegou a defesa, o benefício do financiamento não retroagiu a outubro de 2009, mas foi concedido a partir de agosto de 2010, portanto correta a exigência das diferenças não pagas relativas ao período em que o contribuinte não possuía o benefício do financiamento do programa PRODUIR, que somente pode ocorrer após a assinatura do TARE, nos termos preconizados pelo inciso V do art. 23 do Decreto 5265/00, que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás – PRODUIR, abaixo transcrito:

“Art. 23 [...]

V - é vedada a fruição do benefício sem prévia assinatura do respectivo Termo de Acordo de Regime Especial;”

Não se pode deixar de citar que a ausência de diferenças entre o ICMS recolhido e o declarado nos relatórios comparativos DPIXSARE, por óbvio, não supre a falta de pagamento do imposto devido.

Qualquer falha no controle interno de fiscalização da Secretaria da Fazenda, no tocante a indicação do débito do imposto não recolhido, não pode ser alegada como razão para dispensa do que é devido aos cofres públicos.

A empresa não deixou de recolher o imposto por causa dos relatórios, pelo contrário foi com base neles que foram lavrados os autos de infração agora discutidos.

Também não se pode invocar a retroatividade do benefício pelo fato da Resolução nº 1.505/2009-CD/PRODUZIR ter autorizado a Agência Goiana de Fomento de Goiás S.A. (GOIÁSFOMENTO) a aditivar o contrato de financiamento com efeitos a partir de setembro de 2009, porque ela não corresponde ao fim do processo, sendo que para a utilização do benefício se faz necessário o cumprimento das seguintes etapas:

a) a contratação com um agente financeiro (GOIÁSFOMENTO), que exige a apresentação de um rol extenso de documentos;

b) a realização de auditoria para a comprovação dos investimentos fixos realizados;

c) celebração do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) com a Secretaria da Fazenda.

Também não se pode alegar desconhecimento de informações por parte da administração, porque o aditamento do contrato de empréstimo em 05/04/2010, firmado entre a GOIÁSFOMENTO e a empresa [...] INDUSTRIAL LTDA, alterando o valor e prazo de financiamento, com retroatividade de seus efeitos a setembro de 2009, indicou expressamente no parágrafo primeiro da cláusula terceira que o início da utilização do crédito dar-se-ia somente após a comprovação, mediante relatório produzido pela comissão de Auditoria Interna do PRODUZIR, da execução de no mínimo 20% dos investimentos fixos previstos no projeto aprovado através das resoluções nº 115/02, 1381/08 e 1505/2009 da CE/PRODUZIR e assinatura do TARE com a Secretaria da Fazenda, fls. 169.

No mesmo sentido, o relatório de Auditoria que atestou a comprovação dos investimentos fixos realizados, informou que somente após a assinatura do TARE a empresa estaria apta a usufruir o benefício do programa PRODUZIR, fls. 12 do processo 201000009000777.

O Parecer (nº 1294/2010-GEPT, fls. 60/62, do processo 201000009000777) que concluiu favoravelmente a celebração do TARE manifestou entendimento no sentido de que fossem excluídos da fruição dos benefícios o período de novembro a dezembro de 2009 e janeiro a junho de 2010 em que a empresa foi autuada por utilizar indevidamente o benefício do programa PRODUZIR.

Ante o exposto, conheço do pedido de revisão extraordinária nego-lhe provimento para manter na íntegra a exigência fiscal.

VOTO VENCIDO

Solicitei a elaboração deste voto vencido porque na sessão de julgamento do processo, na avaliação da elaboração do trabalho fazendário e na conferência da fundamentação e das contraprovas do pedido de revisão extraordinária do contribuinte, a minha conclusão de voto divergiu da direcionada pelo Conselheiro

Autor do Voto Vencedor, tanto no questionamento preliminar quanto na votação do mérito da autuação. Esterno o meu voto na certeza de que o registro de opinião divergente é democrática, provoca controvérsia sobre a tese vencida e que pode, a critério da Administração Tributária, formar opiniões mutativas na forma de apuração das possíveis receitas tributárias pendentes.

Para situar a questão exigida no lançamento inicial desta autuação e para formalizar a redação do meu voto vencido, reporto à descrição do fato gerador da obrigação tributária, que transcrevo a seguir:

“Omitiu pagamentos nos prazos legais, de ICMS indicados em Declarações Periódicas de Informação (DPI), relativos aos períodos de referência, vencimentos e valores a seguir apresentados (Levantamentos através do relatório comparativo DPI X SARE).”

A penalidade proposta pela fiscalização acorda com a prescrição do art. 71, inciso I, alínea “a” do CTE, visto que a infração está identificada de acordo com o art. 63 da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 75 do Decreto nº 4.852/97 e art. 2º da Instrução Normativa nº 155/94-GSF.

Feitas as iniciais da causa da autuação fiscal e causadoras do lançamento tributário em demanda, vou à tese do voto vencido com os fundamentos a seguir expostos:

Pelos registros defensórios, observei que os processos nºs 2 0117240 000 85, 2 0143969 000 63, 2 0186531 000 04 e 2 0158172 000 95 foram julgados em conjunto por se tratarem de matéria semelhante, cuja diferenciação atém-se à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e todos foram originados após a expiração do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 176/2004, época em que resultou a migração para o PRODUZIR, ocorrida a partir de novembro de 2009, e se referem aos seguintes períodos identificados nos autos de infração que retiro da peça recursal e que transcrevo:

2 0117240 000 85 – mês de referência - novembro de 2009

2 0186531 000 04 – meses de referência - dezembro e janeiro de 2010

2 0158172 000 95 – meses de referência - fevereiro e março de 2010

4 0110021 467 78 – meses de referência - abril e maio de 2010

2 0143969 000 63 – mês de referência - junho de 2010 e

2 0230243 000 71 – mês de referência – julho de 2010.

Após o julgador de Primeira Instância inadmitir a solicitação de descaracterização de não contenciosidade do lançamento tributário e manter o auto de infração, incluso na decisão singular lavratura, a empresa formula recurso de Pedido de Revisão Extraordinária, que admitido pelo Presidente do Conselho

Administrativo Tributário no Despacho nº 0146/2011 – CAT, fl. 124, que conclui com a seguinte redação:

“De fato, examinando a documentação ora trazida ao processo e o relatório comparativo DPI/SARE não mais apresentando diferença (fls. 83), constata-se a existência de erro de fato substancial que implica alteração total no lançamento procedido pelo Fisco, uma vez que ficou provada a inexistência de omissão de pagamento de ICMS, conforme se deduz, de forma incontestada, da análise dos documentos acima citados.”

Entretanto os documentos anexados aos autos, posteriormente ao despacho supra, que teve parte transcrita no parágrafo anterior e com a juntada dos documentos de fls. 132 a 138, os quais são referentes a outro auto de infração da requerente e não se referem a este processo.

Pelo que constou da defesa, um ano antes do vencimento do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 176/04-GSF, o contribuinte requereu a migração do MICROPRODUIR para o PRODUIR, momento em que retinha um saldo credor de imposto no valor de R\$ 239.838,08 e que apenas em dezembro de 2009 a Secretaria da Indústria e Comércio lhe comunicou sobre o deferimento do requerido, cujo efetivo retroativo se fez a partir do mês de setembro de 2009, ou seja, 30 dias antes do vencimento do referido TARE.

No espaço de tempo entre o requerido e o deferimento, a empresa foi 09 (nove) vezes atuada, procedimentos estes que não alcançaram os objetivos do lançamento tributário, embora tivesse resultado a concessão com efeito retroativo como ficou esclarecido no parágrafo anterior. Somente após o trâmite do processo na Goiás Fomento é que a empresa requereu novo TARE na Secretaria da Fazenda, que acordado com o atuado este se efetivou sem a retroatividade, porém o TARE anterior foi revigorado, o que provocou a contestação do crédito lançado de ofício.

Este recurso de Pedido de Revisão Extraordinário adveio porque o sujeito passivo não concorda com os lançamentos efetuados contra a empresa, por entender que a sua atividade mercantil se sustentava com a retroatividade que lhe concedeu a Goiás Fomento, razão pela qual viu a sua desobrigação quanto ao pagamento do ICMS em sua integralidade, pois era beneficiária do Programa Micro Produzir e, naquele momento, se encontrava em processo de migração.

Para a admissão deste recurso foram anexadas cópias dos seguintes documentos:

Comprovante de recolhimento do ICMS, com 90% (noventa por cento) fomentado pelo Programa Micro Produzir bem como os pagamentos efetivados de acordo com o Programa; Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 111/2010 que expressa a continuidade do TARE nº 176/2004, conforme sinaliza a sua cláusula quarta; Documento da Goiás Fomento que dispõe sobre a concessão do pedido de migração para o PRODUIR e, ainda comprova a retroatividade do programa ao mês de setembro de 2009; Documento datado do dia 08/12/2009 –

Resolução nº 1505/2009 do CD/PRODUZIR, subscrito pelo Presidente da Comissão Executiva do Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás CE/PRODUZIR, onde registra a ativação do contrato PRODUZIR com efeito retroativo ao mês de setembro de 2009; Documento datado do dia 08/02/2010 – despacho PRODUZIR nº 015/2010, assinado pelo Secretário Executivo do Produzir/Fomentar, e que encaminha o processo à Goiás Fomento para ser efetuado o aditamento ao contratual original, conforme pareceres jurídicos nºs 101/09, 1.505/2000 e com efetivo retroativo a 1º de setembro de 2009; Aditivo nº 02/2010, onde registra a averbação e a retroatividade dos efeitos do programa, cláusula nona, ao contrato original nº 021/2004, acordado entre a requerente e a Agência de Fomento de Goiás S/A; Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 111/2010-GSF, que acolhe o Aditivo nº 02/2010 ao Contrato Original nº 021/2004, e substitui o MICROPRODUZIR para o PRODUZIR e ainda altera o valor do financiamento de R\$ 721.875,45 para R\$ 7.156.652,07 e, cuja cláusula quarta dispõe:

“Permanecem inalteradas as demais disposições do termo de acordo primitivo que não foram alteradas por este regime especial”, transcrição assinalada com itálico.

Vejo que as contraprovas documentais comprovam de forma inconteste a tempestividade do requerido pela empresa, como também, a intenção de a Secretaria da Fazenda continuar com o acordo contido no TARE anterior.

Observo que a autuada exerceu o seu direito de forma correta, tanto que protocolou o pedido de migração do MICROPRODUZIR para o PRODUZIR e, em correspondência obteve o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE 111/2010 que renovou e ampliou as pretensões do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE 176/2004.

Daí, posso afirmar que o contribuinte obedeceu a todos os procedimentos relativos ao TARE e aguardou até 11 de novembro de 2010 para assinar o novo contrato, cuja iniciativa dependia da Secretaria da Fazenda tão somente. Esperou e confiou na elaboração do novo TARE com todos os documentos que o autorizassem e com efeitos retroativos assinados pela Goiás Fomento.

No entanto a Secretaria da Fazenda não observou a Segurança jurídica e a continuidade do deferido pela Goiás Fomento ao não reconhecer o efeito retroativo ao mês de setembro de 2009, embora já existisse o processo com o requerido, o que causou dissonância com a resolução que foi votada e aprovada por unanimidade de votos na data do deferimento do pedido de migração, na qual se fez presente o representante da SEFAZ, que também votou pela concessão do pedido, inclusive com o efeito retroativo a setembro de 2009.

Essa votação deveria fazer parte no TARE 111/2010, procedimento não acontecido quando da edição do referido TARE, o que motivou à interpretação como período em que o TARE era inexistente e causou as notificações de lançamentos, ora em discussão.

Em respostas à diligência efetivada nos autos, o setor fiscal competente informou da não concessão do requerido, ou seja, sem o deferimento com efeito retroativo porque a empresa estava com pendência na entrega de alguns documentos, porém não consta dos autos quaisquer notificações para que o sujeito passivo cumprisse o determinado pela fiscalização.

Com isto, a retroatividade da vigência do TARE 111/2010 ao mês de setembro de 2009, tal como foi decidido e aprovado pela Goiás Fomento, inclusive com voto do representante da Secretaria da Fazenda Estadual, deixa claro o direito da recorrente e a consequente desconstituição dos débitos gerados pelo espaço temporal entre a migração do MICROPRODUIR para o PRODUIR, ou seja, entre os efeitos acordados no Termo de Acordo de Regime Especial – TARE 176/2004 e o TARE 111/2010.

Outra condição que observei nos documentos instrutórios da defesa é que a Cláusula primeira do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE 111/2010-GSF dispõe:

“Cláusula primeira. Em conformidade com a Resolução nº 1.505/2009-CD/PRODUIR, fica revigorada a vigência do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 176/04-GSF”, enquanto que o art. 1º da referida resolução firmou o compromisso de aditar o requerido pelo contribuinte com a seguinte redação:

Art. 1º - Fica autorizado, à Agência de Fomento de Goiás S.A. – GOIASFOMENTO, Agente Financeiro do Programa PRODUIR, a aditar o contrato de financiamento com a empresa requerente, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.237.990/0001-74 e Inscrição Estadual nº 10.340.339-6, localizada no Distrito Agroindustrial de Anápolis, beneficiária do PRODUIR, *com efeito retroativo à 01 de setembro de 2009.*

“Parágrafo único – O disposto neste artigo, *concerne à admissão de retroatividade no Contrato de Financiamento e no Termo de Acordo de Regime Especial*, não podendo o prazo máximo do financiamento exceder a data limite de 31 de dezembro de 2020, com todos os financiamentos e benefícios dele resultantes”, sinalizei parte das transcrições dos documentos citados nos parágrafos volvidos.

Ora, para efeito de celebração do Termo de Acordo de Regime Especial TARE nº 111/2010-GSF foi aceito o contido na Resolução nº 1.505/2009-CD/PRODUIR, e ainda foi revigorada a vigência do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 176/04-GSF, a Administração Fazendária admitiu o contido no referido TARE e ainda acordou com o conteúdo da referida Resolução. Dessa forma, vejo a consolidação do TARE nº 176/2004 no momento em que houve o reconhecimento de revigorar a sua vigência – Cláusula Primeira do TARE nº 111/2010-GSF.

Por todo o fundamento deste voto vencido, demonstrei a razão de o contribuinte querer a improcedência do auto de infração com a qual concordo.

Por todo o exposto, fui voto vencido no questionado requerimento de diligência do processo, oportunidade em que entendi ser necessária a sua

realização, pois oportuniza a apuração da real condição das partes e pode solucionar possíveis pendências antes não examinadas.

Fui voto vencido também no requerido pelo Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca, ou seja, aplicação do parágrafo único do art. 166-A do CTE, pois firmei o meu entendimento igual ao do citado Conselheiro, visto que esta norma edita que os pagamentos de crédito tributário não realizados em decorrência de ato praticado por servidor a fiscalização deve intimar o contribuinte para fazê-lo no prazo de 10 (dez) dias contados da data da ciência da notificação, conforme redação do art. 166-A do CTE, que transcrevo:

“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.”

Firmei o meu entendimento nesta regra porque observei a formalização do lançamento tributário e concluí que o contribuinte requereu a migração de um sistema de recolhimento de imposto para outro, que foi criado pela Administração Tributária antes da vigência e do término do Termo de Acordo de Regime Especial 176/2004, que tratou do acordo firmado com a SEFAZ para recolhimento do imposto gerado com o MICROPRODUIR, hoje modificado para o PRODUIR, cujo requerimento de migração se fez em data anterior, que foi deferido com efeito retroativo pelo Goiás Fomento e que a SEFAZ não observou quando aprovou o TARE 111/2010, embora tivesse adotado regras contidas nos documentos que citei e transcrevi parte nos parágrafos anteriores.

Os fundamentos utilizados neste voto me facultaram o entendimento que firmei na votação do mérito e que também fui voto vencido, pois a minha convicção é que o contribuinte antes de qualquer perda de direito com a modificação do TARE 176/2004 para o TARE 111/2010, cuidou das providências para que houvesse assinatura de acordo modificativo do sistema de recolhimento do imposto estadual, o qual dependia de aprovação pela Goiás Fomento para posterior aprovação, expedição e assinatura de novo Termo de Acordo de Regime Especial o que se efetivou meses após o requerimento do sujeito passivo, porém sem o efeito retroativo dado pela Goiás Fomento.

Pelo estudo do processo eu me convenci de que o contribuinte observou a formas e regras da legislação tributária e foi prejudicado com a inobservância do mencionado efeito retroativo, visto que no espaço de tempo entre a apreciação do requerimento do autuado e a assinatura do novo acordo firmado com a SEFAZ a fiscalização expediu as notificações de lançamentos e exigiu do contribuinte o imposto que achou ter direito e que causou a presente defesa. Portanto, a falta de concessão do efeito retroativo pela Secretaria da Fazenda causou o prejuízo financeiro ao contribuinte, conforme registram as diversas autuações fiscais existentes em processo que tramitam nos órgãos competentes e pendentes de definição.

Após a exposição do meu entendimento quanto a este lançamento tributário e que me motivou a requerer este voto vencido, e, para finalizá-lo, faço-o, com o voto majoritário, para conhecer do recurso de Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 14 de maio de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO DECLARADO EM DPI - Omissão do pagamento de imposto declarado em DPI - Retificação de DPI (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01285/13

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento de imposto indicado em Declaração Periódica de Informações - DPI. Retificação posterior da DPI aceita pelo Fisco. Improcedência.

I - Compete ao Conselho Pleno, a apreciação de pedido de revisão de ato processual apresentado pelo fora do último prazo para defesa, desde que fundamentado em prova inconteste de erro de fato substancial que implique alteração total ou parcial do lançamento (arts. 43, § 4º, II e 45 § 1º, ambos da Lei 16.469/09);

II - Deve ser declarado improcedente o auto de infração relativo a irregularidade cuja não ocorrência foi comprovada no curso do processo.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia, Renato Moraes Lima, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Aguinaldo Fernandes de Melo.

RELATÓRIO

O sujeito passivo apresentou Pedido de Revisão Extraordinária com fundamento no item 1, alínea "a", inciso II, art. 43 da Lei nº 16.469/09, solicitando a desconstituição do crédito tributário formalizado por meio do Auto de Infração nº 2 0115351 000 66, referente à exigência de ICMS declarado na DPI, período 09/2009 (fls. 116).

O atuado afirmou que, em síntese, que a autuação é indevida, uma vez que o ICMS devido foi recolhido antecipadamente, "o erro de informação foi corrigido e aceito pelo sistema de informação e processamento de dados da SEFAZ/GO". Pugnou pela reforma da sentença, procedência da impugnação e cancelamento dos autos. Juntamente com sua peça de Revisão Extraordinária juntou aos autos, dentre outros, o seguinte documento a título de prova: cópia do LRAICMS, mês em análise (fls. 47-53); cópia do DPI normal aceita (fls. 54-56); cópia de documentos fiscais, quitações e DARE's (fls. 57-94).

No Despacho nº. 3057/2011 – CAT (fls. 28), foi solicitado que os autos fossem remetidos à DRF de Goiânia, para complementação de informações, retornando em seguida ao CAT (fls. 97-107), com a manifestação da autoridade fiscal revisora (fls. 99), arguiu que o feito não tem como prosperar, "*... de cuja materialidade dos fatos tem-se a comprovação pela documentação já anexada*". O sujeito passivo foi então intimado (fls. 110-111), para ciência da revisão de fls. 99, e procedeu a retificação da DPI recomendada pela autoridade fiscal revisora, não houve, contudo, manifestação de sua parte nos autos. Todavia, efetuou a retificação da DPI (fls. 113-114).

O Presidente deste Conselho, por meio do Despacho nº 0737/2012 – CAT, admitiu o Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 116), pois constatou a existência de erro de fato substancial que implicou alteração total no lançamento procedido pelo Fisco, uma vez que ficou provada a inexistência de omissão de pagamento de ICMS, conforme se deduziu, de forma inconteste, da análise dos documentos supracitados e de acordo com a manifestação da autoridade fiscal revisora às fls. 99. Os autos foram encaminhados a GERC, quando foi baixada a inscrição em Dívida Ativa.

É o relatório.

DECISÃO

Dirigindo-me ao mérito do processo, não vejo como não acolher as razões trazidas pela requerente, já que, como relatado, há nos autos prova da não ocorrência da infração noticiada na peça básica, uma vez que as diferenças originalmente apontadas pelo Fisco foram, por ele próprio, confirmadas como inexistentes, em trabalho revisional determinado pela Presidência do CAT (fl. 97), quando da posterior aceitação da retificação da DPI.

Tal situação, em face da presença inconteste de erro de fato substancial, mostra-se compatível com a possibilidade de apreciação representada pela revisão extraordinária prevista nos arts. 43, § 4º, II e 45 § 1º, ambos da Lei 16.469/09:

"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:

[...]

§ 4º O Presidente do CAT deve, quando:

[...]

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

[...]

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

§ 1º Excetua-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. [...]"

Pelo exposto, conheço do pedido de revisão de extraordinária, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 09 de julho de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO DECLARADO EM DPI - Omissão do pagamento de imposto declarado em DPI - Vendas com cartão de crédito (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00362/13

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: *Processual. Pedido de exclusão do solidário da lide. Preliminar arguida pelo sujeito passivo e acolhida por maioria de votos.*

Os sócios, os gerentes, os administradores, os presidentes, etc que não tenham agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, ou concorrido para prática de ilícito tributário, nos termos da Súmula do Superior Tribunal Justiça, não podem ser sujeitos passivos solidários da lide.

ICMS. Obrigação principal. Omissão de registro de saída de mercadoria tributada. Procedência. Decisão unânime.

Provado nos autos que o sujeito passivo promoveu a omissão no registro de saída de mercadorias tributadas, apurada mediante planilhas fiscais supedaneadas por extratos de vendas fornecidos por administradoras de cartões de extratos das Declarações Periódicas de Inventário - DPI e planilhas de cálculos das diferenças de vendas, procedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de novembro de 2012, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão do solidário da lide, Sr. [...], arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros Allen Anderson Viana e José Pereira D'abadia. Vencido o Conselheiro Renato Moraes Lima. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, José Pereira D'abadia e Renato Moraes Lima.

RELATÓRIO

O histórico do presente auto de infração descreve que o sujeito passivo omitiu registro de saída de mercadoria no valor da diferença apurada na planilha anexa, no período de 01/01/2006 a 31/12/2006, 01/01/2007 a 30/04/2007 e 01/01/2008 a 30/11/2008, na importância de R\$ 657.590,45, demonstrada pelos Extratos de Vendas fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, cópia dos extratos das DPis da Sefaznet, Planilha de Cálculo das diferenças de vendas e documentos anexos.

Em consequência, de acordo com a base de cálculo apurada em função da proporcionalidade de comercialização das mercadorias tributadas, conforme demonstrativo anexo, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 111.790,38, juntamente com penalidade e acréscimos legais.

A previsão legal do auto de infração está no Código Tributário Estadual, nos artigos 25, §1º, inciso IV e §2º e 64 da Lei 11.651/91, combinado com o artigo 141 do Decreto 4.852/97, sendo a penalidade prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", §9º, inciso I, da Lei 11.651/91 com redação das Leis nºs 13.446/1999 e 16.241/2008.

Foi incluído na lide na condição de solidário ao pagamento do crédito tributário o sócio gerente da empresa: [...] (fls. 05), nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91.

Para fins de instrução processual foram anexados ao processo: Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 03), Descrição Complementar da Ocorrência (fls. 04), Cálculo da Proporcionalidade (fls. 06), Vendas com cartão de crédito (fls. 07/08), cópia da Planilha com os totais de vendas da Redecard (fls. 09/31), cópia dos Extratos da VisaNet (fls. 32/207), cópia da Declaração Periódica de Informações - DPI (fls. 208/224), Declaração Anual do Simples Nacional - Recibo de entrega (fls. 225), cópia do Relatório de Entradas/Saídas (fls. 226) e cópia da Notificação (fls. 227).

O sujeito passivo direto e o solidário foram intimados em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 228/232.

Tempestivamente, a autuada e o responsável solidário apresentam conjuntamente impugnação à Primeira Instância de fls. 234/236 na qual pedem a improcedência do auto de infração, alegando que na planilha elaborada pelo autuante não há sequer a especificação das mercadorias e nem a quantidade das mesmas.

Acrescentam que, em alguns meses, há enormes diferenças a favor da empresa, entre as vendas registradas e as parcelas destas vendas com cartões, que não foram levadas na devida conta. Afirmam que lançaram no Livro Registro de Saídas até o mês de setembro de 2008, enquanto que no demonstrativo fiscal não constam os valores lançados até este mês (11/2008), logo, a diferença apurada pelo fisco não pode prevalecer.

Ademais, desde o mês de julho de 2007 a empresa foi enquadrada no Simples Nacional, portanto, em termos de ICMS deverá ser aplicada à alíquota própria, ou seja, apenas os valores devidos ao erário estadual, na forma pertinente.

Instruem a peça defensiva: procuração (fls. 237), cópia da Alteração Contratual (fls. 238/239) e cópia das Identidades Profissionais dos Procuradores (fls. 240). Posteriormente, foram anexados aos autos cópia da Consulta Simples Nacional (fls. 242/245), Espelho Cadastral (fls. 246) e dados do histórico do contribuinte (fls. 247/248).

O Julgador Singular proclama a Sentença nº 0475/10 de fls. 249/252, e decide pela Procedência do auto de infração, condenando os sujeitos passivos ao pagamento do crédito tributário exigido no presente processo.

Fundamenta sua decisão aduzindo que a legislação tributária estabelece a presunção de operação tributada não registrada quanto ao valor apurado em procedimento fiscal referente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias, consoante inciso VI do § 1º do artigo 25 da Lei nº 11.651/91 - CTE.

Acrescenta que neste tipo de procedimento fiscal, não se deve falar em especificação das mercadorias e nem quantidade, fundamentando-se a autuação em valores das vendas, conforme presunção legal estabelecida no artigo 25, § 1º, do CTE.

Aduz que não importam as referidas diferenças a favor da empresa, entre as vendas registradas e as parcelas destas vendas com cartões, pois tal informação apenas reflete que a empresa cumpriu sua obrigação tributária de registro das vendas efetuadas. Por outro lado, não houve registro de saídas de mercadorias até o mês de setembro de 2008, conforme comprova o documento de fls. 226 dos autos, em que não há a informação afirmada pela impugnante.

Quanto à alegação de que desde o mês de julho de 2007 a empresa foi enquadrada no Simples Nacional, ressalta que não houve autuação referente ao segundo semestre de 2007, e ainda o fato de que a empresa foi desenquadrada do citado regime de tributação a partir de 1º de janeiro de 2008, não fazendo mais jus ao pagamento diferenciado do ICMS.

Alfim, constata-se dos presentes autos que o sujeito passivo incidiu nas penas cominadas ao promover saída de mercadorias tributadas desacompanhadas de documentação fiscal, a qual encontra-se suficientemente provada nos autos, sendo que a defesa do impugnante não foi realizada de maneira eficaz de modo a ilidir com sucesso a ação fiscal.

O sujeito passivo direto e o solidário foram intimados da decisão singular, conforme se vê às fls. 253/254.

A autuada e o responsável solidário, mediante peça recursal de fls. 256/258 reiteram as alegações apresentadas na instância singular, ou seja, que em alguns meses, há enormes diferenças a favor da empresa, entre as vendas registradas e as parcelas destas vendas com cartões, que não foram levadas na devida conta. Afirma que lançou o Livro Registro de Saídas até o mês de setembro de 2008, enquanto que no demonstrativo fiscal não constam os valores lançados até este mês (11/2008), logo, a diferença apurada pelo fisco não pode prevalecer.

Ademais, desde o mês de julho de 2007 a empresa foi enquadrada no Simples Nacional, portanto, em termos de ICMS deverá ser aplicada à alíquota

própria, ou seja, apenas os valores devidos ao erário estadual, na forma pertinente. Por fim, requerem a improcedência do auto de infração.

É o Relatório.

DECISÃO

Passo a julgar e acompanhado pela maioria de votos de meus pares, acolho de plano a preliminar de exclusão do solidário [...] (fl.05) do polo passivo da lide, por entender que nada há nos autos que comprovem ter o mesmo incidido nas práticas delituais previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional, tais como agir 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.

Quanto ao mérito, considero que o feito deve seguir adiante. Aliás a questão foi devidamente apreciada pelo douto julgador singular, não obstante a habilidosa argumentação passiva recursal submetida ao crivo de meus colegas julgadores. Face ao exposto e por esclarecedor, transcrevo o trecho da lapidar decisão singular de fls. 250/252, exarado pelo insígne julgador singular David Fernandes de Carvalho, que adoto como razão de decidir, *in verbis*:

“No presente processo, a autoridade fiscal promove o lançamento de ICMS, multa formal, e acréscimos legais, face à constatação de controle de vendas concretizado

através da utilização de operações com cartão de crédito, sem a emissão de documentos fiscais.

A legislação tributária estabelece a presunção de operação tributada não registrada quanto ao valor apurado em procedimento fiscal referente ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadoria, consoante inciso VI do § 1º do art. 25 da Lei nº 11.651/91 - CTE, que transcrevo abaixo:

"Art. 25

[...]

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

[...]

VI - ao valor constante de quaisquer meios de controles de vendas de mercadorias ou prestação de serviços, sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, ou o montante da diferença quando emitidos com valores inferiores ao real;"

Os documentos de controle paralelo, no caso os comprovantes de realização de operações com cartão de crédito e débito, registram os dados das vendas, como estabelecimento vendedor, data da transação e valor de cada transação identificadas por número específico.

Sem dúvida que se trata de documentação das vendas efetuadas pelo sujeito passivo, cuja identificação com o mesmo encontra-se caracterizada pela própria informação da administradora de cartão de crédito.

Para clareza dos valores objeto de autuação, o agente do fisco elaborou planilha demonstrativa de vendas consoante os dados dos relatórios das empresas MASTERCARD e VISA, totalizadas mês a mês, e procedeu-se à dedução das vendas registradas pelo sujeito passivo.

Neste tipo de procedimento fiscal, não há que se falar em especificação das mercadorias e nem a quantidade das mesmas, fundamentando-se a autuação em valores das vendas, conforme presunção legal estabelecida no art. 25, § 1º, do CTE. Também, não importam as referidas diferenças a favor da empresa, entre as vendas registradas e as parcelas destas vendas com cartões, pois tal informação apenas reflete que a empresa cumpriu sua obrigação tributária de registro das vendas efetuadas.

Por outro lado, não houve registro de saídas de mercadorias até o mês de setembro de 2008, conforme comprova o documento de fls. 226 dos autos, em que não há a informação afirmada pelo impugnante.

Quanto à alegação de que desde o mês de julho de 2007 a empresa foi enquadrada no Simples Nacional, importa ressaltar que não houve autuação referente ao segundo semestre de 2007, e ainda o fato de que a empresa foi desenquadrada do citado regime de tributação a partir de 1º de janeiro de 2008, não fazendo mais jus ao pagamento diferenciado do ICMS.

Para maior clareza da decisão, transcrevo abaixo a penalidade sugerida pelas autoridades fiscais autuantes, constante da Lei nº 11.651/91 - Código Tributário do Estado de Goiás:

"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";

[...]

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:

I - 60% (sessenta por cento), observado o disposto no inciso seguinte;"

Depreende-se da leitura dos dispositivos legais relativos à penalidade, que existe a multa pelo descumprimento da obrigação tributária acessória de emissão de documentos fiscais, que não se confunde com a multa correspondente ao descumprimento da obrigação tributária principal de pagamento do imposto, incidindo a multa correspondente à infração de falta de emissão de documentos fiscais sobre o valor da operação, e a multa pela falta do pagamento de tributo sobre o valor deste.

Alfim, constata-se dos presentes autos que o sujeito passivo incidiu nas penas cominadas ao promover saída de mercadorias tributadas desacompanhadas de documentação fiscal, a qual encontra-se suficientemente provada nos autos, sendo que a defesa do impugnante não foi realizada de maneira eficaz de modo a 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 janeiro de 2010.

DAVID FERNANDES DE CARVALHO

JULGADOR"

Dessarte, voto em unísono com meus pares, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 12 de março de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO - Falta de comprovação da efetiva exportação (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01828/13

Redator do Voto: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: *ICMS. Processual. Pedido de reinclusão na lide dos sujeitos passivos solidários, arguido pela Representação Fazendária. Acolhimento. ICMS. Obrigação principal. Saída de mercadorias ao exterior com não incidência do ICMS. Não comprovação da efetiva exportação no prazo regulamentar. Procedência parcial com adequação da alíquota e penalidade.*

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

II - 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 (RCTE, Anexo XII, art. 79);

III - Comprovado que o sujeito passivo praticou parcialmente a irregularidade constante da acusação fiscal, o auto de infração deve ser julgado parcialmente procedente.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 25 de setembro de 2012, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de reinclusão dos solidários na lide, arguida pela Fazenda Pública. Foram vencedores os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Elias Alves dos Santos, Manoel Antônio Costa Filho, José Paixão de Oliveira Gomes, Victor Augusto de Faria Morato, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Aldeci de Souza Flor, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, Paulo Diniz, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Aguinaldo Fernandes de Melo e Delcídes de Souza Fonseca. Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública 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\$ 269.404,64 (duzentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e quatro reais e sessenta e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 32.328,57 (trinta e dois mil, trezentos e vinte e oito reais e cinquenta e sete centavos), com a adequação da alíquota de 17% para 12% e, ainda, adequando a penalidade para a prevista no

art. 71, inciso IV-A, do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Elias Alves dos Santos, Manoel Antônio Costa Filho, José Paixão de Oliveira Gomes, Victor Augusto de Faria Morato, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Aldeci de Souza Flor, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, Paulo Diniz, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Aguinaldo Fernandes de Melo 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

Trata-se de exigência do ICMS relativo às mercadorias descritas nas notas fiscais relacionadas no auto de infração, destinadas ao exterior com não incidência do ICMS, por não comprovar a efetiva exportação no prazo regulamentar, contrariando a regra do art. 79 do Anexo XII, do RCTE. Outro motivo descrito para alicerçar o lançamento é o fato de a empresa exportadora, [...] COMÉRCIO AGRÍCOLA IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA., emitir a nota fiscal de exportação nº 749, (fls.13), sem citar o número das notas fiscais do remetente goiano, ora impugnante.

A base legal do auto de infração encontra respaldo nos arts. 37, I da Lei 11.651/91, art. 79, I do Decreto 4.852/97, sendo proposta a penalidade do art. 71, VIII, "c" § 9, I, com nova redação da Lei 14.634/03.

Foram incluídos dois solidários como coobrigados (fls. 04/05).

Instruiu-se o lançamento com os seguintes documentos: Nota Explicativa (fls. 06), Ordem de Serviço nº 001/07 (fl. 07); Notificação Fiscal pela qual solicita comprovação por parte da autuada da solicitação de prorrogação de prazo para exportação das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas na notificação (fls. 08/09); relação de Notas Fiscais de remessa para exportação (fls. 011); comprovante de registro de informações de exportação (fls.12/18), Termo de Acordo de Regime Especial -TARE nº 101/05-GSF (fls. 019/022).

Devidamente intimados o sujeito passivo e os solidários (fls. 027/034), foi lavrado Termo de Revelia para os solidários (fls. 036).

A autuada apresenta sua defesa (fls. 039/040), alegando que o lançamento não deve prosperar tendo em vista que as mercadorias objeto da autuação terem sido exportadas; que os registros de exportação e os respectivos despachos foram solicitados ao exportador, assim que entregues, serão juntados aos autos. Requer seja julgado improcedente o auto de infração.

Junta procuração com poderes para o foro em geral e documentos de identidade dos constituídos (fls. 041/042).

Sobreveio a sentença singular de fls. 044/047, pela qual a Julgadora decide pela procedência do Auto de Infração, tendo em vista que a atuada não fez prova da efetiva exportação no prazo estabelecido pela norma do art. 79, I, § 1º do Anexo XII do Decreto Estadual nº 4.852/97.

Intimados os atuados (fls. 048/053), sendo que o solidário [...] é intimado por edital (fl. 054).

A atuada e o solidário [...], apresentam Recurso Voluntário, separadamente, (fls. 056/061 e 062/066), respectivamente.

Alega a atuada principal que a decisão singular não deve prosperar, haja vista que a sentenciante reconhece que as mercadorias efetivamente foram exportadas, faltando tão somente o pedido de prorrogação do prazo para exportação; que o Conselho Administrativo do Estado de Goiás tem entendimento contrário ao da sentenciante e colaciona diversos julgados como paradigma. Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Já o solidário [...], alega não ser responsável solidário por não se adequar em nenhuma das hipóteses do art. 45 e seus incisos, motivo pelo qual requer sua exclusão da polaridade passiva.

A Segunda Câmara, por maioria de votos, acolheu a preliminar de exclusão da polaridade passiva dos solidários [...] e [...], arguida pela atuada.

No mérito, também, por maioria de votos, conheceu do recurso, dando-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o Auto de Infração.

O autor do voto vencedor em suas razões e fundamentos legais acolheu a preliminar de exclusão dos solidários, ao entendimento de que para manutenção deles na lide haveria a necessidade de comprovação de que os mesmos agiram com excesso de poderes ou de forma fraudulenta ou prejudicial à sociedade, e/ou ao arrepio da lei, conforme predomina a jurisprudência nos tribunais pátrios.

Quanto ao mérito, assevera que as autoridades fiscais conheceram da regularidade da exportação, mencionando na Nota Explicativa de fl. 06, dos autos, que o contribuinte comprovava a exportação com as Notas Fiscais, registros de Exportação e Memorandos de Exportação que lhes foram apresentados; que o fato de ter comprovado a referida exportação após o prazo estabelecido na legislação estadual, é mero controle, mas não comporta reclamar o tributo com os acréscimos legais punitivos quando o contribuinte demonstra a efetiva exportação.

Intimada a Representação Fazendária para conhecimento do acórdão proferido. Antes da manifestação da RF, foi juntado Requerimento para correção da certidão de julgamento que constava como votos vencedores os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho e Luis Antônio da Silva Costa, passando este último para Carlos Andrade Silveira, conforme se vê às fls. 77, dos autos.

A Representação Fazendária interpõe Recurso ao Conselho Pleno constante das fls. 084 a 085-A, onde requer seja conhecido e provido o presente recurso ao argumento de que a manutenção dos solidários à lide tem sustentação no art. 135 do CTN e art. 45, XII do CTE, quando os coobrigados agirem sem o devido zelo na co-responsabilidade pelo pagamento dos tributos devidos, sendo que sua exclusão se dá quando comprovadamente não participarem do ilícito tributário que causar a sonegação de tributos.

Quanto ao mérito, assevera a Representação Fazendária que o lançamento fiscal tem como sustentação fática a não comprovação de pedido de prorrogação do prazo estabelecido pelo art. 79, § 2º, do Anexo XII do Decreto 4.852/97, corroborando com essa assertiva o demonstrativo de fls. 11 dos autos que todos os prazos destas notas fiscais foram extrapolados dos 90 dias permitidos, restando o pagamento do ICMS por imperativo de norma cogente. Finaliza, requerendo a reforma do acórdão recorrido pela manutenção dos solidários na lide e a procedência do AI.

Intimados os sujeitos passivos para manifestarem sobre o Recurso interposto pela Representação Fazendária (fls. 088/096), apresentam contradita (fls. 099/101), onde alegam em síntese que há precedentes de julgados deste Conselho, em que havendo comprovação efetiva da exportação não haverá a incidência da norma. Colaciona julgado como paradigma; menciona que a Lei Complementar 87/96, não delimita prazo para sua fruição; que norma inferior não pode legislar em confronto com a superior; que a exigência formal enseja a aplicação de penalidade pecuniária, mas nunca exigência de imposto quando comprovada a exportação, como no presente caso. Requer a manutenção do acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

DECISÃO

Questão Preliminar

Em relação à preliminar de reinclusão dos sujeitos passivos solidários, arguido pela Representação Fazendária, nas pessoas físicas de João Pereira Matos e Marcelo Nassur Rosa, deve ser acolhida, pois os mesmos foram indicados com base no dispositivo do art. 45, inciso XII da Lei 16.469/09, que prescreve:

“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;”

E o entendimento que prevaleceu foi o de que restaram configuradas as responsabilidades dos diretores da cooperativa, nos termos definidos pela infração fiscal, pois os mesmos agiram sem o devido zelo, sendo co-responsáveis pelo pagamento de tributos e acréscimos legais, nos termos do art. 135 do CTN, pois não houve a comprovação de que os mesmos não participaram do ilícito praticado, historiado na inicial.

Q u e s t ã o M e r i t ó r i a

Adentrando ao exame do mérito do processo, por ser pertinente e para melhor clareza do meu voto, transcrevo o Convênio 113/96, cláusula sexta, inciso I, §§ 1º e 2º, bem como o artigo 79, Anexo XII, do RCTE, que assim estabelecem:

“Cláusula sexta. O estabelecimento remetente ficará obrigado ao recolhimento do imposto devido, monetariamente atualizado, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, segundo a respectiva legislação estadual, nos casos em que não se efetivar a exportação:

I – após decorrido o prazo de 180 (cento e oitenta dias, contado da data da saída da mercadoria do seu estabelecimento.

[...]

§ 1º Em relação a produtos primários e semi elaborados, o prazo de que trata o inciso I, será de 90 (noventa) dias exceto quanto aos produtos classificados no código 2401 da NBM/SH em que o prazo poderá ser de 180 (cento e oitenta) dias, a critério do fisco do Estado do remetente.

§ 2º Os prazos estabelecidos no inciso I e no parágrafo anterior poderão ser prorrogados, uma única vez, por igual período, a critério do fisco do Estado remetente.”

“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):

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 10.06.07.

I - após decorrido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da saída da mercadoria do seu estabelecimento;

II - em razão de perda da mercadoria, qualquer que seja a causa;

III - em virtude de reintrodução da mercadoria no mercado interno.

§ 1º Em relação a produtos primário e semi-elaborado, o prazo de que trata o inciso I, é de 90 (noventa) dias.

§ 2º Os prazos estabelecidos no inciso I e no parágrafo único do artigo anterior podem ser prorrogados, uma única vez, por igual período, a critério do fisco de Goiás.

§ 3º O recolhimento do imposto não é exigido na devolução da mercadoria, nos prazos fixados nesta cláusula, ao estabelecimento remetente.” (destaque nosso)

Em nenhuma das ocasiões em que compareceram ao processo, os autuantes conseguiram comprovar que o estabelecimento remetente, a COOPERATIVA [...], efetivou a exportação, por meio da comercial exportadora [...] COMÉRCIO AGRÍCOLA IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA., situada em São Paulo, no prazo regulamentar de 90 dias, de acordo com a previsão contida no inciso I, § 1º do artigo 79, para auferir o benefício da isenção da exportação disposta no inciso I do art. 37 do CTE, de acordo com a cláusula segunda, inciso III do Termo de Acordo de Regime Especial 101/2005, que obriga a empresa a efetivar a exportação no prazo regulamentar, nos termos abaixo transcritos:

“Art. 37. O imposto não incide sobre:

I - operações:

a) que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados;”

“Cláusula segunda. Ficam estabelecidos os seguintes procedimentos para efeito de formação de lotes com o fim específico de exportação dos produtos da ACORDANTE:

[...]

III – a formação de lote deverá estar concluída no prazo de até 90 (noventa) dias, estabelecido no art. 79 do Anexo XII do RCTE, contados da data de emissão da primeira nota fiscal de remessa de que trata o inciso I desta cláusula, podendo este prazo ser prorrogado por igual período, a critério do fisco goiano;

Cláusula quarta. Se por qualquer motivo não se efetivar a exportação, no prazo estabelecido no art. 79 do Anexo XII do RCTE, exceto na hipótese de devolução do produto dentro deste prazo, ou de prorrogação deste, fica a ACORDANTE obrigada ao pagamento do ICMS por ela devido, com os acréscimos legais, inclusive multa, computados desde a data do vencimento do imposto, observado o respectivo período de apuração estabelecido na legislação, considerando-se, para tanto, a data da respectiva remessa feita com o fim de exportação.”

Tampouco houve a prorrogação do prazo legal concedido para justificar a transcrição de tempo ocorrido entre as emissões dos documentos fiscais e a efetiva exportação, nos termos explicitados no documento de fl. 11.

Por outro lado, não há qualquer conflito com a norma estabelecida pela LC 87/96, que estabeleceu a norma geral da não incidência para a exportação no art. 3º, inciso II e seu parágrafo único, sendo que o regulamento do CTE apenas normatizou sua aplicabilidade.

Contudo, deve ser ajustada a alíquota aplicada de 17% para 12%, por se tratar de operações interestaduais para empresa destinatária situada em outra unidade da federação, de acordo com a documentação fiscal anexada das operações realizadas, nos moldes estabelecidos no art. 27, inciso IV do CTE. A

aplicação da referida alíquota de 12% (doze por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 269.404,64 (duzentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e quatro reais e sessenta e quatro centavos) resultará no imposto de R\$ 32.328,57 (trinta e dois mil trezentos e vinte e oito reais e cinquenta e sete centavos).

Com relação à aplicação de penalidade proposta no auto de infração, a do art. 71, inciso VIII, alínea "c", parágrafo 9, I da Lei 11.651/91, a mesma deve ser adequada para a prevista no art. 71, inciso IV-A do CTE, por ser a mais apropriada à infração praticada, sendo a retroatividade benigna, senão vejamos:

"Serão aplicadas as seguintes multas:

VIII - de 15% (quinze por cento) do valor da:

NOTA: Redação com vigência de 29.12.03 a 28.12.11.

[...]

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO À ALÍNEA "C" DO INCISO VIII DO ART. 71 PELO ART. 1º DA LEI Nº 15.505, DE 29.12.05 - VIGÊNCIA: 01.01.06.

c) operação ou da prestação, pela emissão de documento fiscal sem destaque ou com destaque a menor do imposto devido, quando exigido, bem como com utilização indevida de não-incidência ou de isenção;

NOTA: Redação com vigência de 31.12.05 a 28.12.11.

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;"

À conta do exposto, acolho a preliminar de reinclusão na lide dos solidários [...] e [...]. Em relação ao mérito, conheço do recurso da Fazenda Pública, dou-lhe parcial provimento, para reformar a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração, cuja base de cálculo é R\$ 269.404,64 (duzentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e quatro reais e sessenta e quatro centavos) e ICMS de R\$ 32.328,57 (trinta e dois mil, trezentos e vinte e oito reais e cinquenta e sete centavos), a ser acrescido das cominações legais, com adequação da alíquota de 17% para 12% e, ainda, adequando a penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A do CTE.

Sala das sessões plenárias, em 01 de outubro de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO - Mercadoria remetida para exportação, com não incidência, sem a devida comprovação legal da operação (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02519/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: I - PROCESSUAL - DILIGÊNCIA. Requerimento de diligência feito pelo sujeito passivo. REJEITADO por unanimidade de votos.

1. Estando o processo corretamente instruído, inclusive com manifestações ocorridas em três diligências realizadas anteriormente, e não tendo o sujeito passivo laborado na apresentação de novos elementos, cujas verificações a respeito dos mesmos são imprescindíveis, há que se indeferir o pedido de diligência.

II - PROCESSUAL - NULIDADES. 1) Preliminar de nulidade do lançamento e das revisões, por incompetência funcional da autoridade fiscal; REJEITADA por maioria de votos. 2) Preliminares de nulidade do auto de infração por: (i) insegurança na determinação da infração; (ii) cerceamento do direito de defesa. REJEITADAS por unanimidade de votos.

1. Quando na realização do trabalho fiscal constar como autoridade atuante Auditor Fiscal da Receita Estadual III, não há que se falar em incompetência funcional, haja vista que, nos termos do artigo 4º, inciso III, da Lei nº 13.266/98, referido auditor possui competência plena para a constituição do crédito tributário;

2. Informações requeridas pelo julgador, e encaminhadas ao Departamento especializado na questão, sendo atendidas por servidor, também especializado, mesmo não sendo Auditor Fiscal da Receita Estadual III - AFRE III, não implica em nulidade por incompetência funcional, haja vista que a atuação do agente encarregado de verificar as operações realizadas pela atuada, foi a de um perito que é chamado no autos como auxiliar do julgador na apuração de questões fáticas, que dependiam de conhecimento técnico especializado em operações de exportação, e de acesso restrito ao banco de dados da Receita Federal, de modo a possibilitar a confirmação das exportações;

3. 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);

4. Rejeita-se a preliminar de cerceamento do direito de defesa, por falha na instrução processual, quando os elementos anexados para comprovação da acusação fiscal, forem suficientes para o pleno conhecimento do objeto da exigência fiscal;

III - SOLIDARIEDADE. Preliminar de reinclusão na lide dos solidários. ACOLHIDA por maioria de votos.

1. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente: com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis. (artigo 45, inciso XII, CTE).

IV - MÉRITO - ICMS. Obrigação tributária principal. Remessa de mercadoria para filial exportadora, com fim específico de exportação, com não incidência do imposto. Falta de comprovação da efetiva exportação. Reforma da decisão cameral. Procedência do lançamento. Decisão não unânime.

1. 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, em virtude de reintrodução da mercadoria no mercado interno (RCTE, Anexo XII, artigo 79, inciso III, e Convênio ICMS 113/96, cláusula sexta);

2. Há que se declarar procedente o lançamento que exige ICMS na saída realizada com o fim específico de exportação para o exterior, grafada com a não incidência do imposto, não se comprovando a efetiva exportação;

3. É, portanto, procedente o auto de infração quando o sujeito passivo remete mercadoria para exportação, com não incidência do imposto, sem a devida comprovação legal da operação.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 17 de setembro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, Victor Augusto de Faria Morato, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de

Souza Fonseca, Márcio Nogueira Pedra, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Alcedino Gomes Barbosa e Washington Luis Freire de Oliveira. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica e das revisões realizadas, arguida pela autuada, por incompetência funcional da autoridade lançadora. Foram vencedores os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Márcio Nogueira Pedra, José Paixão de Oliveira Gomes, Alcedino Gomes Barbosa e Washington Luis Freire de Oliveira. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo, Delcídes de Souza Fonseca e Paulo Diniz. Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, Victor Augusto de Faria Morato, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Márcio Nogueira Pedra, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Alcedino Gomes Barbosa e Washington Luis Freire de Oliveira. Por maioria de votos, acolher a preliminar de reinclusão dos solidários na lide, arguida pela Fazenda Pública. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Márcio Nogueira Pedra, José Paixão de Oliveira Gomes, Washington Luis Freire de Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo, Delcídes de Souza Fonseca, Paulo Diniz e Alcedino Gomes Barbosa. E, quanto ao mérito, 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 Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Márcio Nogueira Pedra, José Paixão de Oliveira Gomes, Washington Luis Freire de Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo, Delcídes de Souza Fonseca, Paulo Diniz e Alcedino Gomes Barbosa, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

A acusação fiscal formulada na inicial é de que o contribuinte remeteu, com não incidência do ICMS, as mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais, relacionadas nos autos, sem que as mercadorias tenham sido exportadas, pois foram reintroduzidas no mercado interno.

Portanto, tendo o Fisco considerado que as mercadorias foram reintroduzidas no mercado interno, cobra do contribuinte o pagamento do ICMS no valor original de R\$ 44.635.262,23 (quarenta e quatro milhões, seiscentos e trinta e cinco mil, duzentos e sessenta e dois reais e vinte e três centavos), juntamente com a respectiva penalidade e acréscimos legais, referente às operações de remessas, conforme apurado nos demonstrativos e documentos anexos.

Como dispositivos legais infringidos foram apontados os artigos 38, parágrafo único, e 64, da Lei nº 11.651/91, combinados com o artigo 79, inciso III, do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97, e Cláusula Sexta do Convênio ICMS 113/96, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso IX, alínea "b", conjugado com o § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91, com redação da Lei nº 12.806/95.

O Auto de Infração foi instruído com os documentos: Identificação dos sujeitos passivos coobrigados; Extrato Consulta Externo por CNPJ; Extrato de Sócios Anteriores; Consulta Externo Por CNPJ - relação de sócios excluídos; cópia da Ordem de Serviço; cópia de Procuração; cópia de Notificação Fiscal; cópia de recibo da Notificação; Demonstrativo de Exportações Indiretas não Comprovadas, fls. 04/71.

Foram identificados como sujeitos passivos solidários: [...], [...], [...], [...], [...], [...]; e, [...], todos com base no artigo 45, inciso XII, do CTE, nas condições de Diretor, Gerente, Administrador e Representante, conforme se vê às fls. 04/10.

Os autuados foram devidamente intimados, fls. 72/89.

Foram apresentadas Impugnações em apartado, porém, com os mesmos patronos, conforme se vê às fls. 91/109, 118/130, 135/147, 154/166, 171/183, 190/202, 209/221, e, 226/238.

A autuada principal comparece aos autos impugnando o lançamento fiscal, alegando "*bis in idem*", ou seja, incidência duas vezes sobre o mesmo fato gerador, indicando que na data em que recebeu o presente lançamento, recebeu também, intimação de outro auto de infração de nº 3.0281469.220.57, contendo o mesmo período, e por suposta infração aos artigos 37, inciso I, alínea "a" do CTE, e 79, inciso I, do RCTE. Assim, como já houve lançamento pelo mesmo fato gerador, pede o arquivamento do presente feito.

Argui, a seguir, preliminar de cerceamento do direito de defesa, argumentando que na descrição fática os autuantes mencionam que o lançamento está embasado em demonstrativos e documentos, no entanto, não há qualquer documento anexado aos autos, o que dificulta o exercício da defesa e do contraditório. Destaca que o artigo 23, § 3º, da Lei nº 13.882/01, determina que ao auto de infração serão anexados demonstrativos de levantamentos ou quaisquer outros meios probantes que fundamentem o procedimento fiscal. Colaciona doutrina e jurisprudência como paradigmas.

Assevera, ainda, que o lançamento é nulo em razão da capitulação errônea do fato gerador, o que a deixa sem saber o real motivo da autuação, se por realizar serviços de transportes, e/ou por descumprimento de obrigação acessória. Destaca que os autuantes equivocaram ao invocar o comando inserto no RCTE, deixando-a sem saber se a autuação refere-se a não efetivação da exportação no prazo estabelecido, à perda da mercadoria, ou se foi em razão da reintrodução desta no mercado interno, pois não há capitulação do inciso correspondente.

Indica que houve equívoco no tocante a penalidade, já que o artigo 71, inciso IX, do CTE, possui apenas a alínea "b", sem os item e parágrafo, mencionados no auto de infração, razão pela qual o auto deve ser declarado nulo.

No mérito, alega estar juntando a documentação comprobatória da efetiva exportação das mercadorias objeto do lançamento, e conseqüentemente, não incidindo o ICMS sobre elas. Destaca ser uma das maiores exportadoras de carne do mundo, e que a reunião de toda documentação no período autuado demanda meses de trabalho.

Os autuados solidários utilizam os mesmos argumentos deduzidos pela autuada principal. Arguem preliminar de ilegitimidade passiva, por entenderem que não se enquadram em nenhuma das hipóteses do artigo 135, do CTN. Argumentam que a questão da responsabilidade não é apenas objetiva, exigindo a comprovação do ato doloso ou culposo, portanto, arrematam: *“a simples inadimplência não autoriza a responsabilidade por crédito tributário dos administradores”*. Colacionam doutrina e jurisprudência.

Prolatou-se a Sentença de fls. 272/275, tendo o julgador singular conhecido das impugnações, porém negado-lhes provimento. Rejeitou, outrossim, as preliminares suscitadas pelos autuados. No mérito, decidiu pela procedência do auto de infração. Destacou:

“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, fez desmoronar também no mérito toda a argumentação defensiva, já que não existiu qualquer contestação dos demonstrativos realizados pelo fisco, e anexados desde o início do procedimento fiscal aos autos e à disposição dos sujeitos passivos.”

Da decisão supra foram intimados os sujeitos passivos para pagar e/ou apresentar Recurso Voluntário, fls. 276/277.

O autuado direto, assim como os solidários apresentam Recurso Voluntário, defensórios de fls. 279/284 e 286/295, e ratificam os argumentos impugnatórios, inclusive quanto às preliminares de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, e por insegurança na determinação da infração.

Pugnam, ao final, pela exclusão dos solidários da lide, bem como pela improcedência do lançamento.

Após, o sujeito passivo principal apresenta o Memorial de fls. 309/314, no qual reitera os pedidos já declinados anteriormente. No mérito, diz que fez todos os esforços para apresentar a documentação em tempo hábil, entretanto como já dito, os mesmos chegam a centenas de milhares. Destaca:

“Desde a primeira notificação feita pelo Fisco, a empresa está canalizando esforços para a juntada de todos os documentos e resgatou parte – conforme planilha em anexo, tanto no escritório descentralizado que opera com o Porto, quanto nas repartições portuárias. A razão do presente Memorial é juntar ao processo as provas do procedimento correto da Recorrente”

Invoca a aplicação do artigo 11, inciso V, alínea "b", do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, para afirmar que a carga tributária efetiva é de 3% (três por cento), e não a de 12% (doze por cento), que foi aplicada no auto de infração. Alega que cumpria todos os requisitos para utilizar o crédito outorgado no momento da operação.

Argumenta que na hipótese remota de não se considerar a concessão do crédito outorgado, há que se computar no cálculo os créditos escriturais que possuía, sob pena de aniquilar o princípio basilar da não cumulatividade, tão caro ao ICMS. Manifesta, ainda: *“O que não é aceitável é a tributação de 12%, enquanto em todo o país a carga máxima praticada é de 7%”*.

Promove a juntada das planilhas de fls. 315/332, e requer, ao final:

“Ante o exposto reitera os pedidos feitos na peça Recursal, reiterando a consideração das Notas Fiscais juntadas que comprovam a exportação, consequentemente a exclusão dos valores autuados. E, nos valores restantes, a aplicação do crédito outorgado de 9%, conforme exposto no item 2.2”

A Primeira Câmara Julgadora deste Conselho exarou a Resolução nº 334/2008, fls. 333/334, através da qual converteu o julgamento em diligência junto à Coordenação de Fiscalização do Comércio Exterior, da Gerência de Fiscalização e Arrecadação da SAT, para, em face às considerações do sujeito passivo, promover à análise, verificação e conferência dos documentos apresentados, e, via de consequência, a revisão dos trabalhos originais.

Em resposta à determinação diligencial supra, o Revisor apresenta o Parecer de fls. 335/338, no qual conclui que: *“[...] a exportação das mercadorias constantes nas notas fiscais listadas nas páginas 17 a 23, não foi comprovada, pois é impossível identificar as operações realizadas. O ICMS deve ser recolhido, salvo melhor entendimento, na forma prevista na inicial”*.

As conclusões do revisor foram, assim, destacadas:

“Houve reintrodução no mercado interno das mercadorias constantes nas notas fiscais 39501, 39168 e 38788, conforme cópia das notas fiscais de vendas das mercadorias e memorandos - exportação emitidos, (folhas 339 a 347);

O disposto no artigo 76, do Anexo XII, do Decreto 4.852/97, não foi obedecido, pois as notas fiscais emitidas pela filial exportadora não identificam a quais notas de remessa com fim específico de exportação se referem – planilha “RELATÓRIO GERAL”, (gravada no CD anexado à folha 348);

Através dos Registros de Exportação, campos 13 e 22, a filial exportadora declara que as mercadorias efetivamente remetidas para o exterior não foram aquelas recebidas da filial impugnante – planilha “RELATÓRIO GERAL”, (gravada no CD à folha 348);

Não foi apresentado qualquer documento relativo a grande parte dos documentos fiscais – planilha “NOTAS SEM COMPROVAÇÃO”, (gravada no CD anexado à folha 348);

Todos os Memorandos – Exportação foram emitidos em desconformidade com o Convênio ICMS 113/96, e o Decreto 4.852/97, pois foi numerado alfa – numericamente, exemplos anexados às folhas 354 a 362;

Divergências entre as notas fiscais de remessa e os Memorandos – Exportação conforme planilha “Mercadorias Invertidas” e cópias dos comprovantes de exportação das mercadorias constantes nas notas fiscais 47704, 47849, 47852, 47888, folhas 365 a 373;

A quantidade total de mercadorias declaradas nos Memorandos – Exportação divergem das quantidades mencionadas nas notas fiscais – planilha “Peso Nota Fiscal – Peso Mem. Exp.”, folhas 374 a 379;

Vários itens das notas fiscais foram listados parcialmente nos comprovantes de exportação apresentados – exemplos demonstrados na planilha “ITENS DIVERGENTES” e cópias das notas fiscais e memorandos anexados, folhas 380 a 454;

Não identificação correta das mercadorias constantes nos Memorandos – Exportação, por exemplo, menciona um tipo genérico de mercadoria, (coxão mole bov. Cong.), no Memorando – Exportação, enquanto as notas fiscais de remessa citam três tipos diferentes, (coxão mole especificando os diversos pesos), impossibilitando saber quais as peças compõem a operação, exemplos anexados às folhas 349 a 364;

As mercadorias constantes nas notas fiscais foram pulverizadas em vários documentos de exportação, dificultando a identificação das operações de remessa para o exterior;

Cada Registro de Exportação abrange várias outras notas fiscais remetidas com fim específico de exportação, da mesma empresa ou de outra. Como o Memorando – Exportação é emitido para cada operação, cada Registro de Exportação pode ser utilizado para várias empresas. Por isto, a obrigatoriedade de vincular as notas de remessa com as notas de exportação e o preenchimento do campo 24 do RE corretamente;

O contribuinte não apresentou o relatório magnético que vincularia as exportações efetivadas com as mercadorias remetidas pela impugnante, conforme acordo firmado entre o Sr. Valdir Aparecido Boni e a SEFAZ, representada pelo Superintendente da Administração Tributária, Paulo de Aguiar Almeida, e pelo

Presidente do CAT, José Artur Mascarenhas da Silva. Veja mensagem anexada às folhas 457 a 459;

O contribuinte alegou ter devolvido as mercadorias constantes nas notas fiscais 53903, 55005, 55021, 55039, 55057, 55068, 55108, 55157, 55187, 55247, 55248, mas não apresentou as primeiras vias originais das notas de devolução e a comprovação do retorno das mercadorias, conforme acordo firmado. As cópias das notas fiscais de devolução apresentadas não contém carimbos ou qualquer outro indício de trânsito das mercadorias. Veja mensagem anexada às folhas 457 a 459.

Os documentos anexados pelo contribuinte foram emitidos de forma a favorecer a simulação das exportações, pois possibilitam a inclusão de qualquer nota fiscal de remessa, tanto desta como de qualquer outra empresa, nos comprovantes registrados no SICOMEX. Provavelmente, as notas fiscais de remessa foram emitidas para acobertar o trânsito de mercadorias a serem entregues no território Nacional sem nota fiscal, em quantidades semelhantes ou inferiores àquelas efetivamente exportadas. Esta hipótese explica porque os documentos fiscais de efetiva remessa para o exterior não identificam as notas fiscais de remessa com fim específico de exportação, e porque os Registros de Exportação não mencionam no campo 13 o Estado de Goiás como Estado Produtor, e no campo 22, o próprio exportador como fabricante das mercadorias.”

Acompanham o Parecer os documentos de fls. 339/459, assim como a mídia – CD – fls 348.

Intimados para manifestarem a respeito do resultado da diligência realizada, fls. 461/462, os autuados o fazem por intermédio da peça de fls. 463/470, na qual, após destacarem os acordos e percalços surgidos na apresentação dos documentos comprobatórios da exportação, contestam o resultado diligencial, alegando que o revisor não respondeu aos quesitos formulados no deferimento da diligência. Que o interesse maior de demonstrar a veracidade do procedimento mercantil é seu, mas, dada a quantidade de documentos a serem manuseados, e os prazos processuais devem ser obedecidos de forma ímpar. Assim, vê a necessidade de os documentos serem apreciados na sua integridade.

Promovem a juntada dos documentos de fls. 472/479.

Posteriormente, o polo passivo retorna ao processo para informar que todos os dados relacionados com a atividade da empresa, foram digitalizados e repassados à fiscalização, fls. 488/494. Requer-se, após, prazo para estudo e instrução do processo, fls 497/500.

Em Julgamento pela Quarta Câmara, por maioria de votos, foi rejeitado o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Também, por maioria de votos, foram rejeitadas as preliminares de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração, e por cerceamento do direito de defesa. Ainda, por maioria de votos, rejeitou a preliminar de exclusão dos solidários da lide. No mérito, por maioria de votos, conheceu-se do Recurso Voluntário, negou-lhe provimento, para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

A decisão cameral encontra-se consubstanciada no Acórdão nº 2.873/2010, fls. 507/516.

Quanto ao pedido de diligência, e mérito, assim destacou o Conselheiro condutor do voto vencedor:

“Como já dito quando da rejeição do pedido de conversão do julgamento em nova diligência, o CAT tem entendido, uniformemente, que o resultado das revisões fiscais, por terem a capacidade de consolidar o aspecto fático da situação discutida no processo, devem ser acolhidos pelo julgador, salvo a hipótese de erro evidente do revisor ou de posterior apresentação de elemento que, por sua relevância, aponte para a produção de resultado diferente.

Como também já foi adiantado aqui, não foi demonstrada, de modo específico, incorreção no trabalho revisional e nem foram trazidos novos elementos que, agora considerados, sejam capazes, necessariamente, de levar a resultado diverso daquele oferecido pela autoridade revisora.

Friso, ainda, que operações de exportação, por envolverem grandes valores, distâncias e volumes físicos, além de interesses privados e públicos posicionados em países diferentes, são formalmente controladas em múltiplos aspectos (cambial, sanitário, portuário, comercial exterior, bancário, tributário, seguritário, creditício, etc.), podendo o contribuinte, de muitos modos, comprovar a efetiva ocorrência da operação, o que, embora várias vezes oportunizado neste processo, sintomaticamente não se fez.”

Da decisão cameral supra, foram intimados os sujeitos passivos para pagar e/ou apresentar Recurso ao Conselho Pleno, fls. 517/524.

Os autuados interpõem Recurso ao Conselho Pleno, agora em peça única, fls. 527/548, no qual, após breve relato da matéria controvertida, arguem nulidade do lançamento por incompetência funcional da autoridade lançadora, por se tratar de Auditor Fiscal da Receita Estadual II, e o trabalho não foi sustentado por Portaria do Secretário da Fazenda.

Asseveram que a revisão foi elaborada pela mesma autoridade lançadora, destacando: *"todos os indícios levam à única certeza: 'a de que a auditoria foi realmente EFETIVADA pelo AFRE II, SEM PORTARIA DO SECRETÁRIO DA FAZENDA QUE SUSTENTASSE LEGALMENTE O ATO'".*

Que as falhas constantes na determinação da infração causaram evidente insegurança, basta ver que os artigos capitulados tratam de outra matéria. Indicam: *"a ausência dos elementos essenciais de prova da ocorrência do ilícito fiscal apontado pela fiscalização, o ICMS com os acréscimos legais reclamado na peça exordial, por si só, evidencia que a autoridade lançadora não teve segurança na determinação do "quantum" reclamado, fato causador da existência de ocorrência do incidente de nulidade prescrito no inciso da norma legal do art. 20 da Lei nº 16.469/2009".* alegam que não há demonstração precisa de quais seriam as infrações cometidas.

Que ocorreu o “bis in idem”, tendo em vista que a existência do processo nº 3.0281469.220.57, poderá gerar duas penalidades pelo mesmo fato.

Destacam, também, que houve cerceamento do direito de defesa, em razão do indeferimento do prazo de 30 (trinta) dias para o julgamento, requerido na fase cameral, fls. 497/498, haja vista que foi deferido tão somente 10 (dez) dias, conforme se vê do Despacho de fls. 504. Alegam: “*Sendo assim, conforme consta na ata de julgamento (vide certidão do acórdão), os procuradores NÃO COMPARECEREM A SESSÃO DE JULGAMENTO, tão pouco puderam instruir o processo da forma que entendem necessário, VEZ QUE NÃO FORAM COMUNICADOS SOBRE ABSOLUTAMENTE NADA.*”

Ainda, que a negativa do pedido de revisão causou cerceamento ao direito de defesa, haja vista que o próprio fiscal autuante pede que, em caso de apresentação de documentos novos, os mesmos devessem ser remetidos para o fim de serem analisados.

Pedem, também, pela exclusão dos solidários da lide, respaldando-se em várias determinações do STJ.

Pugnam, ao final, pela improcedência do auto de infração.

Após, às fls. 551/572, a autuada direta, bem como os solidários, juntam Memoriais ratificando os argumentos registrados nas fases defensórias anteriores.

Reiteram o argumento de cerceamento do direito de defesa, em face da não concessão do prazo de 30 (trinta) dias requerido na fase cameral.

Alegam que as diligências realizadas foram feitas pelo próprio fiscal autuante – AFRE II, sem acompanhamento de AFRE III, ou Portaria do Secretário da Fazenda. Destacam: “**Exime de dúvidas está o fato de que o mesmo fiscal que lavrou o auto também respondeu às diligências e REVISOU OS TRABALHOS INICIAIS, via COORDENAÇÃO DE COMÉRCIO EXTERIOR (fl. 02 c/c 338), não tendo considerado quaisquer dos documentos juntados aos autos, até porque não era imparcial quanto ao lançamento.**” (destaques no original).

Ainda, o inconformismo com a inadmissão do pedido de diligência para análise das sete caixas de documentos e mídia magnética (02 CDs-ROOM), juntados aos autos. Indicam: “*É de fácil constatação o cerceamento causado à recorrente pela não observância da documentação anexada ao processo, conforme pedido do(s) nobre(s) advogado(s) às fls. 471 c/ 488 a 492 (7 caixa de documentos fiscais NÃO ANALISADOS).*” (destaques no original).

Complementam: “*Salta aos olhos tamanha nulidade uma vez que a negativa de análise destes documentos impediu que a RECORRENTE pudesse exercer, no mínimo, o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa. Ora, em nenhum Tribunal as provas podem ser desprezadas quando são trazidas ao Juízo e tendem a demonstrar a incongruência da acusação, nesse caso, o lançamento. OUTRO FATO IMPORTANTE, NÃO CONDIZENTE COM A*

*PROCESSUALÍSTICA, e conforme se infere da **certidão de julgamento**, fls. retro, **É QUE NÃO CONSTA A VOTAÇÃO SOBRE O PEDIDO DE DILIGÊNCIA DE FLS. 463 A 470, APENAS NO CORPO DO ACÓRDÃO FAZ-SE REFERÊNCIA AO PEDIDO QUE EVIDENTEMENTE FOI NEGADO, o que configura NULIDADE PROCESSUAL, conseqüentemente.**" (destaques no original).*

Reiteram o pedido de exclusão da lide dos solidários indicados. Também, a incompetência funcional do fiscal atuante e revisor. Ainda, a preliminar de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, por ausência de provas da acusação, haja vista que o lançamento está calcado simplesmente numa relação de Notas Fiscais discriminadas em planilhas Excel, e **NÃO EM PROVAS CONCRETAS, MOTIVO PELO QUAL DEVE TER A IMPROCEDÊNCIA RECONHECIDA.**

Quanto ao cerceamento do direito de defesa, indicam que lhes foi subtraído toda e qualquer oportunidade de defesa no que tange à apreciação e revisão do processo através das **7 grandes caixas de documentos em anexo**, bem como de **extensos e complexos relatórios constantes em CDs** e que, pelo fato de até agora não terem sido analisados por este Conselho, motivou a IMPRESSÃO EM PAPEL, E A CONSEQUENTE JUNTADA, a fim de que se possa verificar a enormidade de dados que até então eram desconhecidos, e possam apreciá-los, nesse momento.

No mérito, asseveram:

(i) QUE AS NOTAS FISCAIS DE REMESSA DO PRODUTO GOIANO DO [...] GOIÁS CONFEREM COM OS MEMORANDOS;

(ii) QUE OS MEMORANDOS E AS NOTAS FISCAIS DE REMESSA (GO) CONFEREM COM AS NOTAS FISCAIS DE EXPORTAÇÃO EMITIDAS PELO [...] DE SÃO PAULO;

(iii) QUE AS NOTAS FISCAIS DE REMESSA, MEMORANDOS, NOTAS FISCAIS DE EXPORTAÇÃO, CONFEREM COM OS REGISTROS DE EXPORTAÇÃO, ESTAS QUE CONFEREM EM PESO, QUANTIDADE E REFERÊNCIAS COM O PRODUTO GOIANO REMETIDO À FILIAL DE SÃO PAULO PARA FINS DE EXPORTAÇÃO;

(iv) QUE OS REGISTROS DE EXPORTAÇÃO CONFEREM COM OS CONHECIMENTOS DE TRANSPORTES E COM AS QUANTIDADES EXPECIFICADAS NAS NOTAS DE REMESSA E DE EXPORTAÇÃO;

(v) QUE OS CONHECIMENTOS DE TRANSPORTES CONFEREM COM OS DOCUMENTOS ANTERIORES E CERTIFICAM O FATO DE QUE A MERCADORIA GOIANA FOI EFETIVAMENTE EXPORTADA.

Dos motivos que ensejam a total improcedência do lançamento, destacam:

*“Como se disse, não há provas da acusação absurda e infundada de que o [...] S/A, **MAIOR EXPORTADOR DE CARNES DO PLANETA**, não tenha exportado as mercadorias constantes nas NFs mencionadas nas planilhas de Excel, acostadas aos autos.*

*Ora, é um grande absurdo imaginar que o [...] S/A não tenha efetivamente exportado carnes goianas nos períodos constantes dos autos **3028138150172 (ref. 2003 a 2006) e autos nºs 302.817.535.9063 (ref. 2002).***

*É inexplicável uma acusação dessa natureza, ainda mais SEM A NECESSÁRIA SUSTENTAÇÃO EM PROVAS de que a MAIOR EXPORTADORA DE CARNES DO MUNDO não tenha exportado nos anos de 2002 a 2006 **as carnes produzidas em Goiás.**” (destaques no original).*

Buscam demonstrar, de forma exemplificativa, a efetiva exportação das mercadorias, fls. 569/571.

Juntam aos autos as cópias das Notas Fiscais e documentos de exportação de fls. 574/833, como comprobatórios das exportações.

Em Julgamento pelo Conselho Pleno, por proposição do Relator, à unanimidade de votos, converte-se o Julgamento em diligência junto à Coordenação de Comércio Exterior da Gerência de Arrecadação e Fiscalização da SAT, com o seguinte teor:

“CONSIDERANDO que na 'descrição do fato' do auto de infração consta a solicitação, feita pelas autoridades fiscais, no sentido de que, caso o sujeito passivo viesse a apresentar, no curso do processo, documentos comprobatórios da efetiva remessa para o exterior, fossem tais documentos remetidos àquelas autoridades "para análise”

CONSIDERANDO que consta da 'manifestação' da Coordenação de Comércio Exterior da Gerência de Arrecadação e Fiscalização da Superintendência da Administração Tributária, de fl. 335/338, que, por ocasião do atendimento da Resolução nº 334/2008 - I CJUL/CAT, o sujeito deixara de apresentar o "relatório magnético que vincularia as exportações efetivadas com as mercadorias remetidas pela impugnante, conforme acordo feito pelo Sr. [...] e a SEFAZ, representada pelo Superintendente da Administração Tributária, Paulo de Aguiar Almeida e pelo Presidente do CAT, José Artur Mascarenhas da Silva”;

CONSIDERANDO que, na fase de apreciação cameral, vieram aos autos a mídia em CD-R, de fls. 480, intitulada "DOCUMENTO Nº 3 - DIGITAÇÃO JBS - PARTE 1 - DE 01 ATÉ 08 / 13 A 15 DE 26 CAIXAS" e que, agora, em sede de recurso dirigido ao Conselho Pleno, foi apresentado o MEMORIAL COMPLEMENTAR AO RECURSO CONP, de fls. 560/833, documentos com os quais a autuada pretende comprovar a efetividade das exportações das mercadorias objeto da autuação fiscal;

CONSIDERANDO que no referido Memorial Complementar o sujeito passivo autuado alega a coincidência de 'peso', 'quantidade' e 'referência de produtos' remetidos para o fim específico de exportação nas 'Notas Fiscais de Remessa', 'Memorandos', 'Notas Fiscais de Exportação' e 'Registros de Exportação', bem como entre os 'Conhecimentos de Transporte' e os 'Registros de Exportação',

sendo que as quantidades constantes destes últimos confeririam com as 'Notas de Remessa e de Exportação';

CONSIDERANDO, ainda, que a liberdade da prova (Lei 16.469, art. 19) e a busca da verdade material constituem princípios que, ao lado do contraditório e da ampla defesa, informam o processo administrativo tributário;

CONSIDERANDO, por fim, a regra contida no § 4º do art. 41 da Lei nº 16.469/2009, a qual preceitua que, verificados os pressupostos de admissibilidade recursal, o Conselho Pleno poderá determinar a realização da diligência inadmitida em decisão cameral se entender que sua efetivação é necessária à solução da lide;

R E S O L V E,

Por unanimidade de votos,

Converter 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 (nove caixas de documentos, mídia em CD-R e Memorial Complementar) e dos argumentos expendidos pela autuada na peça recursal de fls. 527/548.

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.”

Em atendimento à determinação supra, o agente revisor se manifesta através do Parecer de fls. 840/842, juntando a mídia CD de fls. 844, mantendo na íntegra a pretensão do Fisco, ao argumento de que a única maneira de comprovar a efetiva exportação é a vinculação das Notas Fiscais de Exportação e do Registro de Exportação com as Notas Fiscais de remessa para exportação, preceito este que não pode ser ignorado, apenas por capricho do sujeito passivo.

Destacou-se:

“Este processo diz respeito a 2.705 notas fiscais de remessa para exportação, cuja efetiva exportação não foi comprovada, relacionadas às fls. 21 a 71 dos autos. Em sua defesa, o sujeito passivo apresenta planilhas relacionando diversas notas fiscais de exportação às suas respectivas notas fiscais de remessa para exportação, afirmando que estas notas fiscais de remessa para exportação são aquelas objeto da autuação.

Entretanto, verifiquei que:

1) 838 notas fiscais de remessa para exportação apresentadas como sendo referentes a este processo, de fato possuem numeração coincidente com aquelas de fls. 21 a 71, mas datas de emissão, valores e séries são absolutamente divergentes. Em sua grande maioria, as datas não são sequer aproximadas, conforme **planilha NfsDivergentes do arquivo excel Processo 3028138150172 – Demonstrativos**, anexo, havendo caso em que as notas fiscais de remessa para exportação são, por exemplo do exercício de 2003, e as relacionadas como sendo estas, do exercício de 2004 ou 2005 ou 2006. Em vários casos, o sujeito passivo

relaciona a mesma nota fiscal (mesmo número) com mais de uma data de emissão, por exemplo, a nota fiscal nº 363: Consta da relação das autuadas com a série 3 e data de emissão 26/09/2003. O sujeito passivo a relaciona com série 1, e 4 (quatro) datas de emissão diferentes.

2) Em relação a 1.867 notas fiscais de remessa para exportação autuadas, o sujeito passivo não apresenta qualquer justificativa: não constam dos arquivos apresentados, nem são mencionadas na defesa. Elas estão relacionadas na **planilha NfsNãoCtesDefesa do arquivo excel Processo 3028138150172 – Demonstrativos**. Além disto, nenhuma das notas fiscais de exportação relacionadas (as 838 do item 1), às quais o sujeito passivo vincula as notas fiscais de remessa para exportação, faz qualquer referência a estas notas fiscais de remessa para exportação. Isto contraria a Legislação Tributária, a qual estabelece que, **para se comprovar este vínculo, é necessário que haja, nas notas fiscais de exportação, a referência ao número, à série e à data de cada nota fiscal emitida pelo estabelecimento remetente, bem como ao CNPJ deste estabelecimento** (art. 76 do anexo XII do RCTE). Também os extratos completos dos Registros de Exportação apresentados não possibilitam a comprovação, pois eles também não fazem referência alguma às notas fiscais de remessa para exportação e/ou ao estabelecimento remetente goiano, o que também contraria a Legislação Tributária.

3) Das 838 notas fiscais do item 1, há 145, que embora estejam com datas e séries divergentes, estas são próximas e possuem valores coincidentes, ou muito próximos em relação às autuadas, conforme **planilha NfsDivergMesmoValor do arquivo excel Processo 3028138150172 – Demonstrativos**. Entendo que, em relação a estas, poderíamos considerar comprovada a efetiva exportação, não fosse o fato de que as notas fiscais de exportação e o registro de exportação não fazem qualquer referência a estas notas fiscais de remessa para exportação.” *(destaques no original)*.

Após destacar o conteúdo do artigo 77, do Anexo XII, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, concluiu o revisor:

“O parágrafo 1º acima transcrito mostra que apenas o memorando não comprova a efetiva exportação: ele deve ser acompanhado também do extrato completo do registro de exportação. Esta exigência tem como objetivo exatamente a verificação, pelo Fisco, se a mercadoria exportada de fato é aquela que o remetente enviou para o estabelecimento exportador. No presente caso, os extratos completos dos registros de exportação não possibilitam a comprovação da efetiva exportação, pois eles não fazem referência alguma às notas fiscais de remessa para exportação.

Portanto, a regra estabelecida pela Legislação Tributária diz que **notas fiscais de exportação e Registros de Exportação são os documentos principais para esta comprovação e que os demais (memorando, despacho, etc) são complementares**. O sujeito passivo tenta, em sua defesa, inverter a regra tornando memorando, despacho, etc principais e notas fiscais de exportação e Registros de Exportação complementares. Absurdo!

Este sistema de controle pretendido pelo sujeito passivo na verdade não controla nada. Por este sistema, **o estabelecimento exportador pode utilizar a mesma nota fiscal de exportação para comprovar a efetiva exportação relativa a quantas notas fiscais de remessa para exportação ele quiser**, pois os produtos são idênticos! No presente caso, o exportador exporta carne de diversos

estabelecimentos remetentes. Ele exporta filé, por exemplo, dos estabelecimentos remetentes A, do Estado de Goiás, B, de Minas Gerais, C, de São Paulo, etc. **o que impede que ele apresente a mesma nota fiscal de exportação de filé para os diversos fiscos? Nada, pois ele não adota os mecanismos de controle estabelecidos pelos Estados!** Em sua defesa, uma das razões apresentadas pelo sujeito passivo para pedir a validação do seu sistema é que trata-se do maior exportador de carne do planeta. Perguntamos: será que o maior exportador de carne do planeta possui um sistema tão falho de controle? Ou será que é um esquema inteligentemente montado para burlar o fisco, reintroduzindo no mercado interno a mercadoria remetida para exportação, conforme afirmam os autuantes?” (*destaques no original*).

Do resultado da revisão foram intimados os sujeitos passivos na pessoa de seu procurador, fls. 845.

A autuada direta se manifesta às fls. 848/869, alegando que não bastasse o auto de infração ter invertido o ônus da prova da Administração para o Administrado, o agente do Fisco ao efetuar a diligência apresentou dados que não condizem com os constantes dos documentos anexados pela defesa.

Destacou-se:

“Demonstraremos, através dos quites de documentos (cf. **doc. anexo nº 01 ao 10**) que as planilhas juntadas por ocasião da diligência fiscal apresentam dados tais como: **séries, datas de emissão e valores TOTALMENTE diferentes dos reais que compõem a documentação!**

NUM SEGUNDO MOMENTO – um breve roteiro sobre procedimentos de exportação esclarecerão quaisquer dúvidas sobre matéria, e outros quites de documentos demonstrarão aos Senhores Conselheiros que a mercadoria foi efetivamente exportada.” (*destaques no original*).

Discorda das conclusões apresentadas pelo revisor, destacando que relativamente às 838 (oitocentos e trinta e oito) Notas Fiscais apresentadas pela defesa, em que se indicou possuírem numeração em conformidade com o auto de infração, mas que as datas de emissão, valores e séries seriam divergentes, não é, na verdade, o que se comprova através dos documentos anexados nesta manifestação.

Indicou que o Fisco apresentou planilha denominada de NfsDivergentes (CD anexo ao processo), em total dissonância com as notas apresentadas, e sequer analisa as notas de remessa do produto goiano para fins específico de exportação, as notas de exportação, os comprovantes de exportação, DDEs, os REs, os conhecimentos de embarques, etc. Argumenta que o Fisco limita em dizer que as notas apresentadas não conferem com as destacadas na peça básica.

Em relação ao item 2 constante da revisão, quanto às 1.867 (um mil e oitocentos e sessenta e sete) NFs de remessa para exportação, indicadas como não justificadas pela defesa, e o pior, “*que não constam dos arquivos apresentados, nem são mencionadas na defesa*”, mencionada causa estranheza tal fato, pois **“ABSOLUTAMENTE TODAS AS PROVAS INERENTES À**

ACUSAÇÃO, REFERENTES ÀS 2.705 NOTAS FISCAIS FORAM, SIM, COLIGIDAS PELA RECORRENTE, POR INTERMÉDIO DE MAIS DE 7 CAIXAS ANEXADAS AOS AUTOS. Complementa: “O que ocorre é que esses mesmos documentos não foram considerados com seus dados reais.”

Argumenta, ainda:

“Os documentos que foram coligidos ao processo estão individualizados por CFOPs e a natureza da operação (remessa de produção do estabelecimento com fim específico de exportação – CFOP nº 6501), bem como com todas as indicações do destinatário ([...] SÃO PAULO), uma vez que se trata de **EXPORTAÇÃO INDIRETA.**”

Os memorandos de exportação, as NFs de venda, os registros de exportação, os DDEs, e os conhecimentos de transportes, provam que toda a mercadoria constante do auto foi devidamente exportada. Esse fato material foi devidamente comprovado pela recorrente.”

Após outras manifestações a respeito da diligência, e a exteriorização das três planilhas contidas no CD, a saber: “*Relação de Notas Fiscais divergentes; Relação de Notas Fiscais de Remessa Atuadas e Não Constantes do Arquivo da Defesa; e, Relação de Notas Fiscais de Remessa Atuadas e Constantes do Arquivo da Defesa com Divergências Quanto à Série e Data de Emissão, mas Coincidentes Quanto ao Valor*”, indica:

“Quanto às planilhas 1 e 3, estas merecem todo o destaque do contraditório, haja vista que não refletem as provas coligidas aos autos. Pelo contrário, apresentam **dados inexistentes em séries, datas de emissão e valores, denominados pela Autoridade Fiscal de ‘documentos DIVERGENTES’**. Conforme será demonstrado, as notas que o Fisco diz terem sido juntadas pela defesa e que apresentariam divergências quanto à SÉRIE, DATA E VALOR, na verdade, são exatamente IGUAIS AQUELAS MENCIONADAS NA PLANILHA ANEXA AO AUTO DE INFRAÇÃO, e foram juntadas com os respectivos documentos de exportação, **todas concatenadas de acordo com as remessas com fim específico de exportação.** Diferentemente do mencionado na diligência, todas as notas anexadas pela defesa são **exatamente coincidentes com as constantes da acusação inicial, e ilidem, sem sobre de dúvida, o lançamento.**” (destaques no original).

A atuada apresenta, no bojo da sua manifestação, a partir das fls. 853 usque 863, planilhas descritivas contendo referências do auto de infração e da diligência, buscando demonstrar, de forma amostral, falhas no trabalho revisional.

Indica, a seguir, os procedimentos inerentes às exportações e os documentos comprobatórios da efetiva exportação, fls. 864/868.

E, nas considerações finais, pugna pela total improcedência do auto de infração, quer pela inversão às avessas do ônus da prova da Administração para o Administrado, quer pela efetiva comprovação de que os documentos mencionados na peça básica existem e comprovam, sem sombra de dúvidas, a efetiva exportação das mercadorias.

Acompanham a manifestação os documentos de fls. 871/1428.

Despacho exarado no Conselho Pleno promove o encaminhando dos autos à Câmara Julgadora, em face do disposto na parte final do parágrafo 4º, do artigo 41, da Lei nº 16.469/09.

Em retorno à julgamento na fase cameral, a Quarta Câmara decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão da lide dos solidários arrolados ao processo. Também, por maioria de votos, foram rejeitadas as preliminares de nulidade do processo por incompetência funcional da autoridade lançadora, por cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito, por maioria de votos, conheceu-se do Recurso Voluntário, deu-lhe provimento para reformar a decisão singular e considerar improcedente o auto de infração.

A decisão encontra-se consubstanciada no Acórdão nº 404/2012, fls. 1433/1444.

Da decisão supra foi intimada a Representação Fazendária para, caso queira, interpor Recurso ao Conselho Pleno, fls.1445.

A Representação Fazendária apresenta o Recurso de fls. 1446/1449, no qual destaca que a acusação fiscal em face da autuada, foi motivada pela remessa de mercadorias para o exterior, com não incidência do imposto, sem que as mesmas tenham sido efetivamente exportadas, confirmadas em planilhas e demonstrativos constantes dos autos.

Assim, discorda da decisão cameral, por entender que a mesma encontra-se desprovida de fundamento, além de 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. Destacou: *“A farta documentação apresentada pela defesa foi devidamente analisada, por mais de uma vez, pelos integrantes do órgão competente da SEFAZ pelo controle das operações de exportação que concluíram, e explicaram os motivos, que as exportações não se efetivaram.”* Ainda: *“Ressalte-se que este lançamento já foi julgado uma vez pela Quarta Câmara deste Conselho, em 21/06/2010, tendo sido considerado procedente, por maioria, com Acórdão da lavra do ilustre Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes, que encontra-se nestes autos, às fls. 507/516, e cujo texto da decisão, relativo à exclusão dos solidários e ao mérito, tomamos a liberdade de adotar como parte do nosso recurso, dada a clareza, profundidade e fundamentos ali expostos.”*

Pugna, outrossim, pela reinclusão dos solidários na lide, com espeque no artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional – CTN, e artigo 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, por entender que as decisão da empresa – ente destituído de vontade própria, se personificam na pessoa do administrador.

Os autuados foram intimados para contraditar o Recurso Fazendário, fls. 1451/1458.

As contrarrazões ao Recurso Fazendário, apresentadas pelos autuados, foram consolidadas no documento de fls. 1461/1469, no qual alegam que é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que só haverá responsabilidade tributária dos sócios, se for comprovado, em procedimento próprio, o dolo ou fraude dos mesmos em relação à autuação.

Reiteram a preliminar de nulidade do lançamento por incompetência funcional da autoridade autuante, em razão do descumprimento do artigo 8º, inciso VII, da Lei nº 16.469/069, tendo em vista que o auto de infração é apócrifo. Alegam: “Cumpra ressaltar que a mesma autoridade também **RESPONDE**, e **SOZINHO**, PELA **DILIGÊNCIA/REVISÃO DE FLS. 282 A 316**, assim como fez nos autos do processo 302.813.815.0172. Como não existe Portaria do Secretário da Fazenda, à época, e também não existe a assinatura de ao menos um AFRE III NA REVISÃO, o referido processo tornou-se NULO, mais uma vez, por **INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL, NOS TERMOS DO ART. 20, § 4º, da Lei do Contencioso Administrativo.**” (destaques no original).

Reafirmam a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, por ausência de provas da acusação. Destacam que não foram juntadas as cópias das NFs que deram origem ao trabalho de auditoria fiscal, sendo que tão pouco foram coligidas ao processo no decorrer desta lide processual, o que gerou a insegurança e a improcedência da pretensão acusatória nos termos do artigo 142, do CTN.

Também, nulidade por cerceamento do direito de defesa, pois a inversão do ônus da prova tal qual ocorrido no processo causou o cerceamento. Alegam: “É o Fisco que deve provar a não exportação, não o contribuinte. Até porque até 2005 a SEFAZ não tinha o costume de fiscalizar remessas para exportação com base na consignação, **ou não**, nas NFs de exportação das NFs de remessas de origem do produto, bem como, também, não orientava os contribuintes a fazerem tais consignações nas NFs, o que demonstra certa incongruência da Fiscalização quanto a tal exigência.” (destaques no original).

No mérito, alegam que os documentos produzidos (constante de 7 caixas abarrotadas de REs, documentos de Tradings, NFs, Memorandos, Conhecimentos de transportes, etc, e CDs com planilhas indicativas de pesos e produtos), comprovam as exportações. Ainda, que por várias vezes foram apresentadas provas contundentes das exportações via de procedimento de amostragem.

Destacam: “As **notas fiscais de Goiás para a filial de SP** (CD – [...]), somando-se aos diversificados comprovantes de exportação (MEMORANDOS, CONHECIMENTOS DE TRANSPORTES, SISCOMEX, etc) demonstram que a mercadoria goiana foi efetivamente exportada para diversos países, sendo acatado pela Quarta Câmara Julgadora do CAT em seu Acórdão de nº 404/2012, que julgou o lançamento improcedente.” (destaques no original).

Complementam: “Portanto, foram coligidos aos autos toda documentação e provas que o contribuinte não contrariou a Legislação Tributária, logo o Estado de Goiás não sofreu qualquer prejuízo com as operações de exportações do JBS S/A, pugnando pela manutenção da improcedência do lançamento em comento.”

Quanto às revisões realizadas, pontuaram:

“Houve duas revisões, uma anteriormente feita na COMEX (Auditor Cristóvão), outra mais recente na GEAT (Auditor Elizeu), embora o representante fazendário menciona em sua peça recursal que tais documentos foram analisados pelo setor competente, nenhuma revisão analisou a documentação nas caixas anexadas aos autos de forma precisa.

A primeira, data vênua do ilibado saber e competência da autoridade, de forma superficial, analisou apenas parte dos documentos, e não combinou os dados das NFs de remessa com os demais documentos (memorandos, telas da SISCOMEX, REs, Notas de Exportação, BL, etc.).

A Segunda revisão (GEAT) muito embora tenha planilhado uma série de NFs de remessa, demonstrou um confusão sem precedentes ao dizer que as NFs apresentadas seriam as mesmas do auto de infração, mas que teriam séries, datas e valores divergentes. ISSO NÃO CONFERE COM A REALIDADE, conforme restou demonstrado na resposta da diligência.

Se a documentação tivesse sido analisada haveria que se comprovar o seguinte:

QUE AS NOTAS FISCAIS DE REMESSA DO PRODUTO GOIANO DO [...] GOIÁS CONFEREM COM OS MEMORANDOS;

QUE OS MEMORANDOS E AS NOTAS FISCAIS DE REMESSA (GO) CONFEREM COM AS NOTAS FISCAIS DE EXPORTAÇÃO EMITIDAS PELO [...] DE SÃO PAULO (inclusive, TRADING);

QUE AS NOTAS FISCAIS DE REMESSA, MEMORANDOS, NOTAS FISCAIS DE EXPORTAÇÃO, CONFEREM COM OS REGISTROS DE EXPORTAÇÃO, ESTAS QUE CONFEREM EM PESO, QUANTIDADE E REFERÊNCIAS COM O PRODUTO GOIANO REMETIDO A FILIAL DE SÃO PAULO PARA FINS DE EXPORTAÇÃO;

QUE OS REGISTROS DE EXPORTAÇÃO CONFEREM COM OS CONHECIMENTOS DE TRANSPORTES E COM AS QUANTIDADES ESPECIFICADAS NAS NOTAS DE REMESSA E DE EXPORTAÇÃO;

QUE OS CONHECIMENTOS DE TRANSPORTES CONFEREM COM OS DOCUMENTOS ANTERIORES E CERTIFICAM O FATO DE QUE A MERCADORIA GOIANA FOI EFETIVAMENTE EXPORTADA.

Portanto, não há provas da acusação de que o contribuinte não tenha exportado as mercadorias constantes nas NFs mencionadas nas planilhas do Excel, pois demonstrado, sim, que toda documentação (CONSTANTE DE 7 CAIXAS ABARROTADAS DE RES, DOCUMENTOS DE TRADINGS, NFs, MEMORANDOS, CONHECIMENTOS DE TRANSPORTES, etc, e CDs com PLANILHAS INDICATIVAS) anexada aos autos comprovam que as mercadorias

foram exportadas, não contrariando a Legislação Tributária.” (destaques no original).

Pugnam, ao final, pela manutenção da decisão cameral.

Os atuados, em conjunto, apresentam os Memorais de fls. 1478/1492, no qual, após uma síntese rememorativa dos fatos, ratificam os argumentos registrados nas fases defensórias anteriores. Destacam que, do que consta da análise física das NFs de remessa quando “cruzados” os dados em sua totalidade, conferem com os memorandos de exportação, com as NFs de exportação, REs, DDEs e conhecimentos de transporte (Bill of lading).

Apresentam planilhas demonstrativas denominadas documento 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11, constantes às fls. 1488/1491, relacionadas com documentos retirados aleatoriamente das caixas anexadas aos autos, visando corroborar a assertiva de exportação efetiva das mercadorias.

Juntam, outrossim, as cópias dos documentos de fls. 1493/1987.

Em apreciação pelo Conselho Pleno, por proposição do Conselheiro Relator, foi decidido, por maioria de votos, o sobrestamento do julgamento até que sejam numeradas as nove caixas com documentos, juntadas aos autos na fase cameral, fls. 1993/1994.

Por intermédio do Despacho nº 034/2012-GEPRO/CAT, foi informado o encadernamento e numeração de toda a documentação que constavam em 9 (nove) caixas, sendo 2 (duas) caixas pertencentes ao PAT 3028175359063, que formaram 10 volumes numerados de ANEXO I A ANEXO X (4.951 fls.), e 7 (sete) caixas pertencentes ao PAT 3028138150172, e que formaram 73 (setenta e três) volumes numerados de ANEXO I A ANEXO XLLIII (36.634 fls.)

Às fls. 1998/2012, os atuados juntam novos Memoriais, pelos quais fazem uma demonstração passo a passo dos procedimentos na exportação, em forma de cartilha. Apresentam, assim, o roteiro dos procedimentos e documentos inerentes à exportação das mercadorias.

Destacam: *“Como não é possível analisar todos os documentos constantes do processo nº 3.0281381.501.72 (peça básica), pois os mesmos totalizam sete (7) caixas grandes, montamos quites, por amostragem, buscando dirimir dúvidas a respeito da efetiva exportação, ou seja, comprovar que realmente as mercadorias deixaram o território nacional seguindo seu destino para o exterior.”*

Assim, apresentam os referidos quites, no total de 11 (onze), conforme se vê as fls. 2006/2008, buscando demonstrar a efetiva exportação das mercadorias.

Manifestaram, ainda:

*“Conforme fartamente demonstrado nos autos por ocasião da instrução do processo em fases anteriores, o Estado de Goiás **NÃO COMPROVOU QUE***

SOFREU QUALQUER PREJUÍZO COM AS OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO DO [...] S/A.

Nessa esteira, há de se convir que:

- 1) **não houve a demonstração clara da irregularidade supostamente praticada, ab initio litis, com a instrução da peça basilar, o que serviria para permitir aos RECORRIDOS o exercício do amplo direito de defesa e contraditório;**
- 2) **A auditoria, ao que tudo indica, englobou todos os períodos de uma só vez, considerando que TODAS AS EXPORTAÇÕES INDIRETAS NÃO CORRERAM NO PERÍODO DE 2002 A 2006, como se o [...] não tivesse exportado INDIRETAMENTE (pelo CD de São Paulo), absolutamente nada, durante este lapso temporal;**
- 3) **Também, não existe nos autos AUDITORIA BÁSICA DO ICMS, cópias das notas fiscais ou livros de registros que venham a dar substratos para acusação inicial;**
- 4) **Não foi formalizado o campo detalhado do crédito tributário com a separação do valor do suposto ICMS, multa, correção monetária e juros, falhando na identificação da cobrança;**
- 5) **Todas as revisões e diligências realizadas distorceram os dados documentais, o que foi ilidido pela RECORRIDA com a juntada de cópias e fotografias dos mesmos documentos citados pelas Autoridades Revisoras, junto a última manifestação da diligência realizada na GEAT.” (Destques no original).**

Rechaça, por derradeiro, o Recurso Fazendário, e requer a manutenção da decisão cameral por seus próprios fundamentos.

Acompanham a manifestação os documentos de fls. 2014/2038, bem como a mídia – CD de fls. 2039.

Pela resolução de fls. 2040, por proposição do Conselheiro Relator, à unanimidade de votos, o Conselho Pleno converte o julgamento em diligência junto à Coordenação de Comércio Exterior, para que os atuantes se manifestem em relação aos documentos e planilhas apresentados pelos recorrentes, juntamente com os Memoriais supra.

O atuante apresenta sua manifestação consubstanciada nas fls. 2041/2043, na qual reitera as considerações das diligências anteriores, concluindo que não houve a exportação das mercadorias para o exterior. Acompanham a manifestação: Mídia CD-R fls. 2044, e Demonstrativo das Notas Fiscais com itens coincidentes, e outros documentos, fls. 2045/2113.

No Relatório Diligencial destacou-se:

“É importante salientar que a filial exportadora situada em São Paulo recebe mercadorias com fim específico de exportação de todo Brasil. Este é um dos motivos fundamentais pelos quais foi aprovado no Convênio ICMS 113/96, vigente

à época das operações, instituindo a obrigatoriedade da vinculação da efetiva exportação com cada remessa com fim específico recebida pela exportadora, o que não foi atendido pela atuada.

Compramos os dados das planilhas anexadas com os dados registrados nos documentos apresentados, constatando que:

- A maior parte das exportações não foram feitas com relação '1 X 1', ou seja, uma nota de remessa para uma nota de efetiva exportação. É um procedimento aceito, mas impossibilita a identificação de qual mercadoria foi efetivamente remetida para o exterior, caso não sejam cumpridas as obrigações acessórias. Anexamos a planilha "Mercadoria com peso coincidente", onde relacionamos as operações que contém mesmo peso nas notas fiscais de remessa, notas fiscais de efetiva exportação e nos registros de exportação mencionados, entretanto com divergência na descrição das mercadorias;

- A filial exportadora recebe grandes quantidades de mercadorias de várias empresas (filiais ou não), transportadas por caminhões com capacidade de carga igual, por este motivo a simples coincidência de peso não confirma a regularidade de determinada operação;

- Comparando o relatório anexado e os documentos que o embasam encontramos inconsistências que contradizem os dados relatados:

- As notas fiscais 31973, 31813, 31843, 32495, 32278, 32100, 33191, 33211, 32866, 32743, 33597, 36322, 36455, que iniciam o relatório, foram emitidas no ano de 2002, e o período da atuação se inicia em 2003;

- Encontramos alguns documentos constantes na inicial coincidentes com o relatório, ANEXO I;

- Registros de Exportação declarando mercadorias diferentes das notas fiscais de remessa com fim específico de exportação, ANEXO II;

- Registros de Exportação utilizados mais de uma vez, mencionando comprovação de mercadorias em quantidade superior às registradas no SISCOMEX, ANEXO III;

- A maior parte dos documentos listados nos relatório não foram apresentados para verificação;

- O relatório contempla apenas parte das notas fiscais de remessa com fim específico de exportação relacionadas na inicial, ANEXO IV;

- O Memorando Exportação 5725p declara exportação de mercadorias recebidas acobertadas pela nota fiscal de remessa 1964, enquanto o relatório menciona a nota de remessa com fim específico de exportação nº 4952. O ME declara a nota de efetiva exportação 60876 e o relatório cita a nota efetiva 60877.

Portanto, a comprovação da efetiva exportação de mercadorias através da coincidência de peso é impossível, pois, conforme relatórios anexos, encontramos citação de comprovação de mercadorias com pesos coincidentes, mas de mercadorias diferentes; um mesmo documento citado mais de uma vez e em quantidades incompatíveis com aquelas declaradas nos próprios documentos.

Atendendo solicitação do impugnante, prorrogamos por duas vezes o prazo para realização da diligência, para apresentação de outros documentos que fossem capazes de comprovar a remessa para o exterior das mercadorias.

Foi-nos apresentado cópias do livro 'Razão Contábil'. Estes documentos não mencionam a remessa para ao exterior ou não, apenas a movimentação destas mercadorias entre empresas do mesmo grupo.

Posteriormente, o impugnante requisitou a juntada de outras cópias do Razão Contábil, que mencionam o recebimento de numerários por parte da filial exportadora, entretanto sem qualquer relação com os documentos relacionados na inicial.

É importante lembrar que a escrita contábil normalmente é centralizada na matriz, impossibilitando a vinculação da operação financeira com a venda das mercadorias, ou se o numerário é relacionado com a venda da mercadoria entre filiais ou oriundo da remessa para o exterior.

Salientamos, ainda, que não existe venda ou compra com fim específico de exportação, mas apenas remessa com fim específico de exportação, consequentemente sem transferência de propriedade das mercadorias.

No nosso entendimento, a apresentação destes documentos, bem como dos relatórios, todos parciais, que a recorrente tem anexado a este contencioso desde 2009, tem o claro intuito de postergar o julgamento deste processo e de outros do mesmo contribuinte, pois não trazem nada de conclusivo.

Assim sendo, reiteramos as considerações das diligências anteriores e, salvo melhor juízo, as mercadorias constantes das notas fiscais de remessa com fim específico de exportação identificadas na inicial não foram remetidas para o exterior.”

Do resultado diligencial supra foram intimados os sujeitos passivos para manifestação, fls. 2115/2123.

Os autuados apresentam manifestação, fls. 2126/2129, na qual apresentam os mesmos argumentos já deduzidos em resposta diligencial anterior, ou seja, que os Memorandos e as Notas Fiscais de remessa conferem com as Notas Fiscais de exportação emitidas pelo [...] de São Paulo, bem como conferem com os Registros de Exportação, assim como, conferem com os Conhecimentos de Transportes, e com as quantidades especificadas nas Notas de remessa e de exportação. Asseveram, pois, que a mercadoria goiana foi efetivamente exportada, sendo que a escrita contábil comprova a saída das mercadorias de Goiânia para São Paulo, e de São Paulo para o exterior, o que foi desconsiderado pelos autuantes e revisores.

Pugnam pela manutenção da decisão cameral que considerou improcedente o lançamento.

Acompanham a manifestação as vias das Notas Fiscais de fls. 2130/2139.

Por último, é apresentado o Memorial de fls. 2149/2151, no qual o sujeito passivo reitera: (i) a manutenção da exclusão dos solidários da lide; (ii) a nulidade do lançamento por incompetência funcional; (iii) ainda, a nulidade das revisões, por terem sido realizadas pelo próprio autuante; (iv) preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, por ausência de provas da acusação; (v) nulidade por não ter sido realizada a auditoria básica do ICMS; e, (vi), que o autuante e o revisor não consideraram Notas Fiscais canceladas e de devolução, enumerando-as.

O Memorial é acompanhado de mídia - CD, fls. 2152, contendo planilhas da Secretaria da Indústria e Comércio – SECEX e DEPLA, que comprovam com dados oficiais do Estado de Goiás, e do Ministério do Desenvolvimento, valores exportados pelo [...] / [...] nos últimos anos.

Mais um Memorial é anexado aos autos, fls. 2156/2159, no qual são reiterados os argumentos já expendidos em manifestações anteriores.

Este é o relatório.

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

DILIGÊNCIA

Na sessão de julgamento, em sustentação oral, o Representante legal do sujeito passivo requereu a realização de nova diligência, para verificação das operações de exportação realizadas pela empresa.

Relativamente ao pleito do sujeito passivo de conversão do julgamento em nova diligência, hei por bem em rejeitar, acompanhado pela unanimidade dos meus pares neste Conselho Pleno.

Entendo que, estando o processo corretamente instruído, inclusive com manifestações ocorridas em três diligências revisionais realizadas anteriormente, com pareceres conclusivos do Departamento Especializado em Comércio Exterior da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, após verificação exaustiva dos documentos anexados pela defesa, nas diversas ocasiões em que foram apresentados no trâmite deste processo, despiciendo se torna a realização de novas verificações.

Assim, estando o processo pronto para julgamento, e não tendo o sujeito passivo laborado na apresentação de novos elementos, cujas verificações a respeito dos mesmos são imprescindíveis para o julgamento, não há como deferir o pedido de nova diligência.

Destaque-se, ainda, por oportuno, que o CAT tem entendido, uniformemente, que o resultado das revisões fiscais, por terem a capacidade de consolidar o aspecto fático da situação discutida no processo, devem ser acolhidos

pelo julgador, salvo na hipótese de erro evidente do revisor ou de posterior apresentação de elemento que, por sua relevância, aponte para a produção de resultado diferente. Não é o que ocorre no presente caso.

PROCESSUAL - NULIDADES

I – INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL

Quanto à preliminar em questão, o sujeito passivo a argui em duas situações distintas, a saber: (i) “*ab initio*” com o argumento de que o trabalho fiscal foi realizado unicamente por Auditor Fiscal da Receita Estadual II – AFRE II, sem a participação de AFRE III, haja vista não constar a assinatura da referida autoridade, possuidora de competência plena para a realização da auditoria, inobstante constarem, como partícipes da fiscalização realizada, dois AFRE’s III; (ii) das revisões realizadas, por terem sido patrocinadas pela mesma autoridade lançadora, e, ainda, ser o mesmo Auditor Fiscal da Receita Estadual II – AFRE II.

Desacolhe-se, por decisão majoritária, a preliminar em questão.

Relativamente à nulidade sob análise, em função da falta de assinatura dos agentes fiscais na peça de lançamento, torna-se imperioso destacar que o auto de infração somente é gerado pelo Sistema Informatizado da Secretaria da Fazenda, com a utilização de senha de acesso exclusiva dos agentes do Fisco, não se exigindo, por conseguinte, a assinatura no formulário do auto de infração.

Outrossim, o auto de infração foi lavrado por Auditor Fiscal da Receita Estadual III – AFRE III, o qual, nos termos do artigo 4º da Lei nº 13.266/98, instituidora da carreira do Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, possui competência plena para constituir o crédito tributário relativo aos tributos estaduais.

Destaque-se, por complemento, que a peça que instrui o lançamento, qual seja, o Relatório contendo os dados das Notas Fiscais autuadas, de fls. 21/71, encontra-se devidamente assinada pelas autoridades lançadoras, inclusive os AFRE’s III.

Os recorrentes não lograram provar, mesmo indiciariamente, que os Auditores Fiscais da Receita Estadual III – AFRE’s III, que constam no auto de infração como autoridades lançadoras, bem como na Ordem de Serviço nº 0001/2007, fls. 16, não participaram da auditoria realizada. As alegações são, portanto, desprovidas de qualquer fundamento.

Quanto à nulidade das revisões realizadas por Auditor Fiscal da Receita Estadual II, AFRE II, há que se destacar que somente a primeira e a terceira manifestações nos autos foram proferidas por AFRE II, haja vista que a segunda foi realizada por AFRE III. Entretanto, tal fato não torna írritas as duas manifestações, tendo em vista que o encaminhamento do processo foi para o Departamento Especializado em Comércio Exterior da Secretaria da Fazenda, visando confirmar a efetividade das exportações, inexistindo, neste caso específico, obrigatoriedade

legal de que as informações a serem prestadas o sejam, exclusivamente, por AFRE III.

Entendo, por conseguinte, que as informações requeridas nas Resoluções exaradas por este Conselho poderiam, sem máculas, serem prestadas por qualquer servidor do Departamento de Comércio Exterior, ainda que não pertencentes à classe da carreira do Fisco do Estado de Goiás.

Em relação a esta matéria, o Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira, assim se manifestou, no processo nº 3.0281753.590.63, em desfavor do mesmo sujeito passivo:

“A prevalecer o entendimento da autuada de que somente agentes fiscais da classe III poderiam se manifestar nos autos, uma consulta formulada pelo CAT, e dirigida à própria Receita Federal, no sentido de confirmar a regularidade das operações de exportações, não poderia ser admitida.

A atuação do agente encarregado de verificar as operações realizadas pela autuada, foi a de um perito que é chamado no autos como auxiliar do julgador, na apuração de questões fáticas que dependiam de conhecimento técnico especializado em operações de exportação, e de acesso restrito ao banco de dados da Receita Federal, de modo a possibilitar a confirmação das exportações.

A diligência e o pedido de esclarecimento, determinados pela Câmara Julgadora e pelo Conselho Pleno, tiveram como propósito trazer para os julgadores subsídios e esclarecimentos a respeito dos documentos apresentados pela defesa, e eventual possibilidade de vinculação das operações de remessa com fim específico de exportação e de exportação realizadas pela filial exportadora.

O grande volume de documentos apresentados pela defesa, e a necessidade de se acessar o sistema informatizado da Receita Federal, é que torna imprescindível para o julgador a manifestação de um perito nos autos, que no caso é o setor próprio da Secretaria da Fazenda.

É claro que cumpre ao julgador a análise e valoração das provas constantes dos autos, inclusive das diligências realizadas, para decidir a questão sub judice, não estando adstrito a decidir exclusivamente em conformidade com a manifestação do diligenciador, razão pela qual não acolho o pedido de nulidade das manifestações do AFRE II nos autos.”

Agrego, assim, às minhas razões as expostas pelo ilustre Conselheiro acima referenciado.

II – INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA AINFRAÇÃO

Em relação à preliminar em referência, destaco, a priori, que o histórico do auto de infração encontra-se em perfeita consonância com os dispositivos legais apontados na exordial.

Não há como acolher a preliminar, arguida pelo sujeito passivo, haja vista que a irregularidade fiscal está clara e nitidamente relatada, estando o auto de

infração corretamente instruído, de modo a assegurar ao polo passivo o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Respalda-se o sujeito passivo no argumento de ausência de provas da acusação, pois não foram juntadas as cópias das Notas Fiscais que deram origem ao trabalho de auditoria fiscal.

A não inclusão das cópias das Notas Fiscais emitidas com o fim específico de exportação, ao meu ver, não implica em nulidade do lançamento, por três motivos, em especial: (i) o Relatório de fls. 21/71 detalha, de forma minudente, os dados das Notas Fiscais emitidas com o fim específico de exportação – Exportações Indiretas; (ii) as referidas Notas Fiscais são de emissão da própria atuada, tendo a mesma em seu poder as vias de controle; (iii) a atuada demonstrou compreensão, clara e absoluta, da acusação que lhe é imputada, e tentou, insatisfatoriamente, demonstrar a regularidade das operações constantes das Notas Fiscais atuadas.

Não há que se falar em inversão do ônus da prova, da Administração para o Administrado. A acusação é cristalina. Cabe ao sujeito passivo demonstrar que as mercadorias remetidas com não incidência para sua filial exportadora foram, de fato, exportadas.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração.

III – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Neste tópico, os atuados suscitam a nulidade em questão, em razão: (i) do indeferimento do prazo de 30 (trinta) dias para o julgamento requerido na fase cameral, haja vista que foi deferido apenas 10 (dez) dias, razão pela qual não acompanharam o julgamento; (ii) que lhes foi subtraído toda e qualquer oportunidade de defesa no que tange à apreciação e revisão do processo através das 7 (sete) caixas de documentos juntadas aos autos; (iii) que houve inversão do ônus da prova, por entender que é o Fisco que deve provar a não exportação, não o contribuinte; (iv) da não realização da auditoria básica do ICMS; e, (v) que o atuante e o revisor não consideraram Notas Fiscais canceladas e de devolução.

Relativamente ao quesito indeferimento do prazo requerido, o mesmo tornou-se vencido, haja vista que o Conselho Pleno ao retornar o processo para julgamento na fase cameral, após a realização de diligência por ele determinada, propiciou novos prazos ao sujeito passivo. Destaque-se, ainda, apenas a título ilustrativo que a Câmara, em apreciação anterior, ao conceder o prazo de 10 (dez), fls. 501, e promover o julgamento, o fez com a presença de Representante legal da atuada, conforme se vê na Certidão de fls. 505.

Subtração de toda e qualquer oportunidade de defesa no que tange à apreciação e revisão do processo, através das sete caixas de documentos juntadas aos autos, de forma alguma, ocorreu, haja vista que tanto na fase cameral quanto

no plenário deste Conselho, buscou-se, coerentemente, analisar referidos documentos, por intermédio de diligências revisionais.

Não há que se falar em inversão do ônus da prova. Não é o Fisco que deve provar a não exportação, mas sim o sujeito que deve demonstrar, inofismavelmente, a exportação realizada. Assim, considero absolutamente imprópria a arguição de inversão do ônus da prova, quando se encontram nos autos todos os elementos probatórios do trabalho fiscal, e os mesmos se coadunam com a acusação formulada.

A auditoria realizada é independente da auditoria básica do ICMS.

Quanto as Notas Fiscais indicadas como devolução de mercadorias, oportuno se faz transcrever manifestação da autoridade autuante constante às fls. 338: *“O contribuinte alegou ter devolvido as mercadorias constantes nas notas fiscais 53903, 55005, 55021, 55039, 55057, 55068, 55108, 55157, 55187, 55247, 55248. Mas não apresentou as primeiras vias originais das notas de devolução e a comprovação do retorno das mercadorias, conforme acordo firmado. As cópias das notas de devolução apresentadas não contém carimbos ou qualquer outro indício do trânsito das mercadorias. Veja mensagem anexada às folhas 457 a 459. “*

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.

SOLIDARIEDADE – REINCLUSÃO DOS SOLIDÁRIOS

Apreciando o pedido de reinclusão na lide dos solidários, apresentado pela Representação Fazendária, manifesto-me pelo seu acolhimento, por entender que os mesmos, na condição de sócios administradores, diretores e representantes com plenos poderes, possuem interesse comum na situação que tributariamente desonere e, por consequência, beneficie a empresa que dirigem, situação que, exatamente por serem dirigentes, ocorre no âmbito de sua área de controle e decisão, razão por que suas condutas se subsumem 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:

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;

[...]"

Há que se destacar ainda, que a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio de seus dirigentes, conseqüentemente, se ocorreu omissão de pagamento do ICMS na situação 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.

Com as razões acima delineadas, entendo que não há como excluir da lide os solidários identificados, razão pela qual devem ser reincluídos na polaridade passiva.

QUESTÃO MERITÓRIA

Adentrando ao exame do mérito do processo, observo, em preâmbulo, que a descrição do fato contido na peça inicial, bem como nos demonstrativos anexados, reporta-se à cobrança de ICMS, dimensionado em Auditoria, na qual detectou-se que o sujeito passivo promoveu a saída de mercadorias, utilizando indevidamente do benefício da não incidência do ICMS, pois não comprovou a efetiva exportação das mesmas, conforme especificado na exordial.

Destaco, em prelúdio, que no caso de remessa com fim específico de exportação, em que não se efetivar a exportação após decorrido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da saída da mercadoria do seu estabelecimento, fica o remetente obrigado ao pagamento do imposto devido, inclusive referente à prestação de serviços de transporte, monetariamente atualizado, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, nos termos da legislação estadual, conforme estipula o artigo 80, inciso I, do anexo XII, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE:

“Art. 80. O Estabelecimento remetente fica obrigado ao pagamento do imposto devido, inclusive o referente à prestação de serviços de transporte, monetariamente atualizado, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, previstos na legislação estadual, nos casos em que não se efetivar a exportação:

I – Após decorrido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da saída da mercadoria do seu estabelecimento, no caso de remessa com fim específico de exportação;”

O recorrente, almejando a improcedência da exigência fiscal, alega que as mercadorias remetidas foram efetivamente exportadas, e busca comprovar tal assertiva com os documentos juntados ao processo.

Não olvidando a clareza contida na acusação, entretanto, na busca da verdade material, os autos foram encaminhados em diligência, por TRÊS VEZES, para verificações a serem realizadas pela Coordenação do Comércio Exterior, conforme se vê nas Resolução nºs 334/2008, 010/2011, e 157/2012, fls. 333/334, 834/836, e 2040, cujos resultados encontram-se consolidados nos Relatório

Diligenciais de fls. 335/338, 840/842, e 2041/2043, que agregaram aos autos documentos e mídias – CD.

Todas as revisões, após detalhada análise dos documentos apresentados pelos recorrentes, foram unânimes na assertiva de que referidos documentos, além de não cumprirem os preceitos elencados pela Legislação Tributária a respeito da matéria, não são suficientemente aptos a comprovarem a efetiva exportação das mercadorias remetidas para a filial exportadora do sujeito passivo, localizada no Estado de São Paulo.

Para não ser repetitivo, destaco que às páginas 07/09, 15/17, e 25/27, deste Acórdão, transcrevi partes das conclusões apresentadas pelos diligenciadores, as quais esclarecem, minudentemente, os motivos pelos quais os documentos apresentados pelos recorrentes não são capazes de comprovar, inequivocamente, as exportações das mercadorias. Várias são as falhas, lacunas, obscuridades, e porque não dizer, irregularidades constantes dos referidos documentos, que não atendem à legislação específica deste Estado, assim como as regras estabelecidas pelo Convênio ICMS 113/96, que determinam as normas e procedimentos a serem seguidos pelo remetente e exportador, quanto às mercadorias remetidas com o fim específico de exportação.

A não incidência do ICMS nas operações de exportação, independentemente de celebração de TARE entre o autuado e a SEFAZ/GO, dependem da comprovação da efetiva exportação para o exterior das mercadorias. Dispositivos previstos nos artigos 74 e seguintes do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97, alicerçados no Convênio ICMS 113/96, determinam as normas a serem seguidas pelo remetente com fim específico de exportação.

A análise dos documentos anexados: Notas Fiscais, Comprovantes de Exportação e Registros de Exportação, Memorandos de Exportação, etc., todos emitidos pela filial da empresa situada no Estado de São Paulo, realizada pelo Setor Especializado desta Secretaria, por TRÊS VEZES, demonstra que não foram suficientemente aptos a comprovarem a exportação das mercadorias.

Destaque-se, por necessário, que as Notas Fiscais de efetiva exportação anexadas aos autos, não cumprem mandamento previsto no Convênio ICMS 113/96, e respectivos artigos da legislação estadual, de citarem o número, data e série das Notas Fiscais de remessa com fim específico de exportação.

Nesta fase de julgamento a situação em nada se alterou, não tendo sido agregado nenhum novo elemento capaz de, efetivamente, comprovar a exportação das mercadorias constantes das Notas Fiscais autuadas. Configura-se, no caso, a reintrodução das mercadorias no mercado interno, devendo o sujeito passivo recolher o ICMS incidente na operação, uma vez que utilizou indevidamente da não incidência prevista para a operação de exportação.

A Cláusula Sexta, inciso III, do Convênio ICMS nº 113/96, repetida no inciso III, do artigo 79, do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97, que trata especificamente da operação de remessa para o exterior, assim determina:

“Cláusula Sexta. O estabelecimento remetente ficará obrigado ao recolhimento do imposto devido, monetariamente atualizado, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, segundo a respectiva legislação estadual, **nos casos em que não se efetivar a exportação** (grifo oportuno):

[...]

III – em virtude de reintrodução da mercadoria no mercado interno.”

O julgamento cameral, ao considerar improcedente o auto de infração, equivocou-se, pois as mercadorias exportadas não se referem àquelas remetidas pela autuada, são da própria filial exportadora, ou seja, a filial de São Paulo, fato apurado em diligência realizada pela Coordenação de Comércio Exterior – COMEX

A conclusão apresentada pela Coordenação de Comércio Exterior – COMEX, após a análise de toda a documentação constante dos autos foi: (i) a autuada é responsável pelas operações em questão; (ii) as Notas Fiscais mencionadas nos documentos de efetiva exportação, não se relacionam com os documentos fiscais emitidos pela autuada; (iii) os Registros de Exportação apresentados declaram que as mercadorias exportadas pela filial São Paulo, não foram remetidas pela autuada; (v) os Memorandos-Exportação apresentados não são documentos hábeis para comprovar a regularidade da operação, por não serem controlados pelo Estado do emissor – SP, através de AIDF, e terem sido confeccionados em desacordo com o Convênio ICMS 113/96; e, finalmente, (vi) a comprovação da exportação das mercadorias não foi efetivada, sendo devido o ICMS.

o Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira, destacou no processo nº 3.0281753.590.63:

“Como mencionou um dos revisores, (fls. 285), não houve apenas um mero descumprimento de obrigações acessórias, o que se verifica nos autos é uma situação que envolve múltiplos documentos emitidos de forma a favorecer a simulação de exportações, pois possibilitam a inclusão de qualquer nota fiscal de remessa, tanto desta empresa quanto de qualquer outra, nos comprovantes registrados no SISCOMEX.”

Ainda, apenas a título exemplificativo, verificando os documentos colacionados aos autos às fls. 2059/2069, os quais buscam comprovar a exportação das mercadorias, a saber: (i) Siscomex – Exportação – Detalhamento Despacho por RE nº 06/0214335-001-a-005; (ii) cópias das Notas Fiscais de Remessa para fins de exportação nºs 048036, 048292, e 048277; (iii) Memorandos de Exportação nºs 4.140, 4.142, e 4.141; e, (iv) Nota de Venda das mercadorias para o exterior nº 284852, verifica-se incoerência dos documentos em questão em relação ao destino das mercadorias, ou seja, a Nota Fiscal de venda nº 284852, assim como os Memorandos de Exportação, declaram como destino das mercadorias adquirente da cidade Paris, na França, ao passo que o RE nº 06/0214335-001-a-005, indica como destino a Federação da Rússia.

Agrego, ainda, às minhas razões, a manifestação exarada pelo Conselheiro Antônio Martins da Silva, no Acórdão contido no processo nº 4.0110037.301.55, do mesmo sujeito passivo:

“Os documentos apresentados pela recorrente podem até comprovar a saída do território nacional de mercadorias da mesma espécie, porém, não comprova a exportação à luz do Convênio ICMS 113/96, e do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97, tendo em vista que aqui não basta comprovar a remessa para o exterior de mercadorias da mesma espécie e, talvez, até na mesma quantidade das mercadorias recebidas com o fim específico de exportação. É necessário e indispensável que os documentos de exportação, vale dizer, notas fiscais, registro de exportação e memorando de exportação, sejam emitidos obedecendo as regras estabelecidas, especialmente, em relação à perfeita identificação do estabelecimento e do Estado remetente das mercadorias.

Entre as impropriedades cometidas na emissão dos documentos fiscais e de controle, podemos mencionar as seguintes:

1 – As notas fiscais de exportação não contém, no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES, a série, o número e a data de cada nota fiscal emitida pelo estabelecimento remetente (autuada), conforme determinação do art. 76, do anexo XII, do Decreto nº 4.852/97, ou quando consta, a informação não se relaciona com as notas fiscais de remessa, tendo em vista, que indica numeração completamente diferente à utilizada pela empresa autuada, [...];

2 – Os Registros de Exportação não informam que as mercadorias exportadas foram remetidas pela empresa autuada, ao contrário, mencionam que são oriundas do Estado de São Paulo;

3 – Os Memorandos de Exportação, por si só, não são suficientes para a comprovação da exportação, tendo em vista que sequer são controlados pelo Estado de São Paulo.

[...]

Finalizando, cumpre ressaltar que relevar a falha da autuada no tocante ao descumprimento das exigências previstas no Convênio ICMS 113/96, bem como no Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97 e considerar o lançamento impropriedade com base nos documentos emitidos de exportação juntados ao processo sem nenhuma vinculação com as notas fiscais de remessa para exportação, equivaleria a afirmar que o Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, ou seus representantes, desperdiçaram o seu tempo realizando uma reunião do CONFAZ na cidade de Belém - PA, para celebrar um convênio estabelecendo regras para a comprovação da exportação de mercadoria, totalmente inócuas, vez que referidas exportações podem ser comprovadas pela prova no sentido de que foram exportadas mercadorias da mesma espécie das remetidas com o fim específico de exportação.”

Destaco, por derradeiro, que na comprovação da exportação à luz do Convênio ICMS 113/96, e do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97, o legislador foi exigente, não se contentando com pouco, pois estabeleceu que o confronto entre as notas fiscais de entradas oriundas de remessas recebidas para exportação sejam confrontadas com as notas fiscais de saídas destinadas à exportação,

condicionando, porém, que as últimas (notas fiscais de exportação), tenham feito referência expressa às primeiras (notas fiscais de remessa exportação), mencionando o seu número, data, série, etc., e que os documentos de controle da exportação (memorandos e registros de exportação), indiquem os dados da empresa que remeteu as mercadorias para exportação e o Estado produtor das mesmas.

Com as considerações acima, entendo que a decisão recorrida deve ser reformada, por ter sido prolatada desprovida de sustentação fática e jurídica. Acolhe-se, portanto, o Recurso da Representação Fazendária.

Ante o exposto, voto, em consenso unânime, para rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo.

Também, em decisão majoritária, voto, rejeitando a preliminar de nulidade da peça básica e das revisões realizadas, arguida pela atuada, por incompetência funcional da autoridade fiscal lançadora e revisora.

Ainda, por unanimidade de votos, voto, para rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, suscitadas pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração, e por cerceamento do direito de defesa.

E, por maioria de votos, voto, acolhendo a preliminar de reinclusão dos solidários na lide, arguida pela Representação Fazendária.

Quanto ao mérito, voto, acompanhado pela maioria dos Conselheiros, para conhecer do Recurso da Fazenda Pública, dar-lhe provimento, para reformar a decisão cameral, e considerar procedente o auto de infração.

V O T O V E N C I D O

Solicitei a elaboração deste voto vencido porque, na sessão de julgamento plenário do processo, na avaliação da constituição do crédito tributário, na conferência das fundamentações e das contraprovas do recurso do contribuinte, e, ainda, do resultado apontado no trabalho de diligência, a minha conclusão de voto divergiu da direcionada pelo Conselheiro Autor do Voto Vencedor.

Externo o meu voto na certeza de que o registro de opinião divergente é democrática, provoca discussões sobre a aplicação da legislação tributária, sobre a forma do cumprimento da tarefa funcional da autoridade administrativa, e ainda sobre as contraprovas instrutórias da tese defensiva. Estes apontamentos causaram a minha divergência sobre os questionamentos preliminares e sobre a tese do voto do conselheiro vencedor, que passo a fundamentar:

Acolho a preliminar de nulidade da peça básica e das revisões fiscais realizadas, arguidas pela atuada, por incompetência funcional da autoridade lançadora pois, durante as discussões da causa da constituição do crédito tributário, firmei o entendimento de que a autoridade fazendária que revisou o trabalho todo e fez parte do início da ação fiscal, na forma da legislação funcional

vigente, não tem competência para realizar sozinha o procedimento revisional deferido pela Câmara Julgadora.

Quanto à preliminar de exclusão do polo passivo solidário da lide, eu profiro o voto desta decisão com o acolhimento da preliminar de exclusão dos sujeitos passivos solidários da relação processual visto o entendimento de que a sua indicação, para responder pelo crédito fazendário, deve vir acompanhada da comprovação de que eles tenham agido com excesso de poderes ou de forma fraudulenta ou prejudicial à sociedade, ou, ainda, ao arrepio da lei comercial, conforme sentença o Superior Tribunal de Justiça.

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).

Por isto, me curvo à esta sentença com a convicção de que 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 às normas contidas no 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 dos sócios solidários da lide se conserva de acordo com o meu entendimento, que foi externado em outros julgados semelhantes.

Outrossim, para reforço deste voto, aduzo que não prospera a sua e a das demais pessoas indicadas para responderem solidariamente pelo crédito tributário porque nenhuma delas causou prejuízo a este Estado e nem concorreram para a prática do ato fiscal ilícito causador do lançamento tributário ora em discussão. Noto, ainda, que o artigo 45 do CTE não abriga a indicação de sócios da pessoa jurídica ou de outras pessoas ligadas à empresa para responderem pelo crédito tributário constituído por meio do lançamento de ofício, o quê motiva as suas exclusões da relação processual, conforme arguição contida na defesa.

O estudo desta questão demonstra que eles não tiveram interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação tributária principal e por ser um princípio básico para suporte da existência de solidário no lançamento tributário, esta condição, uma vez ausente, impera a declaração da sua exclusão

da lide, conforme sinaliza o art. 45, inciso XII do Código Tributário do Estado de Goiás, que transcrevo para efeito de ilustração:

“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.”

Ao interpretar a norma transcrita no parágrafo volvido, observei que a solidariedade recaiu em mais de uma pessoa, enquanto que o inciso prevê a condição de responsável solidário às pessoas *“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.”* Estas condições não atingem os envolvidos na relação processual porque a documentação fiscal relativa à exportação foi emitida de acordo com as regras do documentário fiscal.

Além do mais os documentos fiscais emitidos comprovam que as mercadorias saíram do estabelecimento goiano com o fim específico de exportação e que os indicados sujeitos passivos solidários não intervieram, nem praticaram ato omissivo relativo ao recolhimento do imposto. Demonstra, também, que o princípio maior da norma do art. 45 do CTE é a existência de interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal.

A formalização dos autos não demonstra falta de observância desse princípio nem que os indicados sujeitos passivos solidários afrontaram as regras da legislação tributária vigente à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Sobre esta questão, ainda considero que o art. 134, inciso III do CTN e o artigo transcrito nas linhas passadas do CTE não impõem a exigência do crédito tributário às pessoas físicas identificadas nos documentos de fls. 04 a 10 dos autos.

Com este convencimento de voto, acolho a preliminar de exclusão dos polos passivos solidários da lide.

Vencida a votação das questões primeiras, o julgador do processo decide o mérito processual com a fundamentação seguinte:

O lançamento do crédito tributário, descrito na peça basilar deste processo, se efetivou com a afirmação de que o contribuinte remeteu *“com não incidência do ICMS as mercadorias relacionadas nas notas fiscais listadas em anexo, sem que as mercadorias tenham sido exportadas, pois foram reintroduzidas*

no mercado interno. Em consequência, deverá pagar o imposto” acrescido da penalidade e dos acréscimos legais, conforme conclusão exposta nos demonstrativos e documentos instrutórios do trabalho da fiscalização.

A Primeira Câmara Julgadora, fls. 333 e 334, acata a proposição do Conselheiro Relator e defere a conversão do julgamento em diligência para, nas considerações sequenciais de I a IV, a Coordenação de Fiscalização do Comércio Exterior promova a análise, a verificação e a conferência dos documentos fiscais apresentados.

O atendimento do procedimento revisional efetivou-se por meio da Coordenação de Fiscalização do Comércio Exterior e pelo Auditor Fiscal dos Tributos Estaduais – AFRE II, conforme mostram os documentos de fls. 335 a 459.

O revisor, à fl. 338, assim concluiu:

“Provavelmente as notas fiscais de remessa foram emitidas para acobertar o trânsito de mercadorias a serem entregues no Território Nacional sem nota fiscal, em quantidades semelhantes ou inferiores àquelas efetivamente exportadas. Esta hipótese explica porque os documentos fiscais de efetiva remessa para o exterior não identificam as notas fiscais de remessa com fim específico de exportação e porque os Registros de Exportação não mencionam no campo 13 Estado de Goiás como estado produtor e no campo 22 o próprio exportador como fabricante das mercadorias. Desta forma, concluímos que a exportação das mercadorias constantes nas notas fiscais listadas nas páginas 17 a 23, não foi comprovada, pois é impossível identificar as operações realizadas. O ICMS deve ser recolhido, salvo melhor entendimento, na forma prevista na inicial.”

Conforme registro supra, o revisor indicou *“concluímos que a exportação das mercadorias constantes nas notas fiscais listadas nas páginas 17 a 23”* e esta listagem nas páginas 17 a 23 não está incluída no processo.

Além do que, em vários momentos da realização do trabalho de revisão fiscal, a autoridade fazendária revisora mencionou que provavelmente as notas fiscais de remessa foram emitidas para acobertar o trânsito de mercadorias a serem entregues no Território Nacional sem nota fiscal, em quantidades semelhantes ou inferiores àquelas efetivamente exportadas e que a presunção de saída interna de mercadoria abriga a exigência tributária descrita no auto de infração.

Nenhum lançamento do crédito tributário se sustenta com a convicção de *provavelmente* ou com a *presunção de saída de mercadorias* com o fim específico de suporte para a constituição de crédito tributário que possivelmente o sujeito passivo tenha omitido o recolhimento do imposto.

Tal como aconteceu na descrição da constituição do crédito tributário em que a fiscalização afirma que *“sem que as mercadorias tenham sido exportadas, pois foram reintroduzidas no mercado interno”*. Acresce que o *“contribuinte se negou a apresentar os documentos comprobatórios da efetiva remessa para o*

exterior, por este motivo se o mesmo apresentá-los durante o correr do processo, remete-los para os autuantes para análise”, o contribuinte apresentou diversos documentos no curso do processo e essa remessa não se efetivou.

Com isto, vejo que a fiscalização, inclusive o revisor que sozinho refez o trabalho fazendário inicial, não demonstraram certeza na conclusão do procedimento fiscal executado para suporte da exigência do crédito tributário, conforme preceito contido nas regras do Código Civil que orienta, ao cidadão, o conhecimento daquilo que lhe é cobrado.

Qualquer cobrança que se faça tem por base a certeza, pois quem paga alguma dívida tem o direito de saber a precisão da cobrança, princípio convencionado nos bancos acadêmicos do estudo do direito civil.

Com estas ponderações, estou convicto de que o lançamento do crédito tributário não atinge o seu objetivo, causado pela confirmação da decisão proferida pela Câmara Julgadora.

Pela exposição supra, voto conhecendo da tese recursal, negando-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 10 de dezembro de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO - Remessa interestadual de mercadoria (ouro refinado em barras) com não incidência do ICMS e sem Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda, destinada a outro estabelecimento do mesmo contribuinte, com fim específico de exportação. (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01660/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: Processual. Preliminar de reinclusão de sujeito passivo solidário na lide. Arguição pela Fazenda Pública. Acolhimento. Mérito. ICMS. Obrigação principal. Utilização indevida da não-incidência do ICMS na remessa interestadual de mercadoria com fim específico de exportação destinada a outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Reforma da decisão cameral. Procedência do auto de infração.

1. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente, com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis (art. 45, XII, CTE).

2. Para os efeitos da não-incidência do imposto sobre a saída relativa a exportação indireta o contribuinte goiano deve celebrar regime especial com a Secretaria da Fazenda para controle das saídas realizadas nos termos do art. 74, Anexo XII, RCTE;

3. Deve ser confirmado o auto de infração que exige ICMS na saída realizada com o fim específico de exportação, sem que o contribuinte goiano remetente tenha celebrado Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) com a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e não tenha comprovado de forma inequívoca a exportação das mercadorias.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 28 de maio de 2013, decidiu, por maioria de votos, acatar a preliminar de reinclusão do sujeito passivo solidário [...] na lide, arguida pela Fazenda Pública. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, José Paixão de Oliveira Gomes, Célia Reis Di Rezende, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os

Conselheiros Paulo Diniz, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho. Quanto ao mérito, também, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, com adequação da penalidade à prevista no art. 71, inc. IV-A do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, José Paixão de Oliveira Gomes, Célia Reis Di Rezende, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Paulo Diniz, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho que votaram pela procedência parcial do lançamento no valor do ICMS a recolher de R\$ 912.107,97 (novecentos e doze mil, cento e sete reais e noventa e sete centavos), com adequação da penalidade à prevista no art. 71, inc. IV-A do CTE.

RELATÓRIO

Em 09 de setembro de 2005, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 34.699.187,18 (trinta e quatro milhões, seiscentos e noventa e nove mil, cento e oitenta e sete reais e dezoito centavos), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter, no período de 01.02.2004 a 30.06.2005, utilizado indevidamente da não incidência do imposto na remessa interestadual de mercadoria (ouro refinado em barras) com fim específico de exportação destinada a outro estabelecimento da mesma empresa.

Segundo a acusação, a legislação estabelece a obrigatoriedade de celebração de regime especial com a Secretaria da Fazenda para efeito da aplicação da não incidência do ICMS, quando da remessa interestadual de mercadoria com fim específico de exportação destinada a outro estabelecimento da mesma empresa, não tendo a autuada celebrado regime especial com esta Secretaria.

Citados como infringidos os artigos 11, inciso I, 13, inciso I, 15, inciso I, 27, inciso IV, da Lei 11.651/91 combinado com o artigo 74 do Anexo XII do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea "c", da Lei 11.651/91, agravada pelo § 9º, inciso I, do mesmo artigo e diploma legal.

Identificado como sujeito passivo solidário o Sr. [...], na condição de administrador da firma autuada (fls. 04).

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, Relatório ao Auto de Infração nº 3 0145263 063 15 (fls. 05 a 12), cópia do Processo nº 24297500 (fls. 38 a 84), em que a MINERAÇÃO [...] S. A. solicita regime especial, tendo o pedido sido inferido, cópias de notas fiscais (fls. 85 a 166), do Livro Registro de Saídas (fls. 167 a 339), do Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 340 a 426), cópia do documento Exportação Brasileira por Unidade da Federação e Distrito Federal para fins do disposto nas Leis Complementares nºs 61/89 e 65/91

(fls. 427 a 428), cópia de Consultas ao SISCOMEX - Exportação (fls. 429 a 449), dentre outros documentos.

Intimados, a empresa em 20.09.2005 (fls. 452) e o solidário em 27.09.2005 (fls. 456B), ambos apresentam impugnação (fls. 457 a 498), pedindo a improcedência do lançamento, alegando que a operação foi realizada dentro da legalidade, que a remessa com fim específico de exportação, para outro estabelecimento da empresa, encontra-se no campo da não incidência do ICMS, conforme previsão contida no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea "a" da Constituição Federal, no artigo 3º, inciso II, e parágrafo único, inciso I, da Lei Complementar nº 87, no artigo 37, inciso I, alínea "a" e artigo 38, inciso I, do Código Tributário Estadual de Goiás.

Entendem que, segundo o Fisco, a operação de remessa com fim específico de exportação, entre estabelecimentos da mesma empresa, só estaria no campo da não incidência do ICMS, se o estabelecimento remetente for consignatário do TARE, caso contrário, sujeita-se à incidência do ICMS, sendo que tal entendimento do Fisco, destoa do direito que se aplica em tela, conforme o artigo 74 do Anexo XII do Regulamento do Código Tributário Estadual.

Acrescentam que ainda pende de decisão definitiva, pedido de reconsideração da impugnante ao indeferimento do Pedido de Regime Especial, daí entenderem os impugnantes não sustentar a exação fiscal ora contestada e que a norma regulamentar não é lei, ou seja, fere o Princípio da Estrita Legalidade Tributária, vulnerando o artigo 5º, inciso II e artigo 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Quanto à indicação do Sr. [...] como solidário, alegam que o mesmo não administra a empresa, e sim, o órgão consultivo, conforme Capítulo II do artigo 8º do Estatuto Social da empresa autuada, e que, na ausência de prova cabal de prática de ato ilícito por parte do sócio, não há como lhe imputar a cobrança fiscal.

Juntam cópia de Análise Econômica de Projeto da empresa autuada (fls. 499 a 500), cópia de requerimento de concessão de Regime Especial (fls. 503 a 504), cópia do Despacho nº 531/2005-GSF (fls. 505), cópia de Pedido de Reconsideração (fls. 506 a 508), cópia da autorização de impressão de documentos fiscais (fls. 509), cópia do Termo de Liberação de uso de documento fiscal (fls. 510), cópia de pedido de liberação de uso de documento fiscal (fls. 511), cópia de Memorando de Exportação (fls. 512 a 738) e cópia do Histórico de Processos (fls. 739), dentre outros documentos.

Vindo o processo a julgamento em Primeira Instância, o julgador profere a Sentença nº 3228/06 (fls. 765 a 767), decidindo pela procedência do auto de infração.

Intimados, a empresa e o solidário apresentam recurso voluntário (fls. 775 a 800), pedindo a improcedência do lançamento, alegando terem preenchidos, desde o início, todos os requisitos legais para realização das exportações e que o Termo de Acordo já foi firmado.

Acrescentam que a responsabilidade pela demora em analisar o pedido de celebração do Regime Especial não pode recair sobre a empresa recorrente.

Entendem pela ocorrência de caráter confiscatório da multa aplicada e que a indicação do solidário carece de previsão legal.

Juntam cópia do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 078/06-GSF (fls. 801 a 804), cópia de Análise Econômica de Projeto da empresa atuada (fls. 805 a 806), cópias de notas fiscais para industrialização (fls. 807 a 890), cópias de notas fiscais de devolução simbólica (fls. 891 a 975), cópias de notas fiscais de remessa de produto (fls. 976 a 1059), cópias de notas fiscais de remessa simbólica com destinação específica de exportação (fls. 1060 a 1144), cópias de notas fiscais de exportação (fls. 1145 a 1431), cópias de Memorando de Exportação (fls. 1432 a 1655), demonstrativo de Dados Sobre ICMS - janeiro/2005 a março/2006 (fls. 1656).

Posteriormente, a atuada apresenta memorial (fls. 1660 a 1664), alegando ter preenchido, desde o início, todos os requisitos legais para realizar as exportações e que o Termo de Acordo já foi firmado. Junta cópia do TARE nº 078/06-GSF (fls. 1665 a 1668) e do Parecer nº 197/2006-GREBT (fls. 1669 a 1671).

A Segunda Câmara, em decisão não unânime, materializada no Acórdão nº 0159/2007 (fls. 1674 a 1676), acolhe o pedido de exclusão da lide do solidário [...]. Quanto ao mérito, em decisão não unânime, reforma a sentença singular e considera improcedente o auto de infração.

A improcedência do lançamento, segundo o acórdão cameral, decorreu do entendimento de que a defesa acostou aos autos provas robustas capazes de ilidir a pretensão fiscal.

Intimada, a Fazenda Pública Estadual apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 1678 a 1680), pleiteando o retorno do solidário à lide, visto que a lei determina-lhe a condição de sujeito passivo solidário ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação, conforme o artigo 45, inciso XII, da Lei 11.651/91.

Quanto ao mérito, pede a reforma do acórdão cameral para que se julgue procedente o auto de infração, afirmando que o Parecer nº 197/2006 apresentado pelo contribuinte não é o Termo de Acordo de Regime Especial, assim sendo, como determina o artigo 74 do Anexo XII, do Decreto 4.852/97, portanto, essas operações realizadas não estão esteadas pelo regimento da não-incidência.

Acrescenta que no período de fevereiro de 2004 a junho de 2005, o processo com o pedido da empresa atuada solicitando o respectivo Termo de Acordo, foi analisado por diversas Gerências e Superintendências da Secretaria da Fazenda, sendo o entendimento unânime pelo indeferimento do pedido.

Intimados, a empresa e o solidário apresentam conjuntamente Contradita (fls. 1686 a 1710), pedindo a confirmação da decisão cameral, alegando terem preenchidos, desde o início, todos os requisitos legais para realizarem exportações e que o Termo de Acordo já foi firmado.

Acrescentam que inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo Tributário do Estado de Goiás reconhecem que a simples ausência de TARE não pode ser obstáculo à aplicação de regra de não incidência prevista na legislação do Estado.

Afirmam que a não incidência do ICMS nas remessas para filial localizada em outro Estado com fim específico de exportação vem prevista no Regulamento do Código Tributário Estadual.

Juntam cópia do TARE nº 078/06-GSF (fls. 1711 a 1718), cópia do Parecer nº 197/2006-GREBT (fls. 1719 a 1721), cópia de decisões deste Conselho (fls. 1722 a 1732), cópia do Acórdão do CONP nº 01341/04 (fls. 1733 a 1734) e cópia de decisão do STJ proferida em Mandado de Segurança (fls. 1735 a 1741).

Posteriormente, a autuada e o solidário apresentam memorial (fls. 1745 a 1753), aduzindo terem preenchidos, desde o início, todos os requisitos legais para realizarem exportações e que o Termo de Acordo já foi firmado.

Acrescentam que a responsabilidade pela demora em analisar o pedido de celebração do Regime Especial não pode recair sobre a Recorrente.

Entendem pela ocorrência de caráter confiscatório da multa aplicada e que a indicação do solidário carece de previsão legal.

Juntam novamente cópia do TARE nº 078/06-GSF (fls. 1754 a 1757) e do Parecer nº 197/2006-GREBT (fls. 1758 a 1760).

O Conselho Administrativo Tributário, por meio da Resolução nº 060/2007 (fls. 1783), encaminha os autos a Gerência de Comércio Exterior da SGAF para certificar a respeito da efetiva exportação das mercadorias pelo estabelecimento goiano e consequente compensação da receita a este Estado.

O resultado da diligência, conforme Parecer da Coordenação de Comércio Exterior – COMEX (fls. 1784 a 1790), aponta que todo o produto exportado teve origem no estabelecimento do contribuinte localizado no Estado de Goiás, e que tal circunstância foi informada à Receita Federal do Brasil de modo a permitir a compensação da receita ao Estado de Goiás; que o Decreto nº 6.629/07 deu nova redação ao artigo 74 do Anexo XII do RCTE, excluindo a exigência de TARE para a realização de operações interestaduais com fim específico de exportação e que a documentação acostada pelo sujeito passivo comprova a efetiva exportação de toda a quantidade remetida com fim específico de exportação e finaliza "Portanto, comprovada está a exportação dos produtos constantes nas notas fiscais objeto dos autos de infração nºs 3.0145263.063.15 e 3.0212360.657.17."

A diligência junto relação contendo notas fiscais de remessa para exportação (fls. 1791 a 1795).

Por meio de termo, juntou-se ao processo cópia do Parecer nº 002/2007 (fls. 1798 a 1799), do Despacho nº 011/08 – DRFGSI (fls. 1801) e do Despacho nº 0055/08 – SAT (fls. 18803), que são desfavoráveis à extinção do crédito tributário.

Intimada, manifesta-se acerca do resultado da diligência, consoante fls. 1808 a 1820, aduzindo que o Parecer da Coordenação de Comércio Exterior - COMEX é conclusivo e elucidativo quanto ao fato de não ter a conduta da Recorrida causado qualquer prejuízo ao Fisco, razão pela qual a exigência fiscal discutida não pode ser mantida.

Posteriormente, a empresa e o solidário retornam aos autos (fls. 1823 a 1832) com esclarecimentos acerca dos termos "Exportação pelo estabelecimento goiano" e, ainda, "consequente compensação da receita a este Estado", contidos no texto da Resolução 060/2007, onde a atuada entende que a determinação poderá gerar dúvidas às Autoridades Fazendárias a quem incumbiu do esclarecimento requisitado, e eventualmente levar a informações concernentes a questões que fogem ao objeto do processo, portanto, se faz necessária a reformulação do texto do referida Resolução para que se evitem quaisquer dúvidas quanto a essa questão e não se comprometa a exata compreensão dos fatos de interesse para o processo.

Por meio de termo, os sujeitos passivos apresentam Memorial (fls. 1836 a 1842) onde concluem o seu contraditório com as afirmações: Na verdade, está demonstrado que a exigência é equivocada especialmente em razão de fatos supervenientes de extra relevância, quais sejam a celebração do TARE e a alteração na legislação que dispensou a exigência de TARE e que, por força do artigo 106 do Código Tributário Nacional, deveria afastar a exigência do imposto e especialmente a multa imposta.

Assim, independente da análise da improcedência da exigência, é necessário que se mantenha a exclusão do pólo passivo solidário do Processo Administrativo, uma vez que sua inclusão desrespeita o que estabelece a legislação estadual, bem como pelo fato de que não existe demonstração de qualquer participação na suposta falta de pagamento do imposto.

Por essas razões, a Recorrida roga e espera seja o recurso interposto pela Fazenda Estadual improvido, a fim de que se mantenha a decisão que desconstituiu a exigência fiscal discutida e que também determinou a exclusão do sujeito passivo solidário do Processo Administrativo.

Juntaram cópia do Parecer nº 197/2006-GREBT (fls. 1843 a 1845), cópia do TARE nº 078/06-GSF (fls. 1846 a 1849), cópia de decisão do STJ em Recurso Extraordinário (fls. 1850 a 1856), cópia de decisão do STJ em Recurso Especial (fls. 1857 a 1860), cópia da Opinião Jurídica emitida por José Paulo Sepúlveda Pertence (fls. 1861 a 1883), cópia de Parecer emitido pela COMEX (fls. 1884 a 1890), cópia de relação de PATs contendo notas fiscais de remessa para

exportação (fls. 1891 a 1895), cópia de Parecer emitido pela COMEX (fls. 1897 a 1903), cópia de relação de PATs contendo notas fiscais de remessa para exportação (fls. 1904 a 1908), cópia da Resolução nº 102/2008 (fls. 1909 a 1910), cópia de Demonstrativo das Notas Fiscais de Exportação não relacionadas no Parecer do COMEX (fls. 1916 a 1918), cópia do Demonstrativo das Notas Fiscais de remessas para exportação não relacionadas no Parecer da COMEX (fls. 1919 a 1920), cópia do Demonstrativo comparativo entre as Notas Fiscais de remessas para Exportação e documentos de exportação (fls. 1921 a 1955), cópia de Ofício (fls. 1956 a 1957), dentre outros documentos.

O Conselho Administrativo Tributário, por meio da Resolução nº 007/2011 (fls. 1960), solicita que a Secretaria Geral deste Conselho providencie o desentranhamento dos processos nºs 200700004019413 e 200700004019415, os quais se encontram apensados ao auto de infração nº 3021236065717, e providencie a juntada deles ao presente processo.

Por meio do Termo de Apensamento nº 16/2011 (fls. 1961), a Secretaria Geral do CAT, apensou a estes autos cópias dos processos nºs 200700004019413 e 200700004019415

Os sujeitos passivos apresentam Memorial (fls. 1977 a 1980) onde alegam que foi comprovada a exportação, portanto não cabe a exigência do imposto e multa, até porque a celebração do TARE foi requerida previamente pela atuada.

Acrescentam que a indicação do solidário carece de previsão legal. Por fim, pedem a confirmação da decisão cameral e afaste em definitivo a exigência fiscal.

Juntam cópia do Acórdão nº 0156/07 (fls. 1981 a 1982), cópia de requerimento de concessão de Regime Especial (fls. 1986), cópia do TARE nº 078/06-GSF (fls. 1987 a 1988), cópia de Parecer emitido pela COMEX (fls. 1989 a 1992), cópia de Ofício (fls. 1993), cópia de julgados desta Casa (fls. 1994 a 1997), cópia de Opinião Jurídica emitida por José Paulo Sepúlveda Pertence (fls. 1998 a 2009) e cópia do Acórdão nº 2000/2011 (fls. 2010 a 2018).

O Conselho Administrativo Tributário, por meio da Resolução nº 160/2011 (fls. 2019 a 2021), após considerandos, encaminha os autos à Coordenação de Fiscalização do Comércio Exterior, órgão da Gerência de Arrecadação e Fiscalização, para realizar as seguintes providências:

“(1) confirmar se a revisão fiscal foi realizada: (a) apenas com base nos Registros Exportações apresentados pelo sujeito passivo e constante do processo número 3021236065717, anexo ao presente PAT; (b) ou foram objeto também de conferência individualizada junto ao sistema informatizado do SISCOMEX - Sistema Informatizado de Comércio Exterior Brasileiro;

(2) em caso de resposta positiva em relação à alínea "a" do item anterior, refazer o trabalho revisional, mediante verificação no sistema informatizado do SISCOMEX da efetiva ocorrência das operações de exportações objeto do presente lançamento

de ofício, juntando-se aos autos os respectivos relatórios extraídos do sistema supramencionado;

(3) analisar a afirmação do segundo revisor, na parte final do relatório de fls. 1957 quanto à inexistência da diferença na quantidade exportada e as razões ali apresentadas;

(4) elaborar relatório conclusivo em face dos questionamentos acima relacionados;

(5) prestar quaisquer outros esclarecimentos que entender úteis para a solução do litígio.”

A Coordenação do Comércio Exterior – COMEX emite o Relatório Diligencial nº 020/12-COMEX (fls. 2022 a 2028), onde conclui que os documentos apresentados pelo contribuinte contêm várias inconsistências, o que impossibilita a correta identificação das operações realizadas. Os Memorandos-Exportação diferem das notas fiscais de efetiva exportação, o relatório apresentado pelo contribuinte é divergente das declarações contidas nas notas fiscais e dos ME. Os registros de Exportação anexados pela empresa omitiram os campos 25 e 26, onde consta que os campos 13 e 24 destes documentos foram alterados após a averbação.

Junta aos autos mídia (CD) da Receita Federal (fls. 2029), demonstrativo das divergências encontradas nos documentos anexados ao processo nº 3 0145263 063 15 (fls. 2030 a 2033) e cópia de Consulta ao SISCOMEX (fls. 2034).

Intimados, os sujeitos passivos manifestam-se acerca do resultado da diligência, consoante fls. 2039 a 2068, onde alegam que encontra-se maculado o Relatório Diligencial nº 020/12-COMEX por vícios que comprometem a sua validade, uma vez que não afirma que a empresa não exportou, nem quanto de fato exportou ou quanto comprovou devidamente e quanto não comprovou formalmente e que o relatório da COMEX não atendeu a Resolução nº 160/2011.

Acrescentam que no momento da autuação a fiscalização não acusou a empresa autuada de haver deixado de exportar as mercadorias remetidas para esse fim, nem que teria havido desvio de mercadorias, nem tampouco que descumpriu outras obrigações tributárias acessórias.

Afirmam que a empresa sempre manteve controle das operações realizadas, tanto em solo goiano, como também em todo o seu destino até deixarem o país rumo ao exterior. Dizem que o período compreendido na diligência de fls. 1436/1479 correspondeu também ao período das operações objeto da autuação tratada nestes autos e comprovou que também neste caso todo o ouro foi exportado.

Acostam cópia da Consulta emitida pela CP Consultores Associados 2102) e laudo contábil (Termo de Constatação) emitido pela KPMG (fls. 2103 a 2135).

A empresa e o solidário apresentam Memorial (fls. 2140 a 2151), onde reiteram as argumentações anteriores.

Acostam extrato da Lei nº 17.519/2011 (fls. 2152) e cópia da Exposição de Motivos nº 47/11-GSF (fls. 2153 a 2155).

Posteriormente, os sujeitos passivos apresentam cópia de manifestação acerca do Relatório Diligencial nº 020/12-COMEX e cópias de Consulta emitida pela CP Consultores Associados e de laudo contábil (Termo de Constatação) emitido pela KPMG e de outros documentos (fls. 2157 a 2270), todos exibidos anteriormente.

Por meio de termo, os sujeitos passivos apresentam Memorial (fls. 2274 a 2281) acompanhado de documentos (fls. 2282 a 2291), todos apresentados anteriormente.

O Conselho Administrativo Tributário, por meio da Resolução nº 194/2012 (fls. 2252 a 2293), após considerandos, encaminha pedido de informação à Coordenação de Comércio Exterior - COMEX, para que o seu ilustre titular, determine auditor fiscal a adotar as seguintes providências:

“a) busque informações sobre a data em que se deu as alterações dos campos 13 (ESTADO PRODUTOR) e 24 (DADOS DO FABRICANTE) dos Registros de Exportação em questão;

b) considere na análise do presente processo, no que couber, as provas constantes do processo 3 0212360 657 17, devendo ser concomitante a conclusão dos trabalhos em ambos os processos, viabilizando o julgamento em conjunto;

c) Preste quaisquer outros esclarecimentos que entender úteis para a solução da lide.”

A Coordenação de Comércio Exterior – COMEX emite o Relatório Diligencial nº 010/2013-COMEX (fls. 2294 a 2302), onde informa que as mercadorias foram remetidas com fim específico de exportação sem a celebração do TARE exigido.

Acrescenta que houve prejuízo ao erário estadual pela não declaração, nos campos 13 e 24 dos registros de exportação, do Estado de Goiás como produtor das mercadorias e o remetente como fabricante, conforme legislação pertinente.

Ademais, todos os registros de exportação foram alterados após averbação, conforme declarado nos documentos fornecidos pela Receita Federal.

Anota que as mercadorias não foram exportadas e o imposto deve ser recolhido (fls. 2301, em destaque).

Junta aos autos cópia do demonstrativo apresentado para comprovação da exportação (fls. 2307 a 2309), cópia do Ofício nº 0024/12 (fls. 2310), relação

dos registros de exportação (fls. 2311 a 2313), cópias dos Ofícios ALF/GRU (fls. 2314 a 2316), cópia do Ofício nº 088/12 (fls. 2317), cópias de DPis (fls. 2318 a 2330), autorização de impressão de documentos fiscais (fls. 2331), concessão de autorização de impressão de documentos fiscais (fls. 2332), cópias dos SISCOMEX, demonstrativos das divergências encontradas nos documentos anexados, comparativo dos documentos apresentados pela empresa, relação de registros de exportação e respectivas quantidades de ouro exportados pela filial de Minas Gerais, memorando de exportação e notas fiscais (fls. 2333 a 2444).

Intimados, os sujeitos passivos manifestam-se acerca do Relatório Diligencial nº 010/2013-COMEX, consoante fls. 2449 a 2475, alegando que todo o ouro foi exportado e que do ponto de vista da conciliação e vinculação documental das operações, que permite a rastreabilidade das mercadorias em questão, é possível verificar do relatório diligencial nº 10/2013 que 97,55% das mercadorias foram remetidas a partir de Crixás e exportadas ao amparo de documentação fiscal consistente.

Acrescentam que restou cabalmente demonstrado pelo trabalho realizado pela KPMG e que levou ao Laudo de Constatação elaborado, bem como pelo laudo elaborado pelo Sr. Clóvis Panzarini que as mercadorias em questão foram efetivamente exportadas.

Juntam cópia de laudo contábil (Termo de Constatação) emitido pela KPMG (fls. 2477 a 2524), relatório com as notas fiscais de remessa com fim específico de exportação, notas fiscais de exportação, registros de exportação, declaração de despacho de exportação, memorandos de exportação e contratos de câmbio (fls. 2525 a 2528), cópias das notas fiscais, SISCOMEX, comprovantes de exportação, memorandos de exportação, registros de operação de câmbio (fls. 2529 a 2591), cópia de Consulta emitida pela CP Consultores Associados (fls. 2593 a 2626).

Posteriormente, os sujeitos passivos requerem e juntam cópias dos Ofícios nºs 191/2013/COINT/SURIN/STN/MF-DF e 211/2013/CONIT/SURIN/STN/MF-DF (fls. 2630 a 2639).

Por meio de termo, juntam cópias de memorial, de laudo contábil (Termo de Constatação) emitido pela KPMG e cópias dos Ofícios nºs 191/2013/COINT/SURIN/STN/MF-DF e 211/2013/CONIT/SURIN/STN/MF-DF (fls. 2642 a 2660), exibidos anteriormente.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Inicialmente, no tocante ao pedido da Fazenda Pública de retornar a lide o senhor [...], entendo que assiste razão ao recurso fazendário, porque à época dos fatos geradores ele era o Presidente do Conselho Administrativo da empresa, fls.

30, sendo que no capítulo III do seu estatuto social esta previsto que a sociedade será administrada pelo Conselho Administrativo e por uma diretoria (art. 8º), cabendo ao Conselho, entre outros, poderes de: fixar a orientação geral dos negócios da empresa, eleger e destituir os diretores da sociedade, fixando-lhes as atribuições, fiscalizar a gestão dos diretores, examinar os livros, papéis e outros documentos da sociedade, solicitar informações sobre a celebração de contratos e qualquer outros atos, aprovar os atos da diretoria.

O Presidente do Conselho Administrativo ao permitir que a empresa promovesse operações com a utilização indevida da não incidência do ICMS sobre as saídas interestaduais com fim específico de exportação das mercadorias, 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;"

O pedido de retorno a lide do solidário, excluído na fase cameral, foi norteado pelo dispositivo acima citado, razão pela qual dou provimento ao recurso da Fazenda para retornar o solidário a lide.

MÉRITO

No mérito, a acusação fiscal é de que a empresa autuada utilizou-se indevidamente da não incidência do ICMS sobre as saídas interestaduais com fim específico de exportação de ouro refinado em barras, no período de fevereiro de 2004 a junho de 2005, sem haver celebrado Termo de Acordo de Regime Especial com esta Secretaria da Fazenda.

As operações foram realizadas sob a égide do convênio ICMS 113/96 e do art. 74 do Anexo XII do RCTE que dispunha o seguinte:

"Art. 74. Para os efeitos da não-incidência do imposto sobre a saída realizada com o fim específico de exportação para o exterior de mercadoria destinada a empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa, localizado em outra unidade da Federação, prevista nos §§ 1º e 2º do art. 79 deste regulamento, o contribuinte goiano que realizar tal operação deve celebrar regime especial com esta Secretaria, observando-se, ainda, as obrigações acessórias estabelecidas neste capítulo (Convênio ICMS 113/96, cláusula primeira, parágrafo único)."

O dispositivo em vigor à época dos fatos geradores é bem claro ao estabelecer que para os efeitos da não-incidência do imposto sobre a saída realizada com o fim específico de exportação para o exterior de mercadoria destinada a outro estabelecimento da mesma empresa, localizado em outra unidade da Federação, o contribuinte goiano que realizar tal operação deve celebrar regime especial com esta Secretaria.

Diferente da exportação direta, a remessa com fim específico de exportação, ainda que realizada por uma filial da mesma empresa, é uma exportação indireta, a mercadoria não sai do estabelecimento remetente com destino ao exterior, mas é remetida para outro estabelecimento que promoverá a exportação.

No presente caso, a mercadoria (bullion) é remetida para industrialização por terceira empresa, localizada na cidade de Nova Lima, em Minas Gerais, onde se realiza a purificação do ouro e a fundição do mesmo em barras, a mercadoria, pronta para comercialização, é devolvida simbolicamente para a empresa atuada que emite documento fiscal de remessa, também simbólica, com o fim específico de exportação para sua filial exportadora localizada no mesmo Município de Nova Lima em Minas Gerais que, posteriormente, exporta o ouro em barras, sendo que a mercadoria sai fisicamente da terceira empresa industrial para ser entregue à filial exportadora.

A complexidade e a diversidade das operações envolvidas nas exportações indiretas é que são os fatores determinantes para que os estados busquem estabelecer, mediante Termo de Acordo de Regime Especial celebrado após a análise das operações envolvidas em cada caso, os mecanismos de controle das operações de modo a garantir a efetividade das remessas para o exterior.

A empresa atuada realizou operações de remessa com fim específico de exportação para outro estabelecimento seu, localizado em outra unidade da federação, sem possuir TARE que a autorizasse a fazê-lo sem a incidência do ICMS.

A empresa atuada teve indeferido seu pedido de TARE, porque à ocasião em que foi formalizado o pedido perante a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás se pleiteava que a mercadoria, produzida pela requerente e que ainda dependia de processo de industrialização (purificação) efetuado por terceira empresa especializada, localizada em Minas Gerais, fosse remetida para sua filial exportadora com o fim específico de exportação; a requerente justificava a necessidade de simplificação da movimentação física da mercadoria em razão dos altos custos envolvidos no transporte da mercadoria, conforme se depreende do requerimento de fls. 39/40.

A Gerência de Regimes Especiais e Benefícios Tributários, concluiu pelo indeferimento do TARE, por meio do Parecer nº 047/05-GREBT, fls. 36/37, ao manifestar que:

"(...) no caso em tela, não se trata de remessa de mercadoria com o fim específico de exportação, mas de transferência interestadual de mercadoria para posterior industrialização, vez que sairá de Goiás a substância mineral denominada bullions e o produto exportado será o ouro em barras. Nessa linha de raciocínio, conclui-se que não se equipara à saída para o exterior a remessa para outro estabelecimento da mesma empresa, onde o produto sofrerá algum processo de industrialização para posterior exportação."

Esse entendimento foi adotado pela Superintendência de Gestão da Ação Fiscal, Despacho nº 446/05-SGAF, fls. 76, pela Superintendência de Administração Tributária, Despacho nº 765/05-SAT, fls. 77, pelo Comitê de Análise de Concessão e de Incentivos e Benefícios Fiscais, Despacho nº 231-CACB e, finalmente, pelo Despacho nº 531/05-GSF do Gabinete do Secretário da Fazenda, fls. 80, todos pelo indeferimento do pedido.

É bem verdade que, posteriormente, analisando o novo pedido de celebração de TARE (pedido de reconsideração), no qual são descritas todas as operações que seriam realizadas pela empresa de forma detalhada, a Secretaria da Fazenda, entendendo não haver óbice a concessão do regime especial, celebrou o TARE nº 078/06, sem, no entanto, dar qualquer efeito retroativo ao mesmo; ou seja, somente a partir da data da sua assinatura é que o Estado de Goiás autorizou a empresa a promover as operações de remessa com fim específico de exportação sem incidência do ICMS, estabelecendo no mesmo ato concessivo os controles necessários a comprovação das operações por ela realizadas.

Apesar da defendente questionar a constitucionalidade do art. 74 do RCTE (Convênio ICMS 113/96, cláusula primeira, parágrafo único), afirmando que a obrigatoriedade de celebração previa de TARE para fins de não incidência nas exportações indiretas, é uma "exacerbação delirante do formalismo na tentativa de viabilizar uma pretensão tributária vedada pela Constituição", o poder judiciário tem manifestado o entendimento de que os estados podem estabelecer os controles necessários a comprovação das operações de remessas com o fim específico de exportação (TARES), conforme se pode verificar nas decisões abaixo transcritas:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.

DECRETO ESTADUAL N. 11.803/2005. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS AO PROCEDIMENTO DE ISENÇÃO DO ICMS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À LC Nº 87/96. LEGALIDADE RECONHECIDA.

I - "O Decreto 11.803/2005, emitido pelo Estado do Mato Grosso do Sul, instituiu um série de obrigações tributárias acessórias, com o objetivo de tornar eficaz o procedimento de fiscalização da efetiva exportação ou não exportação das mercadorias destinadas ao exterior, com o objetivo de assegurar que a imunidade tributária constitucional seja aplicada com absoluta segurança e legalidade. (sem grifo no original).

Não se identifica a apontada ilegalidade nesse ato legislativo. Ao contrário, é a própria Constituição Federal que estabelece a competência do Estado para instituir

o ICMS (art. 155, II), sendo conseqüência legal de direito que esse mesmo Estado seja responsável pela emissão de regras legais que se aplicam ao tributo, nos termos do prescrito no art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

Não se caracteriza a apontada violação do art. 3º da LC 87/96, que isenta do ICMS as operações e procedimentos de transporte afetos à mercadorias destinadas à exportação, isso porque o Decreto instituído pelo Estado do Mato Grosso do Sul não afasta ou impede a aplicação de tal isenção/imunidade, mas cria mecanismos administrativos (obrigações tributárias acessórias) que objetivam atestar a efetiva concretização da operação de exportação, de forma a evitar que, eventualmente, seja aplicado o favor fiscal em referência a operações de compra/venda realizadas apenas no âmbito interno."(RMS 21789/MS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 26/10/2006). (sem grifo no original).

II - Recurso ordinário improvido.

(RMS 27.476/MS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 17/11/2008)"

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 3º, II, DA LC 87/96. REGIME ESPECIAL ESTABELECIDO NO DECRETO 11.803/2005 DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. REQUISITOS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Nos termos do art. 3º, II, da LC 87/96, o ICMS não incide sobre "operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços". Por outro lado, por meio do Decreto Estadual 11.803/2005, o Estado de Mato Grosso do Sul instituiu o "Regime Especial de Controle e Fiscalização, consistente na permissão para a realização, bem como no controle fiscal e específico das operações a que se refere o art. 1º, com o objetivo de acompanhar a movimentação das respectivas mercadorias até a sua efetiva exportação e de verificar o cumprimento das correspondentes obrigações fiscais" (art. 3º).

2. Examinando-se o Decreto Estadual 11.803/2005, infere-se que foram estabelecidos diversos requisitos para a obtenção do regime especial. Tais requisitos constituem obrigações acessórias, cuja inobservância impõe o recolhimento do ICMS no momento da saída das mercadorias (art. 7º). Contudo, comprovada posteriormente a exportação, é garantida a restituição do imposto (art. 7º, § 1º, III). Nesse contexto, verifica-se que a imposição do regime especial, por si só, não afasta o benefício previsto no art. 3º da LC 87/96.

3. Nos termos do art. 175, parágrafo único, do CTN, "a exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela conseqüente". Como bem esclarece Leandro Paulsen, "o gozo de imunidade ou de benefício fiscal como a isenção não dispensa o seu titular de cumprir as obrigações tributárias acessórias a que estão obrigados quaisquer contribuintes". Assim, a existência de benefício — imunidade ou isenção — não impede que a legislação tributária (em sentido amplo) trate sobre operações acessórias, no sentido de fiscalizar e controlar a fruição do benefício, para evitar eventual burla à norma que o concede.

4. A Primeira Turma/STJ, ao apreciar o RMS 21.789/MS (Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.10.2006), reconheceu a legalidade do Decreto Estadual 11.803/2005, ficando consignado que: "O Decreto 11.803/2005, emitido pelo Estado do Mato

Grosso do Sul, instituiu um série de obrigações tributárias acessórias, com o objetivo de tornar eficaz o procedimento de fiscalização da efetiva exportação ou não exportação das mercadorias destinadas ao exterior, com o objetivo de assegurar que a imunidade tributária constitucional seja aplicada com absoluta segurança e legalidade. Não se identifica a apontada ilegalidade nesse ato legislativo. Ao contrário, é a própria Constituição Federal que estabelece a competência do Estado para instituir o ICMS (art. 155, II), sendo consequência legal de direito que esse mesmo Estado seja responsável pela emissão de regras legais que se aplicam ao tributo, nos termos do prescrito no art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

Não se caracteriza a apontada violação do art. 3º da LC 87/96, que isenta do ICMS as operações e procedimentos de transporte afetos a mercadorias destinadas à exportação, isso porque o Decreto instituído pelo Estado do Mato Grosso do Sul não afasta ou impede a aplicação de tal isenção/imunidade, mas cria mecanismos administrativos (obrigações tributárias acessórias) que objetivam atestar a efetiva concretização da operação de exportação, de forma a evitar que, eventualmente, seja aplicado o favor fiscal em referência a operações de compra/venda realizadas apenas no âmbito interno." 5. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 27.107/MS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 24/09/2008)"

"RE 606252 / MS - MATO GROSSO DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 16/12/2011

Publicação

DJe-024 DIVULG 02/02/2012 PUBLIC 03/02/2012

Partes

RECTE.(S) : ACERBRA - ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS CEREALISTA DO BRASIL

ADV.(A/S) : CARLA DE LOURDES GONÇALVES E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO: vistos, etc.

Trata-se de recurso extraordinário, interposto com suporte na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão assim ementado (fls. 542):

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DECRETO ESTADUAL N. 11.803/2005. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS AO PROCEDIMENTO DE ISENÇÃO DO ICMS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À LC Nº 87/96. LEGALIDADE RECONHECIDA.

I - 'O Decreto 11.803/2005, emitido pelo Estado do Mato Grosso do Sul, instituiu um série de obrigações tributárias acessórias, com o objetivo de tornar eficaz o

procedimento de fiscalização da efetiva exportação ou não exportação das mercadorias destinadas ao exterior, com o objetivo de assegurar que a imunidade tributária constitucional seja aplicada com absoluta segurança e legalidade.

Não se identifica a apontada ilegalidade nesse ato legislativo. Ao contrário, é a própria Constituição Federal que estabelece a competência do Estado para instituir o ICMS (art. 155, II), sendo consequência legal de direito que esse mesmo Estado seja responsável pela emissão de regras legais que se aplicam ao tributo, nos termos do prescrito no art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

Não se caracteriza a apontada violação do art. 3º da LC 87/96, que isenta do ICMS as operações e procedimentos de transporte afetos à mercadorias destinadas à exportação, isso porque o Decreto instituído pelo Estado do Mato Grosso do Sul não afasta

ou impede a aplicação de tal isenção/imunidade, mas cria mecanismos administrativos (obrigações tributárias acessórias) que objetivam atestar a efetiva concretização da operação de exportação, de forma a evitar que, eventualmente, seja aplicado o favor fiscal em referência a operações de compra/venda realizadas apenas no âmbito interno.” (RMS 21789/MS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 26/10/2006). (sem grifo no original)

De qualquer forma não compete a esse tribunal administrativo apreciar a constitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária, por força do disposto no § 4º do art. 6º da Lei nº 16.469/09, *in verbis*:

“Art. 6º [...]

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

No mesmo sentido, deixo de manifestar quanto a alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada face ao princípio do não confisco, tendo em vista que a apreciação de eventual aspecto confiscatório da multa é matéria exclusiva do Poder Judiciário, não cabendo à instância administrativa sua análise.

Não se pode, no entanto, deixar de mencionar que, apesar da acusação inicial apontar para a exigência de celebração prévia de TARE para fins de fruição da não incidência nas exportações indiretas, uma vez comprovada de forma inequívoca a efetiva exportação das mercadorias e a regularidade das operações realizadas pelo contribuinte não há como se deixar de reconhecer a não incidência do imposto, por força do disposto na Lei Complementar nº 87/96.

Daí porque se buscou confirmar se, de fato, existiria ou não a comprovação inequívoca da efetiva exportação das mercadorias envolvidas nas operações realizadas, não havendo qualquer mudança na acusação fiscal inicial.

O contribuinte ao promover as operações de exportação indireta sem prévia autorização da SEFAZ, inverteu o ônus da prova, e se obrigou a comprovar de forma irrefutável a regularidade das operações realizadas e a efetiva exportação das mercadorias para fruição da não incidência do imposto.

Foi com o objetivo de confirmar a argumentação da atuada de que as operações realizadas, sem amparo do TARE, atenderam a todas as exigências fiscais e que toda a mercadoria envolvida no lançamento foi devidamente exportada, é que o julgamento foi convertido em diligência e os autos encaminhados para análise por parte do setor especializado da SEFAZ.

Ao contrário do que afirmou a recorrida, não houve migração da acusação inicial, o que ocorreu no decorrer do presente processo foi a busca de informações conclusivas no sentido de se confirmar se a empresa atuada, apesar de não possuir TARE autorizando as operações praticadas, havia, de fato, realizado a exportação da mercadoria remetida para sua filial exportadora.

Atendendo a Resolução deste Conselho, o setor próprio da Secretaria da Fazenda, especializado em comércio exterior, COMEX, se manifestou nas duas últimas oportunidades em foi solicitada, com a conclusão de que: "a exportação das mercadorias não foi devidamente comprovada", fls. 2028, e, finalmente, após minuciosa análise de todos os documentos envolvidos nas remessas com o fim específico de exportação, inclusive com verificação dos originais das notas fiscais de remessa para o exterior da filial exportadora, de que "as mercadorias não foram exportadas", fls. 2201.

Ainda que a atuada queira rebater os dois últimos relatórios fiscais, afirmando que em duas outras ocasiões o Fisco confirmou a exportação das mercadorias, as diligências anteriores se limitaram a verificar a documentação apresentada pela empresa, sem realizar qualquer consulta direta ao sistema de comércio exterior. Por esse motivo, foi proposta a terceira Resolução determinado que à Coordenação de Fiscalização do Comércio Exterior, órgão da Gerência de Arrecadação e Fiscalização (GEAF), refizesse o trabalho revisional anterior, mediante verificação no sistema informatizado do SISCOMEX da efetiva ocorrência das operações de exportações, objeto do presente lançamento de ofício, juntando aos autos os respectivos relatórios; analisasse a afirmação do segundo revisor, na parte final do relatório de fls. 1957, quanto à inexistência da diferença na quantidade exportada e as razões ali apresentadas e, finalmente, elaborasse relatório conclusivo quanto a efetividade ou não da exportação.

Entre diversas irregularidades apontadas no Relatório Diligencial, fls. 2022/2034, tais como: inconsistências entre as notas fiscais de efetiva exportação e os memorandos de exportação, falta de apresentação de nota fiscal de exportação, contradição entre as quantidades constantes do relatório apresentado pelo contribuinte e das notas fiscais de efetiva exportação e os memorandos de exportação; ainda restou comprovado que os Registros de Exportação, apresentados pela impugnante, omitiram os campos 25 e 26 (relativos a retificação dos Registros de Exportação), nos quais se informa que as informações relativas aos campos 13 (estado produtor) e 24 (dados do fabricante), foram alterados após a averbação da exportação, fls. 2021, sendo que as alterações promovidas tratam exatamente da origem da mercadoria exportada.

O Conselho Administrativo Tributário, considerando que a verdade material é um dos princípios basilares do processo administrativo tributário e que o auto de Infração número 3 0212360 657 17, que trata da mesma matéria, encontrava-se em revisão na Coordenação do Comércio Exterior - COMEX, estando apensado ao mesmo os documentos originais apresentados pela empresa e que esses documentos também são provas do presente processo, determinou novamente o encaminhamento dos autos àquela Coordenação com pedido de informação.

A última diligência realizada pela COMEX foi completa no exame dos documentos, pois verificou não só os Registros de Exportação existentes no sistema do SISCOMEX, os memorandos-exportação e as notas fiscais de remessa da empresa atuada, mas também as notas e os livros fiscais, emitidos pela filial exportadora.

Diante do meticuloso trabalho realizado pelo revisor, a própria empresa contratada pela atuada para se manifestar retificou seu parecer inicial e admitiu uma diferença de ICMS a favor do estado no montante de R\$ 912.107,97, fls. 2524, ao afirmar que:

"Caso fosse considerado que a existência das divergências formais procedentes apontadas no Relatório Diligencial nº 010/13 dariam ensejo à incidência do ICMS nas operações correspondentes, o valor de principal desse tributo montaria em R\$ 912.107,97 (...)"

É bom destacar que as irregularidades encontradas na documentação fiscal da filial exportadora não são apenas "divergências formais" sem relevância como quer fazer crer a defesa, mas são irregularidades que inviabilizam qualquer pretensão da atuada de vincular as notas de remessa com fim específico de exportação e as notas de efetiva exportação.

Entre diversas outras irregularidades contidas nos documentos fiscais emitidos pela filial exportadora, a indicação somente na via fixa do bloco das notas fiscais relativa a exportação do número da nota de remessa foi realizado sem a utilização de papel carbono, com registro feito por meio da utilização de caneta esferográfica, fato que torna o documento fiscal inidôneo e imprestável para se comprovar qualquer vínculo da exportação com remessa anterior, como bem expôs o fiscal revisor ao afirmar que:

"Considerando que nos processos foram anexadas cópias, requeremos do impugnante a apresentação das vias originais fixas aos blocos para confirmação da autenticidade das cópias. Constatamos que a vinculação entre as notas fiscais de remessa com fim específico de exportação foi inserida posteriormente nos documentos de efetiva exportação. A idoneidade dos documentos fiscais depende da emissão simultânea de todos os seus dizeres, sendo impedida a complementação ou adequação de itens aos referidos documentos. As notas fiscais emitidas pela exportadora apresentam a vinculação com as notas de remessa, entretanto esta vinculação foi feita posteriormente à emissão da nota fiscal, claramente é uma "emenda" proibida pelo Ajuste SINIEF S/N -70.

'Art. 7º - Os documentos fiscais referidos nos incisos I a V do artigo anterior deverão ser extraídos por decalque a carbono ou em papel carbonado, devendo ser preenchidos a máquina ou manuscritos a tinta ou a lápis-tinta, devendo ainda os seus dizeres e indicações estar bem legíveis, em todas as vias.

§ 1º É considerado inidôneo para todos os efeitos fiscais, fazendo prova apenas em favor do Fisco, o documento que:

1. omitir indicações;
2. não seja o legalmente exigido para a respectiva operação;
3. não guarde as exigências ou requisitos previstos neste Convênio;
4. contenha declarações inexatas, esteja preenchido de forma ilegível ou apresente emendas ou rasuras que lhe prejudiquem a clareza'. (Grifo nosso)''

Importante destacar que esse desvio só pôde ser verificado porque se buscou os originais dos documentos fiscais emitidos; até a penúltima revisão, realizada por meio da análise de cópias, não foi possível a constatação desse procedimento que por força da legislação que trata do preenchimento de documentos fiscais torna a nota fiscal emitida inidônea para comprovar qualquer operação.

São poucas notas fiscais emitidas e de valores expressivos, como se poderia admitir que somente depois de emitidas as notas de exportação é que a empresa tenha percebido que deixou de estabelecer a vinculação entre as notas de exportação e de remessa.

Não bastasse essa irregularidade no documento de exportação, que indica claramente a divergência de informações entre a primeira e a via fixa da nota fiscal de exportação, constante não só em um, mas na quase totalidade dos documentos de exportação, ainda temos o fato de que a empresa modificou, após a realização das exportações, o campo 13 (referente ao estado produtor, alterando de Minas Gerais para Goiás) e o campo 24 (dados do fabricante, alterando da Filial exportadora mineira para o estabelecimento goiano) de todos os Registros de Exportação.

Ainda que a Receita Federal possibilite a alteração dos campos 13 e 24 de forma automática, sem qualquer análise prévia do Fisco (até porque para a Receita Federal e para os tributos federais de sua competência essa informação é elemento de menor importância), foge ao razoável imaginar que, somente após a realização das operações de exportação, a empresa tenha verificado que a origem do ouro não era aquela declarada inicialmente, mas de outro estabelecimento da empresa localizado em estado diverso.

Os próprios livros fiscais da filial exportadora somente foram visados pela repartição competente do Estado de Minas Gerais no dia 06 de maio de 2011, após a notificação fiscal do Fisco goiano, conforme manifestação da COMEX, abaixo reproduzida:

“Livros Fiscais apresentados – os livros de emissão da filial exportadora apresentados não obedeceram ao mandamento legal previsto no artigo 64 do Ajuste SINIEF S/N DE 15 DE DEZEMBRO DE 1970, pois somente foram visados pela repartição competente do Estado de Minas Gerais no dia 06 de maio de 2011, após notificação fiscal, enquanto a previsão legal é ser visada antes de serem utilizados.

‘Art. 64. Os livros fiscais, que serão impressos e de folhas numeradas tipograficamente em ordem crescente, só serão usados depois de visados pela repartição competente do Fisco estadual.’”

Não menos importante é o fato das notas fiscais emitidas pela exportadora – as notas fiscais de efetiva exportação das mercadorias correlatas aos autos - terem sido emitidas com o CFOP 7.101 (venda da mercadoria produzida no estabelecimento) ou 7.102 (Venda de Mercadoria recebida ou adquirida de terceiros) até julho de 2005, enquanto o CFOP designado para as operações de exportação de mercadorias recebidas com fim específico de exportação é o 7.501 (exportação de mercadorias recebidas com fim específico de exportação), como salientado pelo revisor, fls. 2022/2034.

Como é possível aceitar a afirmação da autuada de que as mercadorias remetidas com fim específico de exportação foram efetivamente exportadas, quando se constata que: primeiro, a indicação da nota de remessa foi inserida a caneta na nota de exportação; segundo, o CFOP indica exportação direta; terceiro, existe divergências entre as quantidades das notas de remessa e de efetiva exportação (situação até admissível se o produto exportado fosse soja que derrama no transporte, mas impensável em se tratando de ouro); quarto, alteração da origem do produto nos REs após a sua averbação.

Portanto, não se trata apenas de obrigações acessórias que foram descumpridas pela empresa, mas da exigência de celebração de TARE, como instrumento de controle no interesse da fiscalização e da arrecadação, que não foi cumprida e de operações de remessas com o fim específico de exportação, cuja exportação não restou comprovada.

Ora, se as mercadorias relativas as operações interestaduais de remessas com fim específico de exportação com não incidência do imposto, sem amparo do TARE, não foram de fato exportadas, a acusação fiscal prevalece e a exigência inicial deve ser confirmada.

Deve, entretanto, ser adequada a penalidade para a prevista no art. 71, IV-A, CTE, pois, apesar de ter sido inserida no Código Tributário Estadual em data posterior a irregularidade praticada, é menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração, cabendo nesse caso a aplicação do princípio da retroatividade benigna, conforme previsto no art. 106, II, “c” do CTN.

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

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;”

Ante o exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e retornar o solidário a lide e, no mérito, julgar procedente o auto de infração, adequando, contudo, a penalidade para a prevista no art. 71, IV-A, do CTE.

VOTO VENCIDO

Tendo acompanhado o andamento desse caso há tanto tempo, analisei detidamente a questão, assim como os incidentes e conheço os detalhes do caso, explanados pelos representantes da Fazenda Estadual e pelos advogados dos recorridos, registro que as diligências realizadas se prolongaram por mais de dois anos, ou seja os documentos foram muito bem examinados, e não apenas aspectos formais, mas fatos concretos.

Os processos estão sendo analisados em conjunto porque envolvem as mesmas questões, ou seja, a mesma acusação e os mesmos fundamentos de fato e de direito e que diferem apenas quanto ao período que cada auto de infração abrange, ou seja, o primeiro estende-se de fevereiro de 2004 a junho de 2005 e o segundo de julho de 2005 a maio de 2006, tanto que as diligências resultaram em relatórios que se referem ao período todo.

Por tudo que li, vi e ouvi ao longo dessas diversas sessões de julgamento, formei meu convencimento e decidi acompanhar o voto do ilustre Conselheiro Relator, Paulo Diniz e também do ilustre Conselheiro Edson Abrão da Silva, que foi relator do julgamento cameral e lavrou o Acórdão da IV CJUL nº 2000/2011 nos autos do Processo nº 3.0212360.657-17, também envolvendo a mesma empresa contribuinte, no qual analisa a questão com muita propriedade. Transcrevo o voto porque soluciona de maneira precisa a controvérsia:

“Acolho a preliminar de exclusão do Presidente, do Vice Presidente, e dos Diretores da sujeição passiva solidária da lide, pois entendo que as suas indicações, para responderem pelo crédito fazendário, devem estar acompanhadas da comprovação de que eles tenham 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, cuja matéria teve sua uniformização efetuada pela egrégia 1ª Seção dessa Corte no REsp nº 898168/SP, DJ de 05/03/2008. Recurso Especial não conhecido por unanimidade de votos.

Informo que esta decisão, nesta primeira parte, é igual a tantas outras que já defini nesta Casa, nas quais externei o meu voto e que, no momento, quero que a minha tese de votação faça parte deste decisório, embora não a transcreverei neste discurso.

No caso em discussão, a Sentença do Superior Tribunal de Justiça, mencionada no parágrafo anterior, resguarda a pessoa do sócio, acionista etc., e, somente nas situações definidas na forma externada pelo STJ é que as pessoas ligadas à pessoa jurídica poderão ser responsabilizadas solidariamente pelo débito tributário por ventura existente. Em face ao procedimento dos acionistas, dos sócios, etc., é pacífico que a sociedade não sofre abalos de nenhuma ordem.

Portanto, faço este voto com o entendimento firmado nesta Casa em processos que discutiram esta questão e cuja razão do acolhimento da preliminar de exclusão das pessoas identificadas na polaridade passiva solidária da lide se conserva de acordo com o meu entendimento, que foi referenciado em outros julgados semelhantes.

Ademais, as decisões judiciais se enquadram como fontes secundárias no Direito Tributário, cuja “diferença fundamental é que, além de a decisão ser proveniente do Poder Judiciário, esta faz “coisa julgada”, isto é, indiscutibilidade do mesmo assunto ou inalterabilidade da decisão, nem mesmo por meio de lei (art. 5º, XXXVI, da CF)”, que transcrevo apenas para ilustrar:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

“A decisão judicial transitada em julgado cria uma norma individual, que é lei entre as partes e arguível a qualquer momento”, do Livro Direito Tributário, do Professor Yoshiaki Ichihara, página 103.

Em seguida, analiso, estudo e decido o mérito da autuação nos fundamentos seguintes:

Vejo que os resultados das diligências, inseridos às folhas identificadas na primeira parte deste voto, comprovam que as mercadorias saídas deste Estado foram remetidas ao comércio exterior e que as fases operacionais se fizeram sob cobertura de documentação fiscal idônea e sem a tributação do ICMS, cujo produto – ouro extraído no campo extrator, purificado e formatado em barras tinham destino certo no comércio exterior e que as operações de circulação interna se fizeram sob o controle da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e do Ministério da Fazenda.

Para este tipo de transação mercantil a mercadoria circula livre da tributação do imposto, visto o alcance da não incidência, por força de imunidade tributária editada na Constituição Federal, prevista no art. 155, inciso X, que transcrevo:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).”

O artigo transcrito no parágrafo volvido está incorporado na Lei nº 11.651/91, art. 37, inciso I e mantém a não incidência do imposto quanto a mercadoria for destinada ao comércio exterior, conforme redação a seguir transposta:

“Art. 37. O imposto não incide sobre:

I - operações:

a) que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados.”

Diante deste convencimento, o meu entendimento é que a decisão proferida pela Primeira Instância cabe reforma.

Entretanto, o apego a esta questão se deve ao fato de, à época do cumprimento da tarefa funcional das autoridade lançadora, a Administração Tributária exigir a celebração de Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, para que o contribuinte pudesse operar livre da tributação do imposto sobre operações de circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS.

O sujeito passivo providenciou este documento de controle interno da Secretaria da Fazenda, e, sem obter resultado imediato, teve contra si o lançamento tributário relativo ao período em que não era portador do TARE.

No curso do processo, a própria Administração Tributária editou norma excludente da obrigatoriedade da assinatura do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, de forma que o contribuinte, de acordo com a legalidade do seu ato, se viu liberto da obrigatoriedade tributária imposta neste processo, conforme permissão estampada no art. 106 do Código Tributário Nacional – CTN, transcrito no parágrafo seguinte:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”, (Sinalizei o texto original).

Nos comentários ao Código Tributário Nacional, a Professora Maria de Fátima Ribeiro ensina que não se deve falar em retroatividade da lei, pois esta não retroage, mas deve-se dizer que a lei pode ser utilizada na qualificação jurídica dos fatos ocorridos antes do início de sua vigência. E, excepcionalmente, uma lei pode elidir os efeitos da incidência de lei anterior, conforme prevê o art. 106 do CTN.

Ora, a exigência obrigacional do contribuinte era que ele tivesse assinado o acordo com a Administração Fazendária – Termo de Acordo de Regime Especial – TARE – para que ele pudesse realizar as operações de circulação do produto do estabelecimento extrator, para o purificador e depois de formatado em barras o bem pudesse ser liberado para o comércio exterior.

Cabe lembrar que o contribuinte requereu a celebração da exigência acessória do TARE, que não foi liberado de momento e, no entanto, quando o foi, ele deixou de ser necessário por força de vigência de norma complementar posterior. Ou seja, a acusação feita no auto de infração é de que deixou de celebrar TARE, mas o contribuinte fez o que lhe cabia, ou seja requereu o TARE e demonstrou que reunia condições para obter sua aprovação.

Neste caso, aplica-se a interpretação da norma editada a posteriori de acordo com a interpretação das Leis no Direito Penal, ou seja, a nova regra elimina os efeitos da norma anterior e põe fim ao lançamento que reclama imposto cujo destino é a remessa para o exterior e, portanto, não incidente do tributo.

Na descrição do mencionado art. 106, a retroatividade benigna é permitida nos três aspectos redigidos e, no caso, o desaparecimento da regra da infração, ou no caso de redução da penalidade, a causa da infração deixa de existir, como é a presente situação motivadora do lançamento tributário.

Embora a exigência do TARE não esteja prevista em lei, a norma que a editou tem a força daquela, tanto que suportou a constituição do crédito até o momento em que a obrigatoriedade da celebração do TARE para o contribuinte operar com produtos livre de tributação e somente foi eliminada com o desaparecimento dessa regra criativa da obrigação.

Na época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária o art. 74 do Anexo XII do Decreto nº 4.852/97, teve vigência de 01/01/1998 a 10/06/2007, ditava a seguinte ordem:

“Art. 74. Para os efeitos da não-incidência do imposto sobre a saída realizada com o fim específico de exportação para o exterior de mercadoria destinada a empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa, localizado em outra unidade da Federação, prevista nos §§ 1º e 2º do art. 79 deste regulamento, o contribuinte goiano que realizar tal operação deve celebrar regime especial com esta Secretaria, observando-se, ainda, as obrigações acessórias estabelecidas neste capítulo (Convênio ICMS 113/96, cláusula primeira, parágrafo único).” (Texto original grifado).

Entretanto, esta regra sofreu revogação e a lei nova deixou de exigir a celebração de acordo com a Secretaria da Fazenda para promover a circulação dos produtos do estabelecimento extrator para o purificador que o transforma em barras para posterior exportação, com a seguinte orientação tributária:

“Art. 74. O disposto neste capítulo aplica-se às seguintes operações, inclusive à prestação de serviço de transporte a elas vinculadas, amparadas pela não incidência:

I - saída para o exterior realizada diretamente pelo remetente;

II - saída com o fim específico de exportação para o exterior, destinada à empresa comercial exportadora, inclusive trading, ou a outro estabelecimento da mesma empresa remetente (Convênio ICMS 113/96, cláusula primeira, parágrafo único);

NOTA: Redação com vigência de 11.06.07 a 31.10.09.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO II DO CAPUT DO ART. 74 pelo art. 2º do DECRETO nº 7.043, de 29.12.09 - VIGÊNCIA: 01.11.09.

II - saída com o fim específico de exportação para o exterior, destinada à empresa comercial exportadora, inclusive trading, ou a outro estabelecimento da mesma empresa remetente (Convênio ICMS 84/09, cláusula primeira, parágrafo único).”

Sem que haja modificação na Constituição Federal, nenhuma regra editada com o fim de tributar o produto imune, cujo destino é a exportação, tem prevalência sob pena de inconstitucionalidade da norma, conforme dispõe a Carta Magna e que foi incorporada na legislação estadual na forma transcrita no parágrafo volvido. Conforme se observa, é a destinação comercial dada à mercadoria – exportação para o comércio exterior - que a torna imune de tributação do ICMS.

Aliás, sobre esta questão, o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, em manifestação inserida às fls. 1.640 a 1.662 e em resposta à consulta formulada pelo sujeito passivo, dentre vários comentários, que transcrevo alguns, ele acrescentou:

“No caso, se é certo que a Constituição não permite a incidência de ICMS sobre quaisquer operações cujo objeto imediato ou mediato seja a exportação de mercadorias – tanto assim que concede o aproveitamento do crédito tributário acumulado nas operações anteriores acaso tributadas -, é patente que, a eventual inobservância de uma obrigação acessória de fonte infraconstitucional jamais poderia legitimar indiretamente a exigência tributária preexcluída pela regra constitucional imunizante: isso, no entanto, é o que pretende o Fisco do Estado de Goiás mediante autuação discutida”, fl. 1.659.

E, às fls. 1.660 a 1.662, o parecerista respondeu ainda:

“Sucede que, na situação examinada, não questiona o Fisco estadual que a exportação de ouro pela empresa consulente, efetivamente realizada, no período objeto pela autuação fiscal, estivesse realmente coberta pela imunidade, ditada pela Constituição, nem que a esfera substancial desta compreenda as operações internas necessárias à exportação – seja a remessa do metal em estado Bullion à refinadora situada em Minas, seja a ida e vota simbólica da mercadoria entre o estabelecimento extrativista goiano e o estabelecimento exportador mineiro da mesma empresa.

A suposta ilicitude imputada ao procedimento da companhia se reduziria, pois, a ter sido a sua prática antecipada à formalização do TARE , cujos termos, contudo, quando afinal celebrado, apenas descreveram de modo normativo aquilo que, de fato, desde o início, a empresa vinha ostensivamente praticando: trata-se, logo se percebe, da exacerbação delirante do formalismo na tentativa de viabilizar uma pretensão tributária vedada pela Constituição.

Em síntese, não há como atribuir sequer laivos de juridicidade à exigência do ICMS sobre operações com o ouro extraído em Goiás pela consulente, seja quando diretamente exportado, seja quando submetido ao processo de industrialização em outro Estado, e entregue a filial da mesma empresa: o preceito constitucional imunizante não permite a imposição tributária, direta ou indiretamente: eventual descumprimento do TARE não pode criar o tributo diante da não-incidência constitucionalmente qualificada.”

E, nos parágrafos seguintes, fls. 1.661 e 1.662, ele concluiu:

“Até aqui se pretende ter feito evidente – ao cabo da “tarefa penosa e sem termo”, a que aludia Francisco Campos, “de demonstrar a obviedade”, que

a) do retardamento indevido da celebração do TARE – obrigação tributária ou instrumental de segundo grau – não cabe se pretender extrair, ao invés de sanção pecuniária, o próprio crédito tributário principal de instituição vedada Constituição, por força da norma constitucional de imunidade:

b) que, na autuação fiscal questionada, dessa inadmissível conversão da sanção pecuniária em crédito tributário principal, menos ainda seria admissível avançar-se para acrescê-lo da multa astronômica de 200% sobre o montante do tributo supostamente devido, o que por si só implicaria multa confiscatória, veda pela Constituição;

c) se informa mais – igualmente teratológico – que a esse somatório de absurdos, o Fisco, sem mais, pretende acrescer a imputação de solidariedade tributária aos dirigentes da empresa, o que afronta aresto recente do Supremo Tribunal Federal, que vale recordar;

d) Last but not least, que se pretenderia atribuir também a dirigentes da empresa responsabilidade penal pelo suposto ilícito fiscal: à falta de imputação penal minimamente determinada – o que se soma à ausência de mínima viabilidade da increpação de ilícito tributário à empresa, parecem dispensáveis outras considerações acerca da manifesta vacuidade da suspeita criminal.”

O parecer da Coordenação de Comércio Exterior – COMEX, em Goiânia, ao cumprir a resolução deste egrégio Conselho Administrativo Tributário e ao responder o solicitado, e como forma satisfatória de instrução do processo, às fls. 1.365 a 1.375, concluiu:

“Por todo o exposto, salvo melhor juízo, conclui-se que:

a) Todo o produto exportado teve origem no estabelecimento do contribuinte localizado no Estado de Goiás, e que tal circunstância foi informada à Receita Federal do Brasil de modo a permitir a compensação da receita ao Estado de Goiás;

b) O Decreto nº 6.629, publicado em 11/06/07, deu nova redação ao art. 74 do Anexo XII do RCTE, excluindo a exigência de TARE para a realização de operações interestaduais com fim específico de exportação;

c) A documentação acostada pelo sujeito passivo comprova que houve a efetiva exportação de toda a quantidade remetida com fim específico de exportação. Portanto, comprovada está a exportação dos produtos constantes nas notas fiscais objeto dos autos de infração nºs 3.0145263.063.15 e 3.0212360.657.17.”

Este parecer foi inserido no processo em diversas oportunidades instrutórias dos autos.

Com esta linha de entendimento, firmei a convicção de que a decisão proferida pela Primeira Instância deve ser reformada, momento em que, ao votar a causa constitutiva do crédito questionado, o faço para conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a decisão recorrida e considerar improcedente o auto de infração.”

Não bastasse o entendimento mencionado acima, passo a tecer alguns comentários sobre a cronologia das diligências realizadas no curso do processo administrativo.

Como várias decisões deste Egrégio Conselho reconhecem que, em casos semelhantes ao dos autos, envolvendo remessas com fim específico de exportação com mercadorias que transitam em outro Estado antes de seguirem ao exterior, que a comprovação da exportação das mercadorias torna dispensável a exigência de celebração prévia de TARE, este E. Conselho determinou diversas diligências com intuito de conferir se as mercadorias em questão foram exportadas.

A Câmara Julgadora do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06/09/07, acatou a proposição do Conselheiro Relator e resolveu, *“por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, para encaminhar os autos à Gerência de Comércio Exterior – SGAF, para informar sobre a ocorrência da efetiva exportação das mercadorias, e se atualmente a existência do TARE é requisito para não incidência do ICMS nas remessas com fim específico de exportação.”*

A Coordenação de Comércio Exterior – COMEX, ao cumprir a referida diligência, emitiu o parecer de fls. 1.365 a 1.371 para concluir que:

- a) Todo o produto exportado teve origem no estabelecimento do contribuinte localizado no Estado de Goiás, e que tal circunstância foi informada à Receita Federal do Brasil de modo a permitir a compensação da receita ao estado de Goiás;
- b) O Decreto nº 6.629, publicado em 11/06/07, deu nova redação ao art. 74 do Anexo XII do RCTE, excluindo a exigência de TARE para a realização de operações interestaduais com fim específico de exportação;
- c) A documentação acostada pelo sujeito passivo comprova que houve a efetiva exportação de toda a quantidade remetida com fim específico de exportação. Portanto, comprovada está a exportação dos produtos constantes nas notas fiscais objeto dos autos de infração nºs 3.0145263.063.15 e 3.0221260.657.16” fl. 1.371

Em 08/05/2008, na sessão de julgamento, a Câmara Julgadora do Conselho Administrativo Tributário, acatou a proposição do Conselheiro Luís Antônio da Silva Costa e resolveu:

“por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, devendo inicialmente ser remetido o processo à Superintendência de Administração Tributária - SAT, para que providencie junto à Delegacia da Receita Federal neste Estado, a conferência dos documentos anexados pelo sujeito passivo, que comprovariam a efetiva exportação nas operações objeto da lide (volumes 4 e 5), cujas cópias seguem em anexo.

Após, sejam remetidos os autos à Delegacia Fiscal de origem, para que seu titular, por gentileza, determine que auditores fiscais estranhos à lide, procedam trabalho revisional e atendam aos seguintes requisitos:

- 1) Elaborem demonstrativo analítico do cotejamento entre as notas de remessa com as notas de efetiva exportação e documentos de exportação emitidos pelo SISCOMEX, de forma a evidenciar o vínculo existente entre as operações de remessas e as de efetiva exportação, inclusive no que diz respeito às quantidades;
- 2) Justifiquem a origem da diferença de quantidades apresentadas nos demonstrativos de folhas 1373 a 1376.”

Em resposta inserida às fls. 1.478 a 1.479 e após a elaboração do demonstrativo fiscal de fls. 1.438 a 1.477, a autoridade administrativa revisora assim concluiu às fls. 1.478 e 1.479:

“(…) procedemos aos Demonstrativos Analíticos ali solicitados, bem como o porque das diferenças apresentadas no levantamento realizado pela Coordenação de Comércio Exterior – COMEX, desta Secretaria, as fls. 1.365 ‘usque’ 1.376, (ver demonstrativos em anexo).

A base de nosso demonstrativo são as notas fiscais de remessa para exportação, emitidas pela Autuada, normalmente em quantidades de ouro bem superior as notas fiscais de Exportação e do Registro de Exportação, tal fato dificulta em muito o comparativo entre as notas de Remessa, as Notas de Exportação e o Registro de Exportação, uma vez que normalmente são utilizadas mais de uma Nota Fiscal de Exportação para acobertar o ouro recebido em uma nota de remessa, que por sua vez são exportadas em mais de um Registro de Exportação.

Assim, em nosso demonstrativo, cada nota de Remessa para Exportação, tem todas as correspondentes notas fiscais de Exportação e do registro de Exportação, bem como do nº do Memorando e do nº da Declaração de Exportação, a primeira nota de Remessa a de nº 001247, teve o ouro constante da mesma acobertadas por seis (06) Notas Fiscais de Exportação que por sua vez tiveram seis (06) Registros de Exportação, para ficar em um exemplo simples.

Em nosso comparativo foram levantadas todas as notas fiscais de remessa de Exportação no período de 01/02/2004 a 30/05/2006 – período este considerado pelo ilustre Fiscal Autuante em seus dois Autos de Infração.

Da análise do Demonstrativo Comparativo entre as Notas Fiscais de Remessa para Exportação – Notas Fiscais de Exportação e Documentos de Exportação (em anexo) de forma cabal, fica comprovado que todo ouro remetido pela empresa autuada destinado à exportação, foi efetivamente exportado, sem nenhuma diferença.

Quanto às diferenças apontadas no Parecer da Coordenação de comércio Exterior – COMEX, desta Secretaria, acima citado, se devem a não inclusão de notas fiscais de Remessas de Exportação bem como de Notas fiscais de Exportação no levantamento da COMEX, ver demonstrativo anexo.”

Ou seja, novamente após exaustivo exame de documentos e esclarecimentos, agentes fiscais de outro departamento da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás certificaram a exportação de todo o ouro remetido para industrialização. Ou seja, que o ouro extraído de Goiás foi exportado. Jamais cogitaram algum desvio.

Em 08/11/2011, este Egrégio Órgão Pleno, em sessão realizada, acolheu proposição do Conselheiro Aldeci de Souza Flor para novamente, encaminhar os autos à Coordenação de Fiscalização do Comércio Exterior - COMEX, para realizar as seguintes providências constantes da Resolução nº 160/2011, a saber:

“(1) confirmar se a revisão fiscal foi realizada: (a) apenas com base nos Registros Exportações apresentados pelo sujeito passivo e constante do processo número 3021236065717, anexo ao presente PAT; (b) ou foram objeto também de conferência individualizada junto ao sistema informatizado do SISCOMEX - Sistema Informatizado de Comércio Exterior Brasileiro;

(2) em caso de resposta positiva em relação à alínea "a" do item anterior, refazer o trabalho revisional, mediante verificação no sistema informatizado do SISCOMEX da efetiva ocorrência das operações de exportações objeto do presente lançamento de ofício, juntando-se aos autos os respectivos relatórios extraídos do sistema supramencionado;

(3) analisar a afirmação do segundo revisor, na parte final do relatório de fls. 1957 quanto à inexistência da diferença na quantidade exportada e as razões ali apresentadas;

(4) elaborar relatório conclusivo em face dos questionamentos acima relacionados;

(5) prestar quaisquer outros esclarecimentos que entender úteis para a solução do litígio.”

Em atendimento à resolução nº 160/2011, a COMEX examinou os documentos juntados aos autos e concluiu que haveria inconsistências formais, melhor dizendo, verificou que haveria desencontro de informações entre os documentos emitidos pela atuada e que por isso, não seria possível atestar a exportação das mercadorias remetidas para esse fim.

Em atendimento ao pleito da atuada, a COMEX quantificou as inconsistências, ou seja, apontou a quantidade de ouro que estaria desamparado de documentos que comprovariam sua origem no estabelecimento de Crixás, e indicou que 322.936, 22 gramas de ouro (14.053.936,12 g declaradas – 13.986.002,00 g remetidas) estariam desacobertas da necessária documentação, ou seja, menos de 3% do total do ouro remetido com fim específico de exportação.

Posteriormente, quando foi pauta o julgamento do recurso, o C. Órgão Pleno desse Conselho determinou, por meio da Resolução nº 194/2012, o retorno dos autos à COMEX, para nova diligência e que, desta forma, emitisse relatório conjunto, em relação aos Processos nºs 3.0145263.063.15 e 3.0221260.657.16, e com isso consolidasse em apenas um documento suas conclusões finais.

A Resolução nº 194/2012, emitida em 02/10/2012 por este C. Órgão Pleno, requisitou à COMEX que examinasse os autos do processo com o objetivo de:

“R E S O L V E, por maioria de votos, encaminhar pedido de informação à Coordenação de Comércio Exterior - COMEX, para que o seu ilustre titular, determine auditor fiscal a adotar as seguintes providências:

a) busque informações sobre a data em que se deu as alterações dos campos 13 (ESTADO PRODUTOR) e 24 (DADOS DO FABRICANTE) dos Registros de Exportação em questão;

b) considere na análise do presente processo, no que couber, as provas constantes do processo 3 0212360 657 17, devendo ser concomitante a conclusão dos trabalhos em ambos os processos, viabilizando o julgamento em conjunto;

c) Preste quaisquer outros esclarecimentos que entender úteis para a solução da lide;

Após, ENCAMINHE-SE ao Setor de Preparo Processual (SEPPE), para intimar os sujeitos passivos para se manifestarem sobre a resposta ao pedido de informação, no prazo de 30 (trinta) dias, caso queira.

Por último, retorne-se para julgamento.”

Com essa resolução, este C. Pleno determinou à COMEX que informasse quando foram efetuadas as alterações das datas dos campos 13 e 24 dos registros de exportações e que emitisse relatório conjunto abrangendo os Processos Administrativos n°s 3.0145263.063.15 e 3.0221260.657.16.

Em resposta à resolução n° 194/2012, a COMEX apresentou o Relatório Diligencial n° 10/2013, com a seguinte conclusão: *“salvo melhor entendimento, as mercadorias não foram exportadas e o imposto deve ser recolhido.”*

Nota-se que a questão da vinculação apontada entre as notas fiscais apareceu somente na última diligência. E somente quando os fiscais encontraram algo contra a empresa recorrida se sentiram confortáveis para encaminhar o caso para julgamento. Além disso, não há prova alguma de que os documentos foram retificados posteriormente à emissão. A suposição levantada deve ser analisada com cuidado.

O fato é que existe indicação nas notas fiscais de dados de outras notas, ou seja, vinculação. E como as notas foram emitidas ao longo do tempo e as quantidades batem, ou seja, há correspondência entre as quantidades indicadas nas notas de remessa com fim específico de exportação e as notas de exportação, levantar suspeita de que as notas teriam sido preenchidas posteriormente não encontra respaldo em prova fática. Pelo contrário, todas essas notas foram examinadas pela Fiscalização quando da autuação, depois pela COMEX quando da primeira diligência e também pela SAT quando da segunda diligência. E que jamais questionaram sobre a vinculação entre notas fiscais nem levantaram suspeita de irregularidades que levasse a duvidar que o ouro exportado não era o mesmo que seguiu para Minas Gerais.

Por isso, a afirmação de que as notas estariam rasuradas e teria havido alguma irregularidade não é aceitável, e não poderia ser admitida. Até porque,

considerando tudo aquilo que foi demonstrado ao longo do tempo, e que foi solicitado à Receita Federal que fornecesse cópias das notas fiscais para verificação das vinculações entre essas notas. Mas como se passaram de cinco anos, a Receita Federal informou que não mais dispunha das notas. Todavia, há evidências robustas de que, pela quantidade, as mercadorias remetidas são as mesmas que as exportadas, fato reconhecido anteriormente pela COMEX e depois pela SAT, bem como pelo laudo apresentado pela empresa de auditoria KPMG contratada pela recorrida. É o que basta.

As dúvidas levantadas pelo último relatório diligencial apresentado não são capazes de afastar todas as provas de que a empresa recorrida exportou o ouro em questão, ouro que extraiu em Goiás, processou e vendeu para seus clientes, e recebeu pela venda. Pela correspondência das quantidades, pela cronologia das operações, tudo mostra que o ouro exportado é o mesmo que foi remetido da mina em Crixás.

Não posso deixar de registrar minha surpresa quando ouvi do nobre Representante Fazendário, com todas as letras em sua sustentação oral, de que não há dúvida de que o ouro foi exportado, mas que não se sabe se o ouro exportado foi o mesmo produzido em Goiás. Ora. Toda a discussão girou em torno da comprovação das exportações. Agora, no final, na falta de outro argumento razoável, após tudo ter sido esclarecido e provado, levantam essa suspeita baseada numa acusação de que as notas fiscais de exportação teriam rasuras. Isso não é aceitável.

Como mencionado na sessão de julgamento em 28/05/2012, me causa surpresa a conclusão dessa diligência ser totalmente diferente das outras duas que foram realizadas anteriormente. A própria COMEX e depois a SAT, bem como a renomada empresa de auditoria contratada pelos recorridos, após terem examinado os documentos, reconheceram e atestaram que todo o ouro remetido com fim específico de exportação foi exportado.

Sob o ponto de vista das provas materiais, todo o ouro foi exportado. Do ponto de vista da conciliação e vinculação documental das operações, que permita a rastreabilidade das mercadorias em questão, é possível verificar do Relatório Diligencial nº 10/2013 que 97% das mercadorias foram remetidas a partir de Crixás e exportadas com amparo de documentação fiscal consistente.

Por fim, no que se refere à multa sobre o débito remanescente, esta deve ser ajustada à Lei nº 11.651/91, alterada pelo artigo 2º da Lei nº 17.519/2011, que trouxe redução, devendo prevalecer a retroatividade benéfica nos termos do art. 106 do CTN.

Por todas essas razões, Senhor Presidente, e por comungar do mesmo entendimento do douto Relator, pelas mesmas razões de direito, manter a autuação apenas na diferença apontada pela última diligência realizada pela COMEX, no montante de 322.936,22 gramas (14.053.936,12 g declaradas – 13.986.002,00 g remetidas) de ouro que estariam desacobertadas da necessária documentação, ou seja, menos de 3% do total do ouro remetido com fim específico

de exportação. Quanto ao restante, foi demonstrado que esse ouro foi exportado e que por isso descabe a cobrança do ICMS nas remessas com fim específico de exportação.

Por fim, mantenho a decisão recorrida quanto à exclusão do Diretor da sujeição passiva solidária da lide, pois não há prova nos autos de que sua participação em condutas ilícitas, mas a mera indicação automática de seu nome como responsável solidário pelo débito exigido da empresa recorrida.

Sala das sessões plenárias, em 24 de setembro de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES - IPVA - Falta de pagamento do imposto (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01439/13

Redator do Voto: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: IPVA. Omissão no recolhimento do imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor que identifica. Improcedência.

Deve ser declarado improcedente o Auto de Infração que exigir IPVA, quando ficar comprovado nos autos a ocorrência da perda do direito de a Fazenda Pública exigir o pagamento do imposto já acometido pelo prazo decadencial.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de janeiro de 2013, 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 Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Célia Reis Di Rezende, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Álvaro Falanque e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é a de que o sujeito passivo deixou de efetuar o pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor – IPVA, referente ao exercício de 2002, relativo ao veículo IMP/ALFA ROMEO 164 24v , placa KCZ 5194, chassi: ZAR164000s6322171, Renavan:664547699.

O lançamento de ofício está fundamentado no art. 100 da Lei nº 11.651/91, o art. 408 do Decreto nº 4.852/97 e art. 4º da Instrução Normativa nº 325/98 – GSF.

A penalidade aplicável ao caso é a do artigo 106, inciso I do Código Tributário Estadual - CTE.

Após a intimação e o Termo de Inscrição da Dívida Ativa, a Gerência de Recuperação de Créditos, com respaldo no disposto na alínea “a”, inciso I, art. 43 da Lei nº 16.469/09 (Despacho nº 1057/12 – GERC) (fl. 21) ingressa com Pedido de Revisão Extraordinária dirigido ao Presidente desta Casa solicitando adoção das providências que julgar pertinentes para sanar falha ocorrida por ocasião do lançamento do crédito tributário em análise. Argumenta que o lançamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), relativo ao exercício de 2002, por meio do Processo Administrativo Tributário (PAT) nº 2.0067422.000-86, em desfavor da empresa [...] EDITOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 37.860.111/0001-88 e CCE-GO sob o nº 10.262578-6, foi registrado,

indevidamente, o CNPJ nº 00241695/0001-01, pertencente à empresa [...] – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA., falha já corrigida pelo Departamento de Trânsito do Estado de Goiás (DETRAN – GO).

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, por meio do DESPACHO Nº 0617/2012-CAT (fls. 36), faz considerações sobre a falha ocorrida por ocasião do lançamento e sua correção, conforme mencionado em linhas volvidas e invocar os princípios que norteiam o Processo Administrativo Tributário, dentre eles o do informalismo, da celeridade processual, da fungibilidade, bem como o princípio auto tutela que orienta a Administração Pública. Alerta pela decadência do lançamento, uma vez que para o crédito tributário originado do fato gerador ocorrido em 2002, a notificação do sujeito passivo [...] EDITORA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CNPJ Nº 37.860.111/0001-88 teria que se procedida até 31/12/2007, nos termos prescritos pelo inciso I, art. 182 do Código Tributário Estadual.

Com amparo na disposição contida no inciso II, § 4º, art. 43 da Lei nº 16.469/09, determina o encaminhamento dos autos à Gerência de Recuperação de Crédito – GERC para que seja procedido o cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa, nos termos prescritos pelo § 5º do mesmo dispositivo legal e, se for o caso, oficie à Procuradoria Geral do Estado para fins de extinção da ação judicial respectiva. Posteriormente encaminhar ao Setor de Apoio à Segunda Instância para ser pautado para julgamento pelo Conselho Pleno.

A Gerência de Recuperação de Créditos, conforme Despacho nº 1707/2012-GERC, após informar que cancelou a inscrição do débito do contribuinte em dívida ativa, retorna os autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância – SEASI para ser pautado para julgamento pelo Conselho Pleno.

Consta de fl. 40 um parcelamento de débito

É o relatório.

DECISÃO

O direcionamento do Pedido de Revisão Extraordinária da Gerência de Recuperação de Crédito – GERC solicitando correção de falha relativa ao registro do CNPJ constante da peça inaugural deste feito justifica a abertura das discussões sobre a formalização do lançamento, visto que o requerente, ao sanear o processo, constatou a falha apontada e providenciou a sua correção no Departamento de Trânsito do Estado de Goiás e, nos termos da alínea “a”, inciso I, art. 43 da Lei nº 16.469/09, solicitou da Presidência desta Casa providências que julgar pertinente.

Ao analisar os autos, a assessoria jurídica da Presidência deste Conselho, constatou a decadência do direito fazendário e a Presidência expediu o Despacho nº 0617/12-CAT (fl. 36) observando que para o crédito tributário oriundo de fato gerador ocorrido em 2002 a notificação do sujeito passivo deveria ter ocorrido até 31.12.2007, nos termos prescritos no inciso I, art. 182 do Código tributário Estadual.

O plenário, quando da apreciação dos autos, entendeu que, de fato, por ocasião da intimação do sujeito passivo a decadência já havia ocorrido, circunstância que levou todos os componentes da mesa julgadora a posicionarem pela improcedência do lançamento. Referido entendimento tem como suporte a disposição contida no art. 182, inciso I do CTE que preconiza o seguinte:

“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;

[...]”

Assim, considerando que a formalização da exigência tributária ocorreu quando já havia expirado o prazo para a fazenda pública reclamar o pagamento do tributo, o meu entendimento e de meus pares foi pela improcedência do auto de infração.

Com estas considerações, conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 01 de agosto de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES - IPVA - Fraude no Departamento Estadual de Trânsito - registro fraudulento de veículo em nome do autuado (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02236/13

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: IPVA. Pedido de Revisão Extraordinária. Ato Declaratório da Não Incidência do IPVA. Improcedência.

A Constatação, no processo administrativo tributário, de que ocorreu fraude no registro do veículo junto ao Departamento Estadual de Trânsito de Goiás, e tendo a Administração Tributária expedido Ato Declaratório reconhecendo a não incidência do IPVA, implica na declaração de improcedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de janeiro de 2013, 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, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia, Renato Moraes Lima, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Carlos Andrade Silveira e Heli José da Silva.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Revisão Extraordinária apresentado com fundamento no item 1, alínea "a", inciso I, art. 43 da Lei nº 16.469/09, pelo qual a Gerência de Recuperação de Créditos – GERC aponta a ocorrência de vício de legalidade no lançamento formalizado por meio do Auto de Infração n.º 2018077000033.

Em suas alegações, a GERC afirma que a Gerência de Auditoria do DETRAN-GO, em 14/10/2011, constatou através da Sindicância Investigatória nº 120460211 que o registro do veículo Honda/BIZ, placa NGQ-1737, chassi 9C2JAO4208R002344, ano 2007/2008, registrado em nome de [...], ora autuado, ocorreu em Goiás no ano 2007 de forma fraudulenta. Aduz que, após ter sido inadmitido pedido de revisão extraordinária anteriormente por este Conselho, a GERC constatou a ausência de Parecer e Ato Declaratório a serem expedidos pela Superintendência da Receita, reconhecendo administrativamente a não-incidência do IPVA, atos imprescindíveis para verificação da ilegalidade da autuação. A Gerência de Orientação Tributária emitiu Parecer confirmando a fraude, cujo ato foi ratificado pela Superintendência da Receita, através do Despacho nº 328/2012-SAT (fls. 104 a 106).

Pelo Despacho 0581/2012 o Presidente admitiu o pedido de revisão extraordinária e determinou o encaminhamento dos autos, primeiramente à GERC para que, caso não tenha sido ajuizada a ação de execução fiscal, seja feito o cancelamento do ato de inscrição em dívida ativa e após, ao Setor de Apoio à Segunda Instância para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno para apreciação. Destacou que o vício de legalidade apontado no pedido da GERC restou demonstrado nos autos (parecer nº 153/2012-GEOT e despacho nº 328/2012-SAT), tendo sido comprovada a fraude quando do registro do veículo supracitado.

A GERC informou que a execução fiscal do crédito não se encontrava ajuizada, portanto, foi feito o cancelamento da inscrição em dívida ativa (fls. 128/129).

DECISÃO

Conforme relatado, consta dos autos que em relação ao veículo objeto deste lançamento, a Superintendência de Administração Tributária – SAT reconheceu a fraude no registro junto ao Departamento Estadual de Trânsito de Goiás, em nome do autuado, razão pela qual deve ser observado o princípio da autotutela, contemplado na Súmula nº 473 do STF, que diz:

“A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em qualquer caso, a apreciação judicial”.

O presente processo traz o Parecer nº 153/2012 – GOT (fls. 104/105) e o Despacho nº 328/2012 – SAT (fl. 106), que confirmam a fraude no registro do veículo, assim, restou reconhecido administrativamente a não incidência do IPVA.

Posto isso, em consonância com a unanimidade de meus pares, e com a concordância da Fazenda Pública Estadual, voto, conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 12 de novembro de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS - Diferença de valores de bens partilhados (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00697/13

Redator do Voto: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: ITCD. Processual. Preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela autuada, por decadência, conforme ensinamento contido no art. 173 do CTN. Rejeitada.

As questões primeiras, arguidas pelas partes que se sentirem prejudicadas, são acolhidas pelo Conselheiro autor do voto, quando não sintonizarem com a legalidade da constituição do crédito resultante da diferença de ITCD. Portanto, a falta de reciprocidade com a norma legal que trata da nulidade processual impede o acolhimento das preliminares arguidas por quem de direito nas fases iniciais dos seus contraditórios.

ITCD. Omissão no recolhimento do Imposto Sobre a Transmissão Causa Mortis e Doações de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD. Recolhimento a menor do que o devido. Procedência.

I - A base de cálculo do ITCD é o valor venal do bem e do direito a ele relativo, do título ou do crédito transmitido ou doado, que, declarado no momento da abertura da sucessão, deve ser conferido e apurado através de avaliação judicial ou por autoridade fazendária do bem transmitido ou doado localizado no município do doador, cujo preço é expresso em moeda nacional. (art. 77, § 1º do CTE).

II - A existência de divergência na avaliação dos bens transmitidos ou doados, e, ainda, a constatação de que os recolhimentos do ITCD se efetivaram com valores menores aos efetivamente devidos, implicam ajustes na base de cálculo para o valor real do litígio, a confirmação da decisão proferida pela Primeira Instância, que declarou a procedência do auto de infração e a sua ratificação no julgamento cameral do recurso voluntário.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 11 de junho de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de decadência arguida pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Aldeci de Souza Flor, Edson Abrão da Silva e Paulo Diniz. 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 Aldeci de Souza Flor, Edson Abrão da Silva e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

O suporte do lançamento inicial deste feito está na conferência do Imposto Sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações de Quaisquer Bens ou Direitos recolhido e o valor apurado pela fiscalização, cujo fato gerador da obrigação tributária descreve a situação avaliada com a seguinte redação:

“Deixou de recolher o ITCD no valor de R\$ 24.101,37, sobre a importância de R\$ 602.534,25, referente à diferença de ICMS apurado pela Fazenda Pública, devendo, em consequência, recolher o ITCD devido, acrescido das cominações legais.

Segue em anexo cópias de: Notificação n. 166/2008; Auditoria n. 049/2008; Petição inicial dos autos ns. 9700466106, Comarca de Luziânia; Laudos de avaliação ns. 007/2008 e 008/2008.”

Para suporte da constituição do crédito, a fiscalização indica os arts. 72, caput e 74, inciso I da Lei nº 11.651/91 e, em seguida, propõe a penalidade prescrita no art. 89, inciso II do CTE.

A fase contenciosa é instaurada com a impugnação do sujeito passivo na primeira fase de defesa, cujos fundamentos foram analisado pelo julgador singular, que esteia a sua decisão, em primeiro lugar com a rejeição da preliminar de decadência, visto que a Fazenda Pública “tomou conhecimento da ocorrência do fato gerador em 2008, decadência arguída não se efetivou”, fl. 76.

Para finalizar o seu julgamento, definiu:

“Assim, diante de todo exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento, para decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação legal”, fl. 76.

O autuado continua com a sua fundamentação de nulidade da peça básica por ocorrência de decadência e ratifica o requerido na primeira fase defensiva.

Nenhum outro documento de prova contrária ao lançamento inicial instrui o recurso intentado pelo sujeito passivo. Ao finalizar, requer a reforma da decisão singular.

DECISÃO

Início a redação deste acórdão com o voto da preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por decadência, visto a previsão do art. 173 do CTN, que rejeitei na sessão de julgamento deste volume, na ordem que segue:

Entendo que o trabalho da fiscalização, que buscou da diferença de imposto devido à Conta do Tesouro, teve por base as informações contidas no processo que descreveu os valores dos bens a serem partilhados com os herdeiros

que, ao serem avaliados, resultou a diferença de crédito favorável à Fazenda Pública Estadual e ora em demanda.

Em face ao suporte denunciado, considero que a ação fiscal se fez com ausência de ocorrência de decadência ou com outro incidente capaz de causar a nulidade requerida pela parte de direito, o quê me motiva a rejeitá-la.

Esta conclusão eu a obtive após o estudo da formalização do crédito fazendário, ora em discussão, que me direcionou ao entendimento de exatidão no procedimento administrativo das autoridades lançadoras. Neste caso, no momento, sou pela sua confirmação, visto que a proposição do crédito, registrado no auto de infração não violou os princípios estabelecidos na legislação processual e, em especial, a ocorrência da decadência, arguida pelo sujeito passivo, porque a Fazenda Pública tomou conhecimento da existência do processo de inventário e partilha quando das avaliações declaradas pela requerente, ou seja, em 2008, como mostrou o julgador de Primeira Instância.

As autoridades administrativas são competentes, executaram a sua tarefa funcional de conformidade com as informações obtidas, descreveram o erro cometido pelo sujeito passivo com clareza, apontaram a norma legal infringida e indicaram a penalidade aplicável de acordo com a letra da legislação tributária em vigor. Diante do procedimento da fiscalização, a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela autuada, por ocorrência de decadência, não foi acolhida na sessão cameral de julgamento deste volume.

Vencida esta primeira parte do voto, dirijo-me ao mérito da questão com os fundamentos a seguir expostos:

Analisei a formalização processual, o lançamento inicial e concluí que, na demanda, assiste razão ao sujeito ativo (Estado), visto que a constituição do crédito tem por alicerce os arts. 72, caput e 74, inciso I do CTE que transcrevo a seguir:

“Art. 72. O ITCD incide sobre a transmissão *causa mortis* e doação, de qualquer bem ou direito.

§ 1º Ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários, donatários ou usufrutuários, ainda que o bem ou direito seja indivisível.

§ 2º Doação é qualquer ato ou fato em que o doador, por liberalidade, transmite bem, vantagem ou direito de seu patrimônio, ao donatário que o aceita, expressa, tácita ou presumidamente.

§ 3º Entende-se como qualquer bem ou direito, o bem imóvel e o direito a ele relativo, e o bem móvel, compreendendo o semovente, a mercadoria e qualquer parcela do patrimônio que for passível de mercancia ou de transmissão, mesmo que representado por título, ação, quota, certificado, registro ou qualquer outro bem ou documento.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica aos direitos reais de garantia.

[...]

Art. 74. Ocorre o fato gerador do ITCD:

I - na transmissão *causa mortis*, na data da:

- a) abertura da sucessão legítima ou testamentária, mesmo no caso de sucessão provisória, e na instituição de fideicomisso e de usufruto;
- b) morte do fiduciário, na substituição de fideicomisso.”

Como nada alterou a partir do lançamento até esta data, obviamente que a decisão anterior não se modifica, motivo pelo qual e com o devido respeito ao seu autor, o incluo no verbo deste voto.

Ao finalizar este discurso, voto conhecendo das razões do recurso do contribuinte para a Câmara Julgadora deste egrégio Conselho Administrativo Tributário, negando-lhes provimento para manter a decisão singular que considerou procedente o auto de infração, após rejeitar o questionamento preliminar de decadência do crédito fazendário, a qual ratifico.

Sala das sessões, em 16 de abril de 2013.

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

Matéria: IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITO - Imposto sobre extinção de usufruto vitalício (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02565/13

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ITCD. Obrigação principal. Preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração. Rejeitada. Preliminar de Decadência. Rejeitada. Omissão de recolhimento do Imposto relativo à extinção de usufruto vitalício. Procedência.

1 - A declaração de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração não prevalece diante da constatação de que a irregularidade motivadora do lançamento foi apontada de forma clara e segura e está em perfeita consonância com os dispositivos legais invocados como base de sustentação do auto de infração.

2. 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);

3 - O ITCD não incide na extinção de usufruto, desde que este tenha sido instituído pelo nu proprietário (art. 80, § 1º, III, do RCTE).

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 25 de setembro de 2013, 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 Célia Reis Di Rezende, Alcedino Gomes Barbosa e Delcídes de Souza Fonseca. Também por votação unânime, rejeitar a preliminar de decadência, arguida pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Alcedino Gomes Barbosa e Delcídes de Souza Fonseca. E, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Alcedino Gomes Barbosa e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo deixou de recolher o ITCD na importância de R\$5.333,33 referente a extinção do usufruto vitalício, em seu favor, da fazenda [...] ou Padre [...], conforme registro n. 1-38585, feito no livro 2-gp do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Goiânia, devendo

pagar o imposto devido acrescido das cominações legais. Foi incluída na lide, como solidária [...].

A autoridade lançadora considerou que o procedimento do sujeito passivo resultou em infração às disposições dos art. 72 e 75, caput, 74, II, “b”, do CTE; art. 372, caput, 373, II, 374, II, “b” do RCTE. Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 89, II, do CTE (c/redação da Lei nº 13.772/2000).

O auto de infração, lavrado em 23/09/09, está acompanhado de: Notas Explicativas elaboradas pelo autuante (cita o art. 72, §§ 1º, 2º e 3º, do CTE); da Notificação Fiscal, feita ao sujeito passivo para apresentação do comprovante de recolhimento do ITCD relativo à escritura pública de renúncia de usufruto; cópia da Escritura Pública de Compra e Venda (fls. 5/10).

Os sujeitos passivos foram intimados (ARs de fls. 13/14), comparecendo ambos, com peças distintas, mas com o mesmo teor, representados por advogado. **Alegam, em síntese: que ocorreu a decadência** do direito de reclamação do crédito tributário, tendo em vista ter se passado mais de cinco anos entre a data do pretense fato gerador e a data da constituição do crédito tributário; que o fato gerador se deu em 18 de maio de 2004, com a lavratura da escritura pública de compra e venda, e formalização da renúncia do direito do usufruto vitalício sobre o imóvel vendido, e a constituição do crédito tributário, a qual se deu com a notificação do lançamento ocorrida em 30/09/2009 – quando já havia transcorrido mais de cinco anos do fato gerador; que o ITCD é lançamento por homologação, ao qual se aplica o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial, que é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador; com relação ao mérito, **que o evento ocorrido não constitui fato gerador típico de obrigação tributária**; que o fato ocorreu em 2004, época em que o Decreto nº 4.852/97 não era a legislação de regência do ITCD, pois estava em vigor o Decreto nº 5.753/03, cujo art. 381, § 1º, III, dispunha que o ITCD não incide, também, no caso de extinção de usufruto, desde que este tenha sido instituído pelo nu proprietário; que **ocorreu erro insanável que acarreta a nulidade** do lançamento, caracterizado pela aplicação de penalidade prevista em decreto inexistente à época dos fatos geradores, eis que o decreto indicado já havia sido revogado por outro decreto que entrou em vigor em 12.05.03.

Na instância singular, a julgadora, após transcrever os art. 74, 75 e 80 do CTE e 376 do RCTE, conclui que o usufruto não foi instituído pelo nu proprietário. Afasta a ocorrência de decadência, com fundamento no art. 173, I, do CTN; não acata o pedido de nulidade do auto de infração e julga procedente o lançamento.

Para apresentação de recurso voluntário, os sujeitos passivos comparecem, em peça única, na qual argüem a decadência do direito de reclamação do crédito tributário, tendo em vista ter se passado mais de cinco anos entre a data do pretense fato gerador e a data da constituição do crédito tributário; que o fato gerador se deu em 18 de maio de 2004, com a lavratura da escritura pública de compra e venda, e formalização da renúncia do direito do usufruto vitalício sobre o imóvel que fora vendido, e a constituição do crédito tributário, a qual se deu com a notificação do lançamento ocorrida em 30/09/2009 – quando já

havia transcorrido mais de cinco anos do fato gerador; que o ITCD é lançamento por homologação, ao qual se aplica o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial, que é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador.

No mérito, manifestam o entendimento de **que o evento ocorrido não constitui fato gerador típico de obrigação tributária**, pois o fato ocorreu em 2004, época em que o Decreto nº 4.852/97 não era a legislação de regência do ITCD, pois estava em vigor o Decreto nº 5.753/03, cujo art. 381, § 1º, III, dispunha que o ITCD não incide, também, no caso de extinção de usufruto, desde que este tenha sido instituído pelo nu proprietário.

Asseguram que a extinção do usufruto foi feita por quem o havia instituído, pois, pela escritura pública de doação do bem imóvel em tela, [...] e [...] (doadores) doam o imóvel em favor de seus filhos [...], [...] e [...] (donatários), sendo, na mesma escritura, feita a instituição do USUFRUTO VITALÍCIO aos doadores.

Voltam a alegar **a ocorrência de erro insanável que acarreta a nulidade** do lançamento, caracterizado pela aplicação de penalidade prevista em decreto inexistente à época dos fatos geradores, eis que o decreto indicado já havia sido revogado por outro decreto que entrou em vigor em 12/05/03.

É o relatório.

DECISÃO

Trata o auto de infração da cobrança de Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD, referente à extinção de usufruto vitalício referente ao imóvel identificado pela fiscalização.

Os sujeitos passivos argüem a nulidade do auto de infração, pela ocorrência de erro insanável na sua formalização, sob o argumento de que foi proposta a aplicação de penalidade prevista em decreto inexistente à época dos fatos geradores da obrigação tributária reclamada. Especificamente argumentam que o fato em questão ocorreu em 2004, época em que, segundo alegam, o Decreto nº 4852/97 não era a legislação de regência do ITCD, pois estava em vigor o Decreto nº 5.753/03, cujo art. 381, § 1º, III, dispunha que o ITCD não incide, também, no caso de extinção de usufruto, desde que este tenha sido instituído pelo nu proprietário.

Ora, não há fundamento nessa argumentação dos sujeitos passivos. O Decreto nº 4.852/97, segundo consta no seu artigo 529, entrou em vigor na data da sua publicação, 29 de dezembro de 1997, e desde então, salvo para as exceções especificadas no referido artigo, que entraram em vigor em data posterior, permanece com vigência plena como Regulamento do Código Tributário Estadual. Como toda norma legal, a legislação tributária é dinâmica, demandando, por vezes alterações nos textos legais como a que ocorreu em seu art. 381, cuja redação original teve vigência no período de 01/01/98 a 31/12/00.

Dessa forma, em 12/0503, com publicação no Diário Oficial em 16/05/03, foi editado o Decreto nº 5.753, que veio alterar os dispositivos, nele enumerados, do Decreto nº 4.852/97. Objetivamente, este Decreto nº 5.753/03 alterou o Livro Segundo do Decreto nº 4.852/97, livro esse que trata do Regulamento dos Demais Tributos Estaduais, cuja redação original vigorou no período de 01/01/98 a 31/12/00. A alteração alcançou toda a regulamentação do Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, conferindo, assim, nova redação aos arts. 372 a 395, porém com vigência retroativa a 01/01/01, conforme pode ser verificado pela leitura do art. 2º do Decreto nº 5.753/03:

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, porém, em relação aos seguintes dispositivos do Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, RCTE, a partir de:

I - 26 de dezembro de 2001, quanto aos arts. 385 e 386;

II - 19 de julho de 2002, quanto aos §§ 4º e 5º e inciso VI do caput do art. 401;

III - 16 de outubro de 2002, quanto aos §§ 1º e 2º e incisos X e XI do caput do art. 401;

IV - 1º de janeiro de 2001, quanto aos demais dispositivos.

Como se vê, não houve revogação do Decreto nº 4.852/97, mas apenas alteração de alguns de seus artigos, que passaram a vigorar com nova redação. Não há a insegurança alegada pelos sujeitos passivos, porquanto a norma legal invocada para amparar a aplicação da penalidade proposta no campo próprio do auto de infração é perfeitamente adequada à situação e está em pleno vigor.

Quanto à alegada caducidade do direito de cobrança do crédito tributário em discussão, verifica-se que o fato gerador da obrigação tributária reclamada no auto de infração tem como referência a data de 18 de maio de 2004, data em que ocorreu a lavratura da escritura pública de compra e venda e a formalização da renúncia do direito do usufruto vitalício sobre o imóvel já mencionado. Tendo essa data como referência do fato gerador, a Fazenda Pública Estadual teria até o final do exercício de 2009 para efetuar o lançamento, o que ocorreu em 23/09/09, com ciência ao sujeito passivo em 05/10/09. A partir desses dados verifica-se que não ocorreu a decadência alegada, conforme dispõe o art. 173, I, 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;

[...].

Na questão de mérito, conforme já demonstrado, o Decreto nº 4.852/97, estava, e continua, em pleno vigor como regulamento do Código Tributário Estadual. E é do próprio Código Tributário Estadual – CTE, que busco a definição

do fato gerador e de não incidência do ITCD, na redação com vigência de 01/01/01 a 03/08/13 - portanto aplicável à situação analisada - para melhor compreensão da matéria, conforme pode ser conferido pela transcrição a seguir, porém com destaque que ora se acrescenta:

Art. 74. Ocorre o fato gerador do ITCD:

I - na transmissão *causa mortis*, na data da:

a) abertura da sucessão legítima ou testamentária, mesmo no caso de sucessão provisória, e na instituição de fideicomisso e de usufruto;

b) morte do fiduciário, na substituição de fideicomisso;

II - **na transmissão por doação, na data:**

a) **da instituição de usufruto convencional;**

b) **em que ocorrer fato ou ato jurídico que resulte na consolidação da propriedade na pessoa do nu proprietário, na extinção de usufruto;**

c) do ato da doação, ainda que a título de adiantamento da legítima;

d) da renúncia à herança, ao legado ou à doação em favor de pessoa determinada;

e) da partilha, como a decorrente de inventário, arrolamento, separação ou divórcio, em relação ao excesso de quinhão que beneficiar uma das partes;

III - na data da formalização do ato ou negócio jurídico, nos casos não previstos nos incisos anteriores.

[...]

Art. 80. O ITCD não incide sobre a transmissão ou doação

[...]

§ 1º **O ITCD não incide, também:**

III - **no caso de extinção de usufruto, desde que este tenha sido instituído pelo nu proprietário.**

[...]

Nu proprietário é o proprietário do bem objeto do usufruto do qual se destacam os direitos de uso. E quem usufrui o direito de usar o bem – o beneficiário – é o usufrutuário. O nu proprietário é o proprietário que concede usufruto do seu bem, perdendo as características da posse, ou seja, é o proprietário cujo bem está na posse de outra pessoa.

Na situação analisada, conforme muito bem destacado pela julgadora singular, a instituição do usufruto foi feita pelos doadores, que passaram a ser os usufrutuários do imóvel que doaram. Portanto, não se aplica ao caso ora sob

análise a não incidência de que trata o art. 80, III, pois o usufruto não foi instituído pelo nu proprietário, mas, sim, pelos doadores.

Isso posto, tendo por correto o procedimento da fiscalização, voto, rejeitando a preliminar de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração, bem como a preliminar de decadência, argüidas pelos sujeitos passivos, e, no mérito, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular e considerar procedente o lançamento.

Sala das sessões, em 16 de dezembro de 2013.

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Falta dos requisitos legais para acolhimento do recurso (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01501/13

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: *Processual. Preliminar de inadmissibilidade do recurso do contribuinte, suscitada pelo Relator. Acolhida. Mantida a decisão cameral que considerou parcialmente procedente a inicial. Decisão unânime.*

Não havendo previsão legal para acolhimento do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, este deverá ser rejeitado, mantendo-se assim, o juízo exarado na decisão, motivadora deste recurso, que considerou procedente em parte a exordial.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 16 de abril de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, feita 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, mantendo a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração no valor da multa formal de R\$ 44.221,75 (quarenta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e setenta e cinco centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Ismael Madlum, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, Paulo Diniz, Elias Alves dos Santos, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa e Washington Luis Freire de Oliveira.

RELATÓRIO

Narra a peça de sustentação deste feito que o polo passivo, em epígrafe, deixou de consignar no livro Registro de Entrada de Mercadorias as notas fiscais, cujas cópias se encontram acostadas ao processo, com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva. Em conseqüência deverá pagar multa formal no valor de R\$ 63.381,25 (sessenta e três mil, trezentos e oitenta e um reais e vinte cinco centavos), correspondente a 25% (vinte cinco por cento) da operação não registrada, juntamente com as cominações legais.

O artigo 64, da Lei nº 11.651/91, combinados com o artigo 308 do Decreto nº 4.852/97, foram indicados pela fiscalização para suporte da constituição do crédito, enquanto que, o artigo 71, inciso VII, alínea "c", do CTE corresponde à proposição da penalidade aplicada à omissão descrita no parágrafo anterior.

O auto de infração foi instruído com cópia dos seguintes documentos: ordem de serviço 0182/06, notificação fiscal, relação de notas fiscais não registradas 2003 - SINTEGRA, livros fiscais, notas fiscais (fls. 03-208).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documento de fl. 209, tendo sido lavrado termo de revelia à fl. 210.

Novamente intimado, agora para pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação em segunda em instância (fls. 212-213), o pólo passivo comparece ao processo, trazendo a alegação de que o quantitativo de documentos fiscais avaliados pela autoridade fazendária, num total de 621 documentos, dos quais foram juntadas as cópias de apenas 130 condição que fragiliza a causa da autuação. Elabora e incluiu na sua impugnação, demonstrativo com as notas fiscais cujos valores foram trabalhados em erros pela fiscalização e, ao final requer a nulidade da peça exordial, por cerceamento ao direito de defesa e ou a improcedência do auto de infração.

Pela Resolução 137/2007, a Câmara Julgadora acata proposição do Conselheiro Heli José da Silva, e, por unanimidade de votos, converteu o julgamento em diligência, encaminhando o processo à Delegacia Fiscal de Firminópolis, para que seu ilustre titular determine que o auditor fiscal autor do procedimento, ou seu substituto, proceda a juntada das cópias de todas as notas fiscais constantes do relatório de fls. 06 à 23. Após, cientificar o sujeito passivo, nas pessoas dos advogados constituídos, no endereço constante do documento de fls. 215/217, para tomar conhecimento dos documentos anexados ao processo e, caso queira, se manifestar no prazo de 20 (vinte) dias. Após, retornar para julgamento.

O agente diligenciador junta ao feito as cópias das notas fiscais, documentos de fls. 223 a 494 e, ao final, despacha com a informação de que: "Entretanto, na ordem de conferência do Sintegra, anexa ao processo retro citado, estão todas as empresas que informaram terem vendido para a autuada no período. Porém, algumas das empresas informantes encontram-se com as inscrições estaduais suspensas ou baixadas, dificultando sobre maneira a juntada das notas. Por esse motivo não foi possível juntar todas as notas constantes da relação."

A empresa foi notificada e não compareceu para questionar o resultado da mencionada diligência.

No retorno do processo a julgamento, pela Resolução 114/08, a Câmara Julgadora do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30/05/08, acata a proposição do Conselheiro Relator, e, resolveu, "por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para que os autos sejam encaminhados à Delegacia Fiscal de origem, a fim de que seu titular determine que auditor fiscal autor do procedimento, ou seu substituto, proceda uma conferência de todas as notas fiscais, comparando a relação de conferência com as respectivas notas fiscais juntadas, elaborando um quadro demonstrativo dos documentos autuados e comprovadamente não lançados no livro de entradas,

relacionando o número da nota fiscal, data e valor. Ao final, apresentar um quadro conclusivo do valor da autuação, após a revisão. Após, cientificar o sujeito passivo, nas pessoas dos advogados constituídos, para tomar conhecimento do resultado da revisão, e, caso queira, manifestar no prazo de 20 (vinte) dias".

O revisor conclui o seu trabalho revisional com a informação exposta às fls. 513, que transcrevo: "*Cumprindo o solicitado na Resolução nº 114/2008-CAT, revisamos e editamos planilha contendo apenas as notas fiscais não registradas, cujas cópias foram juntadas ao processo. Fica, portanto, o valor total da omissão de registro de notas fiscais de entrada corrigido para R\$ 176.887,00.*"

Sobre esse resultado o sujeito passivo não se manifestou.

A seguir, a Terceira Câmara, em Resolução nº 058/2009, de folha 517, determina a remessa do processo à Delegacia Fiscal de Firminópolis, para subsidiar a revisão dos Processos nºs 3 0206782 014 64 e 3 0206795 140 67.

Atendida a resolução descrita acima, os autos retornaram.

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário decide, fl. 519, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração no valor da multa formal de R\$ 44.221,75 (quarenta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e setenta e cinco centavos).

A Representação Fazendária manifesta-se concordando a decisão cameral, fl. 525.

O Sujeito Passivo foi intimado, conforme documentos de fl 526.

O sujeito passivo apresenta recurso ao Conselho Pleno, fls. 528-530, alegando, inicialmente que o recurso é cabível, nos termos do artigo 41, II, b, 1, vez que no julgamento cameral não foram apreciadas as provas existentes nos autos. Reafirma as razões já colocadas nos autos a título de defesa, especificamente quanto ao registro das notas na contabilidade, bem como a inexistência de qualquer prejuízo ao erário. Assevera que do quantitativo de documentos fiscais avaliados pela autoridade fazendária, num total de 621 documentos, foram juntadas as cópias de apenas 130, condição que fragiliza a causa da autuação. Alega ainda que a simples ordem de conferência do SINTEGRA não é suficiente para sustentar a acusação. Ao final, requer a nulidade ou a improcedência do lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

Este feito se inicia com a exigência fiscal, em face ao contribuinte epigrafado, de recolhimento de multa formal, de acordo com o descrito na folha de rosto deste volume e já informado no relatório que é parte integrante deste “decisum”.

Atendendo aos trâmites legais a lide aporta neste preclaro Conselho Pleno, já trazendo em suas peças processuais a manifestação da polaridade passiva, em sede de segunda instância, já que revel no primeiro momento impugnatório, sendo que, na fase cameral, o entendimento das autoridades julgadoras foi o de reafirmar parcialmente a exigência preambular.

Destaco que a decisão cameral, conforme já informado em parágrafos volvidos, foi unânime. Em sendo assim, e não havendo decisão deste colendo Conselho Administrativo Tributário, em sede de mérito, que seja conflitante, à que ora é objeto de estudo, conclui-se que o recurso da defesa para esta instância e que ora é objeto de análise, é carecedor de amparo legal nos termos preconizados pelo inciso II do artigo 41 da Lei nº 16.469/09, que será transcrito na sequência, e por consequência mantida está a decisão cameral que considerou procedente em parte a vestibular. Devendo assim o autuado recolher multa formal na importância de R\$ 44.221,75 (quarenta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e setenta e cinco centavos), conforme julgado em instância cameral.

“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.

Assim arguo e acolho a preliminar de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, tendo em vista não estar a peça recursal em consonância com o disposto no inciso II do artigo 41 da Lei nº 16.469/09, mantendo a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração no valor da multa formal de R\$44.221,75 (quarenta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e setenta e cinco centavos).

Sala das sessões plenárias, em 13 de agosto de 2013.

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Instrução processual em desacordo com determinação legal (Inadmissibilidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02012/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro David Fernandes de Carvalho

EMENTA: 1. ICMS. Processual. Decisão cameral unânime quanto às preliminares de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração e quanto ao mérito. Inadmissibilidade do recurso ao Conselho Pleno. Acolhida por unanimidade.

A fundamentação do recurso ao Conselho Pleno de decisão cameral unânime, exige que o acórdão paradigmático alegado tenha relação direta com o objeto das decisões em relação às quais se pretende recorrer, não se prestando a tanto decisões com conteúdos genéricos sobre os direitos em tese.

2. Solidariedade. Pedido de exclusão da lide. Não acolhido. Decisão não unânime.

Os sócios-gerentes, que concorrem para a prática da infração, respondem solidariamente com o contribuinte, pelo pagamento do crédito tributário (art. 45, XII, CTE)

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 26 de setembro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, feita 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, mantendo a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, David Fernandes de Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa, Victor Augusto de Faria Morato, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca e Célia Reis Di Rezende. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo sujeito passivo. Foram vencedores os Conselheiros David Fernandes de Carvalho, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Célia Reis Di Rezende e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, José Luiz Rosa, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS na importância de R\$168.566,65 em razão da escrituração indevida de valores a título de crédito, referente às notas fiscais de aquisição interestadual de óleo diesel, cujo ICMS foi apropriado em valor superior ao informado no documento fiscal. Em consequência deverá pagar o ICMS omitido, juntamente com penalidade e acréscimos legais, conforme demonstrativo e documentos anexos.

Foi nomeado sujeito passivo solidário a pessoa de [...], na condição de administrador da empresa (art. 45, XII, do CTE).

Os dispositivos legais infringidos, conforme auto de infração, são os arts. 58, § 3º, II e 64 da Lei nº 11.651/91 - CTE c/ c o art. 46, § 1º, do Decreto nº 4.852/97 – RCTE, sendo proposta a penalidade tipificada no art. 71, inciso IV, alínea “a” do CTE, com a redação conferida pela Lei nº 14.634/03.

Para instrução processual, juntou-se ao feito: extrato do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda denominado “Consulta Resumida do Contribuinte – Pessoa Jurídica”, que identifica o solidário como sócio-administrador; planilha “Resumo dos Créditos Escriturados Indevidamente nas Operações Interestaduais com Combustível”, uma para cada exercício de 2007 a 2009; planilha “Demonstrativo dos Créditos Escriturados Indevidamente nas Operações Interestaduais com Combustíveis” dos meses de janeiro de 2007 a julho de 2009, acompanhadas por cópia das 1ªs vias das notas fiscais de aquisição de óleo diesel; e, cópia dos livros Registro de Entradas Interestaduais e Registro de Apuração de cada exercício em apreço.

Intimados na forma legal, por meio de Aviso de Recebimento – AR dos Correios (fls. 242/245), o sujeito passivo solidário não comparece e é declarado revel. Entretanto, o sujeito passivo atuado apresenta impugnação (fls. 248 e seguintes) em que alega: a) indevida indicação de corresponsável pelo crédito tributário; nulidade processual em virtude da ausência de fundamentação legal dos juros de mora e da correção monetária; no mérito aduz que houve apropriação correta dos valores escriturados; que a multa apresenta caráter confiscatório; que se deve apreciar todas as alegações, inclusive as de inconstitucionalidade de normas da legislação tributária estadual.

Pede que se declare a nulidade do auto de infração atacado ou que se julgue o mesmo improcedente.

Junta ao feito cópia da Consolidação Contratual da Sociedade Rodoviário Ramos Ltda. (fls. 308/324) e procuração com substabelecimento.

Às fls. 331/334 o julgador singular exara sentença em que afasta a alegação de nulidade processual e julga o feito procedente, com manutenção do solidário na lide.

Intimidados regularmente para efetuar pagamento ou apresentar recurso voluntário, o solidário novamente não comparece ao processo, sendo declarado perempto, mas o sujeito passivo autuado apresenta manifestação (fls. 341 e seguintes) em que reforça as alegações feitas em primeira instância.

A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário decidiu (fls. 409/413), por unanimidade de votos, rejeitar 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. Por maioria de votos, rejeitou a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo Conselheiro Relator. No mérito, por unanimidade, a Câmara conheceu do recurso, negou-lhe provimento e confirmou a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Após intimação, o sujeito passivo autuado apresenta recurso do contribuinte para o Conselho Pleno (fls. 418) com fundamento no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09, especificamente no fato de a decisão cameral divergir de acórdãos proferidos por outra Câmara relativamente ao direito em tese, pedindo apreciação de toda a matéria.

Junta ao processo extrato do Acórdão do Conselho Pleno nº 02046/12, em que a decisão apresenta o seguinte conteúdo: “as questões arguidas e não apreciadas no processo, sem a devida justificativa, maculam de nulidade as decisões omissas, por cerceamento do direito de defesa da parte”. Afirma que o acórdão recorrido não contém fundamentação relativamente à alegação do recorrente quanto ausência de fundamentação legal dos juros de mora e da correção monetária.

Quanto à decisão unânime em relação ao mérito, também afirma a existência de acórdão divergente ao do acórdão recorrido, juntando extrato da decisão no Acórdão nº 14/00 da III CJUL, com a seguinte ementa: “É direito do sujeito passivo creditar-se do ICMS destacado no documento fiscal idôneo, cujo pagamento se efetivou na operação anterior, o qual foi consagrado pelo princípio da não-cumulatividade do imposto e é razão suficiente para tornar o auto de infração improcedente.”

Pede a apreciação de toda a matéria, reiterando as manifestações anteriores no processo.

É o relatório.

DECISÃO

Trata-se de decisão unânime na I Câmara Julgadora Temporária quanto às alegações de nulidade processual e também quanto ao mérito.

O conselheiro relator do presente processo junto ao Conselho Pleno arguiu a inadmissibilidade do recurso, com o qual concordei, tendo em vista que o recorrente não fundamentou adequadamente o recurso com decisões deste CAT

que versassem de modo diverso quanto ao mérito e quanto às preliminares de nulidade.

Com efeito, relativamente às nulidades por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa o recorrente acostou decisão com o seguinte conteúdo: “as questões arguidas e não apreciadas no processo, sem a devida justificativa, maculam de nulidade as decisões omissas, por cerceamento do direito de defesa da parte”.

Pois bem. Se a decisão que serviu de paradigma versa sobre falta de fundamentação de acórdão sobre qualquer assunto, o mesmo não atinge a decisão da Câmara, pois o que alegou o sujeito passivo em seu recurso junto à instância cameral é a “nulidade absoluta do auto de infração em razão da ausência de fundamentação legal dos juros de mora e da correção monetária”.

Nesse sentido, somente a presença de acórdão paradigmático que tratasse de decisão que acolhesse nulidade em face do argumento cameral tratando da ausência nos autos de fundamentação legal dos juros de mora e correção monetária é que serviria de suporte para interpor o recurso junto ao Conselho Pleno, não qualquer decisão que não trata de juros de mora e correção monetária, mas que trata de nulidade por falta de fundamentação de alegação da defesa na câmara, qualquer que seja esse motivo.

Tal afirmativa é ainda mais contundente quando, desde a primeira instância, o instrumento de intimação traz, em seu rodapé, a seguinte observação: “Crédito tributário atualizado nos termos do disposto nos arts. 481, 482 e 483 do DEC 4852/1997 (RCTE)”, ainda mais quando a própria Lei nº 16.469/09, em seu art. 8º, que trata do lançamento do crédito tributário, não estabelece essa exigência quanto ao auto de infração.

Relativamente ao mérito, o conselheiro relator também aduziu a inadmissibilidade do recurso, com o qual também concordei, tendo em vista que a decisão unânime em relação ao mérito, em relação à qual a parte também afirma a existência de acórdão divergente ao do acórdão recorrido, juntando extrato da decisão no Acórdão nº 14/00 da III CJUL, com a seguinte ementa: “É direito do sujeito passivo creditar-se do ICMS destacado no documento fiscal idôneo, cujo pagamento se efetivou na operação anterior, o qual foi consagrado pelo princípio da não-cumulatividade do imposto e é razão suficiente para tornar o auto de infração improcedente.”

Tal acórdão trata de maneira abrangente o direito ao crédito do contribuinte, nos termos da legislação tributária estadual. Naturalmente que, regra geral, o sujeito passivo tem o direito de creditar-se do ICMS destacado no documento fiscal idôneo, entretanto, tal regra não autoriza o crédito de valores superiores ao do destaque do ICMS no documento fiscal, ao contrário do que pretende o recorrente. Em relação a esse acórdão que o sujeito passivo pretende que seja paradigma, entendo que o efeito é justamente conforme o que foi decidido em instância cameral, no sentido de que somente se pode creditar do valor

corretamente destacado no documento fiscal, e não valores a maiores que o que constam da nota fiscal.

Portanto, tais acórdãos não se prestam a fundamentar o recurso do sujeito passivo para o Conselho Pleno, com fundamento no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09.

Entretanto, quanto ao pedido de exclusão do solidário o conselheiro relator manifestou-se favoravelmente, aspecto em relação ao qual discordo frontalmente, pelos seguintes motivos:

A solidariedade de [...] decorre de sua posição como administrador (sócio-gerente) da empresa autuada (art. 45, inciso XII, do CTE) porquanto a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio de seus administradores, que no caso, deveria proceder ao registro de crédito de ICMS relativamente à aquisição de óleo diesel somente até o valor corretamente destacado em documento fiscal idôneo. Ao não fazê-lo, responde pelo crédito tributário juntamente com o contribuinte, tendo em vista que concorre para a prática da infração por ação, nos termos determinados pela legislação tributária, com fundamento no art. 124, inciso I e II, do Código Tributário Nacional – CTN. Não acato, portanto, o pedido de exclusão da lide do solidário, conforme alegado pelo conselheiro relator.

Posto isso, voto com a totalidade dos meus pares considerando inadmissível o recurso interposto pelo sujeito passivo ao Conselho Pleno relativamente às alegações de preliminares de nulidade processual e quanto ao mérito. Em relação ao pedido de exclusão do solidário, contando com a maioria dos votos dos meus pares, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para manter na lide o sujeito passivo solidário, confirmando a decisão cameral.

Sala das sessões plenárias, em 22 de outubro de 2013.

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Instrução processual enseja apreciação do recurso (Rejeição de Inadmissibilidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01973/13

Redator do Voto: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Processual. Inadmissibilidade do Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno. Rejeitada. ICMS. Obrigação principal. Exigência de imposto por falta de comprovação de internamento de mercadorias remetidas para região da Zona Franca de Manaus ou para as Áreas de Livre Comércio. Procedência parcial.

1. Não há como acolher a arguição de inadmissibilidade do recurso quando os elementos da instrução processual ensejarem a sua apreciação.

2. Quando o sujeito passivo não apresentar elementos probatórios suficientes para comprovar o internamento das mercadorias na Zona Franca de Manaus ou nas Áreas de Livre Comércio, não há como conferir-lhe a isenção do ICMS incidente na operação. Contudo, comprovando que as mercadorias foram destinadas a outra unidade da Federação o tributo deve ser reclamado com alíquota própria para as operações interestaduais.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 04 de julho de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno, feita pela Fazenda Pública, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com o disposto no art. 41, II, da Lei nº 16.469/09. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Rodolfo Ramos Caiado, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Célia Reis Di Rezende, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Victor Augusto de Faria Morato, Rickardo de Souza Santos Mariano, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Elias Alves dos Santos e Delcídes de Souza Fonseca. 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 parcialmente procedente o auto de infração no valor da base de cálculo de R\$ 4.305.435,00 (quatro milhões, trezentos e cinco mil, quatrocentos e trinta e cinco reais), cujo ICMS a recolher é de R\$ 516.652,20 (quinhentos e dezesseis mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e vinte centavos), com a aplicação da alíquota de 12%, adequando a penalidade para a prevista no art. 71, IV-A, do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Rodolfo Ramos Caiado, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Célia Reis Di Rezende, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da

Silva Ruguê Bernardes, Aginaldo Fernandes de Melo, Victor Augusto de Faria Morato, Rickardo de Souza Santos Mariano, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Elias Alves dos Santos e Delcides de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Noticia a peça inaugural deste feito que o sujeito passivo em epígrafe realizou saídas, por intermédio de nota fiscal, de mercadorias com destino a estabelecimento situado na Zona Franca de Manaus ou Área de Livre Comércio, relativo ao Exercício de 2009, com isenção do ICMS, sem comprovar o ingresso e consequente internamento das mercadorias nas áreas incentivadas, razão pela qual deixa de prevalecer à 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 do internamento das mercadorias.

Em consequência, deverá recolher o imposto devido, juntamente com penalidade e acréscimos legais, conforme demonstrativo e documentos anexos.

Foram indicados como infringidos os artigos 43 e 64 da Lei nº 11.651/91, combinado com o artigo 6º, inciso XVII do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, tendo sido proposta à penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII alínea "c", § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91 com redação da Lei nº 15.505/2005.

Auto de Infração veio instruído com o Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03), Nota Explicativa (fls. 04/07), Espelho Cadastral (fl. 08), Consulta Externo por CNPJ (fls. 09/11), cópias de e-mail (fl. 12), de contatos da empresa autuada (fl. 13), Procuração (fl. 14), Notificação Fiscal (fl. 15), Anexo Único (fls. 16/21), Relação de Notas Fiscais sem Comprovação de Internamento na SUFRAMA ou Áreas de Livre Comércio (fls. 22/23), Declaração de Ingresso (fls. 24/27), cópia das notas fiscais (fls. 28/189), consulta completa da NFE (fls. 190/225), cópia da Nota Fiscal nº 8830 (fls. 226/227), consulta completa da NFE e cópia da Nota Fiscal (fls. 228/343).

Devidamente intimado (fls. 344/345), o sujeito passivo comparece ao feito impugnando (fls. 348/377) o lançamento, oportunidade em que requer o cancelamento do auto de infração, argumentando, para tanto, que embora a SUFRAMA não disponha de relatórios comprovando a internação dos produtos na Zona Franca, existem outros documentos que podem comprovar o internamento.

Invoca o artigo 19 da Lei nº 16.469/09 que dispõe sobre os meios de prova e cita decisões do Conselho Administrativo Tributário e de outros Estados com decisões a respeito para concluir que outros documentos podem comprovar o ingresso na Zona Franca quando esta não puder disponibilizar a competente Declaração de ingresso (fls. 354/363).

Acrescenta que todas as notas fiscais têm o selo de entrada das mercadorias aposto pela Secretaria da Fazenda do Estado da Amazonas o que demonstra o destino das mercadorias à Zona Franca de Manaus, nesse sentido, apresenta cópias de validação ou comprovantes dos selos fiscais apostos nos versos das notas fiscais, o que seria suficiente para combater a exigência fiscal em comento (fls. 365/368).

Questiona a aplicabilidade da alíquota de operações internas nas operações de remessas de mercadorias para Zona Franca que, mesmo não sendo possível à comprovação para efeito de gozo do benefício da isenção, o selo comprova que as mercadorias foram destinadas ao Estado da Amazônia, cuja alíquota da operação é de 12% e não de 17%. Destaca o caráter confiscatório da multa aplicada, quase o dobro do valor do imposto cobrado, com afronta ao princípio constitucional do não confisco previsto no art. 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Ressalta que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado contrariamente à cobrança de penalidade que supere o valor do tributo.

Instrui a peça defensiva a cópia do instrumento de alteração de Contrato Social (fls. 378/387), cópia da procuração (fls. 388/390), substabelecimento (fls. 390), cópias da identidade profissional do procurador (fls. 391) e das consultas NFE (fls. 392/517).

O Julgador de Primeira Instância expede o Despacho nº 358/2011 (fls. 519), considerando que há nas fls. 392/517 extratos de registros eletrônicos - selo eletrônico que, em tese, comprova a entrada da mercadoria na Unidade da Federação do destino e, com isso, comprova a sua saída do Estado de Goiás a exigência do imposto deve ser feita, para as notas fiscais correspondentes, sob a alíquota de 12%.

Portanto, com base no que dispõe o artigo 19, § 3º, inciso II da Lei nº 16.469/09, retorna os autos à Gerência de Arrecadação e Fiscalização para que o titular determine a realização de diligência com o propósito de separar dentre as notas fiscais objeto de autuação as que apresentam o carimbo eletrônico do Estado destinatário e para ela calcular o imposto sob a alíquota interestadual.

Em atendimento à solicitação contida no referido despacho, a Autoridade Fiscal revisora refez (fls. 520/521) o levantamento (fls. 22/23) adequando a alíquota para 12% (doze por cento) das operações constantes dos extratos de registros eletrônicos - selo eletrônico - apresentados às fls. 392/517.

Na oportunidade, realizou nova consulta no sítio da SUFRAMA e constatou que nenhuma das notas fiscais de que trata a basilar teve disponibilizada a declaração de ingresso, ou seja, permaneceram na mesma situação quando do lançamento, portanto, não internadas.

Assim, o valor originário foi ajustado para R\$ 542.493,05 (quinhentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e noventa e três reais e cinco centavos).

Foram anexados aos autos relação de notas fiscais sem comprovação de internamento na SUFRAMA ou Áreas de Livre Comércio (fls. 522/523), cópias das declarações de ingresso (fls. 524/554), do filtro de pesquisa - portal de serviços da SUFRAMA (fl. 555), das declarações de ingresso (fls. 556/612) e do filtro de pesquisa - portal de serviços da SUFRAMA (fl. 613).

O sujeito passivo foi intimado (fls. 615/616) para tomar conhecimento do Despacho nº 358/2011.

Em sua manifestação (fls. 619/626) acerca do relatório diligencial, o sujeito passivo aduz que as mercadorias remetidas a destinatários localizados em Área de Livre Comércio - ALC e na Zona Franca de Manaus - ZFM efetivamente foram destinadas àquelas áreas incentivadas, munindo-se de canhotos ou CRTCs que comprovam a operação interestadual, assim como relatórios de pagamentos. Acrescenta que consoante o entendimento firmado pelo Conselho Administrativo Tributário, o ingresso das mercadorias em ALC e na ZFM não precisa ser comprovado, unicamente, por meio da Declaração de Ingresso, sendo que tal fato pode ser comprovado, como previsto o artigo 19 da Lei nº 16.469/09, por meio de outros documentos subsidiários.

Entretanto, a documentação juntada aos autos não foi considerada pelo Auditor Fiscal como suficiente para o integral cancelamento da autuação, razão pela qual se viu obrigada a buscar em seus arquivos, todos os documentos aptos a comprovar que as mercadorias foram devidamente internadas nas zonas livres de comércio ou na Zona Franca de Manaus.

Ademais, com o objetivo de comprovar a efetiva destinação das mercadorias e sua internação na Zona Franca de Manaus ou em Áreas de Livre Comércio a impugnante identificou os CTRC relacionados a diversas notas fiscais objeto de autuação.

Cita decisão do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (fls. 624/625).

Por fim, requer o cancelamento do auto de infração.

Junta cópia do instrumento de Alteração de Contrato Social (fl. 627/636), Subestabelecimento (fl. 637), Relação das Notas Fiscais sem Comprovação de Internamento na SUFRAMA ou Área de Livre Comércio (fls. 638/639), consulta NFE (fls. 640/960), consulta internamento de notas fiscais (fls. 961/1284) e cópia da identidade profissional do procurador (fls. 1285/1286).

O Julgador Singular prolata a Sentença nº 064/2012 (fls. 1287/1289), e declara Procedente em parte a exigência fiscal, devendo o seu valor ser reduzido para R\$ 542.493,05 (quinhentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e noventa e três reais e cinco centavos).

A Representação Fazendária concordou com a decisão singular, conforme Despacho nº 585/2012 (fls. 1290).

Devidamente intimado (fls. 1291/1292), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário requerendo o cancelamento do auto de infração, argumentando, para tanto, que embora a SUFRAMA não disponha de relatórios comprovando a internação dos produtos na Zona Franca, existem outros documentos que podem comprovar o internamento.

Invoca o artigo 19 da Lei nº 16.469/09 que dispõe sobre os meios de prova e cita decisões do Conselho Administrativo Tributário e de outros Estados com decisões a respeito para concluir que outros documentos podem comprovar o ingresso na Zona Franca quando esta não puder disponibilizar a competente Declaração de ingresso (fls. 1300/1305).

Acrescenta que todas as notas fiscais têm o selo de entrada das mercadorias aposto pela Secretaria da Fazenda do Estado da Amazonas o que demonstra o destino das mercadorias à Zona Franca de Manaus.

Afirma que as mercadorias remetidas a destinatários localizados em ALC e na ZFM efetivamente foram destinadas àquelas áreas incentivadas, como, por exemplo, munindo-se de canhotos ou CRTC's que comprovam a operação interestadual, assim como relatórios de pagamentos.

Com o objetivo de comprovar a efetiva destinação das mercadorias e sua internação na Zona Franca de Manaus ou em Áreas de Livre Comércio, a Recorrente identificou os CTRC's relacionados a diversas notas fiscais revisadas, sendo que os CTRC's demonstram cabalmente que foi incorreta a apuração do ICMS exigido na revisão do lançamento fiscal, utilizando a alíquota de 17%, a qual é aplicável às operações internas no Estado de Goiás, ou interestaduais quando destinadas a não contribuintes do ICMS.

Cita decisão do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, e demonstra o ingresso das mercadorias na Zona Franca de Manaus mediante apresentação dos CTRC's é integralmente acatada (fls. 1310).

Reitera o caráter confiscatório da multa aplicada com afronta ao princípio constitucional do não confisco, previsto no artigo 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988. Requer, finalmente, o cancelamento do auto de infração e, se não for o entendimento deste Conselho, pede que seja reformada a decisão de Primeira Instância utilizando a alíquota de 12% conforme prevê o artigo 20, inciso II, do RICMS/SP, em consonância com o artigo 155, § 2º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, combinado com a Resolução nº 22/89 do Senado Federal.

Ao receber os autos para apreciação, a Terceira Câmara deste Conselho, decidiu (fls.1319), por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração, no valor de ICMS a recolher de R\$ 542.493,05

(quinhentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e noventa e três reais e cinco centavos).

Pelo teor do acórdão cameral o polo passivo não conseguiu comprovar o internamento das mercadorias de que trata a basilar na Zona Franca de Manaus ou Área de Livre Comércio, conforme legalmente determinado; que o defendente se limita a informar que documentos como selos, CTRC's e Canhotos são peças hábeis para demonstrar que as mercadorias foram destinadas ao Estado do Amazonas, cuja alíquota é de 12% (doze por cento) e não 17% (dezessete por cento); que os argumentos da recorrente, conforme registrado em parágrafos imediatamente volvidos, e também no relatório, que é parte integrante deste "decisum", não se sustentam, portanto a exigência preambular deve ser julgada procedente.

Após ser intimada em 27/12/12 (fls.1327) da decisão cameral, a atuada comparece ao feito com recurso ao Conselho Pleno (fls.1330/1341), reiterando, mais uma vez, todas as afirmações tecidas nas peças defensórias anteriores.

Pede ao final, seja o presente recurso admitido e integralmente provido, reformando-se *in totum* a decisão recorrida, de modo a espelhar o melhor direito, para o fim de determinar a desconstituição do auto de infração e, conseqüentemente, com cancelamento das exigências tributárias impostas e das respectivas multas.

Caso não se entenda, hipótese admitida somente para argumentar, que seja reduzida alíquota do ICMS para 12% em relação a todas as notas fiscais apresentadas e não somente para algumas, como fez consignar a decisão emanada pelo órgão a quo.

Para instruir suas alegações a recorrente procede a juntada (fls.1342/1347) decisões deste Conselho.

É o relatório.

DECISÃO

Início a redação deste voto fazendo considerações a respeito da arguição de inadmissibilidade do recurso para o Conselho Pleno feito pela Fazenda Pública, sob o fundamento de que a peça recursal não estaria em consonância com a disposição contida no art.41, inciso II da Lei nº 16.469/09. Em que pese esta alegação, todos os componentes da mesa julgadora entenderam por bem não acolhê-la por considerar que não só a documentação que instrui o feito e também os argumentos do contribuinte impõem a apreciação do recurso.

Da mesma forma, por decisão unânime, o Conselho Pleno, divergiu da decisão cameral e decidiu pela reforma parcial daquele julgado. Por ocasião do julgamento naquela instância, a Câmara Julgadora decidiu pela confirmação parcial do lançamento, no valor de ICMS a recolher de R\$ 542.493,05 (quinhentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e noventa e três reais e cinco centavos), levando

em consideração o trabalho de revisão em que a autoridade fiscal revisora refez (fls. 520/521) o levantamento (fls. 22/23) adequando a alíquota para 12% (doze por cento) para as operações constantes dos extratos de registros eletrônicos - selo eletrônico - apresentados às fls. 392/517.

O Conselho Pleno entendeu que, embora a documentação que compõe o feito não comprove que as mercadorias adentraram na Zona Franca de Manaus ou nas Áreas de Livre Comércio, demonstra que elas saíram do território goiano, o que motivou a conclusão dos componentes da mesa julgadora no sentido de aplicar a alíquota interestadual para todas as operações e não apenas para aquelas consideradas no trabalho revisional, adequando, ainda a penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A do CTE.

Assim, dirimidas as dúvidas acerca do pleito do contribuinte, tendo em vista que ele não trouxe para os autos elementos probatórios eficazes suficientes para comprovar o ingresso das mercadorias nas áreas incentivadas, conforme legalmente estabelecido, o plenário decidiu confirmar parcialmente o lançamento no valor base de cálculo de R\$ 4.305.435,00 (quatro milhões, trezentos e cinco mil, quatrocentos e trinta e cinco reais).

Pelo exposto, após rejeitar a arguição de inadmissibilidade do Recurso para o Conselho Pleno, feita pela Fazenda Pública, sob o fundamento de que a peça recursal não está em consonância com o disposto no art. 41, inciso II da Lei nº 16.469/09, voto, no mérito, conhecendo do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dando-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor da base de cálculo de R\$ 4.305.435,00 (quatro milhões, trezentos e cinco mil, quatrocentos e trinta e cinco reais), cujo ICMS a recolher é de R\$ 516.652,20 (quinhentos e dezesseis mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e vinte centavos), com a aplicação da alíquota de 12%, adequando a penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A, do CTE.

Sala das sessões plenárias, em 17 de outubro de 2013.

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Recurso inepto (Inadmissibilidade)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02600/13

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: ICMS. Substituição Tributária. Omissão de recolhimento do imposto. Recurso inepto. Inadmissibilidade.

1 - Todo sujeito passivo tem capacidade para estar no Processo, em qualquer fase, postulando em causa própria ou representado por advogado, podendo, também, postular por intermédio de procurador por ele constituído, com poderes de administração (art. 11, § 1º, da Lei nº 16469/09). Com amparo nessa previsão legal não deve ser apreciado o recurso apresentado por pessoa sem capacidade legal para representar o sujeito passivo da obrigação tributária.

2 - É inepto o recurso apresentado por pessoa sem capacidade legal para representar o sujeito passivo da obrigação tributária.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de dezembro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de inadmissibilidade do recurso voluntário, arguida pela Representação Fazendária, por inépcia da peça defensiva, declarando, de consequência, perempto o direito de apresentação de recurso. Participaram do julgamento os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Nivaldo Carvelo Carvalho e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo, na condição de substituto tributário nos termos do Convênio nº 03/1999 e do art. 51, § 3º, do CTE, utilizou de base de cálculo para retenção do ICMS-ST em desacordo com o art. 9º, XXVI, “B”, 2, do Anexo IX do RCTE, alterado pelo Dec. nº 6.638/07, nas remessas de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, com destino ao Estado de Goiás, no período de 01/07/2007 a 31/12/2007. Em consequência, foi reclamado o ICMS no valor de R\$ 211.546,40.

Consta, ainda, na descrição do fato, que o benefício fiscal em questão, que estabelece a alíquota interna de 20%, é condicionado à apropriação de crédito de no máximo 7%, contudo, o contribuinte apropriou-se, para o cálculo do tributo devido, da alíquota de 12%, ocasionando a apuração e recolhimento do ICMS-ST menor que o devido. Com a apropriação do crédito à alíquota de 12%, o benefício fiscal não pode ser utilizado, devendo ser adotada a alíquota interna de 29%, conforme art. 27, IX, “a”, do CTE, cuja redação foi alterada pela Lei nº 15.051/04, com redução para 26%, por prazo indeterminado, conforme art. 8º, XXXIX, do Anexo IX do RCTE, alterado pelo Decreto nº 6.113/05.

Também foi informado que este processo resultou da reatuação do auto de infração nº 4011101342265, anulado por insegurança na determinação da infração, por ter o autuante concedido o benefício fiscal, procedendo os cálculos com o crédito limitado a 7%.

A autoridade lançadora indicou como infringidas as disposições dos artigos: 26, II; 27, IX, “a”; 51, §§ 1º e 3º, e 64, da Lei 11651/91; art. 66; 66-D e 67, do Anexo VIII do RCTE; art. 8º, XXXIX do Anexo IX do RCTE. Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, IV-A, da Lei 11.651/91 com redação da Lei 17519/13.

O auto de infração, lavrado em 11/09/2012, foi instruído com os seguintes documentos: anexo estruturado - detalhamento do crédito tributário e descrição complementar da ocorrência (fls. 03/6); cópia da Ordem de Serviço nº 55/2012; cópia da Portaria nº 103/2012-SRE (fls. 8); demonstrativo mensal de cálculo do ICMS-ST referente ao álcool etílico hidratado carburante, no período de julho a dezembro de 2007, acompanhado dos demonstrativos com o detalhamento do cálculo, por nota fiscal emitida no período em referência (fls. 9/25); relatório da consulta aos dados do contribuinte – pessoa jurídica – de outro Estado (26/27); cópia do Auto de Infração nº 4 0111013 422 65, do Ofício 079/2012-GERF/SR, solicitando a reatuação do referido AI e dos demonstrativos da auditoria fiscal a ele referente (fls. 28/53).

Intimado por AR, o sujeito passivo apresenta impugnação em primeira instância (fls. 59/70), na qual alega: ilegalidade da autuação por duplicidade de lançamento, porquanto o segundo lançamento foi efetuado antes de encerrado o primeiro; decadência do direito de cobrança do crédito tributário, que é relativo ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007, com a notificação do correspondente auto de infração em 26/09/2012, com fundamento no art. 150, §§ 1º e 4º do CTN; erro na apuração do ICMS por falta de recomposição da conta gráfica; falta de motivação para a aplicação da multa; falta de fundamentação legal e demonstração da aplicação dos juros e da correção monetária.

Conforme Sentença nº 2618/2012 (fls. 78/82), o julgador singular rejeitou a preliminar de nulidade do auto de infração, por duplicidade de lançamento. Rejeitou a arguição de decadência do direito de constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores do ICMS ocorridos nos exercício de 2007 em face da anulação do Auto de Infração nº 4 0111013 422 65. No mérito, confirmou o procedimento fiscal, rejeitando os questionamentos sobre a aplicação da redação do inciso V-A do art. 71 do CTE, por se tratar de retroatividade benigna.

Em seu recurso voluntário, o sujeito passivo volta a argumentar: que é ilegal a autuação ocorrida enquanto não encerrado o processo administrativo fiscal então anulado; que ocorreu a decadência do direito de reclamação do crédito tributário, pois o auto de infração pretende alcançar fatos geradores ocorrido entre 01/07/2007 e 31/12/07, mas a notificação do lançamento só ocorreu em 26/09/2012, entendendo, assim, que o lançamento só poderia alcançar os fatos geradores ocorridos depois de 26/09/2007.

No mérito, alega que houve erro na apuração do ICMS por violação ao art. 8º, XXXIX, do Anexo IX do RCTE, o qual dispõe sobre a redução da BC de forma que a alíquota resultante seja de 26%, na saída interna de gasolina e de álcool carburante, contudo com manutenção dos créditos do imposto; que houve erro na apuração do ICMS por falta de recomposição da conta gráfica, pois a fiscalização não apurou os valores concretos dos créditos de ICMS relativos à entradas, apenas presumiu a existências desses créditos, multiplicando o valor das entradas pela alíquota de 12%, deixando de fazer o efetivo confronto de créditos e débitos, por meio da recomposição da contra gráfica; que falta motivação para aplicação da multa prevista no art. 71, V-A, do CTE; que falta fundamentação legal e demonstração do cálculo dos juros e da correção monetária.

Pede, por fim, que seja acolhida a prejudicial de mérito, e reconhecida a decadência do direito de lançar, cancelando-se integralmente a exigência inicial.

DECISÃO

As razões de recurso apresentadas em nome do sujeito passivo não serão objeto de apreciação em face de ter sido acolhida a preliminar de inadmissibilidade da peça recursal, arguida pelo representante da Fazenda Pública na sessão de julgamento.

Com efeito, na peça de recurso anexada às fls. 87/105, o sujeito passivo encontra-se representado por contador, para o qual não foi demonstrado qualquer vínculo com a administração da empresa. Por meio da procuração anexada às fls. 112 o sujeito passivo confere ao contador poderes para representá-lo perante os órgãos públicos que menciona.

Antes da sessão de julgamento prevista para 14/11/2013, foi apresentado pedido de adiamento (fls. 117), datado de 07/11/2013, este sim, assinado por advogado e acompanhado de procuração datada de 05/11/2013.

Diante desses fatos, e considerando que a constituição de advogado só veio a ocorrer depois de expirado o prazo legal para apresentação de defesa em segunda instância, a Representação da Fazenda Pública arguiu a inadmissibilidade do recurso por considerá-lo inepto e, ainda, perempto o direito de defesa conferido ao sujeito passivo da obrigação tributária.

A Lei nº 16.469/09, que regula o Processo Administrativo Tributário neste Estado, assim dispõe em seu artigo 11, caput e § 1º:

“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.”

Como se vê, o sujeito passivo pode postular em causa própria, ou por meio de procurador constituído que tenha poderes de administração na empresa. Contudo, se se fizer representar, é necessário o instrumento legal que nomeia e identifica o patrono eleito para pleitear a sua causa.

Quanto à perempção, é oportuno destacar o que dispõe o art. 28, II, da mesma lei acima mencionada:

“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.”

Exatamente em decorrência da perempção, nem mesmo foi possível a realização de nenhuma medida saneadora, por vezes adotada em situação semelhante, como, por exemplo, quando há a procuração do advogado mas a peça de defesa não está assinada, ou na situação em que o advogado assina a peça mas não apresenta a respectiva procuração.

A conclusão, portanto é de que há falha de representação, porquanto a recursal está assinada por pessoa sem legitimidade para defender o interesse do sujeito passivo da obrigação tributária.

Na situação ora analisada, por ser evidente a falha de representação não deve ser apreciado o recurso apresentado. Prevalece, assim, a decisão proferida pelo julgador singular.

Sala das sessões, em 20 de janeiro de 2014.

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

Matéria: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PARA O CONSELHO PLENO - Recurso intempestivo (Inadmissibilidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02253/13

Relator: Conselheiro Márcio Nogueira Pedra

EMENTA: ICMS. Processual. I - Inadmissibilidade do Recurso do contribuinte para o Conselho Pleno arguida pelo relator. Recurso intempestivo. Acatamento. Decisão unânime. Só se deve conhecer de recurso que atende aos requisitos de admissibilidade, dentre os quais se encontra a tempestividade. A interposição de Recurso ao Conselho Pleno, fora do prazo legal, implica na declaração de perempção, consoante preconiza o artigo 28, inciso II, da Lei nº 16.469/09. II - Recurso ao Conselho Pleno interposto pela Fazenda Pública para reinclusão dos solidários na lide. Provimento. Decisão por maioria. 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);

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 17 de outubro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a arguição de inadmissibilidade do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, feita pelo Conselheiro Relator, em razão da intempestividade, mantendo a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Márcio Nogueira Pedra, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Lidilone Polizeli Bento, Nivaldo Carvelo Carvalho, Nislene Alves Borges, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Rodolfo Ramos Caiado, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa, Victor Augusto de Faria Morato e Edson Abrão da Silva. E, 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 Márcio Nogueira Pedra, Manoel Antônio Costa Filho, Lidilone Polizeli Bento, Nislene Alves Borges, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Rodolfo Ramos Caiado, José Luiz Rosa e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

O auto de infração versa sobre a omissão de pagamento do ICMS, em razão da escrituração indevida de créditos do imposto, relativos ao serviço de transporte contratado com cláusula FOB, vinculados à aquisição de mercadoria

isenta ou não tributada. Para todos os fins legais e com fulcro no § 2º, do artigo 19, Decreto nº 6.930, de 09 de junho de 2009, adoto o relatório constante do Acórdão da I CJUL nº 2474/2012, de fls 3844/3847, que abaixo transcrevo :

“Consta do auto de infração a descrição de que o autuado omitiu o pagamento do ICMS em razão da escrituração indevida de créditos, relativos ao serviço de transporte contratado com cláusula FOB, vinculados à aquisição de mercadoria isenta ou não tributada, conforme demonstrativos e Auditoria Básica do ICMS. Em consequência, deve pagar o ICMS no valor R\$ 706.311,04 (setecentos e seis mil, trezentos e onze reais e quatro centavos), mais as cominações legais.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seu art. 60, inciso I, alínea "a", c/c art. 46, inciso II, alínea "b", do Decreto nº 4.852/1997.

A penalidade é a contida no art. 71, inciso IV, alínea "a", da Lei 11.651/1991, com redação da Lei 14.634/2003.

Foram nomeados como sujeitos solidários [...], na condição de Diretor Presidente, [...], na condição de Diretora Administrativa, fls. 04/05.

Os autos foram instruídos com Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03), cópia de Procuração (fls. 06 a 13), Auditoria Básica do ICMS (fls. 14 a 32), Relatório - Demonstrativo da Escrituração Indevida de Crédito ICMS (fls. 33 a 182), cópias de Notas Fiscais e Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (fls. 184 a 3554), mídia CD (fl. 3555), cópias de Notas Fiscais de Importação (fls. 3557 a 3628), mídia CD (fl. 3629), cópia Anexo III - Pedido de Autenticação de Livro Fiscal (fl. 3631), cópia do Livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (fls. 3632 a 3634) e cópia de Recibo de Entrega de Arquivos Digitais (fl. 3635).

Foi realizada intimação da autuada e dos sujeitos solidários, conforme fls. 3636 a 3644.

A autuada apresenta Impugnação em Primeira Instância (fls. 3647 a 3662), onde alega que a fiscalização está equivocada em entender que sendo a mercadoria transportada isenta na importação não acarretará qualquer direito ao crédito do ICMS devido no serviço de transporte interestadual desta mercadoria; que a autuação versa sobre créditos tomados entre janeiro de 2007 e dezembro de 2008, mas até maio de 2008 o referido creditamento era permitido em lei; e que, ainda que se pretenda o estorno dos créditos, isso somente seria aplicável às operações ocorridas no âmbito interno do Estado de Goiás, as quais são isentas, não se estendendo àquelas interestaduais, para as quais o direito ao crédito é garantido pela legislação. Ao final, requer a improcedência do auto de infração.

Os sujeitos solidários apresentam Impugnação em Primeira Instância (fls. 3706 a 3726), onde alegam indevida atribuição de responsabilidade solidária, momento que requerem a exclusão da lide.

A Impugnação foi instruída com Procuração (fls. 3666/3730), Recibo de Entrega da DPI (fl. 3667), cópia de DPI (fls. 3668 a 3670), Consulta SINTEGRA (fl. 3671), cópia de Estatuto Social (fls. 3672 a 3704).

Conforme Despacho nº 120/2011 - JULP (fls. 3732/3733) e frente as alegações da defesa, os autos foram encaminhados à Delegacia Fiscal de Itumbiara para manifestação.

O resultado da diligência aponta para a manutenção do auto de infração, vez que o para o aproveitamento do crédito do ICMS do serviço de transporte a operação dever ser tributada (fls. 3754 a 3743).

Os sujeitos solidários apresentam manifestação (fls. 3752 a 3769), onde reiteram o pedido de exclusão da solidariedade e os argumentos apresentados pela autuada.

A autuada apresenta Manifestação (fls. 3772 a 3778) onde reitera os argumentos anteriores para pedir a improcedência do auto de infração.

O julgador singular, em Sentença nº 261/12 - JULP, fls. 3784 a 3787, analisa os autos e decide pela procedência do auto de infração, mantendo os sujeitos solidários na lide. Aponta que a prestação de serviço de transporte com cláusula FOB correspondente, não confere crédito do imposto, pois não se trata de operação com mercadoria tributada, conforme art. 46, inciso II, alínea "b", do RCTE.

Foi realizada a intimação da autuada e dos sujeitos solidários, conforme fls. 3788 a 3797.

Inconformados, a autuada e os sujeitos solidários apresentam Recurso Voluntário (fls. 3800 a 3811, 3815 a 3825 e 3829 a 3839), onde alegam que a fiscalização está equivocada em entender que sendo a mercadoria transportada isenta na importação não acarretará qualquer direito ao crédito do ICMS devido no serviço de transporte interestadual desta mercadoria; que o art. 58, inciso I, alínea "a", RICMS-GO, determina o estorno do imposto de que se tiver creditado, referente ao serviço tomado, sempre que a saída na mercadoria for isenta ou não tributada; que não há de se falar em vedação da utilização do crédito antes da entrada em vigor do dispositivo do art. 7º, inciso XXV, Anexo IX, RICMS-GO; que, ainda que se pretenda o estorno dos créditos, isso somente seria aplicável às operações ocorridas no âmbito interno do Estado de Goiás, as quais são isentas, não se estendendo àquelas interestaduais, para as quais o direito ao crédito é garantido pela legislação; e que os sujeitos solidários jamais atuaram com excesso de mandato, infração à lei ou ao estatuto social.

Ao final, requerem a exclusão dos sujeitos solidários da lide ou a improcedência do auto de infração."

Em seguimento ao relato do processo, informo que, neste julgamento cameral, por maioria de votos, os sujeitos passivos solidários foram excluídos da lide. Quanto ao mérito, o auto de infração foi julgado procedente, também por maioria de votos.

Intimada, a Fazenda Pública, tempestivamente, interpõe recurso ao Conselho Pleno, no qual solicita sejam os solidários novamente incluídos na lide.

Os solidários foram intimados, em 19/11/2012, para contraditar o recurso da Fazenda Pública. A autuada foi intimada, na mesma data, para interpor recurso ao Conselho Pleno, pleiteando a reforma da decisão cameral (fls 3852/3855).

Às fls 3856 é lavrado termo de perempção, diante da ausência de apresentação tempestiva de recurso por parte da empresa autuada.

Ainda assim, às fls 3860 e seguintes, o contribuinte apresenta , intempestivamente, recurso ao pleno. Alega que há dois fatos geradores distintos, o da importação de mercadorias e o serviço de transporte interestadual de mercadorias. Que a importação é isenta, mas que o serviço de transporte é tributado, ficando assegurado o crédito do imposto sob pena de violação do princípio da não cumulatividade. Que quando pagou pelo serviço de transporte o valor do ICMS estava incluído no preço, sendo o direito de crédito do imposto assegurado pela Constituição Federal. Também afirma que só com o Decreto nº 6.171/2008 as saídas de adubos e fertilizantes se tornaram isentas. Que antes disso não se pode falar em vedação ao crédito com base no art 58, I, "a", do RCTE, pois as saídas dos produtos eram tributadas. Volta a dizer, como já havia alegado desde o primeiro comparecimento ao processo, que faz operações de venda para outros Estados com redução de base de cálculo. Pede improcedência do lançamento e que seja mantida a parte do acórdão cameral que excluiu da lide os solidários.

Também em peça apresentada fora do prazo legal, fls 3869 e seguintes, os solidários, citando legislação e jurisprudência, pedem, em contradita ao recurso fazendário, a manutenção do acórdão cameral que os excluiu da lide.

É o relatório.

DECISÃO

Todo recurso consiste na solicitação de mudança de decisão anterior, prolatada na mesma relação jurídico processual. A apreciação dos argumentos contidos na peça recursal exige, no entanto, que se façam satisfeitos os requisitos de admissibilidade do recurso. Dentre estes requisitos está a tempestividade. Há um prazo para a interposição do recurso, bem como para a contradita. Dispõe a Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009 :

"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:

[...]

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;"

Não havendo a apresentação de recurso no prazo determinado pela lei, o sujeito passivo é considerado perempto. Observe-se a regra prescrita pela mesma Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009 :

“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.”

Acontece que a recorrente e os solidários apresentaram recurso ao Conselho Pleno e contradita ao recurso da Fazenda Pública fora do prazo legal, conforme documentado pelo “Aviso de Recebimento” e intimações de fls 3852/3855, o termo de perempção de fls 3856 e o termo de recebimento do recurso da atuada e da contradita dos solidários de fls 3859. Todos estes documentos comprovam que o recurso da atuada [...] S/A e a contradita ao recurso da Fazenda Pública apresentada pelos solidários não atenderam ao requisito da tempestividade. Não devem, por conseguinte, ser admitidos.

Concluo que a recorrente, [...] S/A, bem como os solidários, [...] e [...], apresentaram suas peças fora do prazo legal. Entendo que não foram atendidos os requisitos de admissibilidade tanto do recurso, quanto da contradita. Deixo, portanto, de conhecer tanto do recurso ao Conselho Pleno apresentado pela atuada, quanto da contradita ao recurso da Fazenda Pública apresentada pelos solidários.

O Recurso ao Conselho Pleno, apresentado pela Fazenda Pública, visa reincluir na lide os solidários. Figuram como solidários, no auto de infração, [...] e [...], respectivamente diretor presidente e diretora administrativa da empresa atuada, conforme fls 06/07 dos autos. A decisão cameral os excluiu da relação jurídico tributária, a meu ver indevidamente.

Como se sabe, a pessoa jurídica é uma ficção legal. Todos os seus atos se materializam pela ação dos seus administradores. Assim, é através de seus sócios gerentes e diretores que a empresa atua no mundo comercial, financeiro, jurídico e econômico. A legislação tributária, e no presente caso nos referimos ao Código Tributário Estadual (Lei nº 11.651/1991), através do art. 45, inciso XII, estabelece a regra de que 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 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, entendo que a indicação de [...] e [...] como solidários atende ao disposto na legislação tributária, situação que impõe a sua reinclusão na lide.

Assim, pelas razões acima mencionadas, deixo de conhecer tanto do recurso ao Conselho Pleno apresentado pela autuada, quanto da contradita ao recurso da Fazenda Pública apresentada pelos solidários. Finalmente, conheço do recurso ao Conselho Pleno interposto pela Fazenda Pública e dou-lhe provimento para reincluir na lide os solidários [...] e [...].

Sala das sessões plenárias, em 19 de novembro de 2013.

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

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Mercadoria transportada não correspondente àquela constante do documento fiscal (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01911/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Mercadoria acompanhada de nota fiscal considerada inidônea. Improcedência.

A acusação fiscal de transporte irregular de mercadoria deve ser afastada quando se comprovar nos autos que a respectiva operação ocorreu com observância da disposição contida no art. 66 da Lei nº 11.651/91, segundo o qual as mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhados de documentos fiscais idôneos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 25 de junho de 2013, 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 Elias Alves dos Santos, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Aguinaldo Fernandes de Melo, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Alcedino Gomes Barbosa. Vencidos os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Célia Reis Di Rezende e Jorge Antônio Bezerra Oliveira, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Consta do histórico do auto de infração que o sujeito passivo remeteu 27.000 Kg de algodão em pluma, acompanhado pela nota fiscal nº 003438, considerada inidônea em razão de os documentos não corresponderem à carga transportada, por estar com certificados de classificação do ano 2003/2004, não coincidentes com a mercadoria transportada, pois o contrato 075-U/05, firmado entre as empresas vendedora e compradora, refere-se à mercadoria da safra 2004/2005 e também por não constarem dos fardos as etiquetas que possibilitassem a identificação da mercadoria com a respectiva nota fiscal, conforme termo de apreensão anexado ao processo, sujeitando-se, em consequência, ao pagamento do ICMS na importância de R\$ 13.394,16 (treze mil, trezentos e noventa e quatro reais e dezesseis centavos) acrescido de multa e demais consectários legais.

Como dispositivos legais infringidos foram apontados os artigos 45, inciso XIII; 64; 66 e 67, inciso VI da Lei nº 11.651/91, combinado com o artigo 163, inciso IV, alínea "b" do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no

artigo 71, inciso VII, alínea "i", conjugado com o § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91 com redação da Lei nº 13.446/1999.

Foi indicado como sujeito passivo solidário: [...] (fl. 04).

O Auto de Infração veio instruído com o Termo de Retificação (fl. 04), Termo de Apreensão nº 1100080502-4 (fls. 05/06), Termo de Declarações (fl. 07), cópia de documento da empresa [...] COMERCIAL LTDA (fl. 08), foto dos volumes de algodão em pluma (fl. 09), cópia de nota fiscal nº 3438 (fl. 10), cópia do recibo Sistema de Controle de Pesagem (fl. 11), Comprovante de Pagamento (fl. 12), cópia do DARE 2.1 (fl. 13), cópia da Carteira Nacional de Habilitação do motorista (fl. 14), cópia do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (fl. 15), extrato de Termo de Apreensão (fl. 16), extrato do Termo de Liberação e Doação (fl. 17), cópia da Carteira Nacional de Habilitação do motorista (fl. 18), cópia da Ata de 4ª Assembléia Geral Ordinária (fls. 19/22), romaneios - Laudo de Classificação de Algodão em Pluma (fls. 23/158); Termo de Desentranhamento (fl. 159), cópia de documento da empresa atuada endereçada à Delegacia Fiscal de Itumbiara (fl. 160), cópia dos documentos pessoais de William Gomes Monteiro (fl. 161) e base da consulta por auto (fl. 162).

O sujeito passivo direto e o solidário foram intimados em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 163-A a 165.

Às fls. 167 a 174 dos autos, o solidário ingressa com Impugnação em Primeira Instância na qual pede a sua exclusão da lide, alegando ser ilegítima a sua inclusão no polo passivo da presente demanda, pois não possui qualquer responsabilidade em relação ao fato descrito no auto de infração, já que apenas exercia a função de motorista. Acrescenta que o contrato de transporte deu-se entre a empresa transportadora [...] Transportes Ltda. e o sujeito passivo atuado e que não tem interesse comum com os infratores.

A peça defensoria veio instruída com a cópia da Procuração (fl. 175), cópia dos seus documentos pessoais (fl. 176), cópia da intimação (fl. 177), cópia do Auto de Infração nº 3013509604054 (fl. 178), cópia do Termo de Apreensão nº 1100080502-4 (fl. 179), Termo de Declarações (fl. 180), cópia do Passe Fiscal de Saída (fl. 181), cópia do DARE 3.1 (fl. 182) e Termo de Liberação e Doação (fl. 183).

Da mesma forma, às fls. 184 a 200, a atuada apresenta Impugnação à Primeira Instância na qual argui a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determina da infração, sob a alegação de que não há motivação legal para declarar inidônea a referida nota fiscal. Acentua que utilizou o crédito outorgado para PROALGO e recolheu a parcela devida. Pede, ao final, a improcedência do auto de infração.

A peça impugnatória da atuada foi instruída com Procuração (fl. 201), cópia do Estatuto Social (fls. 202 a 226), cópia de documento da empresa atuada referente à apresentação de Chapa para eleição do Conselho Diretor (fls. 227 a 230), cópia da Ata da 4ª Assembléia Geral Ordinária (fls. 231 a 234), cópia da

Intimação (fl. 235), cópia do Auto de Infração nº 3 0135096 040 54 (fl. 235), cópia da Nota Fiscal nº 230.872 (fl. 237), cópia do DARE 4.1 e o comprovante de pagamento (fl. 238), cópia do Registro de Entrada, nota fiscal, Registro de Saídas e da Nota Fiscal nº 3438 (fls. 239 a 244), Termo de Desentranhamento (fl. 245), cópia do Registro de Saídas (fl. 246), cópia da Nota Fiscal nº 4033 (fl. 247), cópia da Lei nº 13.506, de 9 de setembro de 1999 - referente ao Programa de Incentivo ao Produtor de Algodão (fls. 248/249), cópia da Instrução Normativa nº 598/03 (fls. 250/251), cópia da Lei nº 14.887/2004 (fls. 252/253), Termo de Declarações (fls. 254/261) e cópia de notas fiscais avulsas (fls. 262 a 267). Mediante peça informativa de fls. 270/271, a autuada anexou aos autos cópia da relação de fardos da pilha 047 (fl. 272), cópia do Laudo de Classificação de Algodão em Pluma (fls. 273 a 318), cópia da Declaração (fls. 319/320), cópia de documento da Agência Rural - Ofício nº 668/03 (fl. 321), cópia do Termo de Convênio celebrado entre o Estado de Goiás, a Agência Rural e a empresa autuada (fls. 322 a 327) e termo de compromisso (fls. 328 a 330).

O Julgador Singular, quando da análise das alegações defensórias, entendeu que a exigência fiscal está equivocada em sua forma e fundamentação legal e declara nulo "ab initio" o lançamento por insegurança na determinação da infração, conforme Sentença nº 4513/06 (fls. 331/332).

Fundamenta sua decisão aduzindo que na operação em comento, o fisco deveria ter exigido o pagamento complementar do imposto devido e não desconsiderar a nota fiscal que não apresenta vício aparente. Portanto, entende que a exigência fiscal está equivocada em sua forma e fundamentação legal.

Discordando da decisão singular, a Representação Fazendária apresenta Parecer nº 284/2006-GERF (fls. 333 a 335), no qual solicita a reforma daquele julgado por entender que não existe insegurança na determinação da infração apontada pelo julgador, tendo em vista, que a nota fiscal é realmente idônea para a operação que estava sendo realizada, pois encontravam-se a ela anexados, para efeito de identificação do algodão com vistas à fruição do benefício do crédito outorgado previsto na Lei nº 13.506/00 e artigo 11, § 1º, Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, os laudos de classificação de algodão em pluma (fls. 23 a 158), relativamente a algodão da safra 2003/2004. Ademais, a Nota Fiscal nº 3438, emitida pela autuada, que acompanhava o transporte das mercadorias, refere-se a algodão da safra 2004/2005, tendo em vista, que a mesma está vinculada ao Contrato nº 075/U-05, que ao descrever os produtos que constituem o seu objeto, o faz com muita clareza, informando ser "*algodão em pluma procedente de Goiás, safra 2004/2005*".

Pede, ao final, que seja devolvido o processo à instância singular para julgamento do mérito.

Intimados (fls. 336/337) do recurso fazendário, o autuado apresenta contradita (fls. 339 a 348) e reitera a preliminar de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração, sob o entendimento de que não há motivo legal a sustentar a declaração de inidoneidade da nota fiscal. Cita o Parecer nº 284/2006-GERF (fls. 331/335). Ressalta que é uma cooperativa fundada e

composta por produtores de algodão beneficiados pelo programa de incentivo ao produtor de algodão, sendo que por força da Lei nº 13.506/99, em seu artigo 4º, o benefício é concedido ao produtor e não a Cooperativa, portanto, o crédito é repassado para o produtor rural e que a Recorrente nada tem a lucrar com esta operação. Pede, ao final, a manutenção da decisão singular.

Da mesma forma, às fls. 352 a 359, o solidário apresenta Contradita na qual repete as alegações expostas na peça impugnatória, ou seja, alega ser ilegítima a sua inclusão no polo passivo da presente demanda, pois não possui qualquer responsabilidade em relação ao fato descrito no auto de infração já que apenas exercia a função de motorista. Acrescenta que o contrato de transporte deu-se entre a empresa transportadora [...] Transportes Ltda. e o sujeito passivo atuado e que não tem interesse comum com os infratores. Requer a sua exclusão da lide.

Acosta cópia da consulta por auto (fls. 360/361).

A Quarta Câmara deste Conselho, quando da apreciação das razões do recurso e da contradita oferecidos pelo atuado e solidário, decidiu (fl. 350) por maioria de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou nulo o auto de infração. Esta decisão foi sustentada no Acórdão nº 1311/2007 (fls. 363 a 365).

Consta do acórdão cameral que não há divergência quanto à mercadoria transportada, pois o que ocorreu foi a informação errada a respeito da safra do algodão, fator relevante para efeito da utilização do benefício do crédito outorgado (Proalço), que exige a identificação de safra e qualidade do algodão, uma vez que é um informativo determinante para efeito da cobrança integral ou não do ICMS. No entanto, a mercadoria transportada coincide com a descrita na nota fiscal e a informação relativa à safra não é motivo para considerar inidôneo o documento fiscal. Ademais, pela análise do artigo 67, inciso VI, do CTE, conclui-se que houve a insegurança da determinação da infração, considerando que a infração não foi devidamente capitulada, pois o motivo que impulsionou os agentes fiscalizadores a formalizarem o lançamento não ficou caracterizado nos autos, já que as mercadorias correspondiam àquelas constantes do documento fiscal referenciado.

Novamente intimada (fl. 366), a Fazenda Pública Estadual interpõe Recurso ao Conselho Pleno (fls. 367 a 369), afirmando que está claro nos autos que a mercadoria apreendida é algodão em pluma da safra 2003/2004, fato provado pelos laudos de classificação (fls. 23 a 158), enquanto que a nota fiscal de nº 3438 é relativa a algodão em pluma tipo 41, discriminado no Contrato nº 075/05, sendo o mesmo referente à safra 2004/2005. Ademais, outro fato que demonstra que a mercadoria transportada não era a mesma constante na nota fiscal é a declaração do motorista do caminhão realizada na 2ª Delegacia Distrital de Polícia de Itumbiara, no qual ele confirma que recebeu as mercadorias em local diverso do mencionado na nota fiscal de trânsito. Requer o retorno dos autos à Primeira Instância para que se proceda ao julgamento do mérito da lide.

O atuado e solidário foram intimados (fls. 371/373) para apresentarem contradita ao recurso fazendário, oportunidade em que a atuada (fls. 375 a 386) ratifica o questionamento sobre a nulidade do lançamento por entender que o fato apontado pela fiscalização, como motivador da inidoneidade da nota fiscal, não se encontra contemplado no rol do artigo 67 do Código Tributário do Estado, CTE. Faz a juntada de documentos, reafirma que a mercadoria transportada era algodão em pluma, coincidente com as mercadorias descritas na NF em análise e reclama que os agentes atuantes não consideraram, sequer, o valor do imposto relativo à operação e pago antecipadamente.

Requer a confirmação da decisão cameral que anulou o lançamento fiscal.

Acosta cópia do Acórdão n° 1311/2007 (fls. 387 a 389), cópia do Termo de Compromisso (fls. 390/392), cópia das notas fiscais e DARE 4.1 (fls. 393 a 397), cópia de documento da empresa [...] COMERCIAL LTDA (fl. 398), Termo de Credenciamento (fl. 399), Termo de Convênio entre o Estado de Goiás, a Agência Rural e a empresa atuada (fls. 400 a 402) e Termo de Declarações (fls. 403 a 410).

O solidário, da mesma forma, apresenta Contradita (fls. 411 a 417) onde reitera ser ilegítima a sua inclusão no polo passivo da presente demanda, pois não possui qualquer responsabilidade em relação ao fato descrito no auto de infração, já que apenas exercia a função de motorista. Acrescenta que o contrato de transporte deu-se entre a empresa transportadora [...] Transportes Ltda. e o sujeito passivo atuado e que não tem interesse comum com os infratores. Requer a sua exclusão da lide. Junta cópia da intimação (fl. 418).

Submetido à apreciação do Conselho Pleno, por unanimidade de votos, o plenário decidiu reformar a decisão cameral que considerou nulo o auto de infração, por insegurança na determinação da infração, propondo o retorno dos autos à Câmara Julgadora para a apreciação de toda a matéria. Esta decisão foi sustentada no Acórdão n° 0143/2008 (fls. 422 a 424).

Intimado do julgamento do Conselho Pleno (fls. 425/426), o atuado retorna ao feito (fls. 428/430) reafirmando os termos de defesa já pronunciados, conforme informado em linhas anteriores. Pede, ao final, a improcedência do presente auto de infração.

A Terceira Câmara deste Conselho, quando da apreciação dos autos, decidiu (fl. 434), por unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular a partir da fl. 331, anulando-se todos os atos subsequentes e retornando os autos à Primeira Instância para apreciação de toda a matéria, conforme Acórdão n° 4116/2008 (fls. 435 a 438).

Consta do acórdão cameral que razão assiste à tese esposada pelo Representante Fazendário no recurso "ex-officio", considerando que a instrução processual demonstra que a Nota Fiscal n.º 3438 foi emitida com base no Contrato n° 075 - U/05, acostado a este tomo, às fls. 08, que discrimina algodão da safra de 2004/2005 e os laudos de classificação das mercadorias transportadas relativos a

algodão da safra de 2003/2004. Cita o artigo 248 do Código de Processo Civil que trata da consequência processual dos atos que foram anulados na lide.

O Representante Fazendário, conforme Despacho nº 929/2009 (fl. 439), manifesta-se favorável à manutenção da decisão cameral por suas próprias razões.

Devidamente intimada (fl. 441), a atuada não se manifesta.

Encaminhado à Primeira Instância, mediante Despacho nº 715/2009 – JULD (fl. 442), o Julgador Singular determina o encaminhamento dos autos à Gerência de Preparo Processual - GEPRE para que se proceda à intimação do sujeito passivo solidário, nos termos da Lei nº 16.469/09, conferindo-lhe o direito de pagar o crédito tributário ou recorrer da decisão.

Devidamente intimado (fls. 443/444), o solidário não se manifesta.

Retornando à Primeira Instância, o Julgador Singular prola a Sentença nº 831/10 (fls. 446 a 450), e julga Procedente o auto de infração, condenando os sujeitos passivos ao pagamento do crédito tributário exigido no presente processo.

Fundamenta sua decisão aduzindo que o procedimento fiscal realizado está em sintonia com o que determina a legislação tributária estadual, cujos dispositivos foram corretamente citados no campo próprio do auto de infração.

No mérito, esclarece que podem ocorrer erros do contribuinte no momento de munir o transportador com a documentação pertinente à operação de circulação de mercadorias, entretanto devem-se juntar aos autos elementos capazes de confirmar o engano. Ademais, entende que o Termo de Declarações (fls. 254 a 261), em que tal pessoa confessa a realização de diversos crimes em desfavor do seu empregador, não se presta por si só como subsídio bastante para concluir-se pelo cometimento de mais esse desvio de comportamento de enviar dolosamente laudos equivocados, referentes à safra anterior, em prejuízo do produtor, com o fim de desviar a atenção deste da apuração dos crimes que o mesmo confessa à polícia. Por outro lado, a apresentação da declaração da Alcotton sobre a qualidade dos produtos não é suficiente para comprovar a classificação do algodão, na medida em que os laudos de classificação de algodão em pluma juntados pela defesa às fls. 273/318, e que se alega que se encontravam com o comprador dos fardos de algodão, como elementos de prova da correção do procedimento do sujeito passivo, também se referem à safra 2003/2004, pondo por terra os argumentos da defesa.

Posteriormente, foram anexados aos autos cópia do Parecer nº 05/2009 (fls. 452/453), cópia do Auto de Infração nº 3013509604054 (fls. 454/455), cópia do Despacho nº 001552/09 _ DRRVD (fl. 456), cópia da consulta por auto (fls. 457/458), cópia do AR (fl. 459) e cópia do Despacho nº 5907/09 - SAT (fl. 460).

Intimado (fl. 461), para apresentar Recurso Voluntário, o atuado recorre novamente à Segunda Instância (fls. 464/466), na qual pede a improcedência do

auto de infração, alegando que a fiscalização não procedeu à análise da mercadoria acobertada pela nota fiscal imputada como inidônea, para provar que havia divergência entre o produto transportado com o descrito na citada nota fiscal, não podendo a acusação fiscal se basear em um contrato que sequer se trata de documentação fiscal.

A Primeira Câmara deste Conselho, quando do julgamento do processo decidiu (fl.469), por maioria de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Esta decisão foi sustentada no Acórdão nº 2644/2011 (fls. 469 a 475).

Nos termos do referido acórdão não houve descumprimento de nenhuma obrigação, quer seja principal ou acessória, segundo se infere do disposto nos artigos 66, 67, inciso VI, parágrafo único e 68 da Lei nº 11.651/91. Portanto, como a nota fiscal tida como inidônea pela fiscalização acobertava 27.000 kg de algodão em pluma, fato confirmado pelo Termo de Apreensão de fl. 05, não há como considerá-la inidônea em razão de um contrato de corretagem de venda desta mercadoria.

Devidamente intimada (fl. 476), a Representação Fazendária interpõe Recurso ao Conselho Pleno nº 039/2013 – GERF/SR (fls. 451 a 452) e solicita a reforma do julgamento cameral, sob a justificativa de que as provas carreadas aos autos pelo fisco e também pelo sujeito passivo, confirmam o fato de que as mercadorias transportadas não correspondem às referidas no documento fiscal, uma vez que aquelas seriam da safra 2003/2004, enquanto que a nota fiscal discrimina algodão em pluma da safra 2004/2005, conforme Contrato nº 075-U/5. Alfim clama pela reversão do julgado cameral para se exigir o valor correto do lançamento, mediante o julgamento pela sua procedência.

Os sujeitos passivos foram intimados (fls. 482/484) do Recurso formulado pelo Representante Fazendário e apresentam contradita (fls. 487/489), quando a atuada reafirma que não houve descumprimento de nenhuma obrigação, quer seja principal ou acessória. Acrescenta que a fiscalização não procedeu à análise da mercadoria acobertada pela nota fiscal imputada como inidônea, para provar que havia divergência entre o produto transportado com o descrito na citada nota fiscal, não podendo a acusação fiscal se basear em um contrato que sequer se trata de documentação fiscal. Pede, ao final, a improcedência do presente auto de infração.

Acosta cópia dos Substabelecimentos (fls. 491/493).

É o Relatório.

DECISÃO

A respeito da exigência tributária em análise já expus o meu convencimento no acórdão que consubstancia a decisão cameral e não vislumbrei, desta feita, nenhum fato novo relevante capaz de provocar a modificação daquele

entendimento, em que pesem as diversas manifestações constantes dos autos nas oportunidades em que a matéria foi submetida à apreciação.

Conforme se observa pela análise dos autos, não houve descumprimento de nenhuma obrigação tributária, quer seja principal ou acessória, segundo se depreende da leitura das disposições contidas nos artigos 66, 67, VI, parágrafo único e 68 da Lei nº 11.651/91, que preconizam o seguinte:

"Art. 66. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, consideram-se em situação fiscal irregular as mercadorias ou serviços desacompanhados de documentos fiscais exigidos ou acompanhados de documentação fiscal inidônea.

Art. 67. Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que:

[...]

VI - discriminar mercadoria ou serviço que não corresponda ao objeto da operação ou da prestação;

[...].

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."

Pelo cotejo procedido entre a nota fiscal tida como inidônea pela fiscalização, na qual consta que acobertava 27.000 kg. de algodão em pluma e o Termo de Apreensão nº 1100080502-4 (fls. 05), não há como considerá-la inidônea em razão de um contrato de corretagem de venda desta mercadoria, considerando que o referido contrato tem valor jurídico apenas entre as partes envolvidas na transação comercial, não tendo o condão de tornar inidôneo um documento fiscal, mormente quando este corresponde "ipsis literis" à mercadoria objeto desta autuação, tanto em relação ao gênero quanto à quantidade transportada, estando o referido documento fiscal com sua validade intacta. Portanto, idôneo para qualquer feito tributário.

Por considerar que consta dos autos prova cristalina da regularidade da operação questionada pelo fisco, tendo em vista que a mercadoria estava sendo transportada devidamente acobertada de documentação fiscal, não vejo como confirmar o pleito fazendário.

Ao teor do exposto, conheço do Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 10 de outubro de 2013.

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

Matéria: INIDONEIDADE DOCUMENTAL - Transporte de mercadoria diversa da indicada no documento fiscal (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00395/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Documento fiscal inidôneo por discriminar mercadoria não diferente da transportada. Parcial procedência. Decisão não unânime.

1. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhados de documentos fiscais idôneos (Lei nº 11.651/91, art. 66);

2. Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que discriminar mercadoria ou serviço que não corresponda ao objeto da operação ou da prestação (Lei nº 11.651/91, art. 67, VI);

3. É procedente o lançamento relativo ao ICMS incidente sobre mercadorias em trânsito desacobertadas de documentos fiscais, devendo, no entanto, ser readequada a base de cálculo e o valor do crédito tributário, de conformidade com IVA previsto na legislação tributária vigente à época dos fatos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 28 de fevereiro de 2013, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor da base de cálculo de R\$ 72.100,00 (setenta e dois mil e cem reais), cujo ICMS a recolher é de R\$ 12.257,00 (doze mil, duzentos e cinquenta e sete reais). Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Ismael Madlum, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato e o Sr. Presidente, Conselheiro Heli José da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana e Álvaro Falanque, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso do contribuinte ao Conselho Pleno interposto pela empresa atuada pleiteando a reforma do acórdão cameral que considerou parcialmente procedente o lançamento exigindo o pagamento de ICMS incidente

sobre as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 19993, de fls. 11, considerada inidônea em razão de a mercadoria nela descrita não corresponder à transportada.

Foi autuada a empresa transportadora [...] TRANSPORTES DE CARGAS LTDA e indicadas como solidárias as empresas destinatárias e remetentes das mercadorias [...] CONFECÇÕES LTDA e INDÚSTRIA TÊXTIL [...] LTDA, nos termos do art. 45, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com o Termo de Apreensão nº 1100101273-7 (fls. 05), cópia da Nota Fiscal nº 19993 e respectivo conhecimento de transporte rodoviário de carga (fls. 08 a 12) e diversas fotografias das mercadorias transportadas (fls. 14 a 17).

Foi juntado o Termo Aditivo de fls. 22, informando sobre a base de cálculo utilizada.

A solidária INDÚSTRIA TÊXTIL [...] LTDA manifestou o seu inconformismo com o lançamento por meio da impugnação de fls. 31 a 43, detalhando o seu processo industrial e afirmando que realmente ocorreu erro na descrição dos produtos quando da emissão da Nota Fiscal nº 019993, tendo mencionado “retalhos-pontas” de tecidos quando o correto seria “tecidos diversos”.

Afirmou, no entanto, que o equívoco foi corrigido por meio da emissão da carta de correção.

Asseverou, ainda, que não concorda com a base de cálculo utilizada pela fiscalização, tendo em vista o valor das “sobras de tecidos” ou “tecidos diversos” é de R\$ 5,00 (cinco reais) o quilo.

Juntou os pedidos de fls. 62 e 63, a cópia da Nota Fiscal nº 199991, de fls. 64, a carta de correção de fls. 66 e várias fotografias de tecidos.

Pediu a improcedência do lançamento.

A autuada [...] TRANSPORTE DE CARGAS LTDA, compareceu ao processo por meio da impugnação de fls. 81 a 83, alegando a sua ilegitimidade passiva.

A solidária [...] CONFECÇÕES LTDA, não compareceu.

Por meio da Sentença nº 4.58/08, de fls. 89 a 92 o julgador singular rejeitou a preliminar de erro de identificação do sujeito passivo e considerou procedente o lançamento alegando que no momento da ação fiscal a carta de correção não estava anexada à nota fiscal, portanto, constatada a divergência entre as mercadorias transportadas e as descritas na nota fiscal, o fisco agiu de forma correta ao considerar a nota fiscal inidônea.

Inconformada a empresa [...] TRANSPORTE DE CARGAS LTDA, interpôs o recurso voluntário de fls. 97 a 99, insistindo no erro de identificação do sujeito passivo.

A solidária INDÚSTRIA TÊXTIL [...] LTDA, interpôs o recurso voluntário de fls. 100 a 114, reafirmando que realmente ocorreu erro na descrição das mercadorias quando da emissão da nota fiscal, porém, tal fato foi corrigido por meio de emissão de carta de correção prevista na legislação tributária do Estado de Goiás, portanto, a nota fiscal não poderia ter sido considerada inidônea para acobertar a operação. Reafirma que o valor utilizado pelos fiscais não corresponde à realidade, pois o preço do quilo de sobras de tecidos é R\$ 5,00 (cinco reais) e não de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais), conforme utilizado no lançamento.

Em julgamento realizado no dia 20 de julho de 2009 a Terceira Câmara julgadora, por unanimidade de votos, excluiu a transportadora [...] TRANSPORTE DE CARGAS LTDA, da lide, rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração e, por maioria de votos, considerou parcialmente procedente o lançamento sobre a base de cálculo de R\$ 82.400,00 (oitenta e dois mil e quatrocentos reais) e ICMS no valor de R\$ 14.008,00 (quatorze mil e oito reais).

Inconformadas as autuadas remanescentes interpuseram o recurso ao Conselho Pleno, objeto do presente julgamento, pedindo a reforma do acórdão cameral para declarar improcedente o lançamento ou, quando nada, a aplicação do IVA de 40% (quarenta por cento) sobre o valor das mercadorias para efeito de cálculo do ICMS.

Afirma que a multa é confiscatória e que a Lei estadual é inconstitucional.

É o relatório. Passo a decidir.

DECISÃO

O voto condutor do Acórdão recorrido o relator afirma o seguinte em relação ao mérito:

"Quanto ao mérito, observo que o presente lançamento é relativo ao transporte de mercadorias diferentes das discriminadas no documento fiscal que as acompanha, portanto, a questão deve ser resolvida à luz da Lei nº 11.651/91, que estabelece o seguinte:

"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;

II - não contenha as indicações necessárias à perfeita identificação da operação ou da prestação, que enseje a falta do pagamento do imposto devido na mesma;

III - embora atendendo aos requisitos formais, tenha sido emitido por contribuinte em situação cadastral irregular ou por quem não esteja autorizado a fazê-lo;

IV - já tenha surtido os respectivos efeitos fiscais ou tenha sido adulterado, viciado ou falsificado;

V - esteja desacompanhado de documento de controle exigido na forma do regulamento;

VI - discriminar mercadoria ou serviço que não corresponda ao objeto da operação ou da prestação;

VII - resulte na consignação de valor, quantidade, qualidade, espécie, origem ou destino diferentes nas suas vias;

VIII - embora atendendo a todos os requisitos, esteja acobertando mercadoria encontrada na posse de pessoa diversa daquela nele indicada como sua destinatária.”

Não resta nenhuma dúvida no sentido de que a Nota Fiscal nº 19993, de fls. 11, discriminava mercadorias diferente das transportadas. A própria empresa emitente da nota fiscal admite tal fato.

A carta de correção de fls. 66, juntada aos autos com o objetivo de afastar a inidoneidade da nota fiscal é um documento emitido pela empresa emitente do documento fiscal sem nenhuma participação do fisco, portanto, não há nenhuma segurança no sentido de que a data nele aposta correspondente realmente à data da sua emissão.

O Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga – CTRC, de fls. 8, indica que as mercadorias foram coletadas pela transportadora no estabelecimento do remetente no dia 11/10/07. Assim, caso a carta de correção tivesse sido emitida realmente na data nela indicada, ou seja, 11/10/07, não havia nenhum motivo para a mesma não ter sido anexada ao documento fiscal para acompanhar o transporte das mercadorias.

Com essas considerações, entendo que o lançamento está correto, tendo em vista que nos termos do inciso VI, do art. 67, da Lei nº 11.651/91, acima transcrito, porque discriminava mercadorias diferentes das transportadas.

Faço ressalvas, no entanto, em relação à base de cálculo utilizada pelos fiscais autuantes.

Nesse sentido, chamo a atenção para o Decreto nº 4.52/97, que em relação ao arbitramento da base de cálculo, estabelece:

“Art. 17. A base de cálculo do imposto deve ser arbitrada pela autoridade fiscal, podendo o sujeito passivo contraditá-la no correspondente processo administrativo tributário, sempre que, alternativa ou cumulativamente (Lei nº 11.651/91, art. 25):

I - o valor ou preço da mercadoria, bem, serviço ou direito:

a) seja omissis

[...]

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

[...]

X - ao preço corrente da mercadoria ou de sua similar, ou da prestação, em situação fiscal irregular, no local de domicílio do contribuinte fiscalizado ou no da verificação fiscal, podendo se utilizar da pauta de valores elaborada pela Secretaria da Fazenda;

§ 2º Considera-se omissis o valor ou preço da mercadoria, bem ou serviço que estiver em situação fiscal irregular.

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.”

Ora, sendo omissis o valor da base de cálculo e na ausência de pauta de valores elaborada pela Secretaria da Fazenda mediante pesquisa periódica de preços, a atitude correta dos fiscais atuantes seria promover a pesquisa de preços, porém, devidamente documentada, e não por meio de simples contatos telefônicos sem ao menos indicar o nome das empresas pesquisadas.

A solidária INDÚSTRIA TÊXTIL [...] LTDA, emitente do documento fiscal considerado inidôneo, por seu turno, trouxe ao processo elementos concretos sobre o preço corrente das mercadorias por ela praticado, quais sejam, os pedidos de fls. 62 e 63, bem como a Nota Fiscal nº 19991, de fls. 64, indicando que o valor unitário do quilo de tecidos diversos ou sobras de tecidos era de R\$ 5,00 (cinco reais).

Assim, entendo que deve ser considerado, para efeito de base de cálculo, o valor unitário de R\$ 5,00 (cinco reais) para o quilo de tecidos diversos ou sobras de tecidos, acrescido do Índice de Valor Agregado – IVA de 60% (sessenta por cento), previsto no inciso IX, do Apêndice I, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, totalizando R\$ 8,00 (oito reais) o quilo.

Com essas considerações, a base de cálculo passa a ser a seguinte:

$$10.300 \times R\$ 8,00 = R\$ 82.400,00 \times 17\% = R\$ 14.008,00.$$

Finalizando, cumpre ressaltar que o princípio do não confisco é de natureza constitucional, assim, dar guarida a alegação da empresa atuada no

sentido de que a multa é confiscatória, implica em declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 11.651/91, situação vedada pela Lei nº 16.469/09 que assevera que no âmbito do Processo Administrativo Tributário não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária."

O recurso ao Conselho Pleno objeto do presente julgamento, nada acrescentou que pudesse modificar a situação em relação ao julgamento, exceto a questão relativa ao Índice de Valor Agregado (IVA) que a legislação em vigor à época dos fatos, vale dizer, o inciso IX, do Apêndice I, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, indicava um IVA de 40% (quarenta por cento) e não de 60% (sessenta por cento), conforme considerado pela câmara julgadora.

Com essas considerações, entendo que o acórdão recorrido deve ser parcialmente reformado para reduzir a base de cálculo para R\$ 72.100,00 (setenta e dois mil e cem reais) e o ICMS para R\$ 12.257,00 (doze mil, duzentos e cinquenta e sete reais).

À conta do exposto, conheço do recurso do contribuinte ao Conselho Pleno, dou-lhe parcial provimento para reformar em parte o acórdão recorrido e considerar parcialmente procedente o lançamento sobre a base de cálculo para R\$ 72.100,00 (setenta e dois mil e cem reais) e o ICMS para R\$ 12.257,00 (doze mil, duzentos e cinquenta e sete reais).

Sala das sessões plenárias, em 14 de março de 2013.

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

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOCUMENTO FISCAL IRREGULAR - Emissão de documento fiscal sem o destaque do ICMS - Substituição Tributária (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02476/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Rodolfo Ramos Caiado

EMENTA: *Processual. Preliminar de nulidade da peça básica. Insegurança na determinação da infração. Rejeição. Preliminar de nulidade da peça básica. Cerceamento do direito de defesa. Rejeição. Preliminar de mérito. Decadência do crédito tributário, referente ao período de janeiro e fevereiro de 2004. Rejeição. Mérito. ICMS. Obrigação principal. Saída de mercadoria sem destaque do ICMS-ST no respectivo documento fiscal. Procedência parcial do auto de infração. Manutenção da decisão cameral.*

I - Rejeita-se a arguição de insegurança na determinação da infração, estando a irregularidade fiscal claramente relatada e o auto de infração devidamente instruído, observando que eventuais falhas materiais no lançamento, sanáveis, não acarretam a sua nulidade;

II - Não se acolhe a arguição de cerceamento do direito de defesa, não existindo no processo nenhum óbice ao pelo exercício do direito de defesa, tendo sido esse exercício ao sujeito passivo;

III - A análise da decadência e da extinção do crédito tributário por essa causa deve ser feita à luz dos arts. 156, V e 173, I do CTN e não com fulcro no art. 150, § 4º, já que não há nesse último artigo disposição sobre decadência, disposição essa que, se existente, se constituiria em exceção atipicamente muito oculta, ao invés de expressa, e situada em capítulo relativo a matéria diversa;

IV - À vista do real teor do § 4º do art. 150 do CTN - lançamento por homologação tácita e conseqüente extinção do crédito - inócurrem as hipóteses ali previstas quando o ICMS exigido sequer foi destacado nas notas fiscais e, portanto, não declarado e pago por antecipação, mesmo que em parte, para que tal comportamento pudesse ser homologado.

V - Rejeita-se a arguição de decadência do crédito tributário, referente ao período de janeiro e fevereiro de 2004, tendo o lançamento sido efetuado no ano de 2009, dentro do prazo previsto no art. 173, I, do CTN;

VI - Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no Convênio ICMS nº 74/94, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário;

VII - Na operação com mercadoria sujeita à retenção na fonte, o substituto tributário deve emitir nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, preenchida com, além das exigências da legislação específica, indicações contendo a base de cálculo para efeito de retenção, o valor do ICMS retido, sendo que a inobservância do disposto neste implica exigência do imposto nos termos da legislação tributária (RCTE, Anexo VIII, art. 55, incs. I a III, §1º).

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 29 de outubro de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa. Foram vencedores os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Lidilone Polizeli Bento, David Fernandes de Carvalho, Elias Alves dos Santos, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Célia Reis Di Rezende, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Rodolfo Ramos Caiado, Delcídes de Souza Fonseca, Álvaro Falanque, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Aguinaldo Fernandes de Melo, José Luiz Rosa e Edson Abrão da Silva. Também, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência parcial, arguida pelo sujeito passivo, referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2004. Foram vencedores os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Lidilone Polizeli Bento, David Fernandes de Carvalho, Elias Alves dos Santos, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Célia Reis Di Rezende, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Rodolfo Ramos Caiado, Delcídes de Souza Fonseca, Álvaro Falanque, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Aguinaldo Fernandes de Melo, José Luiz Rosa e Edson Abrão da Silva. 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 parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 1.191.047,52 (um milhão, cento e noventa e um mil e quarenta e sete reais e cinqüenta e dois centavos), considerando o pagamento de fls. 2207/2208 para fins de extinção do crédito tributário. Foram vencedores os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Lidilone Polizeli Bento, David Fernandes de Carvalho, Elias Alves dos Santos, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Célia Reis Di Rezende, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Rodolfo Ramos Caiado, Delcídes de Souza Fonseca, Álvaro Falanque, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Aguinaldo

Fernandes de Melo, José Luiz Rosa e Edson Abrão da Silva, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

Em 19 de fevereiro de 2009, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 1.193.303,62 (um milhão, cento e noventa e três mil, trezentos e três reais e sessenta e dois centavos), multa e acréscimos legais, da autuada, na condição de substituto tributário, em razão de esta ter, no período de 01/01/2004 a 31/08/2008, realizado saída de mercadorias com destino ao Estado de Goiás, sem destacar o ICMS-ST nos respectivos documentos fiscais.

Citados como infringidos os arts. 51 e 64, da Lei nº 11.651/91, c/c os arts. 34 e 55, do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97 e Convênio ICMS nº 74/94. Proposta a penalidade prevista no art. 71, III, “a”, da Lei nº 11.651/91.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, CD contendo levantamentos de remessas sem pagamento de ICMS-ST no período de 01/03 a 08/08 (fl. 9), Demonstrativo do ICMS-ST a Pagar (fl. 10), Levantamento das Remessas dos Produtos Relacionados no Convênio 74/94 sem o Destaque e o Pagamento do ICMS-ST para o Estado de Goiás (fls. 11 a 20), Notificações Fiscais (fls. 21 a 30), cópias de notas fiscais (fls. 32 a 220) e Recibo de Entrega de Relatórios Digitais (fl. 222).

Intimada em 04/03/2009 (fl. 224), a autuada apresenta impugnação (fls. 226 a 264), pedindo em preliminar que seja reconhecida a decadência do direito do Fisco lançar os créditos relativos ao período de janeiro a fevereiro de 2004, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

No mérito, pede a improcedência do lançamento, pois se pretende cobrar o ICMS-ST relativo a produtos que não se incluem no rol daqueles sujeitos ao regime de substituição tributária, visto que a classificação fiscal dos mesmos não se encontra prevista no anexo do Convênio nº 74/94, conforme reconhecido pela Receita Federal e por decisão judicial.

Diz que a inclusão de tais produtos no rol daqueles sujeitos ao regime de ICMS-ST só ocorreu com o advento do Convênio nº 104/08, com vigência a partir de 2009 – após, portanto, ao período objeto do lançamento.

Alega que o ICMS ora cobrado já foi recolhido aos cofres públicos do Estado pelos contribuintes integrantes da cadeia de circulação dos produtos (pelo impugnante e contribuintes que deram as saídas subsequentes).

Considera incorreta a multa aplicada, por afrontar os princípios do não confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Junta Consulta à Receita Federal sobre Interpretação da Legislação do IPI, Relativa à Classificação Fiscal de Produtos (fls. 277 a 293), Relatório Técnico

nº 70 263 (fls. 294 a 301), Parecer Técnico (fls. 302 a 316) e sentença judicial proferida em Ação Ordinária Declaratória (fls. 317 a 320).

Vindo o processo, a julgamento em Primeira Instância, o julgador, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões da defesa, decide pela procedência do lançamento, consoante a sentença de fls. 322 a 332.

Intimada (fl. 333), a atuada apresenta recurso voluntário (fls. 336 a 387), repetido os pedidos e razões formuladas na impugnação, expostas anteriormente.

Posteriormente, junta memorial (fls. 410 a 417).

Vindo o processo a julgamento cameral, a Quarta Câmara, por meio da Resolução nº 67/2010 (fl. 419), remete os autos ao SEPRO - Setor de Preparo Processual, para que intime o sujeito passivo a apensar no presente processo, no prazo máximo de 20 dias, RESPOSTA à consulta formulada pela empresa [...] S.A., unidade Gravataí - RS, ao Superintendente Regional da Receita Federal de Porto Alegre, em 16/06/2003, com número de identificação 13003.000201/2003-80, que versa sobre a interpretação da legislação do IPI, relativa à classificação fiscal dos produtos, Seladora - NL 9245 00, Fundo Branco Nitro NL 9323 02 e Massa NL 764 02.

Intimada (fl. 420), a atuada junta o objeto (resposta) solicitado na Resolução nº 67/2010, conforme fls. 432 a 439, acompanhado de manifestação (fls. 424 a 427).

Posteriormente, a atuada solicita adiamento do julgamento do processo (fls. 444 a 445, 449 a 451, 458 a 461 e 465 a 473) e memorial (fls. 478 a 493), acompanhado de documentos (fls. 494 a 1523).

Retornado o processo a julgamento, a Primeira Câmara exara a Resolução nº 232/2011 (fls. 1524 a 1525), nos seguintes termos:

“CONSIDERANDO que o sujeito passivo, às fls 478 a 1523, via memorial, aponta duplicidades, falta de indicação do número de nota fiscal, produto e nota fiscal não constante de arquivo magnéticos (Anexos III a VII) além de apontar equívoco no entendimento do atuante referente à Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM) e apontar a existência de bonificações dentre as operações atuadas;

CONSIDERANDO ainda que o sujeito passivo, embora aponte para a elaboração de 12 (doze) anexos, não apresentou sumário ou separadores físicos que permitam a pronta identificação de qual documentação compõe cada anexo mencionado, por unanimidade de votos,

RESOLVE

converter o julgamento em diligência para a realização do seguinte:

1 - remessa dos autos ao Setor de Preparo Processual (SEPRE), a fim de que este intime o sujeito passivo a apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias, sumário identificando as folhas dos autos referentes a cada um dos anexos mencionados no

texto de seu memorial, sob pena de não realização da revisão descrita no item subsequente;

2 - cumprido o determinado no item anterior, remessa dos autos à Gerencia de Substituição Tributária, para que seu titular, por gentileza, designe auditor fiscal estranho à lide, para que proceda:

a) revisão do trabalho original, analisando, à vista dos documentos juntados pelo sujeito passivo, os pontos do lançamento de ofício questionados em cada tópicos do memorial à fls. 478 a 1523, manifestando-se conclusivamente sobre cada ponto questionado;

b) resultando revisão em que redução o valor da exigência inicial, elaborar demonstrativos, nos mesmos moldes dos acostados à fls. 03 a 09, apurando-se o novo valor encontrado;

c) remeter os autos ao Setor de Preparo Processual (SEPRE), deste Conselho, a fim de este intime o sujeito passivo a manifestar, no prazo de 15 (quinze) dias sobre o resultado da revisão procedida.”

Cumpriu-se integralmente a solicitações formuladas na Resolução nº 232/2011, conforme fls. 1526 a 1736, o sujeito passivo apresentou a documentação solicitada (fls. 1530 a 1560 e 1589 a 1605), revisaram-se os autos, conforme relatório, demonstrativo e CD (fls. 1574 a 1587), tendo a autuada sido intimada (fl. 1607), apresentado manifestação acerca do resultado da diligência, conforme fls. 1610 a 1637.

No relatório (fls. 1574 a 1585), o diligenciador informa ter verificado as duplicidades de itens, sendo as mesmas decorrentes de inconsistências de dados nos arquivos SINTEGRA, à época dos levantamentos, tendo elas sido retiradas das planilhas.

Informa que alguns produtos citados pela recorrente não constam da planilha da auditoria, tendo os demais sido retirados desta porque não fazem parte da relação de produtos sujeitos à substituição tributária.

Diz ainda que não consta na planilha nenhuma nota fiscal com o CFOP 6910 (remessa em bonificação, doação ou brinde), sendo equivocada a alegação da autuada de que foi cobrado imposto relativo a substituição tributária nessas operações.

Deduzidas as duplicidades e retirados os produtos que não fazem parte da relação de produtos sujeitos à substituição tributária, remanesce exigível o ICMS no valor de R\$ 1.191.047,52 (um milhão, cento e noventa e um mil, quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), conclui o revisor (fl. 1585).

Na manifestação (fls. 1610 a 1637), a autuada insiste na arguição de decadência dos créditos relativos aos meses de janeiro e fevereiro de 2004.

Formula ainda arguição de nulidade da peça básica, relacionando as hipóteses cerceamento do direito de defesa e de insegurança na determinação da infração (implícita).

Posteriormente, a autuada apresenta memoriais (fls. 1740 a 1749, 1755 a 1763, 1767 a 1785 e 1792 a 1810).

Vindo o processo a julgamento em Segunda Instância, a Terceira Câmara deste Conselho, em decisão não unânime, materializada no Acórdão nº 2608/2012 (fls. 1815 a 1822), rejeita 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. Em decisão não unânime, rejeita a decadência do crédito tributário referente ao período de janeiro e fevereiro de 2004. Quanto ao mérito, em decisão não unânime, reforma em parte a sentença singular e considera parcialmente procedente o auto de infração no valor de ICMS a recolher de R\$ 1.191.047,52 (um milhão, cento e noventa e um mil, quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos).

A Representação Fazendária, por meio de despacho (fls. 1823), concorda com a decisão cameral.

Intimada (fls. 1824), a autuada primeiramente apresenta requerimento de desistência parcial de defesa (fls. 1829 a 1831), por confissão irretroatável de parte do crédito tributário, em razão de adesão ao Programa de Recuperação de Créditos da Fazenda Pública Estadual (RECUPERAR II).

Posteriormente, dentro do prazo legal, a autuada apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 1852 a 1923), após relatar os fatos, transcrevendo dispositivos legais, inclusive reproduzindo resoluções, manifestações sobre diligências e o mérito da decisão cameral, trata da tempestividade do recurso, da inclusão parcial do crédito tributário objeto desta autuação na anistia prevista no Programa RECUPERAR II, do equívoco parcial do CAT no recebimento da petição de desistência parcial protocolada pela ora recorrente, da delimitação do objeto do presente recurso, do cabimento deste para o Conselho Pleno e da alteração substancial do lançamento e da decadência parcial.

Prossequindo, formula em preliminar arguição de decadência do crédito tributário, referente ao período de janeiro e fevereiro de 2004, reproduzindo jurisprudência (fls. 1891 a 1902), arguição de nulidade da peça relacionando as hipóteses de insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa (fls. 1902 a 1907), falando de ausência de juntada pela autoridade lançadora dos documentos que demonstram quais formas as operações objeto da autuação, de CD anexado aos autos, de ausência de menção aos código NCM nos documentos acostados aos autos, de duplicidades, de autuações em duplicidades ou erro material, de autuação sem a indicação do número da nota fiscal, de autuação cujo item (produto) indicado pela fiscalização não corresponde a qualquer operação efetuada pela recorrente e constante do arquivo magnético enviado à Secretaria e de autuação cujo número do item indicado pelo fiscal não existe no arquivo magnético.

No mérito, pede a improcedência do lançamento na parte não recolhida em decorrência do programa RECUPERAR II, falando das e normas que embasam a autuação em tela – código NBM e NCM, da correlação das nomenclaturas NBM e NCM, da metodologia do levantamento efetuado pela ora recorrente, dos grupos de produtos, da planilha comparativa de classificação fiscal elaborada pela recorrente e da penalidade, que considera de caráter confiscatório.

Protesta pela junta posterior de outros documentos eventualmente necessários à comprovação do alegado, protesta também por sustentação oral.

Requer que as intimações sejam feitas em nome da recorrente no endereço constante da presente (fls. 1852).

Posteriormente, a atuada apresenta memoriais (fls. 1926 a 1945, 1958 a 1975, 2039 a 2050, 2080 a 2092 e 2144 a 2156), para destacar pontos articulados no recurso, acompanhados de planilhas, levantamentos e documentos.

Junta também Planilha de Baixa e Imputação de Processos (fls. 2207 a 2208), informando o pagamento de parte do crédito tributário.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pela atuada, manifesto-me pela sua rejeição, por estar a irregularidade fiscal claramente relatada e o auto de infração devidamente instruído, observando que eventuais falhas materiais no lançamento, sanáveis, não acarretam a sua nulidade.

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, por cerceamento do direito de defesa, arguida pela atuada, manifesto-me pela sua rejeição, por não existir no processo nenhum óbice ao pelo exercício do direito de defesa, tendo sido esse direito assegurado ao sujeito passivo.

Foi o contribuinte regularmente intimado do auto de infração, de resoluções, de revisão, de diligência e de decisões proferidas nestes autos.

A divergência de dados, no CD, segundo a diligência, decorre de inconsistências de dados fornecidos pelo próprio contribuinte.

Analisando a preliminar de decadência do crédito tributário, referente ao período de janeiro e fevereiro de 2004, manifesto-me pela sua rejeição, pelo que exponho:

A recorrente, ao formular essa arguição, fundamentou-se nas disposições do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

O dito § 4º do art. 150 se posiciona, dentro estrutura do CTN, em capítulo que cuida das várias modalidades de lançamento, sendo que a materialização da hipótese nele prevista implica ocorrência de lançamento por homologação tácita e, havendo lançamento, não há como se falar em decadência do direito de lançar do Fisco, uma vez que esse direito já teria sido exercido, ainda que por comportamento fiscal omissivo.

Há, ainda, no § 4º do art. 150 do CTN, a previsão de extinção do crédito como resultado do lançamento por homologação tácita, a qual é confirmada, a rigor, por repetição, no art. 156, VII, do mesmo código.

Assim, a análise da decadência e da extinção do crédito tributário por essa causa deve ser feita à luz dos arts. 156, V e 173, I do CTN e não com fulcro no art. 150, § 4º, pois não há nesse último artigo disposição sobre decadência, disposição essa, se existente, se constituiria em exceção atipicamente muito oculta, ao invés de expressa, e situada em capítulo relativo a matéria diversa.

Analisando o presente caso vista do real teor do § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, lançamento por homologação tácita e conseqüente extinção do crédito, vê-se que tais hipóteses incorrem, pois o ICMS exigido sequer foi destacado nas notas fiscais não sendo, portanto, objeto de declaração e de pagamento antecipado, mesmo que em parte, para que se pudesse falar em homologação desses comportamentos do sujeito passivo.

Não ocorrida a homologação tácita e examinando o auto de infração sob o ângulo do instituto da decadência, positivado no art. 173 do CTN, nota-se que o Fisco exerceu o seu direito potestativo de lançar no prazo legalmente previsto, como exponho a seguir.

O auto de infração foi lavrado em 19 de fevereiro de 2009, tendo o sujeito passivo tomado ciência da exigência fiscal em quatro 04 de março de 2009 (fl. 224), sendo que o prazo para Fisco constituir o crédito tributário, referente ao período de janeiro e fevereiro de 2004, esgotaria em janeiro e fevereiro de 2010, à luz do art. 173, I, do CTN, incorrida, portanto, a alegada decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Prosseguindo, a recorrente ainda entendeu que os valores apurados em revisão fiscal representam um novo lançamento; trata-se de entendimento equivocado, pois a revisão apurou um valor de tributo inferior ao lançamento na inicial; comportaria lançamento complementar, caso a revisão tivesse apurado um valor de imposto maior que o exigido na peça básica, para se evitar um julgamento *extra petita*.

Também não trata o presente lançamento de uma reatuação, caso fosse a contagem para o prazo da decadência ocorreria a partir da data em que se tornar

definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

QUESTÃO MERITÓRIA

Dirigindo-me ao mérito, inicialmente, por pertinência reproduzo a Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 74/94:

“Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no anexo deste Convênio fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas, ou na entrada para uso ou consumo do destinatário.”

Reproduzo também o art. 55, do Anexo VIII, do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE):

“Art. 55. Na operação com mercadoria sujeita à retenção na fonte, o substituto tributário deve emitir nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, preenchida com, além das exigências da legislação específica, indicações contendo (Convênio ICMS 81/93, cláusula décima segunda):

I - a base de cálculo para efeito de retenção;

II - o valor do ICMS retido;

III - o número da inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado de Goiás, quando se tratar de substituto tributário estabelecido em outra unidade da Federação.

§ 1º A inobservância do disposto neste implica exigência do imposto nos termos da legislação tributária.”

No caso em apreciação, o contribuinte paulista realizou, no período de 01/01/2004 a 31/08/2008, operações com mercadorias sujeitas à retenção na fonte destinadas a contribuintes goianos, sem destacar o ICMS-ST nos respectivos documentos fiscais, sendo-lhe imputada a exigência do ICMS omitido no valor de R\$ 1.193.303,62 (um milhão, cento e noventa e três mil, trezentos e três reais e sessenta e dois centavos).

Na Segunda Instância, a Primeira Câmara exarou a Resolução nº 232/2011 (fls. 1524 a 1525), convertendo o julgamento em diligência, para uma série de procedimentos, inclusive de revisão fiscal, expostos no relatório deste acórdão.

Cumpriu-se integralmente as solicitações formuladas na Resolução nº 232/2011, tendo a revisão determinada por essa resolução apurado o ICMS a recolher no valor de R\$ 1.191.047,52 (um milhão, cento e noventa e um mil e

quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), conforme Demonstrativo do ICMS-ST a Pagar (fl. 1586) e conclusão do relatório (fl. 1585).

O julgamento realizado pela Terceira Câmara deste Conselho, materializado no Acórdão nº 2608/2012 (fls. 1815 a 1822), acatou o resultado da revisão fiscal, reformando em parte a sentença singular e considerando parcialmente procedente o auto de infração no valor de ICMS a recolher de R\$ 1.191.047,52 (um milhão, cento e noventa e um mil, quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos).

Inconformada, a autuada apresenta recurso ao Conselho Pleno, e memoriais para destacar pontos articulados no recurso, acompanhados de planilhas, levantamentos e documentos.

A despeito do longo arrazoado (211 artigos), bem como dos memoriais acompanhados de planilhas, levantamentos e documentos, não vejo neles nenhum elemento capaz de ensejar minimamente qualquer alteração no julgamento cameral recorrido.

Quanto ao questionamento da nomenclatura das mercadorias (NBM e NCM), destaco que utilizou-se nestes autos a nomenclatura prevista na legislação vigente à época dos fatos.

Ressalto que o Acórdão nº 2608/2012, recorrido, não merece nenhum reparo, tendo em vista que a revisão, além de cumprir as solicitações feitas na resolução, verificou as duplicidades de itens, decorrentes de inconsistências de dados nos arquivos SINTEGRA, à época dos levantamentos, tendo retirado as mesmas das planilhas.

Apurou a diligência que alguns produtos citados pela recorrente não constam da planilha da auditoria, tendo os demais sido retirados da planilha, porque não fazem parte da relação de produtos sujeitos à substituição tributária.

A diligência também constatou também que não consta na planilha nenhuma nota fiscal com o CFOP 6910 (remessa em bonificação, doação ou brinde), sendo equivocada a alegação da autuada de que foi cobrado imposto relativo a substituição tributária nessas operações.

Finalizando, o pagamento de fls. 2207 a 2208 deve ser considerado para fins de extinção do crédito tributário.

Ante o exposto, rejeito as preliminares de nulidade da peça básica, arguidas pela autuada, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa. Rejeito a preliminar de decadência parcial, arguida pelo sujeito passivo, referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2004. Quanto ao mérito, conheço do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 1.191.047,52 (um milhão, cento e noventa e um mil e quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos),

considerando o pagamento de fls. 2207 a 2208 para fins de extinção do crédito tributário.

VOTO VENCIDO

Primeiro é preciso dizer que o papel do sujeito passivo nesse processo foi fundamental no desenrolar do processo, na medida em que foi esclarecendo o teor da matéria ora discutida.

Eu digo isso porque o Fisco autuou sem ter conhecimento absoluto sobre a matéria, demonstrou desconhecimento sobre as normas de NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul), bem como o Convênio ICMS 74/94.

Tive o cuidado de analisar os auto com a devida cautela, e conforme destacado pelo sujeito passivo, a planilha inicialmente apresentada pela fiscalização não havia todas as operações objeto da autuação bem como se restringiu aos meses de janeiro a dezembro de cada um dos anos autuados, ainda que, seja objeto de alegação da Fazenda de que poderia adotar a questão por amostragem.

A meu ver entendo que a elaboração do auto de infração não pode haver pontos obscuros que prejudiquem, a defesa e o entendimento por parte do sujeito passivo. O que poderia levar até mesmo ao cerceamento do direito de defesa.

Mas, pela abrangência do estudo e com o intuito de esclarecer melhor a autuação, o sujeito passivo conduziu por uma linha de defesa, para entender ou adivinhar o que o fiscal tentou ali na elaboração do auto e claro conseguiu apontar as supostas irregularidades.

O sujeito passivo acabou sendo o revisor/auxiliar, do auto lavrado, uma vez que solicitou adiamento do julgamento cameral por mais de uma vez para apresentar informações pertinentes (informações essas da correta classificação de IPI) bem como à correta natureza e finalidade de alguns dos produtos que foram objeto de autuação, que impacta diretamente na defesa do contribuinte, visto que, a depender da classificação fiscal adotada para fins de IPI, ter-se-á, ou não a incidência do ICMS-ST.

E somente após as solicitações de adiamento, que o sujeito passivo foi surpreendido, de que havia nos autos um CD no qual estava gravada a totalidade das operações que são objeto da autuação, aí sim, agora já com a relação completa dos meses de fevereiro e novembro de cada ano, que na planilha apresentada anteriormente não estavam eles presentes.

Ficando a cargo do sujeito passivo o trabalho de identificação da planilha juntada ao auto, o código NCM (que significa Norma Comum do Mercosul) onde deveria constar o código utilizado em cada operação, ainda que se repita, tendo em vista que dependendo da classificação fiscal adotada para fins de IPI, ter-se-á, ou não, a incidência do ICMS-ST, que é o objeto de controvérsia entre o fisco e a

recorrente. Além da falta de discriminação de todas as operações, identificamos a ausência dos números das notas fiscais na planilha apresentada pela fiscalização.

Ou seja, estamos diante de um ato administrativo com ausência de elementos obrigatórios, essenciais à sua constituição, qual seja, o motivo pelo qual o mesmo está sendo praticado.

E o sujeito passivo demonstrou exatamente que a primeira planilha juntada pela fiscalização não mencionava os códigos NCM utilizados em cada operação.

O Fiscal apresenta então um novo CD nos autos, ou seja, uma segunda planilha, agora com a inclusão do código NCM.

Para que fique bem claro para os senhores, não houve novo lançamento, houve uma nova apresentação de uma segunda planilha, com alteração das classificações fiscais NCMs diferente do que foi apresentado pelo sujeito passivo, e, sem provas ou documentos que justificasse o ato.

Tenho para mim, que a partir desse momento deveria a Fazenda, pelo seu agente fiscalizador, realizar um novo lançamento, o que não fez. E não o fez pelo simples fato de que a decadência abrangeria todo o período autuado.

Diante da segunda planilha apresentada, informa o Fisco alguns NCMs em sua planilha que não são os mesmos que ele sustentou serem os corretos em sua última manifestação, recaindo em diversas contradições com o próprio lançamento por ele efetuado.

Por isso que em linhas atrás, na minha humilde opinião, eu disse que o Fiscal deveria ter realizado um novo lançamento, pois, mantendo o auto inicial, ficou insustentável com a segunda planilha, o que por si demonstra incerteza sobre a lavratura do auto.

Até por que, e é importante que se diga, que a Recorrente em sua petição protocolada no dia 12.06.12, argumenta que: “ao ter incluído a coluna do NCM em sua nova planilha, o Fisco alterou os dados do lançamento anteriormente efetuado em diversas situações, sem provas, alterando as classificações fiscais”.

Neste ponto, tenho para mim que é fundamental que se preservem a estabilidade das relações jurídicas, **a certeza e a segurança.**

Essa minha afirmação pontua-se exatamente no que foi exposto pelo nobre advogado e pelos memoriais apresentados os quais deixam claro que o fiscal se perdeu ao tentar autuar mas sem conhecimentos que sustentasse seu ato.

Da planilha anexada nos memoriais apresentados pelo sujeito passivo, pode-se perceber que existem inúmeros vícios e cito alguns: (importante informar aos senhores conselheiros, que o sujeito passivo tem como objeto social, a venda de produtos como tinta, verniz, todos nesse segmento) e o fiscal classificou os

produtos do sujeito passivo assim: POLISTEM TRANSPARENTE – o fiscal classificou este produto que Está descrito na tabela TIPI como INSETICIDAS, FUNGICIDAS, HERBICIDAS.

Em outros o fiscal apenas alega que existem no Decreto e no Convênio diversos códigos que poderiam ser utilizados, sem especificar qual seria o código correto, ou que não fazem parte do Convênio ICMS 74/94.

Desta forma e diante de todas essas modificações e vícios já descritos por mim e pelo representante do sujeito passivo, é que entendo que essas modificações realizadas pelo Fisco, nem de longe respeitam o artigo 146 do CTN.

O qual peço vênia para a leitura do referido artigo.

“Art. 146 – A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

Tomo a liberdade para citar alguns doutrinadores dentre eles Aliomar Baleeiro, em obra atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, 12ª edição, editora forense de 2013, que diz:

O artigo 146, reforça o princípio da imodificabilidade do lançamento, regularmente notificado ao sujeito passivo. Trata-se de dispositivo relacionado com a previsibilidade e a segurança jurídica, simples aplicação do princípio da irretroatividade do Direito aos atos e decisões da Administração Pública.

Também Souto Maior Borges:

“Antecipando-se à vigência do CTN, Rubens Gomes de Sousa ensinou que, se o Fisco, mesmo sem erro, tiver adotado uma conceituação jurídica e depois pretender substituí-la por outra, não mais poderá fazê-lo. E não o poderá porque, se fosse admissível que o Fisco pudesse variar de critério em seu favor, para cobrar diferença de tributo, ou seja, se à Fazenda Pública fosse lícito variar de critério jurídico na valorização do fato gerador por simples oportunidade, estar-se-á convertendo à atividade do lançamento em discriminatória, e não vinculada.”

Apenas para ilustrarmos aqui, os tribunais superiores também vêm aplicando dessa forma o artigo 146, pela Súmula nº 227 do antigo tribunal federal de recursos:

“A mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento.”

Desse modo, por razões já apontadas, seja pelos vícios no auto de infração, seja pelas mudanças de critério adotadas pelo Fisco, é evidente a precariedade da acusação fiscal, razão pela qual o auto de infração deve ser declarado nulo.

Por fim, e por entender que a precariedade do Ato Administrativo em questão gera vício no próprio lançamento efetuado, a análise meritória da questão torna-se inviável.

Dessa forma, conheço do Recurso dou-lhe provimento parcial, na parte que é objeto deste recurso, tendo em vista que o recorrente já aderiu ao REFIS do ano anterior.

Com relação ao outro, eu conheço do recurso de ofício e nego provimento para manter a decisão cameral.

Dessa forma, e com fundamento no art. 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/2009, conheço do recurso, dou-lhe provimento parcial para declarar a nulidade do auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 03 de dezembro de 2013.

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

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOCUMENTO FISCAL IRREGULAR - Mercadoria (carvão vegetal) desacobertada de documento fiscal (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02123/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Lidilone Polizeli Bento

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade da peça básica por erro na identificação do sujeito passivo e por insegurança na determinação da infração. Inadmitido o recurso no que tange a estas preliminares. Decadência. Rejeitada. ICMS. Obrigação Principal. Aquisição de carvão sem documentação fiscal. Remessa de produtor goiano a industrial situado em outro Estado. Procedência.

I - Deve ser inadmitido recurso em face de decisão cameral unânime, quando não preenchidos os requisitos do art. 41, II, da Lei nº16.469/09;

II - Consoante jurisprudência assentada neste Conselho Administrativo Tributário a decadência quanto aos créditos tributários referentes à exigência de ICMS, apurado mediante procedimento fiscal, lançamento de ofício, rege-se pelo disposto no art. 173, I, do CTN;

III - Considera-se ter interesse comum na situação que constitua fato gerador de obrigação principal o alienante ou remetente, com o adquirente ou o destinatário, de mercadorias ou bens, em operações realizadas sem documentação fiscal (art. 45, parágrafo único, inciso I, CTE);

IV - Deve ser declarado procedente o auto de infração referente a fato gerador documentado pelo próprio sujeito passivo e que não tenha sido objeto de emissão de nota fiscal complementar para as diferenças constatadas e, portanto, sem o devido pagamento do imposto correspondente.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 08 de outubro de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência parcial, arguida pelo sujeito passivo, referente aos meses de janeiro a outubro de 2004. Foram vencedores os Conselheiros Lidilone Polizeli Bento, Nislene Alves Borges, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Rodolfo Ramos Caiado, Allen Anderson Viana, José Luiz Rosa, 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 procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Lidilone Polizeli Bento, Nislene Alves Borges, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Rodolfo Ramos Caiado, Allen Anderson Viana, José Luiz Rosa, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 7.858,50 (sete mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e cinquenta centavos).

RELATÓRIO

Trata o presente processo de exigência de ICMS no valor de R\$ 297.182,43 e consectários legais, correspondente a 31.955,10 metros cúbicos de carvão vegetal, adquiridos pelo sujeito passivo, sem documento fiscal, de produtores rurais goianos, no período de 01/01/04 a 31/12/04, conforme Relatório de Controle do Consumo e Utilização de Produtos e Subprodutos Florestais, de emissão do próprio destinatário da mercadoria, com fundamento no art. 45, parágrafo único, da Lei nº 11.651/91.

Indica-se como dispositivos legais infringidos o art. 66 da Lei nº11.651/91, c/c art. 145 do Decreto nº 4.852/97 e propõe-se a penalidade prevista no art. 71, inciso VII, 'I', parágrafo nono, inciso I, da referida Lei, com redação da Lei nº 13.444/99.

Fundamenta o lançamento fiscal a documentação de fls. 04 a 97.

Devidamente intimado, o sujeito passivo apresenta impugnação, alega inexistir a omissão apurada, aduz que após a aferição da compra procede aos ajustes necessários, tendo o cuidado de emitir a nota fiscal de entrada quando constatada a diferença. Alerta que é o próprio fisco que emite a guia de controle florestal e que, portanto, é quem homologa o lançamento, apontando o volume de carvão a ser comercializado. Alega, também, a decadência; discorda da solidariedade imposta, na condição de destinatário da mercadoria e menciona não haver consonância entre o historiado na inicial e a penalidade imposta, além do que entende que a penalidade tem caráter confiscatório e desproporcional. Requer a improcedência da peça exordial.

O julgador singular conhece da impugnação e nega-lhe provimento julgando procedente o auto de infração em sua totalidade por meio da Sentença 2117/2010-COJP.

Intimado da decisão singular, o sujeito passivo interpõe recurso voluntário, apresentando as mesmas alegações por ocasião da impugnação.

Por meio do Acórdão nº 1255/2013, a Segunda Câmara Julgadora por unanimidade de votos rejeitou as preliminares de insegurança na determinação da infração e erro na identificação do sujeito passivo. Por maioria de votos, rejeitou a preliminar de mérito, decadência parcial. Quanto ao mérito, por maioria de votos, confirmou a sentença singular declarando procedente o lançamento.

Inconformado com a decisão cameral, o sujeito passivo interpôs recurso ao Pleno, fazendo as mesmas alegações constantes da impugnação e do recurso voluntário.

É o Relatório.

DECISÃO

Preliminarmente, cumpre ressaltar que não se encontram no presente processo nenhuma das hipóteses previstas no art. 20 da Lei nº 16.469/09, portanto, nulidade não há.

Analisando os autos, verifica-se que a decisão cameral tomada como paradigma para efeitos recursais foi objeto de recurso ao Pleno e que o processo encontra-se em andamento, não podendo ser afirmado que a decisão cameral recorrida foi divergente de decisão cameral não reformada, ou seja, de decisão cameral transitada em julgado. No mesmo sentido, não há que se falar em ofensa à disposição expressa da legislação tributária estadual, vez que a infração está corretamente tipificada, o sujeito passivo perfeitamente identificado e os autos seguem o rito processual estabelecido pela lei processual que disciplina o processo administrativo tributário.

Neste sentido, no que diz respeito às preliminares de nulidade por insegurança na determinação da infração e de erro na identificação do sujeito passivo arguidas pelo sujeito passivo em sede recursal, inadmito o recurso, tendo em vista que a decisão cameral que rejeitou tais preliminares se deu por unanimidade e que o recurso não cumpre os requisitos previstos no art. 41, inciso II da Lei nº16.469/09.

Quanto à decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, a jurisprudência predominante neste Conselho é no sentido de que aos créditos tributários referentes à exigência de ICMS, apurados mediante procedimento fiscal, ou seja, de ofício, em que não houve antecipação de pagamento pelo sujeito passivo, não havendo que se falar em lançamento por homologação, nos termos do art. 150, parágrafo quarto, do Código Tributário Nacional - CTN, aplica-se o disposto no art. 173, inciso I do referido diploma legal, que preconiza o seguinte:

“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;”

Desta forma, considerando que o lançamento em análise refere-se a fatos geradores ocorridos a partir de 01.01.2004 e que o crédito em questão foi constituído em 20.11.2009, data da ciência do sujeito passivo, nos termos do dispositivo legal retro mencionado, não há que se falar em decadência, motivo pelo qual rejeito esta preliminar de mérito.

Sobre a matéria objeto da discussão, entendo conveniente a transcrição dos seguintes dispositivos legais:

“Lei nº 11.651/91-Código Tributário Estadual:

Art. 45 (...)

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;

(...)

Art. 66. As mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais idôneos.

Decreto nº 4.852/97-Regulamento do Código Tributário Estadual:

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).”

Da legislação supracitada, depreende-se que são solidariamente obrigados ao pagamento do imposto o alienante com o adquirente nas hipóteses de aquisição de mercadorias sem documento fiscal, que as mercadorias devem sempre estar acompanhadas de documento fiscal idôneo e que o destinatário é obrigado a exigir do remetente o respectivo documento.

Assim caracterizada a infração, a penalidade específica está determinada pelo 71, inciso VII, alínea “I”, § 9º, inciso I, da Lei 11.651/91, e alterações posteriores, senão vejamos:

“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”;

(....)

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:

I - 60% (sessenta por cento), observado o disposto no inciso seguinte.”

Nesse particular, sustenta o recorrente, com respaldo no princípio da interpretação da legislação da maneira mais favorável ao acusado, a necessidade de adequar a penalidade à ressalva prevista na alínea “I” do inciso VII e aplicar o disposto no inciso X, alínea “b” do art. 71, do CTE. No entanto, tal dispositivo pretendido pelo recorrente abriga apenas a situação em que apesar da não emissão da nota fiscal, o valor foi registrado no livro fiscal. Não é caso dos autos, considerando que parcela lançada no auto de infração é exatamente aquela em que não houve o lançamento no livro fiscal respectivo. A exigência cinge-se à diferença do carvão que exorbitou da constante da nota fiscal do produtor.

Nos termos do art.6º, §4º, da lei 16.469/09 não cabe a este Conselho analisar a legalidade ou constitucionalidade de lei ou decreto, motivo pelo qual a alegação de desproporcionalidade e confisco da penalidade não deve ser objeto de apreciação neste âmbito de julgamento.

Relativamente ao mérito, observa-se que a diferença apurada a maior, mediante cotejo da quantidade de carvão remetido de Goiás com aquela que a recorrente registrou por meio de notas fiscais de entrada, constitui o volume de carvão adquirido sem nota fiscal, diferença esta que não foi objeto de lançamento em nota fiscal de produtor. No que tange às notas fiscais de entrada emitidas pelo sujeito passivo, verifica-se que não regularizaram as operações, vez que juntamente com a emissão das notas, para estar albergado pelo instituto da espontaneidade, previsto no art. 138 do CTN e art. 169, I do Código Tributário Estadual, o sujeito passivo deveria efetivar o recolhimento do imposto devido ao Erário Goiano, o que não foi realizado.

Cumpra observar que no caso em análise está sendo exigido imposto sobre operação com carvão vegetal desacompanhada de documento fiscal, não havendo, portanto, em que se falar no não cabimento de revisão de lançamento já homologado, conforme alega o recorrente. Ressalta-se que quando a Administração emite a guia de controle florestal não está realizando lançamento tributário, que é ato administrativo vinculado e regido pelo art. 142 do Código Tributário Nacional, apenas está exercendo seu poder de polícia em relação ao produto objeto da guia emitida.

Enfim, por todo o exposto, conclui-se que o sujeito passivo, em que pese seu esforço em suas alegações defensórias, não produziu as provas necessárias e suficientes para elidir a acusação fiscal, que baseada em relatório fornecido pela Agência Ambiental de Goiás e em dados fornecidos pela autuada, portanto, em provas robustas, constatou diferença de volume de carvão vegetal não levada à tributação goiana, exigindo do destinatário, por solidariedade, que adquiriu a mercadoria sem documento fiscal o respectivo imposto e consectários legais, motivo pelo qual o lançamento deve prosperar.

Ante o exposto, inadmito o recurso no que tange às preliminares de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração e por erro na identificação do sujeito passivo, rejeito a preliminar de mérito de decadência parcial, e no mérito, conheço do recurso, nego-lhe provimento para confirmar o Acórdão Cameral que considerou procedente o auto de infração na íntegra.

Sala das sessões plenárias, em 05 de novembro de 2013.

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

Matéria: MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL OU COM DOCUMENTO FISCAL IRREGULAR - Saída de mercadoria tributada sem emissão de documento fiscal (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00947/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ICMS. FABRICAÇÃO DE ESTRUTURAS METÁLICAS E TOTENS. ATIVIDADE DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NOTAS FISCAIS EMITIDAS, SEM DISCRIMINAÇÃO DAS MERCADORIAS FORNECIDAS OU VINCULAÇÃO A CONTRATO DE EMPREITADA. NOTIFICAÇÃO FISCAL NÃO ATENDIDA. PROCEDÊNCIA. SOLIDÁRIO SÓCIO-ADMINISTRADOR REINCLUÍDO NA LIDE.

1. Conforme fotografias das instalações da empresa, verifica-se a existência de maquinário de corte e soldagem e estoque de produtos elaborados e em fase de elaboração, típicos da consecução da atividade industrial de metalurgia. A empresa recorrente, de forma usual, tem suas atividades norteadas sob diferentes espécies de avenças. se a empresa atua como fornecedora de mercadorias (obrigação de dar) e não apenas como prestadora de serviços (obrigação de fazer), é de se incidir o ICMS sobre a respectiva operação, conforme ressalva expressa no item 7.02 da lista de serviços da Lei Complementar nº 116/03.

2. Mesmo quanto ao fornecimento do material produzido fora do canteiro de obras, a posição reiterada do STJ é no sentido de que se os tais foram fabricados sob encomenda para atender a projeto específico, mediante contrato de empreitada, para serem montados na obra, não é de se incidir o ICMS. A priori, para que se justifique a aplicação das normas e jurisprudência de não-incidência do ICMS, decorrentes da existência de contrato de empreitada, seria necessário que o sujeito passivo, por ocasião da emissão das notas fiscais, discriminasse a natureza das operações em que foram inseridos tais serviços e materiais. Na fase inquisitiva, preliminar à autuação fiscal, o sujeito passivo deixou de cumprir notificação fiscal que buscava respostas a tais indagações.

3. A empresa não logrou comprovar que os materiais por ela fornecidos são parte integrante de contratos de empreitada. Além disso, mesmo se o fossem, não provou sequer que tais materiais fornecidos são oriundos de projeto específico, de forma que lhe dê contorno de individualidade para cada encomendante.

4. O interesse que é comum pressupõe, necessariamente, a presença de mais de um personagem na consecução do ilícito. A expressão abrange todos os que, de alguma forma, tomam parte na infração,

com forte vínculo de natureza psicológica, tal qual ocorre na figura do concurso de pessoas, expresso na teoria geral da pena. Art. 124, I do CTN e art. 45, XII do CTE.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de fevereiro de 2013, decidiu, 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 Víctor Augusto de Faria Morato, José Paixão de Oliveira Gomes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Allen Anderson Viana e José Luiz Rosa. Também, por maioria de votos, conhecer do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Víctor Augusto de Faria Morato, José Paixão de Oliveira Gomes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Allen Anderson Viana e José Luiz Rosa, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

1. DESCRIÇÃO DO FATO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo realizou saída de mercadoria tributada sem emissão de documentação fiscal, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, conforme levantamento de Auditoria de Verificação da emissão de documentação fiscal de saída de mercadorias e recolhimento do ICMS devido, documentos em anexo. Em consequência deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 128.698,79 (cento e vinte e oito mil, seiscentos e noventa e oito reais e setenta e nove centavos), juntamente com a penalidade e acréscimos legais. Trata-se de reautuação do AI 3030654999013, Ofício nº S/N/2008-GPT/RF.

2. TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO E PENALIDADE PROPOSTA

Dados como infringidos os artigos 11, III, "b", § 2º, I; 13, I, VII, "b"; 14, I; 63; 64, § 2º; 65 e 66 do Código Tributário Estadual (CTE) c/c art. 6, I, V, VIII, "b" e art. 141 do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE). Proposta a penalidade prevista no art. 71, VII, "I", § 9º, I, do CTE, com redação da Lei nº 13.446/1999.

3. COMPLEMENTAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO POLO PASSIVO

Foi identificado como sujeito passivo solidário: [...], CPF nº 263.314.891-34, na condição de sócio e administrador da empresa, nos termos do art. 45, inciso XII, do CTE (fls. 05/06).

4. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO AUTO DE INFRAÇÃO

O auto de infração foi instruído com os documentos a seguir: Anexo Estruturado/ Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03), Anexo Estruturado/Descritivo Complementar da Ocorrência (fl. 04), Anexo Estruturado/Identificação do Sujeito Passivo Coobrigado (fls. 05/06), Relatório de Fiscalização da Empresa [...] METALÚRGICA LTDA. (fls. 07/22), cópia de Notificações (fls. 23/24), resposta à Notificação (fls. 25/32), cópia de procuração, documentos pessoais de [...] e documentos de advogado (fls. 33/35), Cadastro Nacional de Pessoa Física (fl. 36), 9ª Alteração Contratual da empresa supracitada (fls. 37/42), Nota Explicativa (fls. 43/46), fotos (fls. 47/52), Relação de Notas Fiscais de Serviços com Fornecimento de Materiais Sem Emissão de Notas Fiscais dos Materiais Correspondentes à Operação Para Fora do Estado (fls. 53/76), Planilha Demonstrativa dos Contratos da Empresa [...] Metalúrgica Ltda. (fls. 77/79), cópia de Contrato de Empreitada (fls. 80/85), cópia de Contrato de Prestação de Serviços - C-020/03 - GO (fls. 86/87), cópia de Concorrência C - 020/03/Auto Posto [...] Ltda. (fls. 88/97), cópia de Contrato de Empreitada Global e Aditivo Contratual (fls. 98/105), cópia de Contrato de Aquisição de Mercadorias (fls. 106/114), cópia do Livro de Registro de Apuração do ICMS nº 04-E/Período 2005 (fls. 115/154), cópia de Notas Fiscais (fls. 155/500 - Volume 1), cópia de Notas Fiscais (fls. 501/1000 - Volume 2), cópia de Notas Fiscais (fls. 1001/1346 - Volume 3).

5. INTIMAÇÕES / REFERÊNCIA À REVELIA

A autuada e solidário foram intimados em 06/12/2010 e 16/012/2010, respectivamente (fls. 1347/1350 - VOLUME 3).

6. ALEGAÇÕES DE IMPUGNAÇÃO

A empresa autuada, em conjunto com o sujeito passivo solidário, apresenta impugnação em Primeira Instância (fls. 1353/1383 - VOLUME 3), na qual aduz, resumidamente, o seguinte:

i) Nulidade do feito por incompetência funcional, vez que houve a participação de um Auditor Fiscal da Receita Estadual I, Antonio Rego Lima, Matrícula 237647 - AFRE I, que não teria competência para fiscalizar empresa de médio e grande porte, transcrevendo o artigo 4º, inciso I, item 7.4 da Lei 13.266/98, que regula a competência de cada classe fiscal, haja vista que não há nos autos a determinação do Senhor Secretário da Fazenda para tal fiscalização e que é uma empresa de médio porte;

ii) Cerceamento ao direito de defesa por contradição na tipificação legal constante do auto de infração, pois as alíneas "b" dos incisos III do artigo 11 e VII do artigo 13 da Lei 11.651/91 exigem lei complementar para sua aplicação, sendo que tal lei sequer é mencionada, além do que o artigo 1º, § 4º, incisos VII e VIII do Decreto-lei 406/68 também exige a referida lei complementar para exigência do tributo em questão;

iii) Alega também, como fator de cerceamento, a confusão dos dispositivos dos artigos 13, 14, 63, 64, § 2º, 65 e 66 da Lei 11.651/91 tidos como infringidos pela autuada, os quais tratam da ocorrência do fato gerador e das obrigações acessórias concernentes aos contribuintes do ICMS, quando ela não é contribuinte deste tributo e sim do ISS, pois sua atividade é isenta do ICMS;

iv) Ocorrência de coisa julgada, pois permanece a insegurança na determinação da infração, vez que os autuantes não especificaram quais operações praticadas pela autuada estariam sujeitas ao ICMS reclamado, fator este que foi determinante para a anulação do processo anterior, o que leva à conclusão que está ocorrendo desrespeito à coisa julgada;

v) A empresa é isenta de ICMS, pois pratica atividade de construção civil, segundo o disposto na Lista de Serviços do Decreto-lei 406/68;

vi) Houve uma visão distorcida dos autuantes acerca do disposto no artigo 7º, § 2º, itens 7.02 e 7.05 da Lei Complementar 116/2003, os quais transcrevem com o objetivo de reafirmar que os agentes do fisco não provaram que a autuada produziu mercadorias fora do local da prestação do serviço, que é determinante para a cobrança do ICMS constante da inicial, transcrevendo vários excertos de decisões de tribunais pátrios acerca deste tema como forma de corroborar esta alegação;

vii) que a lei tributária não pode infringir o disposto no artigo 110 do CTN, alterando a definição, conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e forma de direito privado, o que teria ocorrido com a interpretação equivocada dos dispositivos legais por parte dos autuantes, considerando que a atividade de construção civil não está sujeita à incidência do ICMS, transcrevendo conceitos desta atividade, do local da obra, da inviabilidade técnica de elaboração dos materiais empregados no local da efetiva execução dos serviços, transcrevendo também decisões jurídicas e manifestações de juristas acerca destes temas;

viii) Discorre sobre a nota fiscal mista, em que constou materiais como sujeitos apenas ao ISS, afirmando que procedeu desta forma em obediência ao exigido na Instrução Normativa nº 03/2005 do INSS, na Lei Complementar 116/03 e nas leis ordinárias de cada município onde prestou serviço, discorrendo ainda acerca do conceito do contrato de empreitada e de prestação de serviço com aplicação de material, considerando que em decorrência da sua condição de construtora de obra civil não está sujeita ao ICMS, razão pela qual entende que o Estado de Goiás está extrapolando seu limite de tributar, em detrimento ao artigo 150 do CTN;

Concluindo, reafirmou as preliminares de nulidade da autuação em decorrência de incompetência funcional, de cerceamento ao direito de defesa, de prescrição, de coisa julgada e, quanto ao mérito, pugnou pela improcedência da autuação.

7. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DA IMPUGNAÇÃO

Junto com a peça de impugnação foram trazidos ao feito procurações e cópias de documentos pessoais de advogado (fls. 1384/1386 - VOLUME 3).

8. RELATO DE DESPACHOS DA PRIMEIRA INSTÂNCIA

Não houve.

9. RELATO DE DILIGÊNCIAS REALIZADAS

Não houve.

10. RELATO DA INTIMAÇÃO E MANIFESTAÇÃO DO(S) SUJEITO(S) PASSIVO(S) QUANTO À DILIGÊNCIA

Não houve.

11. RELATO DA DECISÃO SINGULAR

O julgador singular profere a Sentença nº 1650/2011 - JULP (fls. 1388/3191 - VOLUME 3), na qual apreciou as alegações defensórias, decidindo pela rejeição de todas as preliminares de nulidade e, no mérito, pela legitimidade do lançamento.

12. INTIMAÇÕES / REFERÊNCIA À PEREMPÇÃO

Os autuados foram intimados da decisão singular (fls. 1392/1393), interpondo recurso voluntário de fls. 1396/1426.

13. ALEGAÇÕES DE RECURSO (VOLUNTÁRIO OU EX-OFFICIO) / MANIFESTAÇÃO DE CONCORDÂNCIA DA FPE / IMPUGNAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA / CONTRADITA DO SUJEITO PASSIVO

A peça recursal apresentada reproduz as mesmas teses apresentadas na impugnação, reiterando os mesmos pedidos fls. 1396/1426.

14. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO RECURSO/IMPUGNAÇÃO/CONTRADITA

Não houve.

15. RELATO DE RESOLUÇÕES DA CÂMARA JULGADORA

Não houve.

16. RELATO DE DILIGÊNCIAS REALIZADAS

Não houve.

17. RELATO DA INTIMAÇÃO E MANIFESTAÇÃO DO(S) SUJEITO(S) PASSIVO(S) QUANTO À DILIGÊNCIA

Não houve.

18. RELATO DA DECISÃO CAMERAL

Submetidos os autos à Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, esta decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração por incompetência funcional da autoridade lançadora e por cerceamento do direito de defesa, arguidas pela autuada. E, também, por votação unânime, rejeitar as preliminares de decadência e prescrição, arguidas pela autuada. 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. E por maioria de votos, acatar a preliminar de exclusão do solidário [...].

19. INTIMAÇÕES

A Representação Fazendária apresenta recurso ao Conselho Pleno quanto à decisão que excluiu o solidário da lide fls. 1442/1443. Os autuados foram intimados para apresentarem recurso e contradita ao Conselho Pleno fls. 1445/1446.

20. ALEGAÇÕES DE RECURSO (DO CONTRIBUINTE OU DA FPE) / CONTRADITA DO(S) SUJEITO(S) PASSIVO(S)

A Representação Fazendária pugna pela reforma do acórdão recorrido no que tange tão-somente à exclusão do solidário do pólo passivo da lide, tendo em vista a jurisprudência dominante neste Conselho caminhar em sentido diverso. Para sustentar sua tese colaciona julgado do Conselho Pleno, Acórdão nº 2165/2011, a título de paradigma. Requer seja conhecido e provido o presente recurso para reinclusão do solidário [...] na lide.

Os autuados apresentam contradita ao Recurso da Representação Fazendária (fls. 1449/1452 - volume 3), reiterando as alegações apresentadas na peça anterior, e, ainda, argumentam sobre a inconsistência do lançamento do Auto de Infração, tendo em vista que o cálculo que foi feito pelo fiscal na autuação foi fundamentado na Nota fiscal de simples remessa; que os produtos utilizados pela autuada já sofreram tributação de ICMS e foram aplicadas no local da obra.

Inconformados pela procedência do lançamento, apresentam Recurso ao Conselho Pleno pugnando pela reforma da decisão cameral ao argumento de que

não deve subsistir a infração tributária, vez que o fiscal não soube se posicionar em relação à caracterização do Auto de Infração, já que foi redigido a começar como Multa Formal e terminando como Sonegação de Imposto, no caso ICMS; que o auto não deverá prosperar, haja vista que os materiais já foram tributados com o ICMS, inclusive, tendo havido, inclusive, decisão deste Conselho de que não haveria incidência de ICMS. No mérito não haveria provas de uso da exceção prevista nos itens 7.02 e 7.05 utilizados para fundamentar a lavratura do presente auto; que não há provas que a impugnante esteja desguarnecida de contratos e documentos idôneos; que na oportunidade são juntadas notas fiscais de compra dos materiais empregados na obra, com o ICMS destacado; que os lançamentos contábeis sempre seguiram norma constitucional e federal; que há notas fiscais de simples remessa, emitidas da matriz para filial, onde não incide ICMS. Reitera as preliminares de nulidade do auto de infração e, no mérito, requer a total improcedência do auto de infração em todos seus termos.

Instruem o recurso os seguintes documentos: VOLUME 3 - cópia da Sentença nº 1541/11 - JULP e Despacho nº 1734/2011 - CRF/SR, decisões constantes do Auto de Infração nº 4.0110038.836-52 (fls. 1484/1489), cópia da Sentença nº 050/11 - JULP e Despacho nº 2252/2011 - GERF/SR, decisões constantes do Auto de Infração nº 4.0108000.102-98 (fls. 1491/1495), cópia de decisão liminar do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (fls. 1497/1500), VOLUME 4 - continuação/cópia de decisão liminar do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (fls. 1501/1503), Jurisprudências (fls. 1505/1512), cópias de Notas Fiscais (fls. 1515/1582, 1584/16818, 1620/1663, 1665/1713, 1715/1730, 1732/1752, 1754/1767, 1769/1791, 1793/1813, 1815/1829, 1831/1848, 1850/1888, 1890/1927, 1929/2000), VOLUME 5 - cópias de Notas Fiscais (fls. 2001/2019, 2021/2047, 2049/2068, 2070/2074, 2076/2080, 2082/2115, 2117/2155), 2157/2163, 2165/2180, 2182/2209, 2211/2222, 2224/2249, 2251/2261).

Submetidos os autos a sessão plenária realizada no dia 27/9/2012, acatando proposição do Conselheiro LUIS ANTÔNIO DA SILVA COSTA, à unanimidade de votos, resolveu-se converter o julgamento destes autos em diligência junto à SEGE para que fossem apensados os autos nº3030654999013.

É o relatório.

DECISÃO

O presente lançamento corresponde a reatuação do PAT outrora anulado por vício formal, de nº 3030654999013. Portanto, nos termos do art. 173, II do CTN, a Fazenda Pública tem o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, para promover novo lançamento.

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”.

Ademais, 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.

Sobre a atividade desenvolvida pela empresa.

A empresa recorrente sempre foi cadastrada sob o CNAE fiscal nº 4120-4/00. A classificação fiscal supracitada, realizada pela Comissão Nacional de Classificação – CONCLA1, estabelece nesta subclasse as seguintes atividades:

- A construção de edifícios residenciais de qualquer tipo;
- A construção de edifícios comerciais de qualquer tipo;
- A construção de edifícios destinados a outros usos específicos;
- A construção de edifícios industriais (fábricas, oficinas, galpões industriais, etc).

O mesmo item ressalva que há atividades que não se incluem no referido código, a saber:

- A fabricação e a montagem de casas de madeira (1622-6/01), de concreto (2330-3/04) ou de estrutura metálica (2511-0/00), pré-moldadas ou pré-fabricadas, quando realizadas pelo próprio fabricante;
- A fabricação de estruturas metálicas (2511-0/00);
- As obras de instalações elétricas (4321-5/00), hidráulicas, sanitárias e de gás (4322-3/01), etc.
- Os serviços de acabamento da construção (43.30-4);
- A execução de edifícios industriais e outros por contrato de construção por administração (4399-1/01);
- Os serviços especializados de arquitetura (projetos arquitetônicos, urbanísticos e paisagísticos) (7111-1/00);

1 No sítio <http://www.cnae.ibge.gov.br/>

- Os serviços especializados de engenharia (concepção de projetos estruturais e de instalações, supervisão e gerenciamento de projetos de construção) (7112-0/00).

De outra monta, segundo a cláusula terceira de seu Contrato Social (fls. 41 dos autos), o objeto social da empresa é “a construção de coberturas metálicas, construção civil em geral e manifestação visual em postos de combustíveis”.

De plano, percebe-se que umas das atividades executadas pela empresa – a fabricação de estruturas metálicas – não está inserida no rol de atividades contempladas no CNAE fiscal nº 4120-4/00 – construção de edifícios, na qual a mesma se encontra cadastrada, possuindo, portanto, classificação à parte.

Na prática, conforme fotografias das instalações da empresa, verifica-se a existência de maquinário de corte e soldagem e estoque de produtos elaborados e em fase de elaboração, típicos da consecução da atividade industrial de metalurgia.

Os distintos contratos, ora sob a forma de empreitada global, ora de prestação de serviços com fornecimento de material pelo encomendante, juntados aos autos, indicam que a empresa recorrente, de forma usual, tem suas atividades norteadas sob diferentes espécies de avenças.

Sobre o conjunto probatório apresentado pelo Fisco.

A instrução Fazendária se estriba fundamentalmente em: 1) notas explicativas, 2) notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo, 3) levantamento fiscal, 4) cópias de contratos de prestação de serviços e 5) cópias do Livro de Registro de Apuração do ICMS, 6) notificações fiscais.

As **notas fiscais** emitidas pelo sujeito passivo, cujas cópias integram os presentes autos, tendo sido parte componente da acusação Fazendária, têm característica uniforme, seguindo o mesmo padrão de emissão, nos seguintes moldes:

- Destinam produtos e serviços a postos de combustíveis localizados em outras unidades da Federação, sob o CFOP 6.949 - saídas ou prestação de serviços interestaduais não especificadas.

- Informam que 50% do valor da operação são decorrentes de mão-de-obra, sendo o restante lançado sob a rubrica “materiais e outros”. Não discriminam quais produtos foram fornecidos na respectiva prestação de serviços e a quais contratos de empreitada supostamente se refeririam.

- Não mencionam se há nota fiscal emitida à parte, com relação aos produtos empregados nas prestações de serviço.

O **levantamento fiscal**, por seu turno, inserido entre fls. 53 e 76 dos autos, cuja conclusão ampara o presente lançamento, relaciona todas as notas

fiscais emitidas com as características acima descritas e aufero o ICMS decorrente da aplicação da alíquota de 12% sobre os valores descritos nas rubricas “materiais e outros”.

A título de amostragem, foram anexadas **cópias de contratos** cujos objetos são a montagem de estruturas metálicas, a fabricação e montagem de galpões e coberturas metálicas e a montagem de posto de combustíveis.

Há contratos que prevêem o fornecimento, pelo encomendante da obra, dos materiais a serem empregados (fls. 81 e 84). Outros, de forma diversa, discriminam que o fornecimento seria por conta da contratada, recorrente, configurando empreitada global (fls. 86, 88, 94, 98, 100, 102, 107).

O **Livro de Registro de Apuração**, cujas cópias também foram anexadas, o qual tão-somente discrimina operações não sujeitas à tributação do ICMS, induz à compreensão dos argumentos expendidos em notas explicativas pela Autoridade fiscal, cuja linha de acusação infere a qualidade de contribuinte do ICMS, imputável ao sujeito passivo nestes autos.

Finalmente, quanto às **notificações fiscais**, percebi que as mesmas não foram atendidas pelo sujeito passivo.

A instrução fiscal se encerra às fls. 1346 dos autos.

Sobre o conjunto probatório apresentado pelo sujeito passivo.

Nas fases singular e cameral, as peças defensórias do sujeito passivo não se fizeram acompanhar por conjunto probatório algum, limitando-se a defesa à matéria de direito, mais especificadamente acerca de sua condição de não-contribuinte, não sujeito ao ICMS.

Em fase plenária, o sujeito passivo noticia e transcreve, fls. 1505 e seguintes, decisões do STJ no sentido de que não há incidência de ICMS nos contratos de empreitada global com fornecimento de pé-moldados (Resp 884501-SP).

Junta, a seguir, cópias de **notas fiscais de aquisição** de mercadorias de construção civil em geral, destinadas à recorrente, com vistas a relacionar tais aquisições com a rubrica “materiais e outros”, mencionada alhures, sistematicamente existente nas notas fiscais-fatura que emitiu, e que constam do arcabouço probatório da acusação fiscal.

Também não consta, no corpo de tais notas fiscais, qualquer menção passível de vincula-las a algum contrato de prestação de serviços de empreitada. A natureza da operação, descrita no campo apropriado do documento fiscal é, em sua grande maioria, de “venda”. Reitere-se que tais notas fiscais também não são mencionadas nas notas fiscais de saídas emitidas pela empresa.

Sobre a legislação aplicável.

Segundo dispõe o Código Civil Brasileiro², “O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais”.

Sob o aspecto tributário, a distinção pode tomar relevância porquanto a empreitada de labor, na qual o empreiteiro contribui para a obra tão-somente com a sua prestação de serviços não envolve a circulação de mercadorias a serem empregadas na obra, em seu próprio nome, ao contrário da empreitada mista ou global, a cuja prestação de serviço se agrega o fornecimento dos materiais. Tal fornecimento, entretanto, constituiria obrigação de “fazer” e não de “dar”, dissociando-se, dessarte, do campo de incidência do ICMS, conforme posição reiteradamente exposta no STJ, conforme se verá adiante.

Importa, *a priori*, perscrutar o alcance e aplicação dos dispositivos que norteiam as atividades associadas à construção civil, discriminadas no capítulo VI do Anexo XIII do RCTE, o qual estabelece procedimentos especiais aplicáveis a determinadas atividades econômicas.

O art. 24 do referido Anexo define expressamente quais os tipos de atividades podem ser consideradas como construção civil, nos seguintes termos:

“Art. 24. Considera-se empresa de construção civil, para fins de inscrição e cumprimento das demais obrigações fiscais previstas neste anexo, toda pessoa, natural ou jurídica, que executar obra de construção civil ou hidráulica, promovendo a circulação de mercadoria em seu próprio nome ou de terceiro.

Parágrafo único. Entende-se por obra de construção civil as adiante relacionadas, quando decorrentes de obras de engenharia civil:

I - construção, demolição, reforma ou reparação de prédio ou de outras edificações;

[...]

VII - execução de obra de montagem e construção de estrutura em geral.”

Em suas atividades ordinárias, as empresas de construção civil somente estarão sujeitas à incidência do ICMS nas situações descritas no art. 25, *in verbis*:

“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.” (grifamos)

Estarão, ademais, fora do campo de incidência do ICMS as operações descritas no art. 26, nos seguintes termos:

² art. 610 CCB.

“Art. 26. O ICMS não incide sobre:

I - a movimentação de máquina, veículo, ferramenta e utensílio para prestação de serviço na obra, desde que devam retornar ao estabelecimento remetente;

II - o fornecimento de material adquirido de terceiro, quando efetuado em decorrência de contrato de empreitada ou de subempreitada;

III - a movimentação de material, a que se refere o inciso anterior entre o estabelecimento fornecedor e a obra, ou de uma para outra obra;

IV - o fornecimento de material produzido no canteiro de obra.” (grifamos)

Obtempera-se, ainda, conforme exporei a seguir, que mesmo quanto ao fornecimento do material produzido fora do canteiro de obras, a posição reiterada do STJ é no sentido de que se os tais foram fabricados sob encomenda para atender a projeto específico, mediante contrato de empreitada, para serem montados na obra, não é de se incidir o ICMS, conforme se entendeu quanto aos pré-moldados.

De outra monta, discorrendo sobre as obrigações impostas às construtoras, o art. 29 estabelece o seguinte:

“Art. 29. A construtora é obrigada a emitir nota fiscal, sempre que promover saída de mercadoria ou a transmissão da propriedade desta.

[...]

§ 4º O material adquirido de terceiro pode ser remetido pelo fornecedor diretamente à obra, desde que no documento emitido pelo remetente constem o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC/MF, da empresa construtora, bem como a indicação expressa do local da obra onde deve ser entregue o material.

A Lei complementar 116/03 incluiu em seu rol de prestações de serviços sujeitos ao ISS o item 7.02, que estabelece o seguinte acerca da instalação e montagem, por contrato de empreitada, de produtos, peças e equipamentos:

“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)”. (grifamos)

Portanto, a obrigação de inscrever-se no cadastro de contribuintes irá, logicamente, depender das atividades desenvolvidas pela construtora e incorporadora. Se não promover a circulação de mercadorias, com atividades exclusivamente de prestação de serviços, não haverá tal obrigação. Sequer estará

sujeita ao recolhimento do diferencial de alíquotas em suas aquisições de materiais.

Ao contrário, caso se imiscua em sua atividade principal, atividades inerentes ao comércio ou indústria, deverá inscrever-se e adotar todas as demais medidas impostas aos contribuintes em geral. A ressalva do item 7.02 acima transcrito é justamente pelo fato de o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços configurar típica atividade industrial (vide os grifos nos dispositivos retrotranscritos). Em suma, se a empresa atua como fornecedora de mercadorias (obrigação de dar) e não apenas como prestadora de serviços (obrigação de fazer), é de se incidir o ICMS sobre a respectiva operação.

Reforça a ressalva à incidência do ICMS, feita na parte final do item, o que assevera o art. 7º §2º da mesma lei:

“Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

[...]

§ 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;”

Nestes autos, importar perscrutar se a cobrança do ICMS, decorrente da rubrica “materiais e outros”, existente nas notas fiscais de emissão da recorrente, se legítima pela exceção descrita no item 7.02 da lista de serviços. Para tanto, seria necessário verificar se as mercadorias foram efetivamente “*produzidas*” (o que excluiria as mercadorias simplesmente *adquiridas*, decorrentes dos contratos) e, ao mesmo tempo, se o foram *fora do canteiro de obras*. Isso porque mercadorias produzidas dentro do canteiro de obras não fazem parte do campo de incidência do ICMS. Igualmente, se tais produtos, ainda que produzidos fora da obra, foram fornecidos para atender a projeto específico inserido em contrato de empreitada, não haverá ICMS, conforme jurisprudência pacífica do STJ.

É consenso doutrinário que na empreitada não há “venda” de mercadorias. A empreitada configura obrigação de “fazer”, afeta à prestação de serviço, e não obrigação de “dar”, afeta à circulação de mercadorias. Entretanto, no particular da presente acusação fiscal, a forma como foram emitidas as notas fiscais que serviram de supedâneo à atuação fiscal impede que se faça liame entre a rubrica “materiais e outros” com o tipo de material que fora fornecido aos destinatários e em qual situação jurídica – se decorrente de contrato de empreitada ou não - tal fornecimento se enquadrou.

A *priori*, para que se justifique a aplicação das normas de não-incidência do ICMS, decorrentes da existência de contrato de empreitada, seria necessário que o sujeito passivo, por ocasião da emissão das notas fiscais, discriminasse a natureza das operações em que foram inseridos tais serviços e materiais.

Na fase inquisitiva, preliminar à autuação fiscal, o sujeito passivo deixou de cumprir notificação fiscal que buscava respostas a tais indagações.

Na verdade, o que há nos autos são notas fiscais emitidas pela autuada que não permitem inferir que os materiais fornecidos fazem, de fato, parte de contrato de empreitada. Importante lembrar que ainda que provado que tais materiais são decorrentes dessa espécie de avença - empreitada -, a sua discriminação é imprescindível, haja vista que:

1) se os materiais não sofrem nenhum tipo de processo industrial, ou seja, se não foram produzidos pelo empreiteiro, não haveria que se falar em ICMS. Da mesma forma, não haveria incidência do ICMS se os mesmos correspondessem a materiais produzidos dentro do canteiro de obras;

2) o ICMS somente incidirá na hipótese de terem sido os materiais produzidos fora do canteiro de obras.

Ora, da forma como a recorrente emitiu suas notas fiscais, com a não-discriminação dos materiais - inviabilizando inclusive a aferição fiscal acima descrita -, autorizou-se o Fisco, pela colheita das provas indiretas de que houve processo de industrialização, a cobrar o ICMS de tais materiais.

Com efeito, as fotografias do interior do estabelecimento apontam para a existência de atividade tipicamente industrial, desenvolvida pela autuada ou, no mínimo, material que fora produzido fora do canteiro de obras. Ambas as hipóteses induzem a cobrança do ICMS, nos termos da parte final do item 7.02 da lista de serviços.

As notas fiscais de aquisição intempestivamente trazidas pela recorrente, já em momento avançado de julgamento e trâmite processual, em fase que, a rigor, sequer autorizaria a juntada de provas (§5º do art. 41 da Lei nº 16469/09), em detida análise, em respeito ao princípio da verdade material, não produzem o liame necessário com as notas fiscais de sua emissão, que compuseram o bojo probatório inicial, haja vista que também não mencionam a que contrato de empreitada supostamente se refeririam.

A recorrente também afirma que a decisão cameral implicou desrespeito às reiteradas decisões do STJ acerca da não-incidência do ICMS sobre pré-moldados.

A decisão que podemos tomar como paradigma para as que lhe sucederam foi a constante do Resp nº 40356/SP, da 2ª Turma.

Na oportunidade, discutiu-se se empresa de construção civil que fornecia material produzido fora do local da obra, mediante fundição de peças de concreto pré-moldadas, tudo conforme projeto específico, mediante contrato de empreitada, era ou não sujeito passivo do ICMS nestas operações.

Ato seqüente, esse material era montado na obra, com mão-de-obra própria da empreiteira.

As conclusões do Ministro Relator trouxeram as seguintes ponderações:

“Na verdade a autora não fornece (no sentido de comercializar) aos seus contratantes as peças pré-moldadas que produz para aplicá-las especificamente nas edificações contratadas. Apenas as transporta, após confecciona-las, a fim de monta-las no local da obra, de acordo com o projeto previamente estabelecido.

Admitindo-se, ‘ad argumentandum’, que a autora, após a elaboração do projeto aprovado pelo contratando e providências iniciais de fundações etc, transportasse o material necessário (cimento, brita, ferro etc), como fazem as empreiteiras comuns, para confeccionar os pré-moldados no local da obra, neste caso não sofreria a incidência do ICM, conforme entendimento assente no STF e neste STJ (Resps. 8296-RJ, 49-401-0-RJ).

Mas, pelo que consta dos autos, ela se dedica a construções de grande porte pelo sistema de pré-moldados, havendo impossibilidade física e técnica de serem produzidas as peças de montagem da edificação no próprio local da obra, por isso que se vale de suas instalações, onde dispõe dos recursos necessários à confecção dos pré-moldados, transportando-os, depois, para finalização do projeto. Assim, as peças transportadas para nada mais servem a não ser para a obra a que se destinam especificamente; não possuem valor individualizado para comercialização; não são transferidas separadamente para o contratante independente da construção do edifício no seu todo, não podendo sofrer a incidência do ICM.

(...) Seria diferente se a recorrente se dedicasse ao fabrico dessas peças e as fornecesse a outros construtores para emprega-las na montagem das construções ou que fossem, eventualmente, por ela própria montadas. Aí, sim, haveria fornecimento de mercadoria com valor preestabelecido, cuja circulação atrairia a incidência o imposto em causa.

(...) ‘Data venia’, consoante afirmado na sentença e apurado em perícia técnica, a recorrente se ativa em construções de grande porte, sob regime de empreitada global, que envolvem desde o projeto inicial, estudo do terreno, cálculos estruturais, fundações etc, etc, e não se pode dizer que a confecção de peças pré-moldadas e sua entrega para montagem final da edificação preponderem sobre todo o trabalho de engenharia executado e do qual essas peças dependem”.

Em harmonia com a decisão transcrita, obtempero que, ao contrário do que asseverou a empresa recorrente, a decisão cameral recorrida não peca por violar a orientação do STJ. Absolutamente. Simplesmente pelo fato de que a empresa não logrou comprovar de que os materiais fornecidos são parte integrante de contratos de empreitada. Além disso, mesmo se o fossem, não provou sequer que tais materiais fornecidos são oriundos de projeto específico, de forma que lhe dê contorno de individualidade para cada encomendante.

De fato, a empresa sequer consegue vincular adequadamente a emissão das notas fiscais inseridas na inicial com a existência de contratos de empreitada específicos para tais operações. Além do mais - e apenas cerrando fileira com a linha de raciocínio exposta no aresto do STJ - se há trabalho intelectual específico

para a construção de totens e estruturas metálicas, não vislumbro que tal possa prevalecer sobre o material empregado na sua montagem, nos termos do voto acima transcrito.

Sobressai nos autos o fato de a empresa ter sido notificada, em um determinado momento da fase inquisitiva fiscal, ainda pré-lançamento, a apresentar *“todas as notas fiscais de entradas e saídas das prestações de serviço com os respectivos controles de remessas de mercadorias (...) determinando a correspondência com cada um dos contratos de prestação de serviços executado”*, conforme se extrai do corpo da notificação fiscal inserta às fls. 23 dos autos.

A intenção fiscal era clara: emprestar à situação fática – a existência de produtos elaborados e em fase de elaboração, ensejando processo de industrialização – uma qualificação jurídica. Se tais produtos estivessem, de fato, vinculados a um contrato de empreitada, não seria, por óbvio, cabível a cobrança de ICMS.

Naquela oportunidade, a empresa se limitou a apresentar contestação à notificação fiscal, alegando questões de direito, como justificativa para a não-apresentação dos documentos solicitados que, ao fim, não foram apresentados ao Fisco.

Disso tudo, perdura a seguinte realidade probatória nos autos:

- A existência de produtos industrializados e em fase de industrialização no recinto da empresa recorrente;
- A emissão de documentos fiscais de saída indicando o fornecimento de mão-de-obra e materiais, sem identificação da natureza de tal operação, se vinculada ou não a contrato de empreitada;
- A produção de materiais fora do local da obra civil;
- A omissão da empresa em provar adequadamente a relação entre os materiais fornecidos e os supostos contratos de empreitada;
- O objeto social da empresa, descrito em contrato social, tendo como um de seus objetivos a “construção de coberturas metálicas”.

Sob tais fundamentos, reputo acertada a decisão cameral.

Passo à análise do recurso interposto pela Fazenda Pública.

O pedido Fazendário de reforma da decisão cameral se restringe, unicamente, na reinclusão do solidário que fora excluído naquela instância, Sr. Gilmar Leite Rosa, sócio- administrador da empresa autuada.

A causa de pedir recursal, que justificaria tal reforma, é a própria 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”.

Penso que merece acolhida o pleito Fazendário.

Com efeito, a aplicação do art. 45 do CTE, cerne do recurso Fazendário, pressupõe o “interesse comum”, condição *sine qua non* para que se configure a solidariedade ali insculpida.

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 público³, 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

3 Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: III - os princípios gerais de direito público;

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 “/e” 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 dirigem, 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 e proporcional, porquanto não se concebe sentido ao art. 45 se lhe for excluído o teor infracional das condutas ali descritas.

Sob tais fundamentos, conheço do Recurso da Fazenda e lhe dou provimento para reincluir na lide o solidário dantes excluído. Quanto ao Recurso do sujeito passivo, nego-lhe provimento para manter, na íntegra, o teor da decisão cameral.

Sala das sessões plenárias, em 28 de maio de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Aquisição de mercadoria em quantidade incompatível com uso e consumo do adquirente (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01347/13

Relator: Conselheiro David Fernandes de Carvalho

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Multa formal por aquisição de mercadorias com ICMS retido na fonte em quantidade incompatível com a necessidade de uso e consumo do destinatário, porém com aplicação da forma privilegiada da penalidade (§ 8º do art. 71 do CTE). Procedência. Decisão unânime.

1. É procedente a aplicação da multa formal por aquisição de mercadorias em quantidade incompatível com a necessidade de uso e consumo do destinatário, quando existam nos autos provas sobejas de tal fato, seja em relação aos fornecedores (pois emitiam notas fiscais com ICMS retido na fonte), seja em relação ao público em geral (que conhecia o estabelecimento como "Bar do Renair), seja em relação à fiscalização (conforme declaração constante dos autos, de se tratar de uma 'pizzaria').

2. Deve-se aplicar a forma privilegiada da penalidade (art. 71, § 8º, do CTE) quando não ocorra, ainda que indiretamente, omissão de pagamento de imposto, por se tratar de mercadoria com ICMS retido na fonte.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 28 de junho de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 da Lei nº 11.651/91. Participaram do julgamento os Conselheiros David Fernandes de Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Alcedino Gomes Barbosa.

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo adquiriu mercadorias da empresa [...] Refrigerantes S/A com ICMS retido pelas operações posteriores, no período de 02/01/2009 a 30/05/2009, no valor comercial de R\$58.873,47, em volume que caracteriza intuito comercial, portanto incompatível com a necessidade de uso e consumo de consumidor final, conforme demonstrativo, cópias das notas fiscais de aquisição e declaração de Renair Aparecido da Silva, em anexo. Em consequência deve pagar multa formal sobre o valor da operação de 25%, no total de R\$14.718,36 (quatorze mil, setecentos e dezoito reais e trinta e seis centavos), mais acréscimos legais.

Foram citados como dispositivos legais infringidos os arts. 44, 152 e 156 do CTE, c/c arts. 34, § 2º, XI, 96 e 98 do RCTE.

A penalidade proposta é a tipificada no art. 71, VII, “g”, do CTE, com as redações conferidas pelas Leis nºs 13.446/99 e 16.241/08.

Para instrução processual, juntou-se ao feito: a) planilha em que se especifica nota fiscal por nota fiscal de aquisição das mercadorias, mediante indicação do número do documento fiscal, série, CGC do remetente, CFOP, quantidade, valor do produto, alíquota da multa formal, data de emissão e valor da multa formal (fls. 04 a 10); b) cópia do Termo de Declarações do sujeito passivo junto ao Grupo Especial de fiscalização e Combate à informalidade, da Secretaria da Fazenda (fls. 11); c) cópia das notas fiscais especificadas na planilha referida (fls. 12 a 123).

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece em primeira instância e apresenta impugnação (fls. 129 a 130) em que alega que mantinha um pequeno estabelecimento comercial rudimentar ao qual comprava e vendia mercadorias com imposto retido na fonte e que, após o fim do regime rudimentar, permaneceu comprando para atender clientela nos finais da tarde, para ter um rendimento de dois salários, capaz de garantir a subsistência da família.

Pede o cancelamento do auto de infração.

O julgador singular não deu provimento às alegações do sujeito passivo, e decidiu pela procedência da ação fiscal.

Regularmente intimado para comparecer em 2ª instância, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário (fls. 142 a 144) em que repete os mesmos argumentos expendidos em seu comparecimento em primeira instância.

DECISÃO

No presente processo a autoridade fiscal promove a cobrança de multa formal, mais acréscimos legais, sob o fundamento de o adquirente não estar inscrito no CCE, e ter adquirido mercadorias em quantidade incompatível com a necessidade de consumo do destinatário

Por oportuno, transcrevo o texto da penalidade aplicada na peça básica, constante da Lei nº 11.651/91 – Código Tributário do Estado de Goiás – CTE, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores da exigência fiscal:

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

.....

VII - de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação ou da prestação:

.....

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO à alínea “g” do inciso vii do art. 71 PELO ART. 1º DA lei nº 16.241, DE 18.04.08 - VIGÊNCIA: 01.05.08.

g) pela aquisição, importação ou recebimento de mercadoria em quantidade incompatível com o uso ou consumo do destinatário;

Compulsando os autos, verifica-se que o sujeito passivo autuado realmente configura-se como contribuinte do ICMS, visto que realizou operações de circulação de mercadorias com habitualidade e em volume que caracteriza intuito comercial.

Nos autos, há provas de que o sujeito passivo comercializava mercadorias, visto que em suas declarações para o Grupo Especial de Fiscalização e Combate à Informalidade (fls. 11) o mesmo admite que tem uma pizzaria, sem cadastro no Estado, dentro de sua residência e que comprava mercadorias (refrigerantes, cervejas, cigarros, salgadinhos embalados e algum material para fazer pizza) em seu CPF próprio.

A pessoa em cujo nome eram adquiridas as mercadorias expressa claramente que é contribuinte do imposto, inclusive declina a atividade econômica que desenvolvia na sua empresa, de “pizzaria”.

Assim, existe infração à legislação tributária no comportamento do sujeito passivo de constituir-se em contribuinte do ICMS, porém sem inscrever-se no CCE, adquirindo mercadorias em quantidade incompatível com o uso ou consumo do mesmo, sendo pertinente a penalidade que a autoridade fiscal enquadra o sujeito passivo.

Agindo o sujeito passivo na qualidade de contribuinte do ICMS sem que tivesse providenciado a sua inscrição estadual, deve-se puni-lo por este fato, na forma tipificada no auto de infração, porquanto o mesmo não se configura como consumidor final de produtos, mas pela quantidade e frequência de suas aquisições, caracteriza-se indubitavelmente como comerciante, mormente quando as provas constantes dos autos firmam a convicção de que o sujeito passivo atuava nessa condição, pois comprovam justamente que o sujeito passivo era contribuinte do ICMS, e agia assim às escâncaras, tanto para o fornecedor das mercadorias, visto que nas notas fiscais há a identificação de “Bar do [...]” e a retenção do ICMS na fonte, quanto para o fisco, como para qualquer interessado em realizar compra e venda em seu estabelecimento.

Dessa forma, é procedente o auto de infração.

Entretanto, as mercadorias relacionadas no auto de infração, por se tratar de cervejas e refrigerantes, já encontram-se com o ICMS retido na fonte, motivo pelo qual acolho a alegação feita pelo Conselheiro Jorge Antonio Bezerra Oliveira, para julgar com a unanimidade de meus pares, procedente a aplicação do § 8º do art. 71, do CTE, reduzindo a multa formal em 50% (cinquenta por cento), porquanto não há, ainda que de forma indireta, omissão de pagamento do imposto.

Isso posto, conheço do recurso voluntário, e com a unanimidade de meus pares, nego-lhe provimento para confirmar a sentença de primeiro grau, e julgar PROCEDENTE a exigência fiscal em comento, porém com a aplicação do § 8º do art. 71 do CTE, motivo pelo qual a multa formal em seu valor originário fica reduzida para R\$7.359,18 (sete mil, trezentos e cinquenta e nove reais e dezoito centavos), mais acréscimos legais.

Sala das sessões, em 17 de julho de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Calçamento de documento fiscal - Aplicação do § 8º do art. 71 do CTE (Procedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00063/13

Relator: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Exigência de imposto sobre valor tributável omitido pela consignação de valores diferentes em vias de documento fiscal. Procedência. Decisão unânime.

I - O documento fiscal não pode conter emenda ou rasura, devendo os dizeres resultantes de seu preenchimento serem claros, legíveis e idênticos, em todas as suas vias. (RCTE, art. 147, § 3º);

II - Declara-se procedente o lançamento de ofício relativo a infração devidamente comprovada pelo Fisco, cuja ocorrência não tenha sido afastada pelo sujeito passivo.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de novembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

Em 12 de agosto de 2010, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 4.704,00 (quatro mil, setecentos e quatro reais), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter, emitido na data de 31.10.2008 a Nota Fiscal nº 43, consignando na 1ª via desse documento o valor de R\$ 39.440,00 e na 2ª via (fixa) o valor de R\$ 240,00, escriturando a saída no livro Registro de Saídas pelo valor menor, originando a diferença no valor de R\$ 39.200,00 (trinta e nove mil e duzentos reais), base de cálculo do imposto ora exigido.

Citados como infringidos o art. 64 da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 147, § 3º, do Decreto nº 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 71, XII, "a", item 2, da Lei nº 11.651/91, agravada pelo § 9º, I, do mesmo artigo e diploma legal.

Identificada como sujeito passivo solidário a pessoa física [...], na condição de administrador da firma autuada (fls. 4).

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 3), cópias de vias da Nota Fiscal nº 43 (fls. 9 a 10) e do livro Registro de Saídas (fls. 12 a 17).

Intimados em 26.08.10 (fls. 21 e 23), a empresa autuada e o solidário não comparecem ao processo, sendo declarados revéis (fl. 24).

Revéis, a empresa autuada e o solidário apresentam impugnação em Segunda Instância em peças distintas (fls. 32 a 33 e 49 a 50, respectivamente).

A empresa autuada pede a improcedência da exigência fiscal, alegando que o calçamento das notas fiscais é da responsabilidade de vendedor comissionado por ela contratado. Solicita a aplicação do art. 68 do CTE.

Junta cópia do Boletim de Ocorrência nº 031/2010 (fls. 41 a 42) e cópias de vias das Nota Fiscal nº 043 (fls. 47 a 48).

O solidário [...] pede a exclusão de seu nome da lide, alegando que à época da atuação não mais era sócio da empresa autuada.

É o relatório.

DECISÃO

Dirigindo-me ao mérito, inicialmente destaco que o Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE), art. 173, § 3º, determina que o documento fiscal não pode conter emenda ou rasura, devendo os dizeres resultantes de seu preenchimento serem claros, legíveis e idênticos, em todas as suas vias:

“Art. 147. [...]

§ 3º O documento fiscal não pode conter emenda ou rasura, devendo os dizeres resultantes de seu preenchimento serem claros, legíveis e idênticos, em todas as suas vias.”

O Código Tributário Estadual (CTE), em seu art. 71, XII, “a”, 2, fixa a multa equivalente ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor da operação, pela emissão de documento fiscal para acobertar operação, em que se consigne valor diferente em suas vias:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XII - equivalentes aos percentuais de:

[...]

a) 50% (cinquenta por cento) do valor da operação ou prestação:

[...]

2. pela emissão de documento fiscal para acobertar operação ou prestação, em que se consigne valor, quantidade, qualidade, espécie, origem ou destino diferentes em suas vias;

[...]"

No caso em análise, os elementos de instrução da acusação (fls. 9 a 17) revelam a consignação de valores diferentes nas 1ª e 2ª vias da Nota Fiscal nº 043 emitida para acobertar operação tributada, bem como a escrituração da saída no livro Registro de Saídas pelo menor valor, originando a diferença do valor comercial não ofertado à tributação, base e cálculo do imposto exigido no auto de infração.

Tentativa vã do sujeito passivo de responsabilizar seu funcionário pela irregularidade fiscal, pois a obrigação principal resultou de obrigação acessória a ser cumprida pelo contribuinte (emissão regular de documento fiscal).

O presente caso não é de inidoneidade documental, não sendo cabível a aplicação do art. 68 do CTE, pleiteada pelo sujeito passivo.

Não vejo possibilidade de excluir da autuação o solidário [...], administrador da firma autuada, por ter ele se retirado da sociedade apenas em 05.11.2008 (fl. 8), posterior à data da ocorrência do fato gerador do imposto (31.10.2008).

Ante o exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 22 de janeiro de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Destruição de documentos fiscais em razão de sinistro (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01218/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: ICMS. Multa formal. Destruição de documentos fiscais em razão de incêndio. Foco de incêndio advindo de estabelecimento vizinho. Ausência de infração por parte do sujeito passivo atuado. Improcedência.

I - Não comete infração à legislação tributária estadual o contribuinte do ICMS que, comprovadamente, sendo vítima de incêndio, tiver seus documentos fiscais destruídos em razão do sinistro.

II - Consoante entendimento adotado no Parecer nº 1665/2009-GPT, no caso de destruição de documentos fiscais decorrente de fato de força maior (sinistro), 'restando provado que o contribuinte não contribuiu para a ocorrência do fato e que nada podia fazer para evitá-lo, não deverá ser apenado'.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de dezembro 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 Carlos Andrade Silveira, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Cláudio Henrique de Oliveira, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa e Nivaldo Carvelo Carvalho. Vencidos os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Renato Moraes Lima, Victor Augusto de Faria Morato e Washington Luis Freire de Oliveira, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe parcial provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, porém, com a aplicação do § 3º, do art. 71, do CTE, no valor original da multa pecuniária de R\$ 39.793,43 (trinta e nove mil, setecentos e noventa e três reais e quarenta e três centavos).

RELATÓRIO

O crédito tributário reclamado à lide se refere à imputação de uma multa de caráter formal, originada da presunção de extravio de documentos fiscais não registrados em livro próprio, por não terem sido apresentados ou restituídos à Delegacia da sua circunscrição os documentos fiscais apontados na peça basilar, quanto da apresentação do pedido de baixa cadastral.

Foram dados como infringidos os artigos 64 e 146, parágrafo único, do Código Tributário Estadual. A penalidade aplicável é a do artigo 71, inciso XVIII, alínea "a", da Lei nº 11.651/91.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: anexo estruturado - detalhamento do crédito tributário, cópia folha de livro de registro de saídas, controle de impressão/autenticação de documentos fiscais, relatório dos sócios pela inscrição ou CGC (fls. 03-06).

O sujeito passivo, depois de devidamente intimado, compareceu ao feito, tempestivamente, através de seu representante legal, alegando que teria ocorrido um incêndio em seu estabelecimento, que teve origem em estabelecimento vizinho, e que o fisco não teria acatado o Boletim de Ocorrência, os relatórios de ocorrência pericial e técnico, assim como, as fotografias apresentadas relativas ao sinistro. Pediu pela improcedência do presente feito.

O julgador singular não dá guarida aos argumentos do sujeito passivo por entender que este nada traz aos autos que possa afastar a acusação fiscal e com isso descaracterizar a presunção legal de extravio, perda ou inutilização dos documentos que deram origem ao litígio; que deveria ter anexado aos autos às cópias dos Anexos I e II, ambos da Instrução Normativa nº 606/03-GSF e ainda do Anexo XII ou do XIII da Instrução Normativa nº 887/07; que a empresa não guardou sua documentação fiscal com o devido cuidado e por isso mantém a pretensão fiscal na íntegra.

Cientificado, o sujeito passivo interpôs recurso para reiterar que em 09/02/2009 seu estabelecimento comercial foi totalmente queimado por um incêndio em loja vizinha a sua; que seu prédio de alvenaria, juntamente com todo o estoque de mercadorias, móveis, utensílios, computadores, telefones, ferramentas de sua oficina, bloco de notas fiscais, enfim tudo o que estava lá dentro foram destruídos por aquele incêndio, inclusive veículos que estavam lá dentro; que nada sobrou. Colacionou aos autos o boletim de ocorrência policial bem como o do Corpo de Bombeiros e o relatório da Polícia Técnica.

Aduziu ainda que sempre cumpriu com suas obrigações e não realizou incêndio criminoso para furtar-se ao cumprimento de suas obrigações, sejam elas quais forem e requer a reforma da decisão singular para considerar improcedente o auto de infração.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

A Fazenda Pública, intimada, apresentou recurso para o Conselho Pleno, fls. 136-137, alegando que a decisão cameral teria que ser reformada por revelar-se contrária a disposição expressa da legislação tributária estadual (artigo 484, §1º do RCTE) e aos elementos de prova que instruem este feito. Aduziu que os procedimentos adotados pelo contribuinte revelam-se relevantes apenas nas órbitas civil e criminal, no sentido de prevenir eventuais responsabilidades da

atuada pelo uso indevido por parte de terceiros dos documentos fiscais considerados extraviados, não produzindo, porém, os efeitos pretendidos pela recorrente na seara tributária, em que a responsabilidade tributária exsurge pelo simples extravio, como punição pela má conservação e guarda dos documentos fiscais que foram confiados - culpa *in vigilando*.

Ao final, requereu a reforma do acórdão cameral para manter o julgamento proferido em primeira instância.

O sujeito passivo foi intimado, porém deixou prazo transcorrer *in albis* (fls. 139-143).

DECISÃO

Compulsando-se os autos, verifico que as provas que lhe foram colacionadas atestam que o recorrente não agiu de maneira dolosa ou culposa para a ocorrência do sinistro (incêndio) nem tampouco para a destruição dos documentos que por ora a fazenda pública está a cobrar-lhe. Em bom português jurídico, não há nexos de causa entre os fatos e a conduta praticada e por isso estou convencido de que o presente auto de infração não deve prosperar.

O artigo 112 do Código Tributário Nacional – CTN, estatui que na interpretação da lei tributária, que define infrações/penalidades, deve-se analisar a natureza e as circunstâncias materiais do fato, bem como a extensão de seus efeitos. Por oportuno, transcrevo-o abaixo, *in verbis*:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quando:

I – à capitulação legal do fato;

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Destes autos, deduz-se peremptoriamente que houve a destruição involuntária dos documentos fiscais. O Código Tributário Estadual, em seu artigo 71, define como infração o extravio, perda ou inutilização de documentos fiscais, no entanto, considero que neste caso não se verificou extravio, perda ou sequer inutilização, porém destruição (grifo nosso).

Face ao exposto, verifico não ter havido infração e de consequência não pode haver penalidade, ou seja, a multa aplicada pelo agente atuante não procede.

Na sequência, invoco o Parecer nº 1.665/2009-GPT, exarado pela Gerência de Políticas Tributárias da SEFAZ-GO, que orientou a Delegacia

Regional de Morrinhos sobre procedimentos a serem adotados pelo fisco, no caso de extravio de documentos fiscais decorrentes de força maior (sinistro), com destaque para sua conclusão, abaixo transcrita, *verbatim*:

“Quando o contribuinte alegar que o extravio, perda ou inutilização do documento fiscal se deve a fato de força maior (sinistro), deverá comprovar tal alegação mediante apresentação de Termo de Ocorrência, ou sendo o caso, Laudo Técnico (ex. bombeiros) ou outro documento probante.

Neste caso, restando provado que o contribuinte não contribuiu para a ocorrência do fato e que nada podia fazer para evitá-lo, não deverá ser apenado.”

Transcrevo-o abaixo, por entender oportuno, o inteiro do teor do aludido Parecer, *ipsis litteris*:

“Processo nº: 200900004017710

Nome: [...]

Assunto: Consulta incidental formulada pela DRF Morrinhos.

Parecer

A Delegacia Regional de Morrinhos, em face da comunicação de perda/destruição de documentos fiscais, feita pelo empresário individual José Gomes da Silva Santa Cruz, em virtude de roubo e incêndio ocorridos no escritório de seu contabilista, alegando a necessidade de harmonizar procedimentos, formula a seguinte consulta: quais procedimentos devem ser adotados pelo contribuinte e pelo Fisco no caso de extravio de documentos fiscais?.

De início, verifica-se que há no sítio da Sefaz na Internet, na guia informações, no item – Lista de Serviços da Delegacia Regional > 4 – Documentos Fiscais, orientação ao contribuinte dos procedimentos a serem adotados em caso de extravio de documentos fiscais, conforme preceitua a Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001, que estabelece: Art. 7º - Os órgãos e entidades administrativas deverão elaborar modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes.”

O assunto proposto deve ser analisado à luz dos seguintes dispositivos do Decreto nº 4.852 de 29 de dezembro de 1997, como seguem:

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO ART. 140 PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 7.013, DE 23.10.09 - VIGÊNCIA: 28.10.09.

Art. 140. O prazo para utilização documento fiscal confeccionado é de 4 (quatro) anos, contados a partir da data da autorização de sua confecção, findo o qual o documento deve ser recolhido à Delegacia Regional de Fiscalização em cuja circunscrição localizar-se o contribuinte, para inutilização (Convênio SINIEF SN/70, art. 16, § 2º).

[...]

Art. 156. O documento fiscal não utilizado, quando for recolhido à repartição fazendária por motivo de baixa ou suspensão da inscrição no CCE ou, ainda, por

ter esgotado o prazo para sua utilização, deve ser inutilizado pelo fisco com fornecimento de comprovante ao interessado ou lavratura de ocorrência no livro próprio.

Parágrafo único. A inutilização é efetuada pelo setor próprio da delegacia fiscal por qualquer processo que impossibilite a sua reutilização, como a feitura de vários cortes ou a sua incineração.

Art. 157. O contribuinte pode solicitar ao Delegado Fiscal de sua circunscrição a autorização para proceder à inutilização de documentos fiscais após a ocorrência da prescrição dos créditos tributários decorrentes dos atos, fatos e negócios a que se refiram, anexando ao pedido relação detalhada dos documentos contendo quantidade, modelo, numeração e exercício da emissão e registro.

Parágrafo único. O Delegado Fiscal, à vista da regularidade fiscal do contribuinte e da inexistência de processo administrativo tributário em andamento relativo ao período a que se refiram os documentos, deve autorizar a inutilização, bem como a lavratura da correspondente ocorrência no livro próprio, podendo determinar a realização de diligência para complementar informação ou esclarecer circunstância que julgar necessário.

[...]

Art. 484. Antes de qualquer procedimento fiscal, o contribuinte e demais pessoas sujeitas ao cumprimento de obrigação tributária pode procurar a repartição fazendária competente para, espontaneamente (Lei nº 11.651/91, art. 169):

I - sanar irregularidades verificadas em seus livros ou documentos fiscais, sem sujeição à penalidade aplicável, observado o disposto no inciso seguinte, quando da irregularidade não tenha decorrido falta de pagamento de tributo;

II - pagar, fora do prazo legal, o tributo devido, acrescido de multa apenas de caráter moratório, equivalente a 5% (cinco por cento) ao mês, pro rata die, até o limite de 15% (quinze por cento).

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 22.08.06.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO II DO ART. 484 PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 6.537, DE 21.08.06 - vigência: 23.08.06.

II - pagar, fora do prazo legal, o tributo devido, acrescido de multa apenas de caráter moratório equivalente a 4% (quatro por cento) ao mês, pro rata die, até o limite de 12% (doze por cento).

NOTA: Redação com vigência de 23.08.06 a 29.12.08.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO II DO ART. 484 PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 6.938, DE 01.07.09 - vigência: 30.12.08.

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).

§ 1º O disposto no inciso I do caput deste artigo somente se aplica aos casos de inutilização, destruição, perda ou extravio de livro ou documento fiscais, quando o

sujeito passivo oferecer os elementos necessários à reconstituição dos elementos contidos nos mesmos, observado o disposto neste regulamento.

§ 2º O contribuinte pode formalizar a espontaneidade de que trata o inciso I do caput deste artigo com a lavratura, no livro próprio, de ocorrência descrevendo a irregularidade, e com a obtenção do visto da repartição fazendária competente, na respectiva ocorrência.

§ 3º Quando a inutilização, a perda ou o extravio se referir a documento fiscal que ainda não foi utilizado, o Superintendente da Receita Estadual da Secretaria da Fazenda deve expedir ato declarando a nulidade do documento, para todos os efeitos fiscais.

§ 4º O documento de arrecadação, devidamente quitado pelo órgão arrecadador, formaliza a espontaneidade de que trata o inciso II do caput deste artigo.

Art. 496. O direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados (Lei nº 11.651/91, art. 182):

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.”

De regra, o contribuinte deve manter os documentos fiscais emitidos pelo período decadencial do ICMS (art. 157 c/c 496) e devolver à repartição fiscal própria para inutilização os documentos não emitidos no prazo de utilização (art. 156).

Vale lembrar que, qualquer que seja o ramo considerado, se não temos uma sanção, a rigor o comando normativo passa a ser pouco mais do que um mero convite. É na perspectiva de uma sanção que o indivíduo é compelido a tomar determinada ação ou a abster-se de determinado comportamento. Vale frisar que a imposição de penalidade está relacionada a uma conduta do apenado.

Logo, se o contribuinte descumprir a norma estará, sujeito a uma sanção, no caso em análise inserta no art. 71 do CTE, a qual se constitui no mecanismo pela qual a norma se torna cogente.

Pois bem, quanto ao extravio, perda ou inutilização de documentos fiscais, dentro do prazo em que o contribuinte estava obrigado a mantê-los à disposição do Fisco, teremos as seguintes situações:

1 – Extravio (vias “fixas”) de documentos fiscais emitidos que se encontram escriturados em Livros Fiscais, ou que essa escrituração possa ser reconstituída, ou que os dados já tenham sido repassados à Sefaz.

Nesta situação o contribuinte deverá adotar os procedimentos descritos no “Requerimento/Comunicado de Perda, Inutilização ou Extravio de Documentos

Fiscais Utilizados” (fls. 03), e não se sujeitará à penalidade, caso atenda o disposto no § 1º do art. 484, do RCTE;

2 – Extravio de “documentos fiscais” em branco, passíveis de utilização.

O contribuinte deverá solicitar a expedição de ato declaratório de nulidade, nos termos do § 3º do art. 484 do RCTE e adotar os procedimentos descritos no “Requerimento de Ato Declaratório de Nulidade de Documento Fiscal por Perda, Inutilização ou Extravio de Documentos Fiscais Não Utilizados”, conforme documento de fls. 09, não eximindo o contribuinte da penalidade aplicável.

Quando o contribuinte alegar que o extravio, perda ou inutilização do documento fiscal se deve a fato de força maior (sinistro), deverá comprovar tal alegação mediante apresentação de Termo de Ocorrência, ou sendo o caso, Laudo Técnico (ex. bombeiros) ou outro documento probante.

Neste caso, restando provado que o contribuinte não contribuiu para a ocorrência do fato e que nada podia fazer para evitá-lo, não deverá ser apenado.

Contudo em se tratando de período que ainda não houve o pagamento do imposto, deverá ser observado o disposto no art. 460 do RCTE.

Ante o exposto, sugerimos ao Senhor Superintendente de Administração Tributária que solucione a presente consulta nos termos deste parecer.

É o parecer.

Goiânia, 01 de dezembro de 2009.

Gilson Aparecido de Sillos

Assessor Tributário

De acordo:

LIDILONE POLIZELI BENTO

Coordenador

Aprovado:

CÍCERO RODRIGUES DA SILVA

Gerente de Políticas Tributárias

Doutos colegas julgadores, em consonância com parecer expedido pela Gerente de Políticas Tributárias, estou convencido de que a conduta praticada pelo sujeito passivo bem como as provas colacionadas a estes autos, estão em perfeita sintonia com os cânones do citado diploma e do ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual, agasalhado pela maioria do voto de meus pares, conheço do recurso da Fazenda Pública Estadual para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o presente auto de infração.

VOTO EM SEPARADO

A exigência feita em face do sujeito passivo em epígrafe refere-se à multa formal por falta de restituição à Secretaria da Fazenda, em processo de baixa cadastral, de 3712 Notas Fiscais, mod. 1, série 2, numeradas tipograficamente de 5289 a 9000.

A penalidade pecuniária exigida alcança o valor originário total de R\$ 991.363,84 (novecentos e noventa e um mil trezentos e sessenta e três reais e oitenta e quatro centavos).

No entanto, o lançamento fiscal de ofício não deve prevalecer pelas razões já aduzidas no voto do relator, as quais aderimos e pelas que adicionamos a seguir.

Como consta do relatório, a não restituição dos documentos fiscais à SEFAZ se deveu a sinistro (incêndio) ocorrido no estabelecimento da autuada [...], em decorrência de fogo advindo de foco de incêndio iniciado em estabelecimento vizinho.

No item 7.1 do **Laudo de Exame Pericial de Local de Incêndio**, expedido pela Divisão de Perícias Externas da Superintendência de Polícia Técnico-Científica da Secretaria de Segurança Pública de Goiás, de fls. 25/61, consta, *in verbis*:

A um exame panorâmico do local sinistrado, verificamos a existência de um único foco de incêndio localizado na lateral esquerda da LOJA DE BATERIAS [...]. Deste local o incêndio se propagou, devido a existência ali, de objetos de fácil combustão espalhados pelo local, e atingiu toda área por ele ocupado danificando praticamente todos os móveis, materiais, objetos e documentos ali existentes. Examinando os remanescentes 'in loco', verificamos que toda parte interna da loja apresentava-se intensamente castigada pelas chamas e que devido alta temperatura a estrutura metálica da cobertura foi superaquecida, se desagregou, retorceu e caiu juntamente com o telhado.

[...]

Devido a existência de objetos de fácil combustão espalhados por toda a LOJA DE BATERIAS [...] o incêndio propagou-se por continuidade e proximidade devido a alta temperatura atingida e a existência de materiais de fácil combustão e atingiu a loja [...], onde, também, devido a existência de objetos de fácil combustão espalhados pelo local, o incêndio também se propagou-se por continuidade e proximidade e atingiu toda área por ele ocupado danificando grande parte dos móveis, materiais, objetos e documentos ali existentes. Onde as chamas não conseguiram propagar com intensidade, as paredes, e os materiais ali existentes ficaram impregnados por fuligem. Nesta loja, a alta temperatura também superaqueceu a estrutura metálica da cobertura e esta, se desagregou, retorceu e caiu juntamente com o telhado.

Destarte, fica claro que não procede a exigência de pena pecuniária contida na inicial, precisamente porque não há prática de infração por parte do sujeito passivo autuado.

Conceitualmente, infração é a conduta – ação ou omissão – contrária à norma. Para que exista infração, em primeiro, é necessário que exista uma norma que imponha uma obrigação de agir (positiva) ou uma obrigação de se omitir (negativa). Em segundo, é necessária a prática de uma ação (ou omissão) em contrariedade ao comando normativo.

No presente caso, não é possível atribuir ao sujeito passivo nenhuma conduta contrária à legislação tributária, visto que seu estabelecimento foi vítima de sinistro e – dadas as circunstâncias do fato, isto é, fogo advindo de estabelecimento vizinho – não se pode sequer cogitar que ele tenha dado causa ao evento.

Registre-se que outra não é conclusão contida no Parecer nº 1665/2009-GPT, referente à consulta formulada pela DRF de Morrinhos a respeito de situação idêntica à versada nestes autos, cujo inteiro teor já foi transcrito no voto do relator.

No arremate do referido Parecer o ilustre assessor tributário que o prolatou fez constar o seguinte: “Quando o contribuinte alegar que o extravio, perda ou inutilização do documento fiscal se deve a fato de força maior (sinistro), deverá comprovar tal alegação mediante apresentação de Termo de Ocorrência, ou sendo o caso, Laudo Técnico (ex. bombeiros) ou outro documento probante” e, ainda, “Neste caso, restando provado que o contribuinte não contribuiu para a ocorrência do fato e que nada podia fazer para evitá-lo, não deverá ser apenado”.

Ou seja, não será apenado, porquanto não praticou conduta que violasse a norma.

Por outro lado, não há cominação de penalidade para a situação material (sinistro) devidamente comprovada nos autos do processo. O art. 71, XVIII, ‘a’ do CTE, ao tempo da ocorrência, estabelecia que seria aplicada multa no valor de R\$ 267,07 (duzentos e sessenta e sete reais e sete centavos), por livro ou documento, pelo seu extravio, perda ou inutilização [...].

Por óbvio, não há lugar para que se considere a ocorrência de extravio, perda ou inutilização de notas fiscais. Não houve perda nem tampouco extravio. E, ao contrário do que foi suscitado em voto oral divergente, não houve também inutilização de documentos fiscais. Inutilizar significa “*tornar inútil*” (Michaelis), ou seja retirar a utilidade. Neste caso, o documento existe, mas fica sem condição de uso. É o caso de se deixar cair uma lata de tinta sobre o bloco de notas fiscais em branco, de modo que ele não mais sirva para o propósito original que lhe era destinado. Todavia, circunstância semelhante a esta não se vê no processo.

Além disso, a única interpretação plausível no caso da punição quanto à hipótese de inutilização de documentos fiscais é que a inutilização seja praticada pelo sujeito passivo (apenado) ou decorrente de ato por ele praticado, de forma

que se torne possível estabelecer o nexo causal entre a ação do sujeito passivo e o resultado *inutilização de documentos fiscais*. Assim, caso a eventual inutilização seja decorrente de fato alheio à sua vontade e sobre o qual ele não tenha controle não fica configurada a hipótese punitiva.

Nada obstante, não existe nenhum elemento no processo que conduza a conclusão de que teria havido inutilização proposital de documentos fiscais, visto que a causa do sinistro não pode ser atribuída à atuada.

De se destacar que o próprio autor do procedimento fiscal evitou utilizar os verbos correspondentes às hipóteses descritas nos dispositivo legal que estabelece a pena e, assim, ao invés de registrar que o contribuinte **extraviou**, **perdeu** ou **inutilizou** documentos fiscais preferiu dizer que o contribuinte “Deixou de restituir à Secretaria da Fazenda...”.

Por outro lado, não há como acolher a tese esposada no recurso fazendário no sentido de que, ao teor do § 1º do art. 484 do RCTE, a penalidade somente poderia ser excluída se o sujeito passivo oferecesse elementos necessários à reconstituição dos elementos contidos nos documentos fiscais e que “a responsabilidade exsurge pelo simples extravio, como punição pela má conservação e guarda dos documentos fiscais que lhe foram confiados – culpa *in vigilando*”.

De se ver que o dispositivo regulamentar invocado pela Fazenda Pública Estadual (RCTE, art. 484, § 1º) cuida da aplicação da “*denúncia espontânea*” aos casos de inutilização, destruição, perda ou extravio de livros ou documentos fiscais, situação em que o sujeito passivo, oferecendo meios para reconstituição dos elementos contidos nos documentos fiscais, não é apenado. Contudo, tal não é o caso, visto que não se pode atribuir ao sujeito passivo nem o extravio, nem a perda, nem a inutilização, nem a destruição dos documentos fiscais. Por óbvio, o regulamento trata das hipóteses de perecimento ou desaparecimento de documentos atribuíveis ao sujeito passivo, razão pela qual é excluída a responsabilidade pela infração em razão da denúncia espontânea. Todavia, como não existe infração imputável à atuada, não há que se falar em denúncia espontânea, de modo que não cabe exigir dela que apresente elementos para reconstituir os documentos fiscais.

De se considerar ainda que a proposição fazendária recai em uma obrigação impossível em face do ocorrido, haja vista que em conformidade com o laudo pericial foram destruídos todo o estoque de mercadorias, a instalação completa, todos os documentos e até mesmo um veículo de cliente que se encontrava em serviço e que pernoitava no interior do estabelecimento.

Admitir a tese fazendária, guardadas as devidas proporções, seria o mesmo que considerar que em casos de fenômenos da natureza (v.g., enchentes ou avalanches que comumente ocorrem em certas regiões do país), após o Estado envidar os esforços de amparo aos vitimados, enviando grupamento de bombeiros, defesa civil, equipe médica, grupo de voluntários, etc., seguiria o Fisco atuando as empresas por inutilização de documentos fiscais, contudo, oferecendo-lhes a

benevolência de reconstituírem tais documentos como condição para se livrarem da multa.

Ademais não há culpa *in vigilando*, como que a Fazenda Pública. Que culpa *in vigilando* seria esta? Será que a FPE quer atribuir à atuada a obrigação de vistoriar a fiação elétrica do estabelecimento vizinho? Para mim, data vênia, é mais que óbvio que esta argumentação não faz nenhum sentido.

Por fim, há que ser respondida a interrogação que alguns, um tanto apreensivos, apresentaram para justificar a punição à atuada: *Quer dizer então que o contribuinte não poderia ser fiscalizado?* A resposta é simples. O sujeito passivo poderá ser fiscalizado a partir dos dados que o Fisco disponha e que antes do incêndio lhe foram apresentados (DPI, arquivos magnético, e outros) ou, no que couber, mediante arbitramento. Todavia, não poderá ser punido por infração que não praticou. Ou seja, não poderá ser punido pelo incêndio de que foi vítima.

Por outro lado, verifica-se, por meio da cópia do livro Registro de Saídas, de fls. 04, que a última nota fiscal registrada, datada do dia 30 de janeiro de 2009, foi a de nº 5288, tendo sido as demais notas fiscais consideradas como “não restituídas” à SEFAZ. Daí se conclui que a maioria das notas fiscais estavam em branco, isto é, não tinha sido emitidas pelo sujeito passivo atuado, o que implica dizer que não havia muito o que fiscalizar em relação aos documentos destruídos pelo incêndio.

Diante do exposto, acompanho o bom juízo do relator, para conhecer do recurso da Fazenda Pública, negar-lhe provimento e confirmar a decisão cameral que julgou improcedente do auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 02 de julho de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Extravio de documentos fiscais - aplicação atenuante prevista no art 71, § 3º do CTE (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00474/13

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: ICMS. Multa formal. Pena pecuniária. Extravio de documentação fiscal. Aplicação da atenuante prevista no § 3º do art. 71 do CTE em detrimento do benefício fiscal do § 8º do mesmo Diploma Legal. Procedência parcial. Decisão unânime.

Provado nos autos que o contribuinte praticou a infração estampada na basilar sem que tenha omitido o imposto à época do fato gerador, ainda que de forma indireta, faz jus à redução do valor da multa formal e por isso, o auto de infração deve ser considerado procedente em parte.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 24 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre o valor de multa formal de R\$ 3.231,36 (três mil, duzentos e trinta e um reais e trinta e seis centavos), com a aplicação da atenuante prevista nos termos do § 3º do art. 71 do CTE e não § 8º como aplica o atuante. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, Luis Antônio da Silva Costa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

Notícia a inicial que o sujeito passivo extraviou conforme apurado pela conferência da documentação apresentada e informativo IN. 606/03 GSF Notas Fiscais modelo 2, série D-2, com numeração : 9046, 9601 a 10650, 11001, perfazendo um total de 1052 notas extraviadas, devendo recolher multa formal no valor de R\$ 77.258,88, já com redução do parágrafo 8º do art. 71 do CTE.

1052 notas fiscais X R\$ 73,44 = R\$ 77.258,88

As autoridades lançadoras indicaram como infringida as disposições do art. 64 e 146, § único da Lei 11.651/91.

Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, inciso XX, alínea "a", §8º, da Lei 11651/1991, redação da Lei 12806/1995.

Para instrução processual, a autoridade fiscal atuante anexou documentação de fls. 03/09.

A atuada foi intimada, para pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação a primeira instância, conforme documentos de fls. 10/11.

O atuado interpõe Impugnação à primeira instância às fls. 13/14, na qual requer seja o presente recurso recebido e acatado, para ao final julgar improcedente o auto de infração, via de consequência, o arquivamento definitivo do mesmo.

Em suas argumentações, alega que analisando e conferindo os relatórios da auditoria específica de mercadorias, realizadas pelo Sr. Auditor Fiscal, o qual deu sustentação ao auto de infração, constatou-se que mesmo tendo sido extraviadas as referidas notas fiscais, não houve em nenhum momento a redução/sonegação ou deixou de fazer qualquer pagamento de relativos a tributos.

Alega ainda, que diante deste extravio, a Recorrente na data de 13.06.2008, registrou e comunicou o fato a Delegacia Fiscal a qual pertence, e como prova do alegado, junta cópia autenticada das páginas de abertura do livro de ocorrências, bem como cópia da página onde está registrada tal ocorrência, e onde o Sr. Delegado Fiscal Regional deu ciência da ocorrência.

Junto com a peça impugnatória são colacionados ao feito os seguintes documentos: Procuração "ad judicium" às fls. 15; cópia da Quarta Alteração Contratual às fls. 16/20; cópia de documento pessoal às fls. 21; cópia das páginas de abertura do livro de ocorrências às fls. 22/23.

O julgador singular prola a sentença nº 2083/09 - JULP, de fls. 25/26, na qual decide julgar pela procedência da exigência inicial.

Fundamenta sua decisão que o parágrafo único do art. 146 da Lei 11.651/91, estabelece, de forma clara, a obrigatoriedade de conservação dos livros e documentos fiscais; que uma vez não cumprida a obrigação acessória estabelecida cabe ao fisco aplicar a penalidade prevista para a infração, no caso, a do art. 71, inciso XX, alínea "a", da Lei 11.651/91, com alterações posteriores; que os documentos fiscais apontados no auto de infração não foram apresentados, sendo devida a multa formal reclamada, calculada com a redução prevista no §8º do art. 71 do CTE, por iniciativa da própria autoridade lançadora.

A atuada foi intimada para pagar a quantia exigida ou apresentar Recurso Voluntário à segunda instância, conforme documentos de fls. 27/28.

O atuado apresenta Recurso Voluntário às fls. 30/31, na qual requer seja o presente recurso recebido e acatado, para ao final julgar improcedente o auto de infração, via de consequência, o arquivamento definitivo do mesmo.

Em suas argumentações, alega que analisando e conferindo os relatórios da auditoria específica de mercadorias, realizadas pelo Sr. Auditor Fiscal, o qual deu sustentação ao auto de infração, constatou-se que mesmo tendo sido extraviadas as referidas notas fiscais, não houve em nenhum momento a redução/sonegação ou deixou de fazer qualquer pagamento de relativos a tributos.

Alega ainda, que diante deste extravio, a Recorrente na data de 13.06.2008, registrou e comunicou o fato a Delegacia Fiscal a qual pertence, e como prova do alegado, junta cópia autenticada das páginas de abertura do livro de ocorrências, bem como cópia da página onde está registrada tal ocorrência, e onde o Sr. Delegado Fiscal Regional deu ciência da ocorrência.

Ao final, aduz que o nobre julgador singular não levou em consideração que o extravio das notas fiscais, não causou nenhum prejuízo ao erário estadual, pois, não houve evasão, elisão ou sonegação de qualquer tributo, bem como o sujeito passivo deixou de pagar qualquer tributo, portanto injusta tal penalidade.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano considero que o feito deve prosperar em parte. De fato, não obstante o julgador singular tenha considerado procedente o auto de infração, devo retificar a penalidade aplicada à infração para aquela prevista no § 3º do art. 71 do Código Tributário Estadual. por entender que o sujeito passivo não omitiu o imposto relativo ao período de ocorrência do fato gerador, seja de forma direta ou indireta. Ademais, o art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional faculta ao poder público a aplicação de atenuantes que retroagem no tempo.

Por oportuno, transcrevo-os abaixo, “*in verbis*”

“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 de sua prática.

[...]

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas

[...]

§ 3º As multas previstas nas alíneas “a” do inciso XVIII e “a” do inciso XX poderão ser aplicadas por grupos de até 25 documentos para nota fiscal, modelos 1 ou 1-A, conhecimento de transporte, modelos 8, 9 ou 11, conhecimento aéreo, modelo 10, e de até 50 documentos para os demais documentos fiscais, quando da prática da irregularidade não ensejar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto.” (grifo nosso)

Ante o exposto, doutos colegas conselheiros, devo agrupar essa documentação em blocos de até cinquenta unidades cada, obtendo-se deste modo 21 (vinte e um) blocos de notas fiscais ($1050/50=21$) sendo que as duas notas fiscais que não entraram no cômputo, forçosamente formam um bloco em separado, o que totaliza 22 (vinte e dois) blocos de notas fiscais.

Em consequência, o valor da multa aplicada pelo agente fiscal, a qual era reduzida de 50% (cinquenta por cento) em obediência ao previsto no § 8º do art. 71 do CTE, deve retornar ao seu valor “cheio” ou seja R\$ 146,88 (cento e quarenta e seis reais e oitenta e oito centavos), para que se coadune ao previsto no § 3º do art. 71 do mesmo Diploma Legal. Diante disto, o valor da multa formal fica retificada para R\$ 3.231,36 (três mil, duzentos e trinta e um reais e trinta e seis centavos).

Dessarte, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso, dando-lhe parcial provimento para reformar em parte a decisão singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração sobre o valor da multa formal de R\$ 3.231,36 (três mil, duzentos e trinta e um reais e trinta e seis centavos), com a aplicação da atenuante prevista nos termos do § 3º do art. 71 do CTE e não o § 8º como aplica o autuante.

Sala das sessões, em 18 de março de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Extravio de documentos fiscais - aplicação de atenuante prevista no art. 71, § 3º do CTE (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00620/13

Relator: Conselheiro Alcedino Gomes Barbosa

EMENTA: ICMS. Multa formal. Pena pecuniária. Pedido de Revisão Extraordinária. Extravio de documentação fiscal. Procedência parcial. Decisão por maioria. Aplicação do benefício do § 3º do art. 71 do CTE.

I-É válida a pretensão fiscal sobre a parte não adimplida da obrigação tributária acessória e por isso o auto de infração é procedente em parte.

II- Deve-se reduzir o valor da multa nos termos do § 3º do art. 71 do CTE quando da prática da irregularidade não tenha havido, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 08 de janeiro de 2013, decidiu, por maioria de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração no valor da multa formal de R\$ 891,80 (oitocentos e noventa e um reais e oitenta centavos), porém, computada a aplicação da forma privilegiada prevista no § 3º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Elias Alves dos Santos, Cláudio Henrique de Oliveira, Álvaro Falanque, José Luiz Rosa, Paulo Diniz, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho. Vencidos os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Victor Augusto de Faria Morato, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Ismael Madlum, Renato Moraes Lima, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Luis Antônio da Silva Costa, que votaram conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe provimento para considerar procedente em parte o auto de infração no valor da multa formal de R\$ 44.590,00 (quarenta e quatro mil, quinhentos e noventa reais), porém, sem a aplicação da forma privilegiada prevista no § 3º do art. 71 do CTE.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Revisão Extraordinária apresentado com fundamento no item 1, alínea "a", inciso II, art. 43 da Lei nº 16.469/09, pelo qual o sujeito passivo [...] ME solicitou a desconstituição do crédito tributário formalizado por meio do Auto de Infração n.º 4011200194035, referente à exigência de multa formal em decorrência de extravio dos documentos fiscais, presumido a partir do encerramento de atividades, sem a sua apresentação junto a Delegacia Fiscal de sua circunscrição.

Em suas alegações, o autuado afirmou que os documentos tidos como extraviados foram devolvidos à repartição competente. Acostou aos autos os seguintes documentos a título de prova: requerimento padrão para realização de eventos, Anexo II a VI - IN 606/03-GSF, cópia documentos pessoais do sócio (fls. 18-26).

O sujeito passivo foi intimado a complementar a instrução processual, mas ficou-se inerte (fls. 28-31).

Pelo Despacho 2012/2012 o Presidente admitiu o pedido de revisão extraordinária e determinou o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno para apreciação. Esclareceu que a documentação trazida pelo sujeito passivo comprovou parcialmente a inexistência de extravio de documentos fiscais, pois os documentos fiscais D-1 nºs 001 a 250 não foram entregues à repartição competente. (fls. 34).

DECISÃO

Passo a decidir e de plano considero que o feito é procedente em parte. De fato, a infração estampada na basilar impõe ao sujeito passivo o cumprimento de obrigação tributária acessória, mais precisamente, a apresentação quinhentas notas fiscais, Mod – 2, D-1, cuja numeração vai de 001 a 500, e que em virtude, da suspensão de sua inscrição no cadastro estadual, não foram apresentados em tempo hábil à autoridade fazendária competente.

Compulsando-se os autos, verifico que o sujeito passivo cumpriu parte da obrigação que lhe fora atribuída na basilar, ou seja, os documentos de fls. 18 e 19, atestam a entrega de duzentas e cinquenta dessas notas fiscais, ou seja, daquelas cuja numeração vai do nº 251 a 500. Quanto às demais, cuja numeração vai do nº 001 a 250, devo considerá-las extraviadas e por isso é válida a pretensão fiscal sobre a parte não adimplida da obrigação.

Face ao exposto e considerando-se que não houve omissão no pagamento do imposto apurado no período de ocorrência do fato gerador, ainda que indiretamente, considero que o sujeito passivo faz jus ao previsto no § 3º do art. 71 do Código Tributário Estadual, o qual possibilita a aplicação de multa formal por bloco de até cinquenta documentos fiscais tidos como extraviados, para este tipo de documento fiscal, motivo pelo qual retifico o valor da multa formal para R\$ 891,80 (oitocentos e noventa e um reais e oitenta centavos). Por oportuno, transcrevo-o abaixo, “*ipsis litteris*”,

“§ 3º As multas previstas nas alíneas “a” do inciso XVIII e “a” do inciso XX poderão ser aplicadas por grupos de até 25 documentos para nota fiscal, modelos 1 ou 1-A, conhecimento de transporte, modelos 8, 9 ou 11, conhecimento aéreo, modelo 10, e de até 50 documentos para os demais documentos fiscais, quando da prática da irregularidade não ensejar, ainda que indiretamente, falta de pagamento de imposto.”

O valor acima referido é obtido pela divisão do número de documentos extraviados pelo número de blocos de cinquenta documentos, multiplicado posteriormente pelo valor da multa formal de R\$ 178,36 (cento e setenta e oito reais e trinta e seis centavos) ou seja $\{(250/50) = 5 \times 178,36\} = R\$ 891,80$ c.q.d.

Dessarte, voto com a maioria de meus pares, conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, dando-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração, no valor da multa formal de R\$ 891,80 (oitocentos e noventa e um reais e oitenta centavos, porém, computada a forma privilegiada prevista no § 3º do art. 71 do CTE.

Sala das sessões plenárias, em 09 de abril de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Extravio de documentos fiscais - Suspensão de ofício de inscrição estadual (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00458/13

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: Multa Formal. Extravio de documentos fiscais. Inscrição estadual suspensa de ofício. Improcedente. Decisão unânime.

O recurso do polo passivo, instruído com provas inequívocas de erro de fato substancial, capaz de implicar alteração total ou parcial do lançamento, cujo recurso se enquadra na prescrição do art. 43 da Lei nº 16.469/2009, é acolhido pelo Conselho Pleno em instância única, oportunidade em que o processo recebe decisão definitiva, visto a reforma do lançamento tributário e a declaração da improcedência do auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 22 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia, Renato Moraes Lima, Delcídes de Souza Fonseca e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

O auto de infração descreve a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária acessória com a seguinte redação:

“Não apresentou à Delegacia de sua circunscrição diversos documentos fiscais consoante demonstrativo abaixo, conforme consta da publicação da portaria que suspendeu a sua inscrição no cadastro estadual, conforme cópia anexa da portaria nº 009/11, razão pela qual são considerados extraviados. Em consequência, fica sujeito à multa formal no valor de R\$ 312.130,00.

Numeração						Total de Documentos	Multa	
Modelo	Série	Sub	Inicial	Final	Concessão	Extraviados	por Documento	Valor Total R\$
2	D	2	1	250	468160-6	250	178,36	44.590,00
2	D	1	251	750	547627-5	500	178,36	89.180,00
2	D	2	251	500	657366-5	250	178,36	44.590,00
2	D	2	501	750	716191-3	250	178,36	44.590,00
2	D	1	751	1000	813405-7	250	178,36	44.590,00

2	D	2	751	1000	813405-7	250	178,36	44.590,00"
---	---	---	-----	------	----------	-----	--------	------------

Para suporte do ilícito fiscal descrito, a fiscalização identificou o art. 64 da Lei nº 11.651/91 c/c o art. 109 do Decreto nº 4.852/97, enquanto que a proposição da penalidade recaiu na prescrição do art. 71, inciso XX, alínea "a", item 1 do CTE.

O sujeito passivo aproveita a faculdade do recurso de pedido de revisão extraordinária para requerer a improcedência do auto de infração, cujo alicerce está na afirmação de que ele providenciou a baixa da inscrição estadual no cadastro estadual da empresa, oportunidade em que entregou todos os documentos fiscais, autorizados para uso do estabelecimento comercial, o que constitui prova inquestionável, fato evidenciado com a instrução do recurso pelas cópias dos Anexos II, II e VI da IN 606/03-GSF, o Termo de Baixa de Documento Fiscal nº 070375, fls. 29 e 43.

Por Despacho nº 1161/2012-CAT, fl. 46, a presidência deste egrégio Conselho Administrativo Tributário, sob o amparo no inciso II do § 4º do art. 43 da Lei nº 16.469/09, admite o pedido de revisão extraordinária e determina o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para ser pautado a julgamento pelo Conselho Pleno.

O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 07/08/2012, acata a proposição do Conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, promover a investigação a seguir descrita.

"CONSIDERANDO que o documento de folhas 32, que seria a cópia de Termo de Baixa de Documento Fiscal, emitido em 15 de junho de 2012, pela Delegacia Fiscal de Aparecida de Goiânia, atesta que as notas fiscais modelo 2, série D, subsérie 2 de numeração 215 a 250; 533 a 550; 558 a 600 foram entregues por não terem sido utilizadas;

CONSIDERANDO que o documento de folhas 43, que seria cópia do Anexo II da IN nº 606/03 - GSF, datado de 23/07/2012, atesta que as notas fiscais modelo 2, série D, subsérie 2 de numeração 1 a 750 foram todas entregues usadas;

CONSIDERANDO a clara contradição entre as duas informações, pois as de numeração 215 a 250; 533 a 550 e 558 a 600 ora são informadas como usadas, e em outra oportunidade como não usadas;

RESOLVE remeter os autos à Delegacia Fiscal de Aparecida de Goiânia, para que seu setor competente se manifeste de forma conclusiva sobre a real situação das notas referidas nos parágrafos anteriores, dando seu parecer final sobre a verdade material que cerca o presente processo, confirmando, inclusive, a precisão dos demonstrativos de entrega de documentos anexados, que são a cópia do Termo de Baixa de Documentos Fiscais (fls. 32) e a do Anexo II da IN - 606/03 - GSF (fls. 43).

Após, intime-se o sujeito passivo e retorne para julgamento.

Participaram da decisão os Conselheiros 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, Victor Augusto de Faria

Morato, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, José Luiz Rosa, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes", fls. 47 e 48.

Em atendimento à referida resolução, transcrita acima, a Coordenação de Administração da Agência Fazendária Especial de Aparecida de Goiânia, trouxe a seguinte conclusão:

...“o Termo de Baixa de Documento Fiscal de folhas 32, está correto, onde também atestamos a autenticidade material da cópia, a legitimidade e autenticidade ideológica da informação solicitada.

Sobre o documento de folhas 43, informamos que o mesmo foi elaborado de maneira errada pelo responsável contábil, e na sua apresentação o servidor Edson Rodrigues de Miranda, MB 29864-6 ao recepcionar se equivocou por se tratar documentos com mais de 5 (cinco) anos de uso. Não foi devidamente observado que as Notas Fiscais não utilizadas estavam inseridas juntamente com as utilizadas no mesmo documento.

Intimamos o contador que apresentou novamente junto ao setor competente desta Agência Fazendária as Notas Fiscais utilizadas modelo 2, série D, subsérie 2 de numeração 001 a 214; 251 a 532; 551 a 557; 601 a 851 através do Anexo II da IN 606/03-GSF de folhas 50, onde foram conferidos e devolvidos ao mesmo”, fl. 51.

A Supervisão de Fiscalização daquela Unidade Fiscal devolve o processo a este Conselho com esta informação.

É o relatório.

DECISÃO

O Pedido de Revisão Extraordinária justifica a desconsideração do Termo de Perempção e a abertura das discussões sobre a matéria autuada, visto que o requerente afirmou que os documentos fiscais foram entregues no setor fiscal competente da Delegacia Fiscal de jurisdição do estabelecimento comercial do autuado. Os documentos instrutórios do seu requerimento, inseridos às fls. 29 e 43 dos autos, comprovam o alegado pelo requerente.

Entretanto, para a busca da segurança na decisão do Conselheiro Relator, a Presidência do CAT, após análise da formalização do processo, assina o Despacho nº 1161/2012-CAT, com a conclusão que transcrevo parte:

“De fato, examinando a documentação ora trazida ao processo, constata-se a existência de erro de fato substancial que implica alteração no lançamento procedido pelo Fisco, uma vez que ficou provada a inexistência de extravio de documentos fiscais, conforme se deduz, de forma incontestada, da análise dos documentos supramencionados”, fl. 46.

Depois de examinar a formalização do pedido, firmei o consenso unânime dos Conselheiros presentes na sessão plenária de julgamento do dia, a qual me

convenceu de que, na demanda, assiste razão ao requerente, visto que o sujeito passivo acostou uma cópia dos Anexos II da Instrução Normativa nº 606/03-GSF e do Termo de Baixa de Documentos Fiscais de nº 070375, fl. 32 ao seu pedido, onde consta a numeração das notas fiscais que foram baixadas no setor fiscal da Delegacia Fiscal de jurisdição do estabelecimento, procedimento este que mostra a perda do objetivo do lançamento do crédito.

Portanto, o requerimento do sujeito passivo guarda sintonia com o prescrito no art. 43 da Lei nº 16.469/2009, e as fundamentações apresentadas por quem de direito, neste último recurso administrativo para o Conselho Administrativo Tributário, nos termos do inciso II, letra "a", item 1 do diploma legal citado nestas linhas, impõe o conhecimento do processo pelo Conselho Pleno, instância única competente para proferir decisão definitiva neste processo.

Com a exposição supra, finalizo este meu voto para conhecer das razões do pedido de revisão extraordinária, dar-lhes provimento para considerar improcedente o auto de infração deste processo.

Sala das sessões plenárias, em 14 de março de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Informação divergente entre DPI e arquivo magnético (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 00251/13

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: Multa formal. Obrigação acessória. Informação divergente entre a DPI e o arquivo magnético.

O sujeito passivo é obrigado a apresentar à Secretaria da Fazenda guias e outros demonstrativos relacionados com o imposto, na forma que dispuser a legislação tributária. (Art. 55, II, CTE).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 23 de novembro 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 Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Álvaro Falanque e Cláudio Henrique de Oliveira.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo apresentou arquivo magnético e documento de informação e apuração do imposto – DPI, no período de janeiro a dezembro de 2004, contendo informação divergente, conforme planilha às fls. 4 em diante, por isso aplicada a multa formal.

O crédito tributário foi considerado procedente em primeira instância, porém, na fase cameral, acolhida a nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, contudo reformada por decisão plenária, gerando de consequência novo julgamento.

Ao conhecer da decisão plenária o sujeito passivo manifesta que “os valores totais mensais declarados na DPI e no SINTEGRA, são bem aproximados, não sendo idênticos devido a pequenos erros de digitação.” Assim, requer a improcedência do auto de infração.

Aqui é importante registrar que no recurso interposto à câmara o sujeito passivo requereu apenas a nulidade inicial por insegurança na determinação da infração, deixando de expor questões de mérito.

DECISÃO

A questão controvertida cinge-se ao mérito, e, em relação a ele, a argumentação da defesa é de que a diferença refere-se a pequenos erros de digitação, não havendo mais resistência quanto à obrigatoriedade de apresentação dos documentos, porquanto observado o disposto no art. 55, inciso II, da Lei

11.651/91; arts. 3º e 3º A da IN 599/03 – GSF e 1º da IN 630/02 – GSF, senão vejamos:

Art. 55. O imposto é não-cumulativo, compensado-se o que for devido em cada operação ou prestação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado, observando-se, ainda, o seguinte:

[...]

II - o sujeito passivo é obrigado a apresentar à Secretaria da Fazenda guias e outros demonstrativos relacionados com o imposto, na forma que dispuser a legislação tributária.

NOTA: Redação com vigência de 01.01.97 a 28.12.03.

[...]

Art. 3º Por intermédio da DPI, a pessoa obrigada deve declarar à SEFAZ dados relacionados ao ICMS, inclusive aqueles relacionados aos créditos acumulados, transferência de créditos, compensação de DARES, bem como dados necessários à apuração do Índice de Participação dos Municípios - IPM - e outros dados de interesse da administração tributária.

acrescido o art. 3º-a PELO ART. 1º Da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 823/06-GSF, DE 29.09.06 - VIGÊNCIA: 01.01.07.

Art. 3º-A. Os quadros da DPI devem ser preenchidos mensalmente, englobando as informações do período de referência correspondente, observado o disposto no art. 3º-B.

[...]

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:

Os autuantes elaboraram o demonstrativo intitulado “*cotejo das informações declaradas em DPI x arquivo magnético*”, dando conta da divergência de valores da operação entre ambos, assinalando a diferença consistente da formação da base de cálculo.

Analisando o referido demonstrativo não encontra amparo o que alega o recorrente, haja vista, em diversos CFOP e em diversos meses, há o apontamento de divergência relevantíssima, porquanto apurada uma base de cálculo do exercício da ordem de R\$ 19.448.380,98.

Ressalte-se, ainda que se confirmasse o alegado, não há dispositivo legislativo tributário que ofereça suporte para dispensar a aplicação da penalidade.

Portanto, assim, prevalece a pretensão fiscal.

Neste contexto, confirma-se a penalidade específica capitulada, art. 71, inciso XII, alínea “d”, item 2, da Lei 11.651/91, da seguinte forma:

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XII – equivalentes aos percentuais de:

[...]

d) 2% (dois por cento) do valor:

[...]

2. da diferença verificada no cotejo do valor das operações ou prestações constantes em documento de informação e apuração do imposto com o valor constante em arquivo magnético contendo informações relacionadas a operações ou prestações;

Posto isso, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para considerar procedente o crédito tributário, mantendo a sentença atacada tal como lançada, por seus próprios e jurídicos fundamentos e por estes ora agregados.

Sala das sessões plenárias, em 26 de fevereiro de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Inidoneidade de documento fiscal e suspensão cadastral (Improcedência)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00858/13

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - MULTA PECUNIÁRIA. Obrigação tributária acessória. Inidoneidade documental. Notas fiscais emitidas para transporte de produtos de produtor com inscrição cadastral suspensa. Mercadorias em Armazém Geral. Improcedência. Decisão unânime.

1. A inidoneidade declarada em relação a Nota Fiscal poderá ser afastada, mediante processo administrativo tributário, em que o sujeito passivo comprove, de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento, total ou parcial do imposto. (artigo 68, CTE).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 22 de abril de 2013, 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 Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Extraí-se, da análise do presente processo, que o Fisco, em 29 de abril de 2009, consoante historiado na peça vestibular, impõe ao contribuinte acima identificado, a cobrança de multa pecuniária no valor de R\$ 64.914,00 (sessenta e quatro mil e novecentos e quatorze reais), em razão de ter remetido mercadorias no valor comercial de R\$ 259.656,00 (duzentos e cinquenta e nove mil e seiscentos e cinquenta e seis reais), valor fixado em pauta da SEFAZ, por meio de diversas Notas Fiscais relacionadas em extrato de depósito de produtor fornecido pela empresa [...] Armazéns Gerais Ltda., consideradas inidôneas para acobertar a operação, em razão de haver sido emitidas para transporte de produtos de produtor com inscrição cadastral suspensa – irregular, conforme Termo de Apreensão e documentos anexos. Em consequência, deverá pagar a multa formal de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da operação.

Às fls. 03, inseriu-se uma descrição complementar da ocorrência, destacando: “o contribuinte, CCE 11.279.544-7, solicitou a emissão de diversos documentos fiscais, relacionados no extrato de produtor fornecido pela empresa [...] Armazéns Gerais – CCE 10.277.752-7, para transporte e posterior depósito de produtos (milho em grãos), para esta empresa, estando com a inscrição cadastral suspensa (irregular).”

Juntou-se ao processo, dentre outros documentos: o Termo de Apreensão; cópia do Extrato de Produtor; espelho cadastral; declaração da

empresa [...] Armazéns Gerais Ltda; notificação; trancamento de estoque; pauta mínima – consulta; e, consulta detalhada do contribuinte pessoa física, documentos de fls. 04/15.

Foram indicados como infringidos os artigos 64, 66, 67, III, e 156, todos da Lei n.º 11.651/91, propondo como penalidade a prevista no artigo 71, inciso VII, alínea “i”, e § 9.º, inciso I, do CTE, com redação da Lei 15.505/05.

Regularmente intimado, fls. 16/17, o sujeito passivo apresenta Impugnação em Primeira Instância, defensivo de fls. 19, alegando que embora a inscrição mencionada pelo autuante estivesse suspensa, por falta de renovação de contrato, não houve prejuízo ao Estado. Diz que toda a sua produção foi depositada na [...] Armazéns Gerais Ltda., conforme Notas Fiscais números 072225 e 074430, e do total foram vendidos 13.500 quilos através da Nota Fiscal número 925.632, e que o restante encontra-se em depósito para posterior venda. Justifica, ainda, que não poderia deixar a produção – fruto do seu trabalho, perecer por falha burocrática.

Promove a juntada das cópias das Notas Fiscais acima relacionadas, e de outros documentos, fls. 20/26.

Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração.

O julgador singular exara a Sentença nº 8.315/09 – JULD, fls. 29, na qual decide pela procedência do lançamento. Destaca que em estando o autuado com a inscrição cadastral suspensa, os documentos emitidos podem ser considerados inidôneos pelo Fisco, de acordo com o previsto no artigo 66, do CTE.

Intimado da decisão monocrática, fls. 31/32, o sujeito passivo apresenta, por intermédio de advogados, o Recurso Voluntário de fls. 34/49, no qual reitera os argumentos expendidos na fase anterior. Após destacar o ciclo de produção das mercadorias, informa que remeteu toda a produção para depósito em Armazém Geral, anteriormente à reativação de sua inscrição estadual.

Indica que, não obstante a inscrição estadual não estar regularizada à época em as mercadorias foram remetidas para armazenagem em Armazém Geral, é fato que tal operação não se submete à incidência do ICMS, nos termos do artigo 37, inciso I, alínea “i”, do CTE.

Após transcrever a legislação indicada pelo autuado como infringida, bem como a decisão monocrática, alega o princípio da espontaneidade, haja vista que solicitou a reativação da inscrição cadastral anteriormente ao início de qualquer espécie de procedimento fiscal instaurado em seu desfavor. Destaca decisões deste Conselho.

Menciona a ausência de ICMS a recolher, em face da operação de remessa interna para depósito em Armazém Geral.

Indica o disposto no artigo 68, do Código Tributário Estadual – CTE, para afastamento da inidoneidade dos documentos fiscais, quando restar comprovado,

de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento do imposto. Expressa: *“In casu, conforme já relatado, não há como se falar, nem mesmo em tese, na ausência de recolhimento do ICMS, ao passo que as operações de remessa interna para depósito em armazém geral não se submetem à incidência do ICMS, nos termos do artigo 37, inciso I, alínea “I”, do CTE/GO.”*

Questiona, outrossim, a indicação da forma qualificada do parágrafo 9º, inciso I, do artigo 71, do CTE, haja vista que para a aplicação da mesma, exige-se que a infração formal cometida pelo contribuinte tenha gerado, diretamente, omissão no pagamento do ICMS por ele devido, o que inexistente no presente caso.

Em última hipótese, pede a aplicação do benefício da forma privilegiada constante do parágrafo 8º, do artigo 71, do CTE.

Promove a juntada dos documentos de fls. 50/61, dentre os quais: espelho e comprovante da homologação de reativação pessoa física, contendo o evento reativação, com data de 22 de maio de 2009; e, cópia do Contrato Particular de Arrendamento, com vigência até o dia 15 de agosto de 2013.

Pugna, por derradeiro, pela improcedência do lançamento.

Este é o relatório.

DECISÃO

Não havendo preliminares a serem examinadas, estando presentes os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

QUESTÃO MERITÓRIA

Quanto ao mérito, da análise do conjunto probatório juntado ao processo pela recorrente, hei por bem, acompanhado pela unanimidade dos meus pares, em reconhecer que são suficientes para desqualificar a presunção estampada no auto de infração, que inquinou de inidôneos os documentos fiscais que acompanhavam as mercadorias destinadas ao Armazém Geral.

Destaco, preliminarmente, que da análise dos documentos de fls. 20/21, anexados pelo sujeito passivo, pode-se depreender que os documentos fiscais que acompanharam o trânsito das mercadorias, e que se encontram discriminados nas referidas Notas Fiscais, e considerados inidôneos pelo atuante, foram emitidos pela empresa [...] Armazéns Gerais Ltda., com o cadastro em situação regular. Nesse aspecto, entendo que a inidoneidade indicada, qual seja, artigo 67, inciso III, do CTE, não se apresenta configurada, haja vista que o emitente das Notas Fiscais – [...] Armazéns Gerais Ltda., encontrava-se com o cadastro regularmente ativo junto ao CCE/GO.

A justificativa do sujeito passivo, relacionada com a necessidade de promover o armazenamento da sua produção, sob o iminente risco de perda da

mesma, mesmo com o seu cadastro suspenso, há que ser considerada e relevada, no deslinde deste processo.

Vê-se, pelos documentos juntados pelo recorrente, que a sua inscrição foi suspensa em decorrência de ato administrativo, em razão do término do Contrato de Arrendamento. Observa-se, no entanto, que o mesmo buscou, diligentemente, regularizar a situação, tanto que o fez na data de 22 de maio de 2009, anterior à sua intimação do lançamento que ocorreu em 12 de junho de 2009.

Há que se considerar, portanto, a espontaneidade apregoada pelo recorrente, pois todo o trabalho realizado pelo Fisco foi realizado à vista dos documentos e informações obtidos junto ao Armazém Geral. Resta indubitável que o sujeito passivo somente tomou ciência da ação fiscal na data de 12 de junho de 2009, posterior à regularização da sua inscrição cadastral no CCE/GO.

Destaque-se, por oportuno, que o trabalho fiscal incorreu em falha procedimental, ao penalizar o sujeito passivo com multa formal, haja vista a situação tributária das mercadorias, e mesmo assim, indicar a forma qualificada do § 9º, inciso I, do CTE, sem quantificar, ao menos, o valor do tributo omitido, considerando-se que no cálculo apresentado às fls. 16, o valor do imposto é o mesmo da multa pecuniária.

O dispositivo legal invocado pelo autuante para considerar inidôneo o documento fiscal foi, em especial, o artigo 67, inciso III, do Código Tributário Estadual – CTE, “*in verbis*”

“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;

[...]”

Tenho por convicção que, inobstante a acuidade da autoridade fiscal, a assertiva em que se fundamentou padece de credibilidade para o fim almejado, qual seja, o de declarar inidôneos os documentos fiscais. Conforme detalhei em linhas pretéritas, os documentos fiscais considerados inidôneos foram emitidos pelo Armazém Geral, cuja inscrição no CCE/GO, encontrava-se regular.

Nesse diapasão, há que se considerar, também, o estatuído no artigo 68, do CTE, a seguir transcrito:

“Art. 68. A inidoneidade de que trata o artigo anterior poderá ser afastada, mediante processo administrativo tributário, em que o sujeito passivo comprove, de forma inequívoca, que a irregularidade não importou em falta de pagamento, total ou parcial do imposto.”

Assim, consoante já destacado em linhas volvidas, o conjunto probatório apresentado pelo recorrente demonstra, inquestionavelmente, que falha porventura existente na emissão dos documentos fiscais em questão, não ensejou falta de pagamento do imposto. Portanto, o estatuído pelo artigo 68, em face do contido nos autos, corrobora a correção das operações.

Diante do exposto, no mérito, em consenso unânime, voto, conhecendo do Recurso Voluntário, dando-lhe provimento, para reformar a decisão singular, e considerar improcedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 03 de maio de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Manutenção de saldo credor em escrituração fiscal - impedimento de julgador (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02316/13

Redator do Voto: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Questão processual. Arguição de impedimento de conselheiro no julgamento de processo. Rejeição.

O impedimento estabelecido através do artigo 17, II, "d" da Lei 16.490/09 só resta caracterizado caso o conselheiro tenha atuado no processo sob apreciação, em outro momento, quando exercia outro tipo de função dentro da Secretaria da Fazenda.

ICMS. Obrigação acessória. Exigência de multa formal referente à manutenção indevida de saldo credor em sua escrituração fiscal. Procedência.

Restando provada a manutenção de saldo credor indevido na escrituração fiscal do sujeito passivo, cabe exigência de multa formal punitiva de tal irregularidade.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 06 de agosto de 2013, 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 Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Célia Reis Di Rezende, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Paixão de Oliveira Gomes, Antônio Martins da Silva, David Fernandes de Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Rodolfo Ramos Caiado, Edson Abrão da Silva, Rickardo de Souza Santos Mariano e Delcídes de Souza Fonseca que votaram pela improcedência do lançamento fiscal. E, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do julgamento, arguida pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho, por entender que o Conselheiro David Fernandes de Carvalho é impedido de votar neste processo. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Célia Reis Di Rezende, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Paixão de Oliveira Gomes, Antônio Martins da Silva, Rickardo de Souza Santos Mariano, David Fernandes de Carvalho e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Vencidos os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Rodolfo Ramos Caiado, Edson Abrão da Silva e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

A peça básica descreve que o atuado, em decorrência da escrituração indevida de créditos, mantinha em seus registros fiscais, o crédito indevido no valor de R\$ 28.676,91, ainda não aproveitado em razão da existência de saldo credor na escrituração fiscal. Em consequência, fica sujeito à multa formal de 40% do valor do crédito indevido e obrigado ao estorno.

Foram dados como infringidos os arts. 60, I, "a" do CTE, c/c o art. 11, XXVI do Anexo IX e art. do RCTE, IN 493/97-GSF. Foi proposta a multa prevista no artigo 71, inciso IV, alínea "b" da lei 11.651/1991, com redação da lei 14.634/2003.

Não foi cadastrado nenhum coobrigado.

Para fundamentar a peça acusatória, a autoridade fiscal juntou aos autos os seguintes documentos: a Auditoria Básica do ICMS com seus Demonstrativos Auxiliares fls. 45/54; o Demonstrativo Mensal de Apuração do Crédito Outorgado do AEAC fls. 43/44; Declaração Periódica de Informações DPI fls. 55/93; cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS da empresa e outros documentos e formulários fls. 94/175.

Houve a devidamente intimação da atuada (fls. 177/178).

O atuado apresenta impugnação (fls. 181/189), na qual pede o cancelamento do lançamento fiscal, tendo em vista a sua improcedência clara. Alega ainda que a fiscalização não tem como fundamentar o presente auto de infração em dispositivo que determina o estorno de créditos de ICMS proporcional às saídas de AEAC.

Acompanham a impugnação os documentos de fls. 194/230.

Sobreveio a sentença de fls. 231/233, pela qual o julgador decidiu pela procedência do auto de infração.

Da decisão supra foi intimada a atuada para pagar e/ou apresentar recurso voluntário (fls. 234/235).

A atuada pugna pela nulidade da decisão recorrida, tendo em vista a tipificação da infração ser de saída isenta, e na concretude tratar-se de diferimento do imposto, traduzindo em confusão dos institutos, já que no primeiro se trata de dispensa do pagamento do imposto e no segundo, o recolhimento do tributo é postergado para uma outra etapa da cadeia. Portanto, o auto deveria ser reformado e declarado nulo.

Assevera ainda a atuada que o lançamento fere o princípio da não cumulatividade; que a sentença vergastada não está amparada por previsão legal, já que a legislação estadual não prevê a obrigatoriedade do estorno, da apuração normal do ICMS dos créditos relativos à aquisição de insumos ou bens do ativo imobilizado, não podendo um Parecer ter força de lei. Finaliza, requerendo o

cancelamento do AI. Caso não seja este o entendimento cameral, dever-se-ia proceder parcialmente o AI, tendo em vista os argumentos deduzidos pela recorrente fls. 240/249.

Acompanha o recurso o substabelecimento fls. 250/251; Sentença singular de fls. 253/256, e cópia do recurso voluntário apresentado às fls. 257/274. Posteriormente houve juntada de memorial de fls. 278/282.

Em julgamento pela Primeira Câmara, por proposição do Relator, à unanimidade de votos, houve conversão do julgamento em diligência, a fim de se intimar o sujeito passivo para oferecer melhor esclarecimento em relação aos créditos estornados (fls. 284/285) pelo fisco.

Da determinação supra fora intimada a atuada fls. 286.

A atuada junta petição de fls. 289/299, acompanhada de demonstrativo de fls. 300/308 e IN 493/01-GSF e outros documentos (fls. 309/318).

Em julgamento pela Primeira Câmara, por maioria de votos, rejeitou-se a preliminar de nulidade da sentença singular por cerceamento ao direito de defesa. Também, por maioria de votos, no mérito, conheceu-se do recurso, porém, lhe foi negado provimento, e se confirmou a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, conforme se vê do acórdão nº 158/2013 (fls. 329/337).

Da decisão cameral referida houve intimação da atuada para pagar e/ou apresentar recurso ao Conselho Pleno (fls. 338).

A Recorrente interpôs Recurso ao Conselho Pleno produzindo os mesmos argumentos deduzidos na fase cameral conforme se vê das fls. 341/361.

No momento do julgamento, houve arguição de retirada de solidários da lide, por parte do conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho. Esse mesmo conselheiro arguiu a nulidade do presente julgamento, pelo fato de que o Conselheiro Davi Fernandes de Carvalho, que participou do mesmo, deu parecer sobre caso semelhante, quando trabalhava na Assessoria Tributária da Secretaria da Fazenda.

É o relatório.

DECISÃO

Em relação à arguição de nulidade do presente julgamento, pelo fato de que houve participação do Conselheiro Davi Fernandes de Carvalho, que de fato deu parecer sobre a matéria, quando trabalhava na Assessoria Tributária da Secretaria, rejeito tal entendimento.

A nossa Lei processual ao tratar desse tema, traz a seguinte recomendação:

“Art. 17. É impedido de atuar no processo:

[...]

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; (grifo nosso)

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.”

Conforme grifo nosso, o que a lei diz sobre a polêmica levantada é que para que o impedimento reste caracterizado, seria necessário que houvesse a direta atuação do conselheiro, anteriormente, no processo sob apreciação, em qualquer condição, e a qualquer título, em situação diferente da de conselheiro.

No presente caso, o que de fato ocorreu é que o Conselheiro Davi Fernandes de Carvalho deu parecer sobre essa mesma matéria, porém, em outro processo, o que impede a caracterização do vício, sendo desfeita a lógica construída pelo Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho.

A lógica entendida como razoável pela lei é de que o conselheiro que exerceu atividade em outro setor da Secretaria da Fazenda seja impedido de participar do mesmo processo em que anteriormente teve algum tipo de intervenção técnica.

Quanto ao mérito, cabe aqui ressaltar a natureza do trabalho encetado pelo fisco. Trata-se de auditoria básica do ICMS, em razão de situação particular vivida pelo sujeito passivo.

Dado o fato de que ele usufruía o programa de incentivo Fomentar, e que as operações com álcool anidro etílico hidratado têm peculiaridades, impedindo a fruição dos benefícios desse programa. A partir daí, houve por parte da Secretaria da Fazenda a concessão de um benefício fiscal. Foi concedido crédito outorgado para as operações de saída de álcool anidro etílico hidratado. A partir dessa realidade foi construída uma lógica que apontou na direção da exigência do estorno procedido pela fiscalização e questionado pelo sujeito passivo.

Cabe ressaltar que os equívocos cometidos pelo sujeito passivo na apuração dos créditos outorgados foram punidos por outros autos de infração. Que, como o próprio sujeito passivo informou, são os de numeração 4011101100172 e 4011101104593.

Na parte da apuração dos créditos normais, resta claro qual é a sistemática da apuração do imposto nas saídas de álcool anidro. Nelas, não se exige o pagamento de ICMS quando ele sai da usina, ficando por inteira responsabilidade do substituto tributário o seu recolhimento, quando for misturado com a gasolina tipo A.

Obedecendo a lógica da não-cumulatividade, a legislação exige que se faça a proporcionalidade entre o total das saídas de álcool anidro em relação ao total das saídas promovidas pela usina; nessa proporção, os seus créditos referentes à apuração normal devem ser estornados, porque, logicamente, refletem a realidade da produção do álcool. Esse procedimento guarda total e absoluta coerência com a sistemática do ICMS.

Saídas sem tributação ensejam estorno dos créditos, nas entradas, na mesma proporção. A legislação não contém nenhuma previsão expressa de manutenção de crédito nessas operações.

Observando a auditoria anexada aos autos (fls. 46), a mensagem clara transmitida é exatamente essa. Na proporção das saídas de álcool, que são sem tributação, houve o estorno dos créditos nas entradas.

A discussão sobre a natureza da operação da usina para a distribuidora, que, conforme assevera o sujeito passivo, seria de diferimento, não consegue afastar uma conclusão sobre a qual não paira nenhuma dúvida, não houve tributação sobre a mesma.

Portanto, independente da sua natureza jurídica, preservando a lógica que norteia o ICMS, exige-se o estorno na mesma proporção. Tal procedimento só não seria permitido caso houvesse expressa previsão legal ordenando a manutenção do crédito.

O texto invocado pelo auditor que realizou o trabalho se fundamentou exatamente nessa realidade, seria o artigo 60, I, "a" do CTE, que fala em operações não tributadas.

O Parecer 0225/2002 – AST, preservando essa mesma lógica, assevera o seguinte:

"Entretanto, há separação, entre o cálculo do montante do crédito outorgado e o cálculo do saldo devedor na apuração normal do imposto. Na apuração normal do imposto, não é debitado o imposto correspondente à saída do álcool anidro, mas apenas de outros produtos, tais como açúcar, álcool hidratado, etc. Quando o álcool anidro também era beneficiado pelo Programa Fomentar, o incentivo deste programa era calculado sobre o valor do saldo devedor do álcool anidro. Como, no caso, busca-se o mesmo resultado que decorria da aplicação do programa

Fomentar, o crédito deduzido (proporcionalmente) da base de cálculo do ICMS outorgado, deve ser estornado da apuração normal.”

No presente caso, houve a constatação do saldo credor indevido de imposto, e, de acordo com a legislação tributária, cabe exigência de multa formal de 40% (quarenta por cento) do saldo credor no mês de dezembro de 2010, conforme demonstrativo (fls. 48), sendo devida então uma multa no valor de R\$ 11.470,76 (onze mil, quatrocentos e setenta reais e setenta e seis centavos).

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 pela procedência do auto de infração.

VOTO VENCIDO

Solicitei a elaboração deste voto vencido porque na sessão de julgamento do processo, na avaliação do trabalho fazendário e na conferência das fundamentações e das contraprovas das defesas, a minha conclusão de voto divergiu da direcionada pelo Conselheiro Autor do Voto Vencedor, tanto na votação das preliminares quando do mérito.

Depois de arguir e de acolher a preliminar de nulidade no julgamento do processo e na reforma do julgamento do mérito em que decidi pela improcedência do auto de infração, que, até o momento da votação deste feito, a minha convicção de voto convergiu para a reforma da decisão cameral, para julgar improcedente o lançamento tributário.

Externo o meu voto na certeza de que o registro da opinião divergente é democrático e não fere a legalidade do processo contencioso administrativo tributário.

Início a redação deste voto vencido com a arguição e o acolhimento da preliminar de nulidade do julgamento porque entendo que o Conselheiro David Fernandes de Carvalho é impedido de votar neste processo por ser ele autor de Parecer sobre a causa da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que gerou esta autuação.

Mantenho o meu convencimento de que ele, pela razão exposta, é impedido de votar em processos administrativos tributários que têm constituído crédito para regularizar condições de contribuintes que operam com omissão no recolhimento do imposto por falta de estorno de crédito oriundo de crédito outorgado do ICMS concedido a indústrias de álcool etílico combustível e demonstrado em trabalho de auditoria fiscal.

Esta questão me motivou a arguir e a acolher a preliminar de nulidade do julgamento com a participação do Conselheiro David Fernandes de Carvalho.

Vencida a questão primeira, dirijo-me aos fundamentos da votação do mérito da autuação, conforme segue:

Para situar a causa da exigência contida no lançamento inicial desta questão e para formalizar o meu voto vencido, reporto à descrição do fato gerador da obrigação tributária que o exponho a seguir:

De acordo com a descrição do fato gerador da obrigação tributária, o sujeito passivo não efetuou o estorno do crédito de ICMS no livro Registro de Apuração do ICMS, fato apurado e demonstrado na Auditoria Básica do ICMS – Demonstrativo Resumo de Estornos de Créditos em anexo.

Em consequência, a fiscalização exige o recolhimento da multa formal de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito não estornado na forma do art. 147-A da Lei nº 11.651/91.

A autoridade fazendária propôs a penalidade de acordo com a previsão do art. 71, inciso IV, alínea “b” do CTE, visto que a capitulação da infração recaiu no art. 60, inciso I, alínea “a” da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 11, inciso XXVI do Anexo IX e art. 60 do Decreto nº 4.852/97 – RCTE e Instrução Normativa nº 493/2001-GSF.

Estudei a formalização da constituição do crédito tributário, observei os questionamentos defensórios, a redação do acórdão cameral e conclui que o decidido na Câmara Julgadora deve ser reformado, pois o voto definido na sessão de julgamento do dia 03 de novembro de 2012, declarou, por maioria de votos, a procedência do auto de infração, que discordo para acompanhar a votação do Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo.

As infrações dos artigos transcritos nas linhas passadas, combinado com os do Anexo IX e com o art. 60 do Decreto nº 4.852/97, mostram que a decisão recorrida cabe a reforma mencionada no início deste voto vencido, conforme segue:

A fiscalização capitulou os artigos no auto de infração para abrigo do fato ilícito transcrito nas primeiras linhas da parte inicial do relatório, que transcrevo a seguir porque considero que eles não abrigam a infração descrita. Vejo que o autuado não cometeu afronta à letra da legislação tributária, conforme segue:

“Art. 60. Não implicará crédito, para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

I - as entradas de mercadorias ou bens ou utilização de serviços:

a) resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas;”

“Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

XXVI - para o industrial do setor alcooleiro enquadrado nos Programas FOMENTAR ou PRODUZIR, o valor correspondente à aplicação do percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o saldo devedor do valor do ICMS que seria obtido, caso a responsabilidade pelo imposto nas operações com álcool anidro fosse do industrial, observado o seguinte (Lei nº 13.246/99, art. 3º, II): (Redação conferida pelo Decreto nº 7.668 - vigência: 01.07.12)

a) o benefício abrange somente a operação de saída do álcool anidro, na situação em que a responsabilidade pelo pagamento do ICMS correspondente à operação tenha sido atribuída a terceiro contribuinte, na condição de substituto tributário; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

b) é vedado o aproveitamento de qualquer crédito do ICMS relativo à entrada de matéria-prima, de material secundário, de material de acondicionamento e energia elétrica, bem como ao serviço utilizado, correspondente à industrialização do álcool anidro; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

c) o saldo credor acumulado em decorrência da aplicação deste benefício pode ser: (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

1. utilizado para subtração do valor a pagar relativo ao ICMS, excluída a parte incentivada pelo FOMENTAR ou pelo PRODUZIR; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

1.1. devido por operação própria; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

1.2. de sua responsabilidade devido por substituição tributária; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

2. transferido, nos termos do que dispuser ato do Secretário da Fazenda; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

2.1. a qualquer estabelecimento seu situado neste Estado; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

2.2. para substituto tributário, cadastrado neste Estado, em relação a operação com combustível, que pode transferir novamente o crédito recebido a outro substituto tributário, também cadastrado neste Estado, em relação ao ICMS devido pela operação posterior com combustível; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

2.3. para outro contribuinte situado neste Estado, do qual tenha adquirido mercadoria, bem ou serviço, exceto na aquisição de serviço de comunicação, hipótese em que a transferência não está sujeita ao limite previsto no parágrafo único do art. 55 do RCTE; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

3. utilizado para liquidação de débitos tributários relativos ao ICMS devido pela mesma pessoa, mediante ato autorizativo do Secretário da Fazenda; (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)

d) ato do Secretário da Fazenda pode dispor sobre outros procedimentos relativos à emissão e escrituração de documentos fiscais e sobre o controle da aplicação deste benefício. (Redação conferida pelo Decreto nº 7.661 - vigência: 01.01.12)."

“Art. 60. Quando houver saída ou prestações isentas ou não tributadas juntamente com saída ou prestações tributadas, o estorno deve ser feito na proporção em que estas saídas ou prestações isentas ou não tributadas representarem do total das saídas e prestações no mesmo período.”

Nos termos do lançamento inaugural deste feito, pronuncio a respeito do mérito da autuação porque, de acordo com o exame do resultado do trabalho de auditoria, concluí que o contribuinte tem o direito ao benefício do crédito outorgado, de não estornar o crédito exigido, porque ele não se enquadra nas previsões dos art. 60, inciso I, alínea “a” da Lei nº 11.651/91 e muito menos na do art. 11, inciso XXVI do Anexo IX e do art. 60 ambos do Decreto nº 4.852/97. Estas condições me motivam a definir a ação pela reforma da decisão cameral e pela declaração da improcedência do auto de infração.

Pelo exposto, voto conhecendo da tese do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, dando-lhe provimento para reformar a decisão proferida pela Câmara Julgadora e considerar improcedente o auto de infração, oportunidade em que retifico o acórdão recorrido por quem de direito.

Sala das sessões plenárias, em 19 de novembro de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Mercadoria entregue a destinatário diverso do indicado no documento fiscal (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00497/13

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: ICMS. Multa formal. Pena pecuniária. Notas fiscais com informações falsas. Consignação indevida de dados da pessoa física de sócio proprietário para o recebimento de mercadorias que deveriam ser destinadas ao sujeito passivo. Procedência. Decisão unânime. Aplicação do benefício do § 8º do CTE.

I - Provado nos autos que o sujeito passivo prestou declaração falsa ao utilizar notas fiscais nas quais consignou-se indevidamente os dados da pessoa física do sócio proprietário para o recebimento de mercadorias, quando o real destinatário das mercadorias é o sujeito passivo, procedente é o auto de infração.

II - O benefício do §8º, do artigo 71, do Código Tributário Estadual é concedido, nos casos em que a falta denunciada não decorrer falta de pagamento do tributo.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de dezembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração, porém, com a aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 da Lei 11.651/91. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Victor Augusto de Faria Morato e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Consta do auto de infração que o sujeito passivo prestou declaração falsa ao utilizar as notas fiscais constantes de Levantamento em anexo, no valor comercial de R\$ 303.873,37 (trezentos e três mil, oitocentos e setenta e três reais e trinta e sete centavos), nas quais se consignou indevidamente os dados da pessoa física de [...], CPF nº. 336.101.771-87, pertencente ao quadro societário da empresa, quando o real destinatário/destino das mercadorias é a empresa [...] LTDA, inscrita no CCE sob nº. 10.299915-5, conforme endereço descrito no campo próprio dos referidos documentos fiscais e/ou nome da fantasia (Centro Sul Bebidas, C. S. Bebidas e Cia, Bar do Paulo) assinado no campo dados adicionais destes documentos. Em consequência deverá pagar multa formal sobre esse valor.

A autoridade lançadora indicou como infringida as disposições dos art. 64 da Lei 11.651/91 c/c art. 163, II do Decreto 4.852/97. Proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, XII, "a", 4, da Lei 11651/1991 c/ redação da Lei 15505/2005 e art. 71, XII, "a", 4, da Lei 11651/1991 c/ redação da Lei 16241/2008.

Para fundamentar a acusação o fiscal juntou aos autos os seguintes documentos: Anexo Estruturado – Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 03-08); Anexo Estruturado – Descritivo Complementar da Ocorrência (fls. 09); cópia do Pedido de Apensamento solicitado pela Delegacia Regional de Fiscalização de Morrinhos (fls. 10); cópia do Recibo de Entrega da Declaração de Ajuste Anual Simplificada (fls. 11-19); cópias de Notas Fiscais (fls. 20-22); cópia do Livro de Registro de Entradas Estaduais (fls. 23-24); cópia do Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (fls. 25); cópia do Aviso Prévio de Férias (fls. 26); cópia do Contrato Social (fls. 27-37); Planilhas de Levantamento de Notas Fiscais (fls. 38-47); cópias de Notas Fiscais (fls. 48-413); Consulta Processos Sefaz (414-421); cópia de DANFE (fls. 422-423); Consulta Processos Sefaz (fls. 424-489).

O polo passivo foi intimado em 07/12/2011 para pagar a quantia exigida ou apresentar Impugnação à Primeira Instância, conforme documentos de fls. 490. Como não o fez, foi decretada a sua revelia nos termos do documento de fls. 491.

Em seguida, o sujeito passivo autuado foi novamente intimado em 28/02/2012 para pagar a quantia exigida ou apresentar Impugnação à Segunda Instância, conforme documentos de fls. 493-494.

Cientificado legalmente, o sujeito passivo ingressa com impugnação ao auto de infração em Segunda Instância às fls. 497 para requerer a descaracterização do auto de infração.

Aduz que a Sra. [...], em 2006, atuava no ramo de festas, e que fechava com seus clientes pacotes completos incluindo-se as bebidas. Informa que comprava em nome da pessoa física de [...], pois toda a mercadoria comprada deveria circular com base no regime da substituição tributária, e não se podia comprar na Distribuidora [...] com os nomes dos clientes, pois os mesmos não tinham cadastro no estabelecimento.

Relatou também que as mercadorias eram entregues no mesmo endereço, pois a Sra. [...], também residia neste endereço e não tinha condições de pagar dois aluguéis. Assim, usava o nome fantasia da [...] para que ficasse mais fácil a entrega das mercadorias. Por isso, era descrito no rodapé da nota fiscal o nome de [...] Bebidas como referência e não como está descrito na ocorrência como se a [...] fosse a compradora. Quanto ao empréstimo, alegou que foram contraídos com terceiros que emprestam dinheiro a juros, e que até o momento vem efetuando o pagamento, pois não tem o intuito de prejudicar ninguém. Alegou ainda que a empresa foi, e ainda é vítima de fraudadores, que usam seu CNPJ para circular mercadorias.

Acompanhando a peça impugnatória, foram juntados aos autos os seguintes documentos: cópia do Requerimento de Empresário (fls. 498); cópia de Intimação (fls. 499); cópias de documentos pessoais do representante legal da autuada (fls. 500); cópia de envelope com endereço deste Conselho (fls. 501).

DECISÃO

Passo a decidir e considero que o feito deve prosperara. De fato, o sujeito passivo nada traz aos autos que possa ilidir a pretensão fiscal na íntegra. Ao contrário, a acusação estampada na basilar é corroborada pela confissão do sócio [...], na peça impugnatória de fls. 497, que ora aprecia-se.

Antes, porém devo dizer que o sujeito passivo faz jus ao benefício inculcado no § 8º do art. 71 do Código Tributário Estadual, visto que da prática das irregularidades descritas no citado artigo, não houve ainda que indiretamente, falta de pagamento do imposto e por isso a multa aplicável corresponderá a 50% do valor fixado para a respectiva infração.

Dessarte, voto em uníssono com meus pares, conhecendo da impugnação, negando-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração, porém com a aplicação do § 8º do art. 71 do CTE.

Sala das sessões, em 26 de março de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Omissão de saídas de mercadorias não tributadas - Auditoria do Movimento Financeiro (Improcedência)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00393/13

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Auditoria financeira. Omissão de saída de mercadoria não tributada.

Deve ser declarado improcedente o crédito tributário exigido por omissão do registro de saída de mercadoria não tributada, quando ficar comprovado no curso da revisão que não houve a diferença apurada na auditoria financeira.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, 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, Edson Abrão da Silva e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

Em 17 de dezembro de 2007, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, formalizando nele a exigência da multa formal no valor de R\$ 11.799,01, multa e demais acréscimos legais, pelo fato da autuada ter omitido o registro de saída de mercadoria não tributada, referente ao exercício de 2002.

Identificada, como sujeito passivo solidário, a pessoa de [...], na condição de sócio e administrador da firma autuada.

A Primeira Instância decidiu a questão favoravelmente à Fazenda Estadual, em parte, consoante a Sentença nº 2406/09-COJP, com o que concorda a Representação Fazendária.

O solidário teve contra si lavrado o termo de perempção de fls. 46, indicativo da perda do direito de apresentar defesa.

A autuada, inconformada com a decisão singular, interpõe recurso voluntário argumentando que já fora autuada por meio auto de infração 3 0244257 452 30, trazendo comprovação de fornecedores em aberto e capital inicial, por isso convertido o feito em diligência para revisão, considerando que a decisão singular encontrou remanescente do crédito tributário, mesmo considerando a autuação anterior.

A diligência foi realizada, retornando os autos com a auditoria e a informação constante às fls. 86.

Do resultado da diligência não foi intimado o sujeito passivo.

DECISÃO

É importante destacar que embora não intimado o sujeito passivo do resultado da revisão, a medida deixa de ser tomada, em virtude do favorecimento de mérito pela decisão ora proferida.

Com a revisão, então realizada, ficou evidenciada, após a leitura coerente dos dados referentes à atividade comercial do contribuinte, a ausência de remanescente a ser pago pelo contribuinte.

Para tanto, abaixo transcrito o teor do relatório da revisora, fls. 86, que fala por si só, por isso tomado por fundamentação, observando que se fez acompanhar da nova auditoria financeira com a demonstração do resultado, senão vejamos:

“Em atenção à resolução n.º 98/2012 da Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, informamos que após a devida notificação, o contribuinte só conseguiu os comprovar o valor de R\$ 12.327,50 do demonstrativo de fornecedores em aberto (fls. 21), apresentando-nos as devidas notas fiscais cujas cópias anexamos, os demais documentos e o livro fiscal de 2002 não foram encontrados.

Procedemos então, de acordo com a resolução, à revisão da auditoria do movimento financeiro, computando além dos valores das vendas e das compras constantes da DPI e dos desembolsos informados pelo contribuinte no demonstrativo de fls. 22, o valor do capital inicial de R\$ 10.000,00 comprovado por meio do contrato social de fls. 29/31 e o valor de R\$ 12.327,50 da conta fornecedores em aberto por meio das notas fiscais apresentadas.

Além do valor não comprovado da conta fornecedores, nesta auditoria, elaborada por meio do sistema de auditoria fiscal informatizada – SAFI, não foi computado o valor de R\$ 150,00 do caixa final proveniente da DPI e das auditorias anteriores já que, no sistema SAFI não abre a possibilidade de se preencher o valor do caixa final.

Como resultado, a omissão de vendas de mercadorias não tributadas foi no montante de R\$23.231,95, valor inferior ao do auto de infração 3024425745230 de 13/04/2007, já quitado, no valor de R\$23.330,43, não restando saldo remanescente a ser pago pelo contribuinte.”

Desse modo, não prevalece a pretensão fiscal.

Ante o exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para considerar improcedente o crédito tributário, reformando a decisão singular.

Sala das sessões, em 13 de março de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Transferência de crédito entre empresas diversas (Procedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00654/13

Relator: Conselheiro Ismael Madlum

EMENTA: ICMS. Obrigação acessória. Transferência de crédito do ICMS entre empresas sem autorização prévia da autoridade competente. Procedência.

I - O contribuinte, ao efetuar a transferência de créditos acumulados de ICMS à outra empresa, deve observar as normas específicas atinentes à matéria.

II - É procedente o lançamento que exige pena pecuniária do sujeito passivo em virtude de o mesmo ter transferido crédito de ICMS a outra pessoa jurídica sem a autorização prévia preconizada pela legislação tributária.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 14 de janeiro de 2013, 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 Ismael Madlum, Carlos Andrade Silveira e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos.

RELATÓRIO

O auto de infração descreve que o autuado transferiu irregularmente, créditos de ICMS por meio das notas fiscais de emissão própria, uma vez que as referidas transferências foram efetivadas sem a devida análise prévia e autorização por parte da SEFAZ/GO.

Relata como dispositivo infringido o art. 64 do CTE, c/c o art. 55, II, "A" do RCTE e os artigos 7, 8 e 9 da IN 715/05-GSF e propõe a penalidade prevista no art. 71, inciso XII, alínea "c" da Lei 11.651/91 com redação da Lei 14.508/01.

A Sentença 6853/09-JULP, fls. 50/53, decide pela procedência da pretensão inicial do fisco, porém, excluindo do pólo passivo os solidários, com o que a Representação Fazendária está de acordo como se constata no Despacho 3413/2009-SAT/CRF, de fls 54.

Inconformado com a decisão singular, a recorrente alega, em sua peça recursal: que o saldo credor do ICMS é uma propriedade do contribuinte, cabendo a sua destinação unicamente à decisão soberana daquele que o possui, neste caso, o contribuinte; que o auto de infração fere os direitos de liberdade da

iniciativa privada e que, relativamente ao assunto, o Estado instituiu tratamento desigual entre os contribuintes. Requer a improcedência do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

O fato objeto da ação fiscal e de análise neste contencioso, praticado pelo sujeito passivo, foi a transferência de créditos do ICMS da sua empresa ([...] Ltda) para outra empresa (Supermercado [...] Ltda).

Transcrevo a seguir os dispositivos legais que regulam a matéria.

Artigo 59 do CTE:

Art. 59. Os contribuintes que realizarem operações e prestações destinando ao exterior mercadorias ou serviços, incluídas as remessas com o fim específico de exportação, poderão, na proporção que representem do montante de todas operações e prestações realizadas no mesmo período de apuração:

[...]

a) transferi-lo para outros contribuintes, desde que autorizado pela autoridade competente;

Aduzo também ao cotejo, os artigos 7, 8 e 9, Instrução Normativa 715/05, a qual regula o rito procedimental a ser seguido.

Art. 7º O contribuinte interessado em transferir crédito do imposto deve encaminhar requerimento ao titular do órgão fazendário de sua circunscrição, que deve conter, no mínimo:

I - nome ou razão social, número de inscrição estadual e CNPJ dos estabelecimentos remetente e destinatário do crédito;

II - motivo da acumulação do crédito e o respectivo valor a ser transferido.

Art. 8º Após as verificações necessárias e a manifestação fundamentada do órgão fazendário competente, o pedido deve ser encaminhado à Superintendência de Gestão da Ação Fiscal para manifestação.

Parágrafo único. A decisão final sobre o pedido de transferência do crédito acumulado compete ao Secretário da Fazenda.

Art. 9º É vedada a transferência de crédito nas situações previstas nesta instrução sem a autorização prévia de que trata o parágrafo único do art. 8º.

Como se extrai da legislação transcrita, existe a previsão legal para o um contribuinte transferir créditos do ICMS a outro, porém este procedimento está sujeito, primeiramente, que o interessado, como consta do art. 59 do CTE, realize operações e prestações destinando ao exterior mercadorias ou serviços, incluídas as remessas com o fim específico de exportação, fato não comprovado pelo

recorrente em sua documentação trazida aos autos. Este é um dos requisitos exigidos.

Em virtude da importância da questão, a legislação estabeleceu um rito processual, regulado pelo IN 715/05, que o pretendente deve atender, onde se observa, por exigência legal, ser indispensável uma verificação prévia da Fazenda Estadual ANTES que se proceda a remessa dos créditos de um para outro contribuinte. Tal requisito não foi atendido. Em outras palavras, o crédito objeto de transferência sem passar pelo crivo procedimental exigido não tem validade para quem o recebe e incide em infração quem o transfere sem a obediência ao rito preconizado pela regulação normativa.

O próprio recorrente concorda e aceita a alegação da fiscalização de que a transferência foi realizada sem a devida autorização prévia da SEFAZ/GO, fls. 62 dos autos.

Concluo, com a total concordância de meus pares, que a ação fiscal foi correta ao considerar irregular a transferência dos créditos indicados neste contencioso.

Portanto, com fundamento nos fatos relatados e nos dispositivos legais que os regulam, decido, por conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 10 de abril de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00038/13

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: *Multa formal. Transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Improcedente. Decisão não unânime.*

Deve ser mantida a decisão cameral que julgou improcedente a peça básica quando a instrução processual indicar que não houve operação de mercancia, mas somente deslocamento de grãos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 22 de novembro de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Paulo Diniz, José Luiz Rosa, Luis Antônio da Silva Costa, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia e Alcedino Gomes Barbosa. Vencidos os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, José Paixão de Oliveira Gomes, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Washington Luis Freire de Oliveira

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo, em epígrafe, transportava mercadorias no valor de R\$ 96.981,50 (noventa e seis mil, novecentos e oitenta e um reais e cinquenta centavos) desacompanhadas de documentação fiscal, conforme comprovam os Termos de Apreensão de n.ºs 1100099034-1, 1100099033-0 e 1100099022-0 e demais documentos apreendidos, citados nos respectivos Termos de Apreensão. Em consequência deverá pagar multa formal de 50% (cinquenta por cento) do valor da operação totalizando R\$ 48.490,75 (quarenta e oito mil, quatrocentos e noventa reais e setenta e cinco centavos).

Foram indicados como infringidos os artigos 43, 45, inciso I, alínea "a" e 66 da Lei 11.651/91, combinado com o artigo 145, parágrafo único do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta à penalidade prevista no artigo 71, inciso XII, alínea "a", item 3, §8º, da Lei 11.651/91 com redação da Lei 15.505/2005.

O Auto de Infração veio instruído com a cópia da Ordem de Serviço n.º 0357/2008 (fls. 03), Mandado de Busca e Apreensão (fls. 04), Auto de Busca e Apreensão e Depósito (fls. 05), Termo de Liberação e Doação (fls. 06), Termo de Apreensão n.ºs 1100099033-0 e 1100099022-0 (fls. 07/12), Termo de Liberação e Doação (fls. 13), Termo de Apreensão n.º 1100099034-1 (fls. 14/16), Termo de

Liberação e Doação (fls. 17), Mandado de Busca e Apreensão (fls. 18) e Auto de Busca e Apreensão e Depósito (fls. 19).

O sujeito passivo foi intimado em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 20/21 e às fls. 23/26, o sujeito passivo ingressa com Impugnação à Primeira Instância requerendo o cancelamento do auto de infração, argumentando, para tanto, que o transporte estava sendo realizado em cumprimento a ordem judicial de busca e apreensão, conforme documentos acostados aos autos, sendo que não se tratava de operação de circulação de mercadoria ou de serviço de transporte, mas de remoção judicial de determinada mercadoria para outro local de depósito. Acrescenta que o transporte da soja estava sendo acompanhado de Oficial de Justiça, por ordem judicial, sendo que foi lavrado o Termo de Depósito quando da entrega da mercadoria no estabelecimento da autuada.

Instrui a peça defensiva a cópia do borderô para pagamentos de contas (fls. 27), cópia do Estatuto Social (fls. 28/32), cópia da Ata da Assembléia Geral Ordinária (fls. 33/35), cópia do Auto de Busca e Apreensão e Depósito (fls. 36/38), cópia da Procuração (fls. 39/40) e cópia dos documentos pessoais dos Procuradores da empresa autuada (fls. 41/42).

O Julgador Singular prola a Sentença nº 4879/09 de fls. 45/47, pela qual julga de ofício nulo “ab initio” o presente processo, por erro na identificação do sujeito passivo.

Fundamenta sua decisão aduzindo que em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juiz de Direito da Comarca de Planaltina/GO, eram transportadas 125.950 Kg de soja em grão, mediante Auto de Busca e Apreensão e Depósito lavrado por Oficial de Justiça, porém sem notas fiscais, motivo este de a autoridade fiscal, no Posto Fiscal São Gabriel, no Município de Planaltina/GO, ter procedido à apreensão das mercadorias, para documentar a infração à legislação tributária, e, posteriormente, lavrado o respectivo auto de infração, peça inicial do presente processo, para exigência de penalidade pecuniária, mais acréscimos legais. Pela documentação acostada aos autos, constata-se que a lide judicial corresponde a processo em tramitação na Comarca de Gaspar/SC, e a apreensão e depósito da soja em grão em Goiás decorreu de cumprimento de carta precatória expedida por aquele juízo. Conforme o relato do Oficial de Justiça nos documentos que formalizam a busca e apreensão e depósito, a soja em grão é de propriedade da [...] S/A, que fora vendida por [...], que estava sendo removido para o depósito da [...] Alimentos, em Luziânia/GO. À vista da legislação tributária, as mercadorias, em qualquer hipótese, devem sempre estar acompanhada de documentos fiscais, seja no estabelecimento, seja em trânsito, considerando-se em situação fiscal irregular as mercadorias que não se façam acompanhar de notas fiscais, nos termos do artigo 66, parágrafo único, da Lei nº 11.651/01 - Código Tributário do Estado de Goiás - CTE. Destarte, na situação posta nos autos, a soja em grão estava em situação fiscal irregular. Entretanto, compulsando os documentos que a autoridade fiscal juntou ao processo, observo a existência de insegurança na determinação do infrator, relativamente à nomeação da [...] Alimentos S/A como sujeito passivo, visto que não há clareza nos autos

quanto à responsabilidade desta, na medida em que a mesma, de forma que seja evidente, faz parte da operação de remoção da soja em grão como depositária, por determinação judicial, conforme narra o oficial de justiça no Auto de Busca e Apreensão e Depósito. Por outro lado, exsurge com clarividência a responsabilidade tributária do transportador. Portanto, conclui pela nulidade processual à vista do disposto no artigo 20, inciso II, § 3º, da Lei nº 16.469/09, pois do processo não constam elementos suficientes para determinar com segurança que o infrator seja a [...] Alimentos S/A.

A Fazenda Pública Estadual, na pessoa do Representante Fazendário interpõe Recurso de fls. 48/49 onde manifesta seu inconformismo com a decisão supra registrada, por entender que a [...] Alimentos S/A se constitui em pessoa responsável pela emissão da nota fiscal que deveria acobertar a operação, por ocasião da remoção da mercadoria para seu depósito, pois, ao contrário da afirmação do julgador, a referida empresa não figura como depositária, e, sim, como requerente, nos mandados de busca e apreensão, obtendo parcialmente, a posse da mercadoria, conforme autos de busca e apreensão de fls. 05/17. Pede a reforma da decisão recorrida e o retorno dos autos à Primeira Instância, para julgamento do mérito.

O sujeito passivo foi intimado para apresentar Contradita ao Pedido de Reforma formulado pelo Representante Fazendário, conforme se vê às fls. 52/53.

Às fls. 55/61, o sujeito passivo apresenta Contradita ao Recurso Fazendário onde afirma que o transporte estava sendo realizado em cumprimento de ordem judicial de busca e apreensão e que não se tratava de operação de circulação de mercadoria ou de serviço de transporte, mas de remoção judicial de uma determinada mercadoria para outro local de depósito. Acrescenta que não era a transportadora do bem apreendido, muito menos possuidora do mesmo quando da remoção de um estabelecimento para outro. Assevera que somente após o recebimento e entrada no estabelecimento é que passou a ter a posse, controle e guarda do bem apreendido. Noticia que inexistia a possibilidade de ser submetida à legislação do ICMS a transferência de bem móvel de um estabelecimento para outro em cumprimento a Mandado de Busca e Apreensão, pois não se trata de mercadoria com objetivo de mercancia, conforme preconiza o artigo 2º do Decreto 4.852/97. Pede, ao final, a improcedência do auto de infração.

Junta cópia da Ata da Assembléia Geral Ordinária (fls. 62/64) e cópia do Estatuto Social (fls. 65/69).

A Quarta Câmara deste Conselho, através do Acórdão nº 1785/2010 de fls. 72/76, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda, deixar de apreciar a preliminar de nulidade da peça básica, por erro na identificação do sujeito passivo, nos termos do artigo 18, §3º, do Regimento Interno do CAT, e, no mérito, reformar a decisão singular e considera improcedente o auto de infração.

Entendeu o acórdão cameral que não restou caracterizada a ocorrência de hipótese de incidência do ICMS, em vista da ausência de conteúdo mercantil, o que exclui a possibilidade de operação de circulação de mercadorias. De outro

lado, à fiscalização foi possibilitado fiscalizar a transferência da soja, via ordem judicial, em razão de que o mandado e o auto de apreensão se reportam especificamente à mercadoria que foi transportada, o que torna desnecessária a documentação fiscal no caso. Não há operação tributada na espécie, mas mero deslocamento de grãos em obediência a determinação judicial, o que torna correto o transporte acobertado pelo mandado de apreensão e respectivo auto, o que equivale dizer que é im procedente a ação preambular.

A Fazenda Pública Estadual, na pessoa do Representante Fazendário interpõe Recurso ao Conselho Pleno de fls. 77 onde afirma que a decisão cameral promoveu a supressão de uma instância, pois na fase singular não houve julgamento do mérito, mas simplesmente o acolhimento da preliminar de nulidade requerida pelo sujeito passivo. Não obstante a falha supra indicada, o acórdão afirma ainda que não se verifica nos autos a ocorrência de hipótese de incidência do ICMS, quando na realidade, o auto de infração cuida da aplicação de multa formal. Pede, ao final, a nulidade do acórdão recorrido, retornando o processo a uma das Câmaras para apreciação da decisão singular.

O sujeito passivo foi intimado para apresentar Contradita contra o Pedido de Reforma do Acórdão Cameral formulado pelo Representante Fazendário, conforme se vê às fls. 79/80.

Contraditando o Recurso Fazendário (fls. 83/84) o sujeito passivo reitera que o transporte estava sendo realizado em cumprimento de ordem judicial de busca e apreensão e que não se tratava de operação de circulação de mercadoria ou de serviço de transporte, mas de remoção judicial de uma determinada mercadoria para outro local de depósito. Acrescenta que não era a transportadora do bem apreendido, muito menos possuidora do mesmo quando da remoção de um estabelecimento para outro. Notícia que inexistente a possibilidade de ser submetida à legislação do ICMS a transferência de bem móvel de um estabelecimento para outro em cumprimento a Mandado de Busca e Apreensão, pois não se trata de mercadoria com objetivo de mercancia, conforme preconiza o artigo 2º do Decreto 4.852/97. Por fim, requer a improcedência do auto de infração.

Acosta cópia da Procuração (fls. 85/890), cópia da Ata da Assembléia Geral Ordinária (fls. 91/93), cópia do Estatuto Social (fls. 94/98), cópia da Intimação (fls. 99), cópia da Contradita (fls. 101/107), cópia da Sentença nº 4879/09 (fls. 108/110), cópia do Recurso interposto pela Fazenda Pública Estadual (fls. 111/112) e cópia da Intimação (fls. 113).

É o Relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças instrutórias desta demanda, convenci-me de que razão assiste à egrégia Quarta Câmara deste Conselho, que através do Acórdão nº 1785/2010 de fls. 72/76, decidiu majoritariamente considerar im procedente o auto de infração, conforme informado no relatório que é parte integrante deste "decisum".

A assertiva que firmei no parágrafo volvido, deve-se à evidência de que o polo passivo não afrontou a norma tributária especificada na folha de rosto deste tomo, tendo em vista que não houve operação de circulação de mercadorias, portanto, não se laborou com mercancia. O ocorrido foi tão somente deslocamento de grãos, em obediência a determinação judicial, o que torna correto o transporte acobertado pelo mandado de apreensão e respectivo auto, situação que me leva a improceder o lançamento.

Assim, por maioria de votos, conheço do recurso para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 15 de janeiro de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Uso de SPED e dispensa de escrituração de livros fiscais (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01831/13

Redator do Voto: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: Multa Formal. Pedido de Revisão Extraordinária. Falta de autenticação de livros fiscais de contribuinte não usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD. Improcedência.

Ao contribuinte não usuário de SEPD não se pode ser imputado multa formal pela falta de autenticação de livros fiscais, nos moldes previstos na IN 389/99-GSF.

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 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, Aguinaldo Fernandes de Melo, Antônio Martins da Silva e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Revisão Extraordinária apresentado pela atuada, com fulcro no art. 43, inciso II, alínea "a", item 1, da Lei nº 16.469/09, onde solicita a desconstituição do crédito tributário (fls. 14 a 16).

O polo passivo, atuado por deixar de providenciar autenticação nos livros fiscais, relativos aos exercícios de 2005 a 2008, ficou sujeito à aplicação de multa formal, devendo pagar o valor de R\$ 14.636,32 (quatorze mil, seiscentos e trinta e seis reais e trinta e dois centavos), mais as cominações legais.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seu art. 64 e art. 44 da IN 389/99 - GSF. E a penalidade no art. 71, inciso XIX, alínea "a", do mesmo código.

Os autos foram instruídos com cópia do Despacho nº 83/2010 - SUFDRFMOR (fls. 17 a 20), cópia do Contrato Social (fls. 21 a 30), Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (fls. 33 a 34), Declaração de Pessoa Jurídica para RF (fls. 35 a 43).

A atuada não se manifestou em Primeira e Segunda Instâncias, conforme Termo de Perempção de fl. 11.

Alega em seu pedido que o produtor agropecuário só está obrigado a manter escrituração fiscal quando adotar o regime de apuração de ICMS, conforme art. 3º da IN 673/04 GSF; que não possui credenciamento para emissão de nota fiscal; e que estava inativo no período da ocorrência da suposta omissão de ICMS.

Conforme Despacho nº 3646/2010 - CAT (fl. 48), tendo em vista que a revisão extraordinária exige prova inconteste de erro de fato substancial no lançamento procedido pelo Fisco, requisito exigido por Lei para a admissibilidade do pedido de revisão extraordinária, os autos foram encaminhados ao autuante para se manifestar quanto ao período de obrigatoriedade de autenticação de livros fiscais escriturados por Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD, uma vez que em consulta ao sistema informatizado da SEFAZ observa-se que o mesmo não é usuário de SEPD para escrituração.

Em resposta (fl. 50), o autuante verifica que, em virtude de falha técnica no controle dos produtores rurais, foi erroneamente exigida a apresentação dos livros fiscais do contribuinte, uma vez que a obrigatoriedade de escrituração dos livros somente alcança os produtores rurais emissores de seus próprios documentos fiscais.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário, Despacho nº 0214/2012 - CAT (fl. 54), ao examinar a documentação trazida ao processo, constata que restou demonstrado erro de fato substancial que implica alteração no lançamento procedido pelo Fisco, conforme manifestação do autuante, segundo o qual o sujeito passivo está dispensado da autenticação de livros fiscais.

Diante do exposto, admite o Pedido de Revisão Extraordinária nos termos do art. 43, § 4º, inciso II, da Lei nº 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

O contribuinte foi autuado pela falta de escrituração de livros fiscais relativos aos exercícios de 2005 a 2008, sendo impingido ao infrator a penalidade disposta no art. 44 da IN 389/99-GSF, que prescreve:

“Art. 44. Os livros fiscais escriturados por SEPD devem ser encadernados e autenticados, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data do último lançamento feito em uma das seguintes ocorrências:

I - atingir o limite de 500 folhas;

II - encerrar o exercício de apuração;

III - cessar o uso do SEPD”

É sabido que a referido norma é devida aos contribuintes usuários do sistema SEPD, nos moldes abaixo:

“Art. 1º Aplicam-se as normas estabelecidas nesta instrução, além das demais normas pertinentes da legislação, ao contribuinte usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD -, para emissão de documento fiscal ou escrituração de livro fiscal, ou de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF -.”

Referida exigência foi submetida à diligência, por meio do Despacho nº 3646/10 (fl. 48), determinando que o autuante se manifestasse quanto ao período de obrigatoriedade de autenticação de livros fiscais escriturados por Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD, uma vez que em consulta ao sistema informatizado da SEFAZ observa-se que o mesmo não é usuário de SEPD para escrituração.

O resultado da diligência resultou na confirmação pelo auditor fiscal autuante de que houve falha técnica no controle dos produtores rurais, o que culminou na errônea lavratura do auto de infração, uma vez que a obrigatoriedade de escrituração de livros fiscais somente alcança os produtores rurais emissores de seus próprios documentos fiscais, de onde se infere que se o contribuinte não é usuário de SEPD está automaticamente dispensado da escrituração de livros fiscais.

À conta do exposto, conheço do Pedido de Revisão Extraordinária, dou-lhe provimento para considerar improcedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 01 de outubro de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Utilização indevida de alíquota interestadual - alegação de condição de contribuinte (Procedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00139/13

Relator: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: ICMS. Obrigação Acessória. Empresa de construção civil. Aquisição interestadual de mercadoria sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário. Procedência.

A 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, implica a imposição da multa formal prevista no art. 71, inciso XII, letra "b" do CTE.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe parcial provimento para considerar parcialmente procedente o lançamento fiscal no valor da multa formal de R\$ 17.114,30 (dezesete mil, cento e quatorze reais e trinta centavos), aplicando o benefício previsto no § 8º do art. 71 do CTE e considerar o pagamento efetuado às fls. 118 dos autos para fins de extinção do crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e Delcídes de Souza Fonseca.

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento tributário de ofício feito em face do sujeito passivo em epígrafe consubstanciado na seguinte acusação fiscal:

“Adquiriu bens em operação interestadual, acobertados pelos documentos fiscais números 127214, 130183, 131190, 132191, 6632, 6630, 6640, 6652, 6653, 6651, 6660, 6669, 6668, 6671, 6670, 6686, 73018, 73041, 7859, 7858, 7892 e 7893, cópias anexas, nas quais foram consignados, indevidamente, a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário. Em consequência, fica sujeito a multa formal na importância de R\$ 255.468,50 (duzentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e oito reais e cinquenta centavos) correspondente a 70% do valor da operação, juntamente com os acréscimos legais”.

São dados como infringidos os artigos 44, § 3º e 64 da Lei 11.651/91, combinado com o artigo 145 do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso XII, alínea "b" da Lei 11651/1991, c/ redação da Lei 14058/2001.

Instruem o processo, dentre outros documentos, a relação de notas fiscais, de fl. 04 e as cópias das referidas notas fiscais, de fls. 15/36.

Revel em primeira instância, a autuada comparece ao feito apresentando, em tempo hábil, impugnação dirigida a uma das câmaras julgadoras deste Conselho, em que alega a duplicidade de exigência do crédito tributário ora reclamado em relação às Notas fiscais nºs 6632, 6652, 6653, 6668, 6669, 6670, 6671, 6686, 7892 e 7893, cuja penalidade também foi reclamada nos autos de infração nºs 3034226407080, 3034424976162, 3034199754676, 3033819357157 e 4010800087592, todos com status “QUITADO”.

Alega também que o crédito tributário relativo às Notas Fiscais nºs 6630, 6640, 6651, 6660, 7858, 7859, 73018 e 73041 foi objeto de recolhimento, conforme doc. de fl. 57, que as mercadorias relacionadas na Nota Fiscal de nº 132191 (fl. 18) foram devolvidas ao remetente, não ficando configurada a operação mercantil e que, em relação à Nota Fiscal nº 131190 (fl 17), o valor reclamado no presente processo foi pago pela remetente (Votorantim S.A.);

Mediante Resolução nº. 214/2011, de fl. 102, a Segunda Câmara Julgadora converte o julgamento em diligência para o fim de fosse designado agente do fisco para o fim de confirmar a devolução das mercadorias relacionadas na Nota Fiscal nº 132191 bem como o recolhimento do valor reclamado relativo à Nota Fiscal nº 131190, apresentando relatório conclusivo quanto ao crédito tributário remanescente.

Em resposta, constante da manifestação de fl. 105, o autor do procedimento diligencial conclui que “o crédito tributário remanescente deste auto de infração corresponde apenas às quatro primeiras notas fiscais listadas na peça vestibular, quais sejam, as de números 127214, 130183, 131190 e 132191, no valor de total de R\$ 24.449,00 (vinte e quatro mil e quatrocentos e quarenta e nove reais), valor este ao qual se aplica a multa prevista na exordial, de 70% (setenta por cento), resultando então R\$ 17.114,30 (dezessete mil, cento e quatorze reais e trinta centavos) de crédito remanescente”.

É anexado pelo revisor, os documentos de fls. 106 a 112.

Intimada do resultado da revisão (fl. 114), a autuada não se manifesta, todavia, efetuada o pagamento parcial de fl. 118.

É o relatório.

M É R I T O

Analisando o que consta do processo, entendo que assiste razão parcial à autuada, conforme resultado da revisão.

A exigência da penalidade ora reclamada decorre de descumprimento de obrigação expressamente consignada na legislação tributária estadual.

Consta do parágrafo 4º do artigo 44 do CTE que "*Na aquisição interestadual de mercadoria, bem ou serviço, o destinatário deve informar ao remetente sua condição de não contribuinte do imposto, se for o caso*". Além disso, prevê o artigo 145 RCTE que 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.

É de conhecimento de todos os estudiosos da matéria tributária que o ICMS visa alcançar a última etapa do processo de circulação de mercadorias com alíquota cheia, isto é, de 17%. As operações intermediárias, sejam internas ou interestaduais, podem ser tributadas com alíquota diferenciada, mas ao fechamento do ciclo de circulação, sempre se exige o tributo com a alíquota máxima. Isto é explicado pelo fato de que o estado deseja estimular a atividade comercial sem, contudo, perder receita.

No presente caso, ao adquirir produtos como consumidor final, em operação interestadual, esta operação deveria ser tributada pela alíquota interna da unidade da federação de origem. Se isto não ocorre, o eventual fornecedor goiano fica em desvantagem porque só pode fornecer o mesmo produto pela alíquota interna do estado de Goiás. Seja por isto ou não, a legislação tributária estadual fixou obrigação acessória imposta ao adquirente de mercadorias em operações interestaduais e, em razão do seu descumprimento, estabeleceu multa punitiva prevista no artigo 71, inciso XII, letra "b" do CTE, verbis:

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;

No entanto, no que respeita à graduação da pena, entendo cabível a aplicação do parágrafo 8º do art. 71 do CTE, uma vez que a irregularidade praticada não traz como consequência, direta ou indireta, a falta de pagamento de imposto devido ao Estado de Goiás, donde cabível a redução da multa aplicada para 50% (cinquenta por cento) do valor da pena pecuniária fixada para a infração.

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe parcial provimento para considerar parcialmente procedente o lançamento fiscal no valor da multa formal de R\$ 17.114,30 (dezessete mil, cento e quatorze reais e trinta centavos), com aplicação da forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 da Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, devendo ser considerado o pagamento efetuado conforme documento de fls. 118 dos autos.

Sala das sessões, em 23 de janeiro de 2013.

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

Matéria: MULTA FORMAL - Utilização indevida de alíquota interestadual - alegação de condição de contribuinte (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00318/13

Relator: Conselheiro Delcídes de Souza Fonseca

EMENTA: ICMS. Multa formal. Pena pecuniária. Presunção de uso indevido da condição de não contribuinte para a utilização indevida de alíquota interestadual do ICMS na aquisição de mercadorias em outro unidade da Federação. Improcedência. Decisão unânime.

Afastando o sujeito passivo a presunção de uso indevido da condição de não contribuinte para adquirir mercadoria em outra unidade da Federação para fazer uso indevido de alíquota interestadual, improcedente deve ser o auto de infração.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 19 de setembro 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 Aguinaldo Fernandes de Melo.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente a condição de contribuinte do ICMS, ao adquirir em operações interestaduais bens destinados ao ativo imobilizado (carrocerias para ônibus), onde foi consignada a alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte. Em consequência fica sujeito ao pagamento da multa formal na importância de R\$ 1.363.095,72 (um milhão, trezentos e sessenta e três mil, noventa e cinco reais e setenta e dois centavos), correspondente a 70% do valor da operação, juntamente com os acréscimos legais. O período autuado é junho de 2010.

A autoridade lançadora indicou como infringida as disposições dos artigos 44, § 4º e 64 do Código Tributário Estadual - CTE (Lei nº 11.651/91) combinado com o artigo 145 do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE (Decreto nº 4.852/97). Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, XII, "b" do CTE, com redação da Lei 14.058/01.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Detalhamento do crédito tributário (fls. 03); demonstrativo complementar com o número das notas fiscais, data da emissão, valor total e o valor da multa formal (fls. 04/06); termo de juntada das cópias das notas fiscais e dos documentos, fls. 07/27; cópia da legislação (fls. 28/38); cópia da retificação do auto de infração, dando conta de que o dispositivo legal infringido foi o parágrafo 4º do artigo 44 do CTE e não o parágrafo 3º como consta da inicial (fls.41).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documento de fls. 39/40.

A atuada compareceu a lide relatando os fatos, reproduzindo a legislação e afirmando que o texto legal só se aplica a empresa de construção civil.

Citou também a CF e disse que só está sujeita ao ISS. Pediu ao final que o auto de infração seja julgado improcedente e apresentou endereço para onde as futuras intimações devem ser encaminhadas (fls. 45/51).

Nova intimação expedida à parte passiva relativa à retificação (fls. 77).

A defesa informou ter recebido a notificação repetindo que não é contribuinte do ICMS e sim do ISS.

Asseverou que não deve pagar ICMS por estar isento (art. 6, XXII, do anexo IX do RCTE). Citou juristas para dizer que a exigência não deve prosperar. No final pediu a improcedência por entender que só deve pagar o ISS. Informou novamente endereço para onde às intimações de estilo devam ser dirigidas (fls. 80/93).

O julgador singular, fls. 110/111, prolatou sentença 1140/2012, onde conheceu da impugnação, negou-lhe provimento para considerar procedente o auto de infração.

Afirmou que a defesa alega que não é contribuinte do ICMS e sim do ISS, todavia, a acusação fiscal é justamente esta, qual seja, o sujeito passivo não é contribuinte do ICMS e como tal não poderia adquirir bens destinados ao ativo imobilizado (carrocerias para ônibus) com alíquota interestadual.

Só poderia adquirir com alíquota interna, já que o mesmo não se enquadra na condição de contribuinte descrita nas normas legais em vigor, especialmente o § 4º do artigo 40 do CTE.

O sujeito passivo foi intimado da decisão singular, conforme documento de fls. 112.

O sujeito passivo, fls. 115/128, apresentou recurso voluntário a uma das Câmaras Julgadoras, alegando que não se apresenta sob a pretensa condição de contribuinte, e sim que é contribuinte.

Que tal afirmação é óbvia, vez que sua inscrição estadual está anotada em todos os documentos fiscais de aquisição do bem.

Argumentou que o serviço prestado pela recorrente possui natureza que não está sujeita ao ICMS, conforme cláusula 2ª do Contrato Social.

Asseverou ainda que as operações por ela prestadas estão fora do campo da tributação, pois estão isentas, conforme determinada o artigo 6º, XXII do anexo IX do RCTE.

Em ultima hipótese, aduziu ainda que o remetente tinha o inequívoco conhecimento da natureza do bem comercializado, bem como a condição da destinatária. Ao final, requereu a improcedência do lançamento e a posterior juntada de memorial.

DECISÃO

Analisei detidamente a questão e no mérito considero que razão assiste ao sujeito passivo autuado. De fato, verifico que o sujeito passivo é efetivamente contribuinte do ICMS, pois tem inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado de Goiás – CCE , sob o número 10.136201-3 e domicílio tributário na cidade de Anápolis – GO. Ademais, através da cópia de seu contrato social e demais alterações é de se entender que sua atividade fim é o transporte de passageiros urbanos, cuja comprovação é feita pelo extrato de seu cadastro no CCE neste Estado, o que pronto confirma mais uma vez sua atividade econômica.

Aduz que seu ramo de negócios goza do benefício da isenção do ICMS e que remeteu motores e chassis de ônibus para o Estado de São Paulo para a respectiva montagem das carrocerias nos chassis, vez que neste Estado não existem fornecedores para este tipo de serviço. A título de prova, anexa documentação probante às fls. 141, e consistente em uma carta da presidência da Companhia de Distritos Industriais de Goiás – Goiásindustrial endereçada ao sujeito passivo, cujo conteúdo informa não existir neste Estado nenhuma empresa que dedique-se à fabricação e montagem de carrocerias em chassis de ônibus. Diante disso é forçoso reconhecer que o atendimento desta necessidade só pode se dar em outra unidade da Federação.

E se não bastasse, laborou em erro o fisco ao promover o presente lançamento de ofício com base na presunção de uso indevido da condição de não contribuinte para promover a aquisição de mercadorias em outro Estado da Federação através de documentação fiscal em que foi consignada indevidamente alíquota interestadual, sob a pretensa condição de contribuinte do destinatário.

Visto que a documentação colacionada aos autos comprova sua condição de contribuinte, improcedente é o auto de infração.

Face ao exposto e sob a anuência da Representação Fazendária, 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 12 de março de 2013.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Benefício fiscal concedido aos atacadistas - mercadoria destinada consumidor final (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01475/13

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: *ICMS. Saídas de mercadorias, com redução indevida de base de cálculo de ICMS, tendo em vista que o benefício fiscal concedido aos estabelecimentos atacadistas não se aplica, quando as mercadorias são destinadas a consumidor final. Procedente em parte.*

O trabalho revisional, não contraditado de forma convincente, respalda o entendimento de que o polo passivo atendeu parcialmente a exigência estampada na vestibular, devendo assim, o sujeito passivo recolher ao erário parte remanescente da exigência exordial, conforme decidido em sessão cameral.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 04 de abril de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS a recolher de R\$ 18.013,95 (dezoito mil e treze reais e noventa e cinco centavos), adequando a penalidade à prevista no art. 71, IV-A do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, José Luiz Rosa, Aguinaldo Fernandes de Melo, José Paixão de Oliveira Gomes, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

A constituição do presente crédito tributário, lançado no dia 27.10.2006, em face à epigrafada, formalizando a cobrança de ICMS no valor de R\$22.194,80, multa e demais acréscimos legais, no exercício de 2005, deve-se à realização de saídas de mercadorias, com redução indevida de base de cálculo de ICMS, tendo em vista que o benefício fiscal concedido aos estabelecimentos atacadistas não se aplicam quando as mercadorias são destinadas a consumidor final.

O auto de infração funda-se nos artigos 15, 64, da Lei nº 11.651/91, c/c artigo 8º, inciso VIII, do Anexo IX e artigo 82, do Decreto nº 4.852/97. Tendo sido aplicada a penalidade do artigo 71, VIII, "a" § 9º, I, com a nova redação da Lei 14.634/03.

Foi indicado como polo passivo solidário o identificado à fl. 04.

Para instrução do feito foram juntados os seguintes documentos: espelho cadastral, fl. 05; cópias da ordem de serviço, fl. 06; de consolidação do contrato social, fls. 07/011; Auditoria Básica do ICMS, fls. 012/057.

Devidamente intimados os sujeitos passivos fls. 058/061 apresentam impugnação de fls. 063/066 e 85/88.

Impugnando o lançamento, os defendentes, respectivamente, às fls. 63/66 e 85/88 alegam que a simples inscrição estadual é mero instrumento de controle do Estado, não tendo efeito de caracterizar os inscritos como contribuintes ou não, mostrando importante para tal enquadramento a habitualidade e o volume de operação com intuito comercial, nos termos do art. 34, do RCTE. Aduzem que o CPC adota em matéria de prova o princípio do ônus da alegação, não existindo, desse modo, elemento que comprove que as mercadorias vendidas tiveram como destinatário consumidor final, não contribuintes. Em arrimo às suas fundamentações, citam julgados deste Conselho, os quais teriam exigido o pagamento antecipado de imposto pelas apurações subseqüentes, ao entendimento de que os destinatários seriam contribuintes. Transcrevem excerto do PAT nº 3017476570540. Ao final, afirmam que o auto de infração carece de motivação fática, ante a ausência de comprovação de que as notas fiscais auditadas referem-se a mercadorias destinadas a não contribuintes, pugnando pela improcedência do auto de infração.

Acompanham a impugnação os documentos de fls. 89/92.

Sobreveio à sentença de fls. 94/95, pela qual a Julgadora julgou procedente a pretensão fiscal.

Intimados os sujeitos passivos para pagar e/ou apresentar recurso voluntário, fls. 96/98. Foi declarado perempto o sócio solidário, à fl. 99.

O sujeito passivo direto interpõe recurso voluntário fls. 107/110, reiterando a argumentação expendida por ocasião da impugnação e requerendo a improcedência do instrumento basilar, fls. 101/104.

Às fl. 106, a Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, converteu o processo em diligência, para que fosse providenciada a juntada de 10 notas fiscais, dentre as relacionadas no relatório de fls. 16 a 40, e de 10 notas fiscais, dentre as relacionadas no relatório de fls. 41 a 57.

Em resposta à determinação supra, foram juntados os documentos de fls. 109 a 141.

Os autuados foram intimados para manifestarem sobre a diligência de fl. 106, fl. 143.

O polo passivo direto aduz que a maioria dos destinatários, constantes das notas fiscais possui inscrição estadual, tendo o Estado incluído-os no grupo de contribuintes de ICMS, e, que a quantidade de mercadorias comercializadas são

incompatíveis para uso próprio, por se tratar de aquisições de fardos e caixas de produtos, além de embalagens em grande quantidade. E, de igual forma, que há produtos sujeitos ao regime de substituição tributária e de redução de base de cálculo, fatos não considerados pela autuante. Exemplifica, descrevendo o arroz, farinha de trigo, fralda, papel higiênico, cera, creme dental, óleo de soja, açúcar, etc., pedindo a feitura de nova diligência, a fim de que sejam juntadas as cópias do restante das notas fiscais.

Posteriormente, à fl. 149, nova diligência foi determinada pela Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, mediante a Resolução nº 301/2007, desta feita, para que se procedesse a revisão nos trabalhos fiscais, no intuito de confirmar a condição de consumidor final dos destinatários, visto que em alguns documentos constatou-se a destinação de mercadorias a contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do Estado.

Em atendimento à determinação, foi refeita a Auditoria Básica do ICMS, concluindo que as maiorias dos documentos fiscais foram emitidas para pessoa física e com a indicação de "ISENTO" no campo destinado à Inscrição Estadual. Algumas notas fiscais são destinadas a produtor rural, que não estão habilitados a comercializar mercadorias naquela situação; e, que não foi encontrado nenhum documento emitido para contribuinte habilitado ao comércio e à indústria. Com a revisão o valor autuado foi reduzido para R\$ 18.013,95. À revisão foram anexados os documentos de fls. 153/1550, dentre eles, Auditoria Básica do ICMS e notas fiscais de comercialização de mercadoria.

Intimada da revisão fl. 1.551, o sujeito passivo direto manifesta às fls. 1.553 a 1.555, asseverando que não foram excluídas da análise revisional todas as saídas cujas quantidades seriam incompatíveis para consumo próprio, o que caracterizaria intuito de comercialização.

Novamente, a Quarta Câmara, em Sessão no dia 19/12/2008, por proposição da Relatora, converteu o julgamento em diligência junto à GEPRE, a fim de providenciar a intimação do solidário fl. 1.557.

Intimado, o polo passivo solidário, fl. 1.558, apresenta manifestação de fls. 1.560/1.562, onde alega ser contraditória a revisão apresentada pelo auditor, com os mesmos argumentos aduzidos na contradita anterior.

Em Julgamento pela Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, fl. 1.568, por maioria de votos, rejeitou-se o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Também, por maioria de votos, foi rejeitado o pedido de exclusão da lide do solidário. E, quanto ao mérito, por maioria de votos, conheceu-se do recurso, dando-lhe parcial provimento, reformando em parte a sentença singular no valor original de R\$18.013,95 (dezoito mil, treze reais e noventa e cinco centavos), nos termos da revisão de fls. 151 dos autos.

Da decisão cameral foram intimados os autuados, fls. 1575/15756.

Os autuados, com uma única peça recursal, interpõem recurso ao Conselho Pleno fls. 1.713/1.716, com supedâneo ao art. 41 da Lei 16.469/09, ao argumento de que o procedimento adotado pelo autuante é contrário ao que dispõe o artigo 34 do RCTE; que conforme se vê da documentação anexada aos autos pela defesa, demonstra que se davam com habitualidade ou mesmo com intuito comercial, por tratar-se de grande quantidade. Requer deferimento de diligência.

É o relatório.

DECISÃO

Em proêmio, reporto-me à tarefa revisional, sempre merecedora de fé, onde a autoridade revisora, fl. 151, após discorrer sobre a metodologia de trabalho desenvolvido neste feito, destaca que a autuação se deu em virtude de débitos de ofício, referentes a utilização indevida da redução da base de cálculo, nas saídas internas de mercadorias, destinadas a consumidor final, infringindo o artigo 8º, inciso VIII do Anexo IX do RCTE e que, ao refazer serviço, por força da resolução de fl. 149, verificou que o polo passivo, notificado, apresentou cópias de parte das vias fixas das notas fiscais relacionadas nos autos, mais precisamente as de números 5.004 a 22.0012, deixando a acostar a este volume as notas fiscais com numeração de 3.445 a 5.000 e que mediante esses documentos, elaborou planilha, e excluiu as diferenças referentes às notas fiscais canceladas e as destinadas a comercialização e que para os documentos não apresentados, foi mantida a informação da auditoria original, cuja conclusão aponta que o valor do auto foi reduzido para R\$ 18.013,95 (dezoito mil, treze reais e noventa e cinco centavos).

Considerando que o polo passivo, embora instado a se manifestar, conforme determina a norma legal, não trouxe ao processo nenhum elemento de prova capaz de contrapor a referência numérica demonstrada pela revisional, fato, aliás, já observado pela egrégia Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, que ao proferir o Acórdão nº 3.057/2.010, fl. 1.568, na questão de mérito, julgou procedente em parte a vestibular, nos termos da fundamentação da diligencial supramencionada, só me resta ratificar a decisão cameral, em comento, julgando procedente em parte a inicial, cujo “quantum” a pagar é R\$ 18.013,95 (dezoito mil, treze reais e noventa e cinco centavos), tendo em vista comando do citado artigo 8º, inciso VIII do Anexo IX do RCTE, que será transcrito na sequência, que foi infringido, pois demonstrado está nesta lide que em face às notas fiscais evidenciadas em linhas anteriores, mais precisamente as de números 3.445 a 5.000, o polo passivo promoveu saída de mercadoria com redução indevida na base de cálculo, com benefício fiscal concedido a estabelecimento atacadista, incorrendo assim em irregularidade fiscal, pois destinou parte das mercadorias a consumidores finais:

“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):”

Entretanto, a penalidade deverá ser adequada de conformidade com o artigo 71, IV – A do CTE, que segue transcrito:

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

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.”

Pelo exposto, voto conhecendo do recurso para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS a recolher de R\$ 18.013,95 (dezoito mil, treze reais e noventa e cinco centavos), adequando a penalidade à prevista no art. 71, IV-A do CTE.

Sala das sessões plenárias, em 06 de agosto de 2013.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Exclusão de valores relativos ao PIS/COFINS do cálculo do ICMS (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02329/13

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Redução da base de cálculo de benefício fiscal do ICMS do PIS/COFINS . Procedência. Manutenção da decisão singular.

I - A redução da base de cálculo prevista no art. 8º, inciso XXV, do Anexo IX do RCTE somente é permitida quando praticada por industrial ou importador com destino a contribuinte;

II - 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 - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 27 de agosto de 2013, decidiu, 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 Elias Alves dos Santos, Cláudio Henrique de Oliveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, David Fernandes de Carvalho, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Rickardo de Souza Santos Mariano, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Márcio Nogueira Pedra e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Descreve o presente auto de infração que o sujeito passivo realizou transferências de mercadorias em operações interestaduais - CFOP 6.152, no exercício de 2008, com a utilização indevida da redução de base de cálculo do imposto, correspondendo a uma tributação inferior à prevista na legislação. Em consequência, deverá pagar o ICMS no valor de R\$ 3.470.783,93 (três milhões, quatrocentos e setenta mil, setecentos e oitenta e três reais e noventa e três centavos), juntamente com a penalidade prevista e os acréscimos legais.

A base legal do auto de infração encontra respaldo no Código Tributário Estadual em seus arts. 15 e 64 e art. 86 do Decreto nº 4.852/97, sendo proposta a penalidade contida no art. 71, inciso IV-A, da Lei 11.651/1991, com redação da Lei 17.519/2011.

Os autos foram instruídos com Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03), Auditoria Básica do ICMS (fls. 04 a 08), planilha Resumo

de Transferências Interestaduais com Redução Indevida na Base de Cálculo do Imposto (fls. 09 a 12), Recibo de Entrega de Relatórios Digitais (fl. 13), mídia CD/DVD (fl. 14) e Consulta Detalhada do Contribuinte Pessoa Jurídica (fls. 15/16).

As alegações impugnatórias não são suficientes para reverter o pleito, pois o julgador singular, na Sentença nº 2177/2012 - JULP, fls. 54 a 57, decide conhecer da impugnação, negar-lhe provimento para decidir pela procedência da pretensão inicial do Fisco.

Inconformada, a autuada interpõe Recurso Voluntário (fls. 62 a 73 e 80 a 91), no qual argumenta que apesar do julgador singular ter reconhecido o controle permanente de estoque, negou provimento à impugnação, ao argumento de que não teria sido comprovado o erro no levantamento fiscal questionado.

Assim, reitera todos os argumentos expendidos na fase anterior. Ilustra seus procedimentos internos em relação ao recebimento, estoque e transferências das mercadorias.

Volta a salientar que as mercadorias transferidas encontram-se na sistemática não-cumulativa do PIS e da COFINS, sendo que nas aquisições para revenda possui o direito de se creditar do montante de 9,25% do valor das mercadorias, sendo que o referido montante também deve ser retirado do custo do produto, e incluído na conta de crédito do PIS e da COFINS. Destaca os procedimentos relacionados com a situação.

Torna a questionar a multa aplicada, que no seu entender reveste-se de caráter confiscatório. Diante do colocado, alega que o trabalho fiscal não obedeceu à forma correta de apuração do custo médio ponderado, uma vez que não foram consideradas as exclusões dos tributos não cumulativos. Enfatiza que os créditos relativos aos tributos não cumulativos gerados pela aquisição da mercadoria, não podem ser considerados como custo, pois como o próprio nome já diz, são créditos e não custos.

Assevera que emitiu todas as Notas Fiscais de transferência utilizando como base de cálculo do ICMS o valor do seu custo médio apontado pelo sistema no momento da emissão do documento fiscal. Ainda, que não há reincorporação do PIS e da COFINS no preço da mercadoria no momento da transferência, uma vez que não há receita nesta operação, não havendo a incidência de referidas contribuições. Ao final, pede a improcedência do auto de infração.

Posteriormente promove a juntada do Memorial de fls. 97 a 100, no qual reitera os argumentos já apresentados. Ilustra suas razões com a afirmativa de que com a recente entrada em vigor do SPED Fiscal, referido sistema não permite a inclusão do PIS e da COFINS nas transferências entre estabelecimentos, sendo que se os mesmos forem incorporados ao preço nas transferências, o arquivo não é validado, o que confirma que o procedimento adotado está correto.

Mais uma vez apresenta Memorial de fls. 103 a 108, destacando que a discussão posta em debate consiste na divergência quanto ao valor a ser utilizado

como base de cálculo para as transferências de mercadorias destinadas a outras filiais.

Volta a salientar que ao analisar o trabalho fiscal, verificou que a base de cálculo apresentada pelo ilustre Auditor Fiscal em seu levantamento divergiu da base de cálculo utilizada pelo Contribuinte, uma vez que não considerou na formação do custo as exclusões dos tributos não cumulativos. Especificamente, no caso dos autos, trata-se de operações com mercadorias sujeitas à tributação pelo ICMS e pelo PIS e COFINS, na sistemática não cumulativa.

Diz que nas operações de transferências entre estabelecimentos filiais não há o pagamento de PIS e CONFINS pelo remetente, não há o direito ao crédito dessas contribuições. Dessa forma, não devem tais valores compor o custo para fins de apuração da base de cálculo a ser utilizada nas referidas transferências.

Assim, informa que não mantém estoque em sua filial goiana, sendo o custo médio das mercadorias, no presente caso, exatamente o valor da última aquisição, excluídos o PIS e a COFINS à alíquota de 9,9%, conforme dispõe o Convênio ICMS nº 34/2006, ratificado internamente pelo Estado de Goiás mediante o Ato Declaratório nº 08/2006.

Complementa: "Ocorre que o ilustre Auditor Fiscal, na apuração do custo médio, não levou em consideração todas essas peculiaridades e, por isso, acabou por considerar um valor de custo médio que, além de não corresponder com a realidade, contraria norma do IBRACON."

Buscando evidenciar tal situação, o sujeito passivo junta aos autos Planilha contestatória, demonstrando que em nenhuma das transferências apontadas a base de cálculo foi menor que o custo médio ponderado. Junta, também, cópia do Convênio ICMS nº 34/2006 e do Ato Declaratório nº 08/2006, fls. 110 a 119.

O Conselheiro Relator solicita a juntada dos documentos que se vê às fls. 122 a 129.

A Primeira Câmara Julgadora decidiu, por maioria de votos, por meio do Acórdão nº 0857/2013 (fls. 130 a 138), conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

A decisão traz que a discussão no processo não se refere à utilização ou não do custo médio ponderado, e não há contestação quanto à sua sistemática. Aponta que o cerne da questão se dá na aplicação equivocada da redução de base de cálculo, benefício que se aplica somente nas operações praticadas por contribuinte Industrial ou Importador, não se aplicando a contribuinte que atua no comércio atacadista.

Na sua última oportunidade de defesa a autuada apresenta Recurso ao Conselho Pleno (fls. 142 a 154), onde contesta a afirmação de que o benefício seria aplicável apenas nas operações realizadas por contribuinte industrial ou

importador; que tal argumentação contraria as normas legais e trata-se de interpretação equivocada das disposições legais estabelecidas pelo Convênio ICMS nº 34/2006, ratificado pelo Ato Declaratório nº 08/2006.

Continua sua argumentação e afirma que o art. 17, §1º, da Lei Estadual 11.651/91, prevê ser facultativo ao contribuinte, usuário de controle permanente de estoque, a utilização do custo médio ponderado para fins de apuração do imposto devido nas transferências de mercadorias. Dessa forma, utiliza como base de cálculo do imposto o valor do custo médio ponderado das mercadorias em todas as operações de transferências para estabelecimentos filiais.

Ao final, conclui que o trabalho fiscal não obedeceu a forma correta de apuração do custo médio ponderado, pois não considerou as exclusões dos impostos não cumulativos e, desta forma, não pode prosperar o auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

No presente lançamento, a autuação reportou-se a transferências de mercadorias em operações interestaduais - CFOP 6.152, no exercício de 2008, com a utilização indevida da redução de base de cálculo.

No trabalho realizado pelo Fisco, não foram consideradas as exclusões da base de cálculo do ICMS dos impostos não cumulativos do PIS e da COFINS, consoante o Convênio ICMS nº 34/2006 e o Ato Declaratório nº 08/2006.

A constituição do presente crédito tributário foi efetuada por empresa que opera no comércio atacadista de medicamentos, produtos de higiene pessoal e de cosméticos, sendo que o embasamento da autuação está definido no art. 8º, inciso XXV do Anexo IX do RCTE, abaixo transcrito:

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

[...]

XXV - no valor equivalente à aplicação, conforme o caso, do percentual previsto na alínea "a" sobre o valor da operação com os produtos classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46 e 3303.00 a 33.07, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00, 3401.11.90, 3401.20.10 e 9603.21.00, todos da NBM/SH, praticada pelo industrial ou importador com destino a contribuinte, ficando mantido o crédito e observado o seguinte (Convênio ICMS 34/06), cláusula primeira, caput e cláusula segunda): (grifo oportuno).

a) o percentual de redução da base de cálculo, que tem por fim excluir o valor das contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS referente às operações subseqüentes cobradas englobadamente na operação, é:

1. com produto farmacêutico classificado nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00:

1.1. interestadual - 9,90% (nove inteiros e noventa centésimos por cento);

NOTA: Redação com vigência de 31.07.06 a 11.08.08.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO SUBITEM 1.1 DA ALÍNEA "A", DO INCISO XXV, DO ART. 8º, PELO ART. 2º, DO DECRETO Nº 6.776, DE 06.08.08 – VIGÊNCIA: 12.08.08.

1.1. interestadual - 9,90% (nove inteiros e noventa centésimos por cento), cumulável com o crédito outorgado previsto no inciso III do art. 11 deste anexo, sendo que nesta hipótese o percentual deve incidir sobre a base de cálculo reduzida;

1.2. interna - 10,52% (dez inteiros e cinquenta e dois centésimos por cento), cumulável com a redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do caput deste artigo (Convênio ICMS 34/06, cláusula segunda);

2. com produto de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal classificado nas posições 33.03 a 33.07 e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 96.03.21.00:

2.1. interestadual - 10,49% (dez inteiros e quarenta e nove centésimos por cento);

NOTA: Redação com vigência de 31.07.06 a 11.08.08.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO SUBITEM 2.1 DA ALÍNEA "A", DO INCISO XXV, DO ART. 8º, PELO ART. 2º, DO DECRETO Nº 6.776, DE 06.08.08 – VIGÊNCIA: 12.08.08.

2.1. interestadual - 10,49% (dez inteiros e quarenta e nove centésimos por cento) acumulável com o crédito outorgado previsto no inciso III do art. 11 deste anexo, sendo que nesta hipótese o percentual deve incidir sobre a base de cálculo reduzida;

2.2. interna - 11,15% (onze inteiros e quinze centésimos por cento), cumulável com a redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do caput deste artigo (Convênio ICMS 34/06, cláusula segunda);

b) não se aplicam as reduções previstas na alínea "a" (Convênio ICMS 34/06, cláusula primeira, § 2º):

1. na operação realizada com produto classificado na posição 3003, exceto no código 3003.90.56, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3001.20.90, 3001.90.10, 3001.90.90, 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10 e 3006.60.00, todos da NBM/SH, tributados na forma do inciso I do art. 1º da Lei nº10.147/00 e na posição 3004, exceto no código 3004.90.46 da NBM/SH, quando o industrial ou o importador do mesmo tenha firmado com a União, "Compromisso de Ajustamento de Conduta, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985", ou que tenha preenchido os requisitos constantes da Lei nº 10.213, de 27 de março de 2001;

2. quando ocorrer a exclusão do produto da incidência das contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS, para os produtos farmacêuticos classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00, na forma do § 2º do art. 1º da Lei nº 10.147/00;

c) o documento fiscal que acobertar as operações indicadas no caput deve, além das demais indicações previstas na legislação tributária (Convênio ICMS 34/06, cláusula quarta):

1. conter a identificação do produto pelo respectivo código da NBM/SH e, em relação ao medicamento, a indicação, também, do número do lote de fabricação;

2. constar no campo "Informações Complementares":

2.1. se existir, o número do regime especial celebrado para utilização de crédito presumido das contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS pelo industrial ou pelo importador do produto classificado na posição 3003, exceto no código 3003.90.56, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3001.20.90, 3001.90.10, 3001.90.90, 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10 e 3006.60.00, todos da NBM/SH, tributados na forma do inciso I do art. 1º da Lei nº 10.147/00 e na posição 3004, exceto no código 3004.90.46 da NBM/SH, que tenham firmado, com a União, "Compromisso de Ajustamento de Conduta, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985", visando assegurar a repercussão nos preços da redução da carga tributária em virtude do disposto no art. 3º da Lei nº 10.147/00;

2.2. se o industrial ou importador preencher os requisitos constantes da Lei nº 10.213/01, a expressão: "o remetente preenche os requisitos constantes da Lei nº 10.213/01";

2.3. nos demais casos, a expressão "Base de cálculo com redução do PIS/PASEP e da COFINS nos termos do inciso XXV do Anexo IX do art. 8º do RCTE e do Convênio ICMS 34/06"

Não tem razão de ser a contestação da polaridade passiva para que a aplicação do benefício fiscal da redução da base de cálculo seja também extensiva a empresa atacadista e não apenas nas operações realizadas por contribuinte industrial ou importador.

A transcrição da norma legal deve ser aplicada para o caso em comento, não sendo cabível a interpretação das disposições estabelecidas pelo Convênio ICMS nº 34/2006 para dispensar a aplicação da lei, mesmo porque o julgamento da legalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma jurídica estadual não é competência desta Casa, por ser matéria privativa do Poder Judiciário.

Não há como respaldar as exclusões dos valores concernentes aos impostos do PIS e COFINS para as operações interestaduais realizadas pela empresa, devidamente apuradas em levantamento fiscal, motivo pelo qual deve ser mantida na íntegra a peça inicial.

Ademais, o fato do contribuinte ser usuário de controle permanente de estoque, com a utilização do custo médio ponderado para fins de apuração do imposto devido nas transferências interestaduais de mercadorias não constitui o cerne da questão, por não ter sido objeto de contestação pelo Fisco em momento algum.

Por último, em relação ao questionamento da multa impingida alcunhando-a de inconstitucional, já que nitidamente de caráter confiscatória, destaco que a mesma não pode ser apreciada, nos termos do § 4º do art. 6º da Lei 16.469/09.

Ante o exposto, conheço do Recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão singular que considerou procedente o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 21 de novembro de 2013.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Saída de produtos médicos - stents - com isenção do ICMS (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02395/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: Processual. Reinclusão na lixe dos solidários. Preliminar de insegurança na determinação da infração. Rejeitada. ICMS. Obrigação principal. Utilização indevida de benefício fiscal da isenção. Provimento parcial. Reforma da decisão cameral. Alteração da penalidade proposta na inicial para a prevista no art. 71, IV -A do CTE.

1. É correta a reinserção dos sócios indicados na lixe como solidários, que comprovadamente, exerciam função de administradores da empresa atuada à época da ocorrência dos fatos geradores, nos termos do art. 45, inciso XII do CTE.

2. Rejeita-se a arguição de insegurança na determinação da infração, estando a irregularidade fiscal claramente relatada e o auto de infração devidamente instruído, havendo subsunção do fato ao tipo penal citado.

3. O implante expandível de aço inoxidável para dilatar artérias (stents), código 9021.90.81 foi alcançado pelo benefício fiscal da isenção do ICMS, somente a partir de 24/10/05, por meio do Convênio ICMS 113/05, ratificado pelo Decreto nº 6.374/06, que acresceu o item 191 ao Apêndice IX, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97.

4. A saída do produto médico denominado "Coil" ou Espiral de Platina não goza de isenção do ICMS, em razão de não constar entre os insumos médicos relacionados para usufruir o benefício fiscal previsto no art. 7º, inciso XXXII, do Decreto nº 4.852/97.

5. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário (art. 111, inc. II do CTN).

6. A comprovação de que o sujeito passivo agiu em desacordo com as normas vigentes, no período examinado pela autoridade fiscal competente, permite que o julgador reforme a decisão recorrida e declare procedente a exigência fiscal nos moldes definidos pela revisão fiscal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 27 de agosto de 2013, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de reinclusão dos solidários [...], [...] e [...] na lixe, arguida pela Fazenda

Pública. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Célia Reis Di Rezende, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Paixão de Oliveira Gomes, Antônio Martins da Silva, David Fernandes de Carvalho, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Cláudio Henrique de Oliveira, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, Delcides de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração. E, no mérito, também por unanimidade de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 1.091.250,14 (um milhão, noventa e um mil, duzentos e cinquenta reais e quatorze centavos), adequando a penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A do CTE. E, ainda, por votação unânime, manter a exclusão da solidária [...] da lide. Participaram do julgamento os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Célia Reis Di Rezende, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Cláudio Henrique de Oliveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, David Fernandes de Carvalho, Delcides de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que a empresa utilizou indevidamente o benefício fiscal da isenção nas operações de saídas internas e interestaduais com o produto denominado COIL (ESPIRAL DE PLATINA), não constante do Apêndice IX, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, portanto, não alcançado pela isenção do ICMS prevista no art. 7º, inciso XXXII, bem como, nas operações com o produto denominado IMPLANTE EXPANDÍVEL, DE AÇO INOXIDÁVEL, PARA DILATAR ARTÉRIAS (STENTS) que foi alcançado pelo benefício fiscal da isenção somente a partir de 24/10/05 por meio da edição do Decreto nº 6.374/06 que acresceu o item 191 ao Apêndice IX. Em consequência, foi exigido o ICMS no valor de R\$ 1.113.845,53 (um milhão, cento e treze mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e três centavos).

Foram mencionados como infringidos os artigos 11, 40 e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c art. 1º, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, alínea "c", c/c o § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

Foram arrolados como solidários nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91 os sócios-administradores [...], [...], [...] e [...].

Inconformados com a decisão singular desfavorável, Sentença nº 7.336/08 de fls. 247/250, a empresa autuada e os seus administradores, incluídos na lide como solidários, apresentaram recurso voluntário na qual pedem a exclusão da lide dos administradores no entendimento de que não agiram com excesso de poderes ou infração à lei, contrato ou estatuto, e, por isso, não se pode enquadrar a

situação em análise nas disposições dos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, pedem, ainda, a declaração da nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração em razão da falta de conexão entre os dispositivos legais mencionados como infringidos e a conduta descrita no histórico do auto de infração.

No mérito pedem a improcedência do lançamento aduzindo que a sua conduta foi pautada no art. 7º, inciso XXXII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, portanto, o lançamento deveria ser declarado improcedente. Sustentam que o produto denominado COIL corresponde ao produto CLIP PARA ANEURISMA que esta alcançado pelo benefício fiscal da isenção do ICMS e que o produto denominado STENT estava inserido no Convênio ICMS 01/99 com o código NBM 90219080 (OUTROS).

Em sessão realizada no dia 18/06/09 a Segunda Câmara Julgadora converteu o julgamento em diligência por meio da Resolução nº 145/2009 às fls. 307/308, solicitando esclarecimentos em relação a cobrança de ICMS relativamente ao produto STENT no período de novembro de 2005 a 2007, quando o mesmo foi alcançado pelo benefício fiscal da isenção do ICMS a partir de 24/10/05. Solicitou, também, a manifestação em relação a alegação dos sujeitos passivos quanto a diferentes nomenclaturas dadas aos produto COIL.

Por meio do relatório de fls. 2045 a 2065, o autor do procedimento de diligência informa que foram promovidos os ajustes por meio da elaboração dos demonstrativos de fls. 310 e seguintes, reduzindo, dessa forma o valor original do crédito tributário para R\$ 1.091.250,14 (um milhão, noventa e um mil, duzentos e cinquenta reais e quatorze centavos). Em relação a afirmação da empresa atuada no sentido da existência de mais de uma nomenclatura para o produtor COIL, o revisor informou que não foi constatada tal situação, afirmando, ainda, que a legislação tributária relativa a isenção deve ser interpretada literalmente (CTN, art. 111, II).

Intimados do resultado da revisão, o polo passivo apresenta contra-razões de fls. 2069 a 2075, reafirmando a sua posição em relação ao benefício fiscal da isenção para o produto STENT. Pediu a realização de nova diligência para esclarecimento da questão (fls. 2075). Junta os documentos de fls. 2079/2083.

Em sessão realizada no dia 10 de março de 2010, a Primeira Câmara Julgadora rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, excluiu os solidários da lide e, quanto ao mérito, por maioria de votos, julgou improcedente o lançamento, o voto vencido julgou parcialmente procedente o auto de infração no valor de R\$ 1.091.250,14 (um milhão, noventa e um mil, duzentos e cinquenta reais e quatorze centavos), nos termos da revisão.

O fundamento da decisão cameral foi no sentido de que as operações realizadas pela empresa atuada estavam abrigadas pelo benefício fiscal da isenção do ICMS previsto no art. 7º, inciso XXXII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpôs o recurso de fls. 2095 a 2097, pedindo a reforma do acórdão cameral que, no seu entendimento, utilizou de interpretação extensiva da legislação tributária, situação vedada pelo art. 111, inciso II, do CTN. Pediu, ainda, a reinserção dos solidários na lide.

Os sujeitos passivos apresentam Contradita às fls. 2106/2111, na qual pedem a manutenção do acórdão cameral.

O Conselho Pleno acolheu a preliminar de nulidade parcial do processo, a partir de fls. 2084, por falta de apreciação do pedido de diligência, e determinou o retorno dos autos à Câmara Julgadora para apreciação de toda a matéria, Acórdão nº 1431/2011 (fls. 2126/2131).

A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário às fls. 2180/2181, em sessão realizada dia 09/05/2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, por maioria de votos, acolheu a preliminar de exclusão dos solidários da lide e, no mérito, julgou improcedente o auto de infração. O voto vencido julgou parcialmente procedente o lançamento fiscal no valor do ICMS a recolher de R\$ 1.091.250,14 (um milhão, noventa e um mil, duzentos e cinquenta reais e quatorze centavos), com aplicação do benefício previsto no § único do art. 100 do CTN.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpôs o recurso de fls. 2192 a 2194, pedindo a reforma do acórdão cameral, de modo que o lançamento seja considerado procedente, sem a aplicação do § único do art. 100 do CTN, e ainda com a recomposição do pólo passivo, mediante a inclusão dos administradores [...], [...], [...] e [...], com fulcro no dispositivo no art. 45, inciso XII, do CTE. Foram anexados, páginas do Acórdão do processo nº 4 0109009 396 12 às fls. 2195/2205.

Os sujeitos passivos apresentam Contradita às fls. 2218/2222, na qual pedem a manutenção da decisão cameral.

É o relatório.

DECISÃO

Questão preliminar

Em relação ao pedido da Fazenda Pública de retorno a lide dos administradores excluídos, deve-se ressaltar que a autuação cuida da exigência do ICMS, em razão do sujeito passivo ter utilizado indevidamente o benefício fiscal da isenção com os produtos denominados COIL e STENTS.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 1609/2012 (fls. 2182/2190) recorrido rejeitou o pedido de diligência, acolheu a preliminar de exclusão dos solidários da lide e julgou improcedente o auto de infração.

Entretanto, a conduta narrada na inicial somente pode ser atribuída à decisão ou determinação de seus administradores, por ação ou omissão, pois é pela vontade desses que a pessoa jurídica realiza as operações e deve cumprir as obrigações tributárias.

No presente caso, os administradores da empresa autuada são solidários, nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, 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 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 pedido de reinclusão na lide dos solidários foi norteador pelo dispositivo acima citado, tendo os administradores interesse comum na situação que desonerava a empresa dos tributos incidentes nas operações que praticava e, por isso, dou provimento ao recurso da Fazenda Pública para retornar a lide os solidários excluídos na fase cameral [...], [...], [...].

Contudo, em relação à solidária [...] a mesma deve continuar excluída da lide, considerando a sua retirada da empresa, de acordo com a alteração contratual de 18/11/2003, fls. 22 a 28, devidamente registrada na JUCEG em 15/01/2004.

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, de insegurança na determinação da infração, observo que não há nos autos qualquer vício formal, porque o lançamento de ofício indicou os dispositivos infringidos corretamente, bem como descreveu a irregularidade praticada pelo autuado de forma clara e precisa, de modo a assegurar ao polo passivo o contraditório e a ampla defesa.

Questão meritória

O benefício da isenção para equipamentos e insumos relacionados à saúde está contemplado pelo art. 7º, inciso XXXII do Anexo IX do RCTE, conforme dispositivo transcrito abaixo:

"Art. 7º São isentos de ICMS, observado o § 1º quanto ao término de vigência do benefício:

[...]

XXXII - a operação com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, relacionados com os respectivos códigos da NBM/SH no Apêndice IX deste anexo, desde que contemplados com isenção ou alíquota

reduzida a zero dos Impostos de Importação ou sobre Produtos Industrializados, ficando mantido o crédito (Convênios ICMS 1/99);”

Com relação à matéria tratada no lançamento fiscal, temos que, a isenção do ICMS do produto denominado implante expandível, de aço inoxidável para dilatar artérias "STENTS", só começou a existir a partir de 24/10/05, em decorrência da alteração introduzida pelo Decreto nº 6.374/06, que incluiu o código NBM/SH 90.21.90.81.

Os convênios pertinentes à matéria em análise são: Convênio ICMS 01/99, de 02/03/99; Convênio ICMS 80/02 de 28/07/02 e Convênio ICMS 113/05 de 30/09/05 que acrescentou o item 191.

No Convênio 01/99, sob a denominação “outros” do Anexo Único consta o código 9021.90.80, que no Convênio 80/02, passou a ser designado pelo código 9021.90.89. Já no Convênio ICMS 113/05, item 191, sob o código 9021.90.91, consta o produto implantes expandíveis, de aço inoxidável, para dilatar artérias "Stents", sendo introduzida na legislação no Apêndice IX, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97.

Com isso, percebemos, como clareza, que o produto implante expandível, de aço inoxidável, para dilatar artérias "Stents" nunca foi relacionado com os códigos NBM/SH 9021.90.80 e 9021.90.89, pois os mencionados códigos foram utilizados para descrição específica dos seguintes produtos: a) Conjunto para hidrocefalia de baixo perfil; b) Coletor para unidade de drenagem externa; c) Shunt lombo-peritoneal, Conector em "Y"; d) Conjunto para hidrocefalia standard; e) Válvula para hidrocefalia; f) Válvula para tratamento de ascite.

Em relação à saída do produto médico denominado "Coil" ou Espiral de Platina, cumpre destacar que esse produto não goza de isenção do ICMS, em razão de não constar entre os insumos médicos relacionados para usufruir o benefício fiscal previsto no art. 7º, inciso XXXII, do Decreto nº 4.852/97, o que impede a aplicação do referido benefício, pois não há como ampliar o seu alcance posto que a legislação deve ser interpretada de forma literal, nos moldes delimitados pelo art. 111, inciso II do CTN, abaixo transcritos.

"Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

[...]

II - outorga de isenção;"

Nesse diapasão, conclui-se que os produtos identificados na inicial "COIL" ou ESPIRAL DE PLATINA, bem como IMPLANTE EXPANDÍVEL, DE AÇO INOXIDÁVEL para dilatar artérias "STENTS", realmente não estavam amparados pelo benefício fiscal da isenção do ICMS.

O lançamento de ofício deve, contudo, ser reajustado para os valores retificados pelo autuante, por meio do relatório fiscal de fls. 2045 a 2065, sendo que consta do quadro Detalhamento do Lançamento (fl. 2049) as alterações

efetuadas que devem ser convalidadas, alterando-se o crédito tributário de R\$ 1.113.845,53 para R\$ 1.091.250,14.

No tocante ao pedido de exclusão da multa e dos acréscimos legais, entendo inaplicável a regra contida no § único do art. 100 do CTN, porque, ainda que haja visto em algumas Guias para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS – GLME, tal fato não produz efeito homologatório, conforme § 4º do art. 76 do RCTE.

“Art. 76. Nas situações especiais, adiante arroladas, o pagamento do ICMS devido é efetuado nos seguintes prazos:

[...]

§ 2º A não-exigência do pagamento do imposto, integral ou parcial, por ocasião da liberação de bens ou mercadorias, em virtude da imunidade, isenção, não incidência, ou outro motivo, deve ser comprovada mediante apresentação da Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS - GLME -, modelo constante do Anexo VI deste Regulamento, em relação à qual deve ser observado o seguinte (Convênio ICMS 85/09, cláusula terceira):

I - o fisco da unidade federada do importador deve apor o "visto" no campo próprio da GLME, sendo esta condição indispensável, em qualquer caso, para a liberação de bens ou mercadorias importados (Convênio ICMS 85/09, cláusula terceira, I);

II - o depositário do recinto alfandegado do local onde ocorrer o desembaraço aduaneiro, após o "visto" da GLME deve efetuar o registro da entrega da mercadoria no campo 8 da GLME (Convênio ICMS 85/09, cláusula terceira, II).

[...]

§ 4º O "visto" de que tratam os incisos I e II do § 2º não tem efeito homologatório, sujeitando-se o importador, adquirente ou o responsável solidário ao pagamento do imposto, das penalidades e dos acréscimos legais, quando cabíveis. (sem grifo no original).

No presente caso não ficou comprovado o atendimento de qualquer das condições previstas nos incisos do art. 100 do CTN que possa justificar a exclusão da multa e dos acréscimos legais, conforme previsto em seu § único.

Deve, entretanto, ser adequada a penalidade para a prevista no art. 71, IV-A, CTE, pois, apesar de ter sido inserida no Código Tributário Estadual em data posterior a irregularidade praticada, é menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração, cabendo, nesse caso a aplicação do princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, II, “c” do CTN.

“Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas:

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;”

Diante do exposto, acolho a preliminar de reinclusão na lide dos solidários [...], [...], [...]. Rejeito a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, e, quanto ao mérito, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para reformar a decisão cameral e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor de R\$ 1.091.250,14 (um milhão, noventa e um mil, duzentos e cinquenta reais e quatorze centavos), adequando a penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV -A do CTE.

Sala das sessões plenárias, em 26 de novembro de 2013.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida da isenção prevista no art. 6º, LXIII, Anexo IX - RCTE - saída energia elétrica (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00009/13

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: *I - NULIDADES. Arguição de nulidade da peça básica, suscitada pelo sujeito passivo, sendo: (i) por incompetência funcional da autoridade lançadora; (ii) por cerceamento do direito de defesa; (iii) por insegurança na determinação da infração. 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. 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;

3. 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 - ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento do imposto. Benefício fiscal indevido. Saída de energia elétrica para consumidores não enquadrados na isenção prevista no artigo 6º, inciso LXIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE. Procedência parcial. Decisão unânime.

1. A isenção prevista no artigo 6º, inciso LXIII, do Anexo IX, do RCTE, relativo à operação de fornecimento de energia elétrica, somente se aplica quando destinada ao consumo próprio da Administração Pública Estadual Direta, suas Fundações e Autarquias.

2. Não se comprovando que os consumidores da energia elétrica pertencem à Administração Pública Estadual Direta, suas Fundações e Autarquias, torna-se indevida a isenção aplicada nas operações de fornecimento de energia elétrica.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16 de dezembro 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, a segunda, por cerceamento do direito de defesa e, a terceira, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, também por votação unânime, conhecer do recurso, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a sentença singular e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 1.184.420,82 (um milhão, cento e oitenta e quatro mil, quatrocentos e vinte reais e oitenta e dois centavos), em razão da adequação da alíquota nos meses de abril e maio de 2005 para 26%. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre a acusação, pelo Fisco, de que o sujeito passivo realizou saída de energia elétrica para consumidores, no período de 2005, classificados como pertencentes à classe de consumo poder público, sem o destaque do ICMS, com base no benefício da isenção previsto no artigo 6º, inciso LXIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, sem, contudo, provar que os adquirentes são órgãos da Administração Pública Estadual direta, suas fundações e autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de direito público, não tendo, portanto, o direito ao benefício fiscal da isenção.

Foram indicados como infringidos os artigos 11, inciso I, 12, inciso II, alínea "a", 20, incisos I e II, 40, 41, inciso I, e 64, todos da Lei nº 11.651/91, c/c art. 67, § 1º, 82 e 83, inciso I, do Decreto nº 4.852/97. Ainda, artigos 1º, 6º, inciso LXIII, do Anexo IX, do RCTE. Foi proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea "c", e § 9º, inciso II, da Lei nº 11.651/91, c/ redação da Lei nº 14.634/03.

Consta às fls. 03 o Detalhamento do Crédito, e às fls. 04/05, a Descrição Complementar da Ocorrência, na qual as autoridades atuantes detalham a legislação aplicável ao caso.

Juntou-se ao processo os documentos de fls. 06/767, relacionados com os trabalhos realizados.

O sujeito passivo foi devidamente intimado, fls. 769.

Comparece ao processo com Impugnação à Primeira Instância, defensorio de fls. 772/794, arguindo, em preliminar, insegurança jurídica da autuação, em virtude da ausência do Termo de Início de Fiscalização. Argui, também, a insegurança na determinação da infração, por vício quanto à apresentação do cálculo do tributo. E, ainda, a nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa, por ausência de autorização aos servidores responsáveis pela fiscalização, bem como ao fiscal atuante.

No mérito, após historiar o lançamento, indica vários dispositivos legais, em especial o Convênio 115/03, alegando que por falha do referido Convênio, as

faturas deveriam ser geradas como “*Faturas de Suprimento*”, e estão sendo lançadas na classe de “*Poderes Público*”, isso porque o próprio Convênio não traz a opção correta para ser gerada no sistema eletrônico de processamento. Destaca: “*O fornecimento entre Distribuidoras de Energia, localizadas em outros Estados, como é o caso da CHESP, CEMIG, CEMAT, conforme legislação, não ocorrem na incidência de ICMS.*”

Questiona a multa aplicada.

Pugna, ao final, pela improcedência do lançamento.

Após lidas, são apreciadas pelo julgador singular as alegações do sujeito passivo, exarando-se, em consequência, a Sentença nº 500/2011-JULP, fls. 809/811. As preliminares são rejeitadas, e no mérito o julgador decide pela procedência da pretensão do Fisco. Destaca: “*Considerando o texto legal e verificando os nomes que fazem parte das listagens existentes no processo, vejo que os autores tem razão em seus argumentos, pois o contribuinte realmente utilizou indevidamente o benefício da isenção, incluindo inclusive na isenção pessoas físicas e prefeituras.*”

Irresignado com o “*decisum*” singular, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, defensorio de fls. 816/839, requerendo a sua reforma. Após relatar os fatos contidos nos autos, reitera as preliminares arguidas na fase anterior. No mérito, alega que o auto de infração equivocadamente trata das faturas de suprimento as quais verdadeiramente não incidem ICMS, uma vez que a saída de energia entre Distribuidoras de Energia Elétrica são isentas do imposto conforme legislação em vigor. Volta a destacar falha no Convênio ICMS 115/03. Questiona a multa aplicada.

Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração.

Junta, posteriormente, o Memorial de fls. 862/865, no qual alega: “*Vale ressaltar, que o valor de R\$ 1.211.843,91 (um milhão, duzentos e onze mil, oitocentos e quarenta e três reais e noventa e um centavos), pertence faturas agrupadas cujo responsável pelo pagamento é o Estado, os quais não incidem o ICMS. Ressaltamos que são órgãos em que a SEFAZ assumiu o pagamento do ICMS, conforme Portaria 453/08 (documento 01, anexo) e quando tais faturas por ventura viessem com a incidência de ICMS, a própria SEFAZ solicitava sua imediata retirada. O referido Auto de Infração é composto por 4.263 UC's, as quais estão todas relacionadas na planilha (documento 02, anexo), a coluna em destaque amarelo mostra quais as UC's que fazem parte do agrupamento de responsabilidade da SEFAZ.*”

Promove a juntada de cópias de documentos, fls. 866/869, e da mídia – CD, de fls. 870.

A Quarta Câmara exara a Resolução nº 79/2011, fls. 871, encaminhando o processo à Gerência de Substituição Tributária, para que os agentes autuantes se manifestem a respeito das alegações apresentadas pelo sujeito passivo, bem

como analise os dados contidos no CD apresentado, e, caso seja necessário, procedam à revisão dos trabalhos realizados.

O resultado da manifestação encontra-se no documento de fls. 873/877, no qual, após detida análise dos documentos e mídia apresentados, destacou-se:

“As 4.263 notas fiscais objetos desta autuação foram emitidas tendo como destinatários da energia elétrica fornecida consumidores que não estão enquadrados na definição do Art. 6º, inciso LXIII, Anexo IX, do RCTE 4.852/97, tais como: associações privadas, associações públicas, autarquias federais, condomínio, entidade sindical, firma individual, fundação privada, fundação nacional, judiciário federal, pessoa física, sociedade anônima, sociedade de economia mista, sociedade Ltda, órgão público municipal e outros, informações estas contidas na coluna d “Classificação por cpf/cnpj” da planilha constante do CD.

O Simples fato de acrescentar na planilha eletrônica da dados, que contém o detalhamento das autuações, a informação de um código de agrupamento e o nome de um órgão público, alegando serem estes os destinatários da energia fornecida não é prova suficiente para a aplicação do dispositivo legal da isenção, que é específico e não deixa dúvidas quanto a sua correta aplicação.”

Continua: *“As informações contidas nas colunas em amarelo no CD apresentado pela autuada documento fls. 870, não comprovam que a energia fornecida teve como destinatário órgão da administração pública direta, suas fundações e autarquias, mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de direito público. A alegação de que “tais faturas se porventura viessem com a incidência de ICMS, a própria SEFAZ solicitava a sua imediata retirada” não tem fundamento e nem tão pouco amparo legal. Não podendo em hipótese alguma ser aplicada, tendo em vista que isenção de tributos é concedida por dispositivo legal devidamente aprovado e publicado, e qualquer ato que não seja praticado dentro do que estabelece a lei, não deve prevalecer.”*

Conclui-se, ao final:

“Tendo em vista que da análise dos dados contidos no CD e demais documentos apresentados pela autuada, documento fls. 862 a 870, nada foi encontrado que justifique as alegações da autuada, e considerando ainda que os valores originais não serão alterados, a empresa para o correto cumprimento de suas obrigações tributárias com este Estado, deve quitar o imposto devido no montante de R\$ 1.211.843,91 (um milhão, duzentos e onze mil, oitocentos e quarenta e três reais e noventa e um centavos), mais as cominações e acréscimos legais.”

O sujeito passivo se manifesta a respeito da diligência realizada, documento de fls. 882/886, juntando, outrossim, os documentos de fls. 887/894, reiterando os argumentos já expendidos nas fases anteriores. Destaca: *“Acontece que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que foi identificado no auto acima descrito que as contas classificadas no período de 2006 como pertencentes à classe de consumo órgão público, sem o destaque do ICMS com base no benefício fiscal da isenção previsto no art. 6º inciso LXIII Anexo IX do RCTE 4.852/97 realmente foram agrupadas a pedido da própria SEFAZ. Diante disso foi juntado aos Autos no dia 13/05/2011 CD com as informações referentes as*

Unidades Consumidoras que sofreram o agrupamento, ou seja, foram agrupadas de acordo com a Portaria 453/08, onde o Estado era o responsável pelo pagamento, os quais não eram incluídos o ICMS. A Resolução 79/2011 autorizou que fosse feita uma análise do documento juntado na qual originou o Relatório Diligencial nº 0040/2011 – GEST.”

Conclui: “*Ressalta-se ainda, que estas faturas foram emitidas sem a incidência de ICMS a pedido da própria SEFAZ. Se a CELG recolher ICMS, por certo o custo de fornecimento se elevará e será repassado à unidade consumidora, ou seja, o próprio Estado.”*

Juntou-se, posteriormente, os documentos de fls. 898/901, relacionados com esclarecimento da Gerência de Orientação Tributária, a respeito da carga tributária no fornecimento de energia elétrica no período de 1º de abril a 31 de maio de 2005.

Este é o relatório.

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

Em prelúdio, mister apreciar as preliminares de nulidade do lançamento, arguidas pelo sujeito passivo, a saber: (i) incompetência funcional da autoridade lançadora; (ii) cerceamento do direito de defesa; e, (iii) insegurança na determinação da infração.

Não as acolho, em consenso unânime com meus pares.

Quanto à preliminar de nulidade indicativa de insegurança jurídica, em razão da inexistência de lavratura de Termo de Início de Fiscalização, bem como excesso de prazo para a realização dos trabalhos fiscais, observo que, nos termos do Código Tributário Nacional – CTN, o início do procedimento fiscal realiza-se com o primeiro ato de ofício escrito pela autoridade fazendária. No caso, existem no processo diversas notificações para fins de apresentação de livros e documentos fiscais. Há que se entender que referidas notificações são os atos de ofício escritos pela autoridade fazendária, e, de consequência, determinam o início da fiscalização.

Em relação ao prazo para que o agente do Fisco realize seu trabalho, inexistente na legislação tributária goiana qualquer regulação estipulando prazo para que se conclua os trabalhos de fiscalização de determinada empresa.

O pedido de nulidade por cerceamento do direito de defesa, respalda-se no argumento de que o agente do Fisco não informou o valor do imposto e base de cálculo corretamente.

Da análise dos documentos que compõem a Auditoria realizada, fls. 89/762, bem como do histórico contido no auto de infração, fls. 02, e do

detalhamento do crédito tributário constante do Anexo Estruturado, fls. 03, verifica-se que o argumento do sujeito passivo não se sustenta. Os valores autuados estão claramente destacados e definidos.

Não há, por conseguinte, hipótese de cerceamento do direito de defesa. Oportuno destacar que o sujeito passivo compreendeu a acusação que lhe é imputada, apresentando defesa com ilações diretamente vinculadas aos fatos constantes da autuação.

Quanto à suscitada incompetência funcional, observo que a peça inaugural está devidamente assinada por Auditor Fiscal da Receita Estadual III, com competência plena para a realização dos trabalhos em questão. A competência conferida ao Fisco estadual, para o exercício dos trabalhos de fiscalização está regulada no artigo 4º, da Lei nº 13.266, de 16 de abril de 1998, que institui a carreira do Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás. Portanto, no presente caso, não ocorreu a nulidade arguida.

Assim, as colocações visando a nulificação do lançamento, a meu ver, não se apresentam próprias à admissibilidade, pois o autuante anexou ao processo os elementos indispensáveis para determinar com segurança a infração denunciada e identificar corretamente o infrator, condições imprescindíveis para a validade formal do lançamento.

Destaco, por derradeiro, que as arguições de nulidade do lançamento, quando desprovidas de sustentação, devem ser rechaçadas.

MÉRITO

Assim, conclusa a apreciação das preliminares arguidas, estando presentes os pressupostos processuais, passo à análise 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 atuada realizou saídas de energia elétrica para consumidores, classificando-os como pertencentes à classe de consumo Poder Público, que gozam do benefício da isenção, nos termos do artigo 6º, inciso LXIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, sem a comprovação inequívoca de serem órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual e regidas por normas de direito público.

Portanto, a isenção em questão foi indevidamente aplicada.

O Fisco anexou ao processo todos os relatórios relacionados com os fornecimentos de energia elétrica em questão.

O sujeito passivo argumenta e apresenta relatórios buscando vincular o fornecimento de energia elétrica para órgãos da Administração Estadual.

Tal argumento motivou a realização de diligência, que dirimiu a questão, conforme destacado em linhas pretéritas. O sujeito passivo não logrou comprovar que os valores atuados referem-se a faturas de fornecimento de energia elétrica para órgãos da Administração Pública Estadual.

Há que se observar que a isenção do ICMS é exclusiva para órgãos da Administração Pública Estadual, suas Fundações e Autarquias, nas condições estabelecidas no artigo 6º, inciso LXIII, do anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, “*in verbis*”:

“Art. 6º. São isentos do ICMS:

[...]

LXIII - a operação e a prestação internas de fornecimento de energia elétrica e de prestação de serviço de telecomunicação, destinadas ao consumo por órgão da administração pública estadual direta e suas fundações e autarquias, quando mantidas pelo poder público estadual e regidas por normas de direito público, devendo o valor correspondente ao ICMS dispensado ser transferido ao beneficiário mediante a redução do valor da operação ou prestação. (Convênio ICMS 107/95, cláusulas primeira e segunda).”

Assim, considerando o texto legal e verificando os nomes que fazem parte das listagens existentes no processo, vejo que os autores têm razão em seus argumentos, pois o contribuinte realmente utilizou indevidamente o benefício da isenção, com a inclusão na isenção, inclusive, de pessoas físicas e prefeituras.

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 do benefício fiscal aplicado no fornecimento de energia elétrica.

Ainda, relativamente ao inconformismo relacionado com a multa aplicada, deixo de apreciar, haja vista que a mesma encontra-se legalmente inserida 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*”.

Observo, ainda, que em razão do disposto no Decreto nº 6.225, de 25 de agosto de 2005, relacionado com a redução da base de cálculo do ICMS para o equivalente a aplicação do percentual de 26% (vinte e seis por cento), sobre o valor da operação interna de fornecimento de energia elétrica e da prestação interna de serviço de comunicação realizadas no período de 1º de abril a 31 de maio de 2005, retifico o valor do ICMS dos referidos meses.

Assim, os valores originais e mensais passam a ser:

Janeiro.2005	R\$ 107.063,01
Fevereiro.2005	R\$ 123.927,11

Março.2005	R\$ 80.382,94
Abril.2005	R\$ 89.308,22
Maió.2005	R\$ 79.435,23
Junho.2005	R\$ 99.000,89
Julho.2005	R\$ 92.822,80
Agosto.2005	R\$ 96.155,75
Setembro.2005	R\$ 103.528,14
Outubro.2005	R\$ 102.400,65
Novembro.2005	R\$ 105.364,91
Dezembro.2005	R\$ 105.031,17
Total	R\$ 1.184.420,82

Ao teor do exposto, voto, de forma unânime, para rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento, por incompetência funcional das autoridades lançadoras; cerceamento do direito de defesa; e, por insegurança na determinação da infração.

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, dar-lhe parcial provimento para reformar em parte a decisão singular, e considerar parcialmente procedente o auto de infração no valor do ICMS original de R\$ 1.184.420,82 (um milhão, cento e oitenta e quatro mil, quatrocentos e vinte reais e oitenta e dois centavos), conforme detalhado, mensalmente, acima.

Sala das sessões plenárias, em 08 de janeiro de 2013.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida de benefício fiscal - operação interna com produtos de informática (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01818/13

Redator do Voto: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: Omissão de registro de mercadoria tributada, apurado em Auditoria da Conta Fornecedores. Passivo fictício. Aplicação parcial do benefício da redução da base de cálculo, prevista no inciso XIII do art. 8º do Anexo IX do RCTE, pela falta do cumprimento de condicionante, tendo em vista o contribuinte estar inadimplente com o ICMS. Procedência parcial.

I - A fruição do benefício fiscal contido no art. 8º, inciso XIII, do Anexo IX do RCTE, relativo a operação interna com produtos de informática dispostos no Apêndice IV deste Anexo, não é aplicável para as saídas de mercadorias não registradas em livros próprios, detectadas pela constatação de passivo fictício, nem para o contribuinte inadimplente com o ICMS, considerando que a regra disposta no § 7º do Art. 1º do Anexo IX do RCTE determina que a origem e o destino das mercadorias ou da operação devem ser comprovados por documento fiscal idôneo;

II - Nos termos do art. 8º, XIII do Anexo IX do Decreto n.º 4.852/97, a base de cálculo é reduzida somente para as saídas internas, relativamente aos produtos de informática amparados com tal benefício.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 25 de setembro 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 procedente em parte o auto de infração no valor da base de cálculo de R\$ 612.792,84 (seiscentos e doze mil, setecentos e noventa e dois reais e oitenta e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 104.174,78 (cento e quatro mil, cento e setenta e quatro reais e setenta e oito centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, Paulo Diniz, José Paixão de Oliveira Gomes, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Versam os autos que o sujeito passivo omitiu o registro de operação de saída tributada, no período de 01/01/2006 a 31/12/2006, na importância de R\$683.342,40 (seiscentos e oitenta e três mil, trezentos e quarenta e dois reais e quarenta centavos) caracterizado pela existência de saldo credor escriturado em montante superior ao apurado na conta fornecedores, no final do exercício de 2006, conforme demonstra Auditoria da Conta Fornecedores.

O embasamento legal do Auto de Infração encontra respaldo nos artigos 25, §1º, inciso II, da Lei nº 11.651/91 combinado com o artigo 141 do Decreto 4.852/97. A penalidade é a prevista no artigo 71, inciso VII, alínea "I", § 9º, inciso II, da Lei 11.651/91, com redação da Lei 13.446/99.

Foram anexados aos autos: Auditoria da Conta Fornecedores, notas explicativas, cópias do Livro Razão, do Livro Diário, do Balanço Patrimonial, relação de títulos, títulos apresentados e notificação expedida (fls. 04/154).

Devidamente intimada, a autuada comparece ao feito às fls. 158/159, por meio da Impugnação em Primeira Instância, alegando que a juntada de documentos feita pelo Fisco se configura inconsistente, sendo assim, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O Julgador Singular, após analisar os autos, conheceu da impugnação, negou-lhe provimento e julgou procedente o lançamento de ofício na Sentença nº 3381/10-JULP (fls. 183/184), imputando ao sujeito passivo o dever de efetuar o recolhimento do ICMS no valor originário constante da inicial, acrescidos das demais cominações legais.

Às fls. 188/189, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a presente autuação não procede, vez que o saldo credor existente na conta fornecedores se deve ao fato de que os pagamentos foram efetuados no ano seguinte, nas datas dos respectivos vencimentos, conforme documentos de fls. 190/193. Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração.

Conforme a Resolução nº 166/2010, a Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 27/10/10, converteu o julgamento em diligência e encaminhou o processo à autora do procedimento para que adotasse as seguintes providências: 1) verificar se os documentos de fls. 190/267, realmente não foram considerados na Auditoria da Conta Fornecedores e se os mesmos são capazes de alterar o resultado do lançamento; 2) caso seja necessário, elaborar novos demonstrativos da Auditoria da Conta de Fornecedores; 3) prestar quaisquer outras informações que entendesse necessárias para a solução da lide. (fls. 269/270)

De acordo com o Relatório de Revisão de fls. 272/274, em atendimento ao Despacho nº 4898/10 - GEAT, quanto à análise dos documentos juntados, basicamente xerox de Notas Fiscais, constatou-se que a grande maioria dos documentos apresentados foi mera repetição de documentos já apresentados

quando da notificação inicial, os quais embasaram o trabalho de Auditoria e que para os documentos apresentados em repetição foi feita anotação no corpo do documento, indicando o item no qual tal documento já tinha sido considerado na Planilha "Auditoria da Conta Fornecedores - Relação das Duplicatas a Pagar" e, tendo em vista que a autuada apresentou mais alguns documentos que atenderam às condições de exigências impostas como necessárias à comprovação de fornecedores em aberto, foi refeita a Auditoria da Conta Fornecedores (fls. 276/279).

Relata que os documentos aceitos nesta revisão estão relacionados a partir do item 95, fls. 279 na planilha "Duplicatas Constatadas como a Pagar no Final do Período da Auditoria", que teve seu valor alterado de R\$531.687,91 (quinhentos e trinta e um mil, seiscentos e oitenta e sete reais e noventa e um centavos) para R\$602.237,47 (seiscentos e dois mil, duzentos e trinta e sete reais e quarenta e sete centavos), o que acarretou a redução do Passivo Fictício de R\$683.342,40 (seiscentos e oitenta e três mil, trezentos e quarenta e dois reais e quarenta centavos) para R\$612.792,84 (seiscentos e doze mil, setecentos e noventa e dois reais e oitenta e quatro centavos), conforme expresso na planilha "Análise/Conclusão", fl. 276. Concluindo, o valor da exigência inicial de ICMS que importava em R\$116.168,21 (cento e dezesseis mil, cento e sessenta e oito reais e vinte e um centavos), ficou alterada para R\$104.174,78 (cento e quatro mil, cento e setenta e quatro reais e setenta e oito centavos), após a presente revisão.

No que tange ao Recurso Voluntário, apresentado pelo sujeito passivo à Segunda Instância (fls. 284/286), após ser intimado a tomar conhecimento da Resolução nº 166/2010 e do resultado da diligência de fls. 269 a 274, alega que houve cerceamento do direito de defesa quando a autoridade fiscalizadora deixou de apreciar a documentação acostada aos autos e que o fato de ter havido erro na digitação ou falta de organização na estrutura da planilha não são fatos suficientes para não haver apreciação da documentação juntada. Ademais, para aferir o saldo em aberto do ano de 2006, a auditoria deveria também considerar as demais notas fiscais e faturas apresentadas em sede de segunda instância.

Pela Resolução nº 79/2011, a Terceira Câmara do CAT converte novamente o julgamento em diligência para que a autora do procedimento adotasse os seguintes procedimentos: 1) apurasse a base de cálculo do lançamento com observância da proporcionalidade prevista no artigo 25, § 2º da Lei 11.651/91; 2) prestasse quaisquer outras informações que julgasse necessárias, inclusive quanto a alegação da autuada às fls. 284/286. Após, procedesse à intimação da empresa na pessoa de seu advogado, pelo prazo de 20 (vinte) dias para manifestação (fls. 288 a 289).

A revisora apurou nova base de cálculo observando a proporcionalidade prevista no artigo 25, § 2º da Lei 11.651/91, o que provocou a redução do Passivo Fictício de R\$612.792,84 (seiscentos e doze mil, setecentos e noventa e dois reais e oitenta e quatro centavos) para R\$460.046,94 (quatrocentos e sessenta mil, quarenta e seis reais e noventa e quatro centavos) e do ICMS reclamado para R\$78.207,97 (setenta e oito mil, duzentos e sete reais e noventa e sete centavos).

No entanto manifesta-se contrária à aplicação da proporcionalidade no presente caso, com base nos seguintes argumentos:

a) o benefício de redução da base de cálculo previsto no art. 8º, inciso XIII, do anexo IX do RCTE, utilizado pela autuada, é condicionado a que o sujeito passivo esteja adimplente com ICMS e não possua débito inscrito em dívida ativa. No período autuado, a recorrente esteve inadimplente com o ICMS referente aos meses de Setembro e Outubro de 2006, fato impeditivo de usufruir do benefício nos meses apontados acima;

b) o parágrafo 7, do art. 1º, do Anexo IX, do RCTE estabelece a necessidade de comprovação da origem ou destino da mercadoria, por meio de documento fiscal idôneo, documentos fiscais estes não emitidos neste caso por se tratar de passivo fictício. O benefício utilizado pela autuada está condicionado ao destino das mercadorias.

Intimado para se manifestar a cerca da segunda revisão, o sujeito passivo mantém-se inerte (fl. 305).

A segunda câmara julgou parcialmente procedente o auto de infração no valor apurado pela primeira revisão fiscal, sobre a base de cálculo de R\$612.792,84 (seiscentos e doze mil, setecentos e noventa e dois reais e oitenta e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$104.174,78 (cento e quatro mil, cento e setenta e quatro reais e setenta e oito centavos), não aplicando a proporcionalidade prevista no artigo 25, § 2º da Lei 11.651/91 (R\$460.046,94 (quatrocentos e sessenta mil, quarenta e seis reais e noventa e quatro centavos) e do ICMS reclamado para R\$78.207,97 (setenta e oito mil, duzentos e sete reais e noventa e sete centavos)

Intimada a autuada da decisão cameral (fls. 317), a mesma apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 320/324).

Manifesta a autuada pela reforma da decisão cameral ao argumento de que ao contrário do entendimento majoritário da Segunda Câmara Julgadora deve ser aplicada a proporcionalidade prevista no § 2º do art. 25 do CTE, uma vez que os produtos de informática possuem redução da base de cálculo conforme previsto no inciso XIII do art. 8º do Anexo IX do RCTE. Finaliza, requerendo a aplicação do dispositivo acima citado.

É o relatório.

DECISÃO

De fato, a existência do passivo fictício tem por finalidade ocultar o desembolso de numerário, oriundo de controle paralelo de vendas, os quais se lançados regularmente resultariam em estouro de caixa. A lógica é elementar: como não há saldo contábil de caixa suficiente, postergam-se de forma fictícia os lançamentos contábeis de pagamentos na conta fornecedores ou lançam-se

valores que não correspondem a um fato contábil efetivo, de forma a superavaliar o saldo credor da conta Fornecedores.

No transcorrer das duas revisões a que se submeteu o presente trabalho fiscal, o sujeito passivo não logrou êxito em comprovar, na maioria dos lançamentos que compuseram a auditoria, a vinculação dos mesmos com documentos que pudessem corroborar o desacerto do Fisco, evidenciando a realidade fática daquelas operações. Ao contrário, ambos os relatórios revisionais, às fls. 272 a 274 e 291 a 294, infirmam a alegação do sujeito passivo de que o saldo credor da conta Fornecedores se deve ao fato de que os pagamentos foram efetuados no ano seguinte, nas datas dos respectivos vencimentos.

Feitas as devidas retificações, quais sejam, a exclusão do valor de duplicatas que realmente foram pagas somente no exercício seguinte, o passivo fictício reduziu de R\$ 683.342,40 (seiscentos e oitenta e três mil, trezentos e quarenta e dois reais e quarenta centavos) para R\$612.792,84 (seiscentos e doze mil, setecentos e noventa e dois reais e oitenta e quatro centavos) (fl. 300), importando em ICMS de R\$ 104.174,78 (cento e quatro mil, cento e setenta e quatro reais e setenta e oito centavos).

No caso em tela, a fiscalização constatou a existência de passivo fictício para ocultar o desembolso de numerário, oriundo de controle paralelo de vendas, sem a emissão de notas fiscais, que foram ajustados ao valor devido.

Questão com maior suscetibilidade de controvérsias é a possibilidade de aplicação da proporcionalidade descrita no § 2º do art. 25 do CTE sobre a base de cálculo auferida, considerando que o sujeito passivo possui benefício fiscal conferido às suas saídas.

De fato, dispõe o citado dispositivo 25 do CTE que:

"§ 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".

Quanto ao benefício fiscal utilizado pela autuada é o que consta do inciso XIII do art. 8º do Anexo IX do RCTE, autorizado pela Lei Estadual nº 13.194/97, e tem a seguinte redação:

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

[...]

XIII - na saída interna com produto de informática, telecomunicação ou automação relacionado no Apêndice IV deste Anexo, de tal forma que resulte a aplicação sobre o valor da operação do equivalente ao percentual de 7% (sete por cento), ficando

mantido o crédito do imposto até o limite de 7% (sete por cento), devendo ser observado o seguinte (Lei nº 13.194/97, art. 2º, I, "a", 3):

b) o contribuinte revendedor deve exigir de seu fornecedor a indicação do código da NBM/SH que identifica o produto, na nota fiscal correspondente à aquisição;"

Segundo o relatório da 2ª revisão, anexo às fls. 291, o sujeito passivo se beneficiou da redução da base de cálculo sob comento em suas saídas registradas, lançando o valor não onerado no campo "outras saídas" da DPI.

Há três peculiaridades do presente benefício fiscal que interessam ao caso concreto e que lhe condicionam:

1) a sua aplicação somente se refere aos produtos de informática expressamente relacionados no Apêndice IV;

2) o benefício é somente para as operações internas e

3) o código NBM/SH deve vir indicado no documento fiscal.

Por óbvio que a operação de saída de mercadorias não registrada nos Livros fiscais e contábeis, fato presumido resultante da constatação de passivo fictício (art. 25 §1º II do CTE), não se alinha com tais condicionantes, por lhes ser absolutamente incompatível.

Reputamos ser elemento impeditivo da aplicação da proporcionalidade ao caso concreto - e, por decorrência lógica, a aplicação do benefício fiscal às saídas não registradas - a regra inscrita no § 7º do art. 1º do Anexo IX do RCTE, cuja redação é a seguinte:

"§ 7º No caso de benefício fiscal concedido por meio de lei estadual, cuja fruição esteja condicionada à origem ou ao destino da mercadoria ou da operação, a origem ou o destino devem ser comprovados por meio de documento fiscal idôneo que acompanhe a mercadoria ou a operação, sendo que a ausência do referido documento fiscal impede a utilização do benefício, exceto nas situações em que a legislação tributária dispense a emissão de documento fiscal."

Ressalto também que o benefício fiscal em discussão se sujeita às condicionantes previstas no artigo 1º, do Anexo IX, do RCTE, quais sejam:

1) que o sujeito passivo esteja adimplente com o ICMS;

2) que não possua débito tributário inscrito em dívida ativa e

3) que haja o recolhimento referente ao PROTEGE GOIÁS.

A revisora informa que o contribuinte manteve-se inadimplente em alguns meses do exercício autuado, o mês de setembro e outubro de 2006.

Quanto ao questionamento sobre o período de vigência do parágrafo 7º do art. 1º do Anexo IX, temos que o fato gerador ocorreu no exercício de 2006 e a vigência do referido dispositivo se deu a partir de 30/07/2008.

Com isso, poder-se-ia obter no sentido de que tal regra é posterior à ocorrência do fato gerador apurado nestes autos, visto que somente inserida na legislação com o advento do Decreto nº 6.769 de 30/07/08, não podendo, dessarte, retroagir.

Quanto a este argumento, deve ser aplicada a regra do § 2º do art. 144 do CTN, ao asseverar que:

"§ 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." (grifamos)

Entendo que a normativa do § 7º do art. 1º do Anexo IX do RCTE é regra dirigida ao Fisco em seu mister de lançar. Veio justamente estabelecer critério novo de fiscalização, na medida em que restringiu a aplicação irrestrita de benefícios fiscais nas hipóteses em que se apure irregularidade fiscal de omissão de saídas, limitando tais aplicações às situações em que o benefício é incondicionado.

Com essas considerações, conheço do recurso do contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão ora recorrida que considerou parcialmente procedente o presente auto de infração sobre a base de cálculo de R\$612.792,84 (seiscentos e doze mil, setecentos e noventa e dois reais e oitenta e quatro centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$104.174,78 (cento e quatro mil, cento e setenta e quatro reais e setenta e oito centavos), a ser acrescido das cominações legais.

Sala das sessões plenárias, em 01 de outubro de 2013.

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

Matéria: NÃO INCIDÊNCIA E BENEFÍCIOS FISCAIS - Utilização indevida de benefício fiscal na aquisição de veículo direto da montadora ou importador (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00334/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Jorge Antônio Bezerra Oliveira

EMENTA: *ICMS. Convenio ICMS 051/00. Faturamento direto de veículo ao consumidor pela montadora ou pelo importador. Prestação de declaração falsa. Exclusão do benefício fiscal. Procedência do auto de infração.*

1. *O Convenio ICMS 051/00 destina-se a regular às operações com veículos automotores novos, constantes nas posições 8429.59, 8433.59 e no capítulo 87, excluída a posição 8713, da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH, em que ocorra faturamento direto ao consumidor pela montadora ou pelo importador;*

2. *É responsável pelo pagamento do imposto devido o adquirente de mercadoria ou bem ou tomador de serviços que preste ou deixe de prestar declaração ou informação de tal forma que, em razão deste ato, resulte a exoneração total ou parcial do imposto ou deixe de dar a correta destinação ou desvirtue a finalidade da mercadoria, bem ou dos serviços utilizados, no caso de benefício fiscal condicionado. (CTE, art. 46, V, 'a' e 'b');*

3. *É de se declarar procedente o auto de infração que exige ICMS e multa de contribuinte do imposto que, prestando declaração falsa quanto à destinação de mercadoria ou bem, obtenha vantagem consistente na exoneração total ou parcial do imposto devido.*

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 31 de julho 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 e considerar procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Elias Alves dos Santos, Manoel Antônio Costa Filho, José Paixão de Oliveira Gomes, Victor Augusto de Faria Morato, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Heli José da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Paulo Diniz, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa e Nivaldo Carvelo Carvalho, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

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:

Adquiriu veículos junto à montadora utilizando indevidamente o Convenio ICMS 051/00 - OPERAÇÃO COM VEÍCULO AUTOMOTOR NOVO EFETUADO COM FATURAMENTO DIRETO A CONSUMIDOR FINAL, como se os mesmos fossem destinados ao consumo final (CNAE do sujeito passivo e de Atacadista de Medicamentos), tendo como consequência uma redução no preço dos veículos. No entanto os mesmos foram adquiridos para comercialização conforme notas fiscais de saídas do contribuinte, portanto sujeitos ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores nas operações com veículos automotores, conforme Convenio ICMS 132/92 e anexo VIII do Decreto 4852/97. Em consequência, devera pagar o imposto correspondente a diferença apurada, na importância de R\$ 60.340,30 juntamente com penalidade e acréscimos. Seguem, em anexo, cópias das notas fiscais de entrada, cópias das notas fiscais de saída, planilhas demonstrativos do cálculo do ICMS, tabela com preço fornecido pela montadora e nota explicativa.

São dados como infringidos os artigos 44, § 4º, 46, V, 51, § 3º, cominados como os artigos 32, § 1º e 39 do Anexo VIII do Decreto 4852/97 e Convenio ICMS 132/92, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea "a" da Lei 11651/1991.

Inconformada com a decisão cameral que julgou improcedente o lançamento fiscal, a Fazenda Pública Estadual interpõe recurso dirigido ao Conselho Pleno (fls. 259/260) no qual pugna pela reforma da decisão recorrida, ao argumento de que a autuada adquiriu os veículos diretamente das montadoras, como se consumidora final fosse, todavia, utilizou-se indevidamente do Convênio 051/00 (todas as notas fiscais de aquisição indicam no campo informações complementares, que se trata de "faturamento direto a consumidor final - CONV 51/00"), uma vez que adquiriu os veículos para comercialização (revenda).

Explica a recorrente que, com isto, a autuada obteve preço mais baixo na aquisição dos veículos e que, em seguida, comercializou os veículos, o que demonstra a inaplicabilidade do citado Convênio ICMS 51/00.

Noticia que o ICMS devido ao Estado de Goiás foi cobrado na forma da legislação em vigor, posto que, em face da declaração falsa da autuada, o imposto foi recolhido a menor na origem. Finaliza declarando que a conclusão é óbvia, ao contrário do que afirma o respeitável acórdão, o imposto relativo à substituição tributária não foi integralmente recolhido para o Estado de Goiás. Pugna pela reforma do acórdão cameral nos moldes do voto vencido que decidiu pela procedência do lançamento.

Regularmente intimada para contraditar o recurso fazendário, o sujeito passivo não se manifesta.

É o relatório. Decido.

DECISÃO

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

Como narra o auto de infração, a atuada adquiriu veículos diretamente do fabricante (montadora), utilizando indevidamente o Convenio ICMS 051/00, como se fossem destinados ao consumo final, entretanto, os tais veículos foram adquiridos para comercialização conforme notas fiscais de saídas do contribuinte.

O regime tributário aplicável à comercialização de veículos novos por parte das montadoras compreende o regime de comercialização de veículos para revenda, regulado pelo Convênio ICMS 132/92 e o regime de faturamento direto ao consumidor pela montadora ou pelo importador, regulado pelo Convenio ICMS 051/00.

Na primeira situação, as operações são beneficiadas pela redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 50/99, o que constitui a regra geral da comercialização de veículos por parte das montadoras.

O segundo regime apontado, que destina-se a regular às operações com veículos automotores novos, constantes nas posições 8429.59, 8433.59 e no capítulo 87, excluída a posição 8713, da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH, em que ocorra faturamento direto ao consumidor pela montadora ou pelo importador, contempla a redução de base maior que a aplicada no regime normal praticado pela montadoras, conforme regramento estabelecido no parágrafo único da Cláusula segunda do debatido Convênio ICMS 51/00.

Pois bem. O que fez a atuada? Manifestou-se junto às montadoras Fiat Automóveis, General Motors do Brasil Ltda e Renault do Brasil S/A o seu interesse em adquirir veículos na modalidade de faturamento direto ao consumidor e, de fato, os adquiriu, conforme cópias de notas fiscais de fls. 17 a 52 e, em seguida, revendeu os ditos veículos no mercado nacional (após adaptá-los para serem utilizados como unidades móveis de saúde ou como ambulâncias), conforme cópias de notas fiscais de nºs 53 a 85.

Com isto, a atuada infringiu a legislação tributária estadual, notadamente o disposto no art. 46, inciso V, alíneas 'a' e 'b' do CTE, *verbis*:

Art. 46. São responsáveis pelo pagamento do imposto devido:

[...]

V - qualquer pessoa, contribuinte ou não do imposto, que, na condição de adquirente de mercadoria ou bem ou tomador de serviços:

a) preste ou deixe de prestar declaração ou informação de tal forma que, em razão deste ato, resulte a exoneração total ou parcial do imposto;

b) deixe de dar a correta destinação ou desvirtue a finalidade da mercadoria, bem ou dos serviços utilizados, no caso de benefício fiscal condicionado;

Ao meu ver, embora relevante a destinação dada aos veículos, a autuada prestou declaração incorreta perante às montadoras, vez que não era consumidora final dos veículos e deixou de dar a correta destinação (em função da declaração prestada) que seria agasalhar todos os veículos em seu ativo imobilizado.

Desta forma, uma vez descumprida a destinação prevista no Convênio ICMS 051/00, é de se ver que o Estado de Goiás foi prejudicado quanto à arrecadação do imposto.

Diante do exposto, 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 12 de março de 2013.

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02542/13

Autora do Voto Vencedor: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: Processual. Preliminar de exclusão da lide dos solidários. Rejeição. Preliminar de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração. Rejeição. ICMS. Obrigação principal. Omissão de recolhimento do ICMS. Utilização indevida do benefício do Simples Nacional. Pedido de diligência. Rejeição. Procedência do lançamento.

1 - O pedido de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração não deve ser acolhido diante da constatação de que a irregularidade motivadora do lançamento foi apontada de forma clara e segura e está em perfeita consonância com os dispositivos legais invocados como base de sustentação do auto de infração;

2 - 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 (art. 45, XII, do CTE);

3 - O pedido de diligência que não estiver acompanhado de motivação e provas suficientes para justificar a realização de revisão fiscal não deve ser acolhido;

4 - Uma vez demonstrado que o contribuinte omitiu o recolhimento do ICMS, em decorrência da utilização indevida do benefício do Simples Nacional, cabe a exigência do imposto efetivamente devido, apurado pelo sistema normal de tributação, considerando-se os valores mensais recolhidos.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 09 de agosto de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Rodolfo Ramos Caiado, Célia Reis Di Rezende e Márcio Nogueira Pedra. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Rodolfo Ramos Caiado, Célia Reis Di Rezende e Márcio Nogueira Pedra. Por maioria de votos, rejeitar a

preliminar de exclusão da solidária, Sra. [...], da lide, arguida pelos sujeitos passivos. Foram vencedores os Conselheiros Célia Reis Di Rezende e Márcio Nogueira Pedra. Vencido o Conselheiro Rodolfo Ramos Caiado. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário, Sr. [...], da lide, arguida pelos sujeitos passivos. Participaram do julgamento os Conselheiros Rodolfo Ramos Caiado, Célia Reis Di Rezende e Márcio Nogueira Pedra. 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 Rodolfo Ramos Caiado, Célia Reis Di Rezende e Márcio Nogueira Pedra.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS no valor de 47.602,78, no período de 01/01/12 a 31/07/12, em razão da empresa ter sido enquadrada e utilizado indevidamente os benefícios e a sistemática de apuração de tributos do regime diferenciado do SIMPLES NACIONAL, quando, de fato, deveria se sujeitar às normas gerais de tributação, conforme detalham os documentos e planilhas anexas. Foram indicados como sujeitos passivos solidários: [...] e [...], nos termos do artigo 45, XII, da Lei 11.651/91.

No Termo Descritivo Complementar da Ocorrência, anexado às fls. 4/5, estão expostos os fatos relacionados com a apuração feita pelo fisco com vistas a verificar a fruição indevida dos benefícios e da sistemática de apuração dos tributos pelo regime do Simples Nacional, de várias empresas entre elas a que se encontra na sujeição passiva neste processo.

A autoridade lançadora indicou como infringidas as disposições dos artigos 56, I, e 64 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91); art. 29, IV, e 32 da Lei Complementar – LC nº 123/2006; e art. 76 da Resolução CGSN nº 94/2011. Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, III, "a", da Lei 11651/91 com redação da Lei 17.750/92.

O auto de infração encontra-se instruído com os seguintes documentos: anexo estruturado – detalhamento do crédito tributário, descritivo complementar da ocorrência e identificação dos sujeitos passivos coobrigados; requerimento de empresário; procuração, referente a atribuição de poderes de administração aos sujeitos passivos solidários; cópia de folha do livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências; relatório dos fiscais autuantes; cópia de parte do processo nº 201100004048141; histórico de pagamentos; planilhas com a relação das notas fiscais emitidas pela empresa autuada; mídia; cópia de notas fiscais; cópia de livros fiscais (fls. 03/194).

Os sujeitos passivos foram intimados (fls. 196/200), e compareceram em conjunto, tempestivamente, questionando, em síntese: que o autor do procedimento fiscal não concedeu o benefício da redução da base de cálculo do ICMS prevista no inciso VIII, do art. 8º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, benefício esse que entende ter direito, pois a empresa não possuía débito inscrito

na Dívida Ativa; que não teria havido administração por interposta pessoa, motivo pelo qual teria acarretado no desenquadramento do SIMPLES NACIONAL; que a multa tem caráter confiscatório; e que não existe responsabilidade dos procuradores arrolados no pólo passivo (fls. 205/226). A peça impugnatória vem acompanhada dos seguintes documentos: procurações, requerimento empresário, cópia de documentos pessoais dos autuados, cópia de documento de identificação do advogado e certidão de débito inscrito em dívida ativa - negativa (fls. 227/236).

Conforme Sentença nº 151/2013, o julgador singular confirmou a exigência inicial, mantendo na lide os solidários. Deixou, contudo, de se manifestar sobre o alegado caráter confiscatório da multa, em razão do disposto no art. 6º, § 4º, da Lei nº 16.469/09.

Intimados por meio do seu representante legal (fls. 240), os sujeitos passivos apresentaram recurso voluntário, em peça única (fls. 246/269), na qual alegam: a nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, vez que o fiscal autuante deixou de aplicar alíquota cabível (10%), decorrente da aplicação do benefício fiscal previsto no art. 8º, VIII, do Anexo IX do RCTE, benefício esse que entende ter direito por não ter débito inscrito em dívida ativa; a inexistência de administração por interposta pessoa, sendo inexistente a formação de grupo empresarial; que existe no referido caso apenas alguém que assume o papel de solucionar pendências burocráticas para que "os sócios se dediquem à tarefa de manter vivo o negócio"; que o valor da multa aplicada tem efeito confiscatório, pois supera o valor do imposto; que os solidários devem ser excluídos da lide, pois não foi demonstrada a infração à lei por eles praticada. Requerem a exclusão dos solidários da lide, e a nulidade ou a improcedência do auto de infração.

Posteriormente, os sujeitos passivos pedem a realização de diligência, para compensação de diferenças favoráveis à empresa, a exemplo do que foi feito no processo nº 4011204748280, cujo relatório diligencial e outros documentos foram anexados a estes autos.

É o relatório.

DECISÃO

O lançamento do crédito tributário constante do auto de infração foi antecedido de criterioso procedimento de verificação e de apuração de irregularidades no enquadramento no Simples Nacional de diversas empresas estabelecidas na cidade de Anápolis (GO), as quais atuam no ramo de fabricação e comercialização de móveis.

O procedimento então adotado teve como ponto de partida denúncias encaminhadas à Corregedoria Fiscal da SEFAZ, de que as referidas empresas, num total de 7, utilizavam-se de variados meios de sonegação fiscal e, ainda, se aproveitavam do regime diferenciado de tributação, estabelecido pela Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Simples Nacional. Com isso, praticavam preços diferenciados, estabelecendo uma "concorrência desleal e ilegal".

Conforme consta às fls. 12 dos autos, o trabalho fiscal de apuração dos fatos denunciados demandou: realização de procedimento de vistoria nos estabelecimentos industriais e expedição de notificação para apresentação do documentário fiscal e contábil; oitiva dos sócios ou titulares dos referidos estabelecimentos; realização de auditorias para exame da escrituração fiscal e contábil das empresas.

No relatório, expedido após a verificação dos fatos, encaminhado ao Delegado Fiscal da Delegacia Regional de Fiscalização de Anápolis juntamente com o processo administrativo correspondente, os auditores fiscais que realizaram o referido trabalho manifestam o entendimento de que há elementos que caracterizam interposição de pessoas. Destacam que firmas foram constituídas por representantes de outras empresas já existentes ou não, em nomes de pessoas que não possuem a mínima capacidade e o conhecimento necessário para efetuar os atos de gerenciamento administrativo, operacional, e, principalmente, de gestão da parte financeira do empreendimento. Nessa situação, os titulares de direito se utilizam do artifício da outorga de procurações para repassar aos donos de fato a administração das empresas. No caso analisado, concluíram que o artifício utilizado foi claramente motivado pela possibilidade de utilização dos benefícios do Simples Nacional, já que, com a criação de filiais, [...] e [...], donos de fato dos sete estabelecimentos do então denominado “grupo de empresas Nobre”, não conseguiriam, pelo limite estabelecido de receita bruta para inclusão no Simples Nacional, utilizar os benefícios daquele regime tributário.

Concluídas as verificações, foi expedido, pelo Gerente de Arrecadação e Fiscalização, o Termo de Exclusão de Ofício do Simples Nacional nº RL765984855BR (fls. 40), datado de 23/08/11, com efeitos produzidos a partir do próprio mês da exclusão, do qual o contribuinte teve direito de impugnação, conforme destacado no próprio termo de exclusão.

A Gerência de Arrecadação e Fiscalização – GEAF ao analisar a peça de impugnação, feita pelo contribuinte, ao termo de exclusão, considerou que a autoridade administrativa encarregada do processo de verificação das denúncias, o qual resultou na expedição do termo de exclusão, não se embasou apenas na juntada de procuração que nomeia terceiros para a administração da empresa, mas realizou ampla colheita de provas. Na conclusão do Despacho nº 0362/12-GEAF, de 03/02/12, que indeferiu a defesa apresentada e manteve o Termo de Exclusão de Ofício do Simples Nacional, o Gerente de Arrecadação e Fiscalização afirmou que “não resta dúvida quanto à interposição da empresária individual com o intuito de burlar o enquadramento no simples nacional. O fracionamento de estabelecimentos para usufruir o benefício tributário é prática ilícita que deve ser coibido pela Administração”.

Uma vez excluída a empresa do Simples Nacional, a fiscalização realizou auditoria para efeito de apuração do imposto omitido. Conforme planilhas de fls. 80/99, foram relacionadas as notas fiscais recebidas pela empresa, no período de 01/01/12 a 31/07/12, para consideração dos créditos a que o contribuinte tem direito, e, também, as notas fiscais emitidas pela empresa referentes às saídas que

promoveu no período. Como as notas fiscais não possuem destaque do ICMS, a fiscalização, segundo consta às fls. 5, utilizou as alíquotas usualmente empregadas para as operações internas e interestaduais – 17% e 12%.

Na apuração dos saldos do ICMS a recolher, no período em referência, foram equacionados os valores mensais apurados, correspondentes às saídas e aos créditos decorrentes das entradas; foi, também, considerado o valor do ICMS referente ao Simples Nacional, apurado e recolhido em cada mês, bem como o saldo credor apurado, sendo, por fim, apontado o valor do ICMS a recolher de R\$ 47.602,78.

O sujeito passivo pede a realização de diligência para consideração de diferenças favoráveis à empresa. Entende que tem direito de utilizar o benefício da redução na base de cálculo, previsto no art. 8º, VIII, do Anexo IX do RCTE, que resultaria na aplicação da alíquota de 10% na saída interna realizada por contribuinte industrial ou comerciante atacadista que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização. Manifesta o entendimento de que a não consideração desse benefício fiscal torna nulo o lançamento, por insegurança na determinação da infração.

Na análise dessas questões, a Câmara Julgadora não acolheu a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração e, da mesma, forma rejeitou o pedido de diligência formulado pela recorrente. Isso porque o benefício da redução na base de cálculo não pode retroagir de forma a alcançar operações já realizadas, consignadas em documentos fiscais que já surtiram os seus efeitos, e, também, porque, na apuração do ICMS efetivamente devido, a fiscalização já considerou o imposto recolhido pelo método de cálculo do Simples Nacional, conforme planilha de fls. 98/99.

Quanto ao pedido de exclusão dos solidários, o meu entendimento é de que ele deve ser rejeitado, porquanto a cópia da procuração, anexada às fls. 09 e verso, dá conta de que em 26/02/09, a proprietária da empresa autuada constituiu como seus procuradores [...] e [...], conferindo-lhes amplos poderes de administração da empresa. Assim, com fundamento no art. 45, XII, do CTE, eles devem permanecer na lide como coobrigados ao pagamento do crédito tributário reclamado. 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 podem cometer abusos, excessos ou infrações à lei, estatuto ou contrato social.

Com relação ao mérito, o trabalho fiscal não foi contestado de forma objetiva pela recorrente. Não foi apontado nenhum equívoco, erro ou omissão cometido pelos agentes fiscais na apuração do ICMS devido. De forma que o valor lançado no auto de infração deve prevalecer integralmente.

Nessas condições, voto, rejeitando os pedidos de diligência e de exclusão da lide dos solidários, formulados pela recorrente, bem como a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, por ela arguida, e, no mérito, voto, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o lançamento.

Sala das sessões, em 13 de dezembro de 2013.

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

Matéria: NOTA FISCAL DE ENTRADA - OMISSÃO REGISTRO - ICMS - Omissão de registro de nota fiscal de entrada de mercadorias (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01524/13

Autora do Voto Vencedor: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Nota fiscal de entrada. Mercadoria submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores.*

PRELIMINARES

Insegurança na determinação da infração. Rejeitada.

Não há nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, pois expostos com precisão os fundamentos do lançamento fiscal.

2. Cerceamento ao direito de defesa. Rejeitada.

Não há cerceamento ao direito de defesa, pois não houve limitação ou obstáculo que impediu a parte de se defender da forma legalmente permitida.

3. Exclusão da sujeição passiva do responsável solidário. Rejeitada.

O sócio administrador é solidariamente responsável com o contribuinte pelo pagamento do imposto devido, nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91.

MÉRITO.

I - A nota fiscal de entrada referente à aquisição de mercadoria deve ser registrada no livro fiscal respectivo do estabelecimento destinatário.

II - É exigido o pagamento antecipado do imposto devido pelas futuras operações internas, inclusive quanto à operação a ser realizada pelo próprio adquirente, na hipótese de entrada de mercadoria proveniente de outro Estado ou do exterior e sujeita a substituição tributária. (§ 3º do art. 51 do CTE).

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 09 de agosto de 2013, 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 Paulo Diniz, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Antônio Martins da Silva. 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 Paulo Diniz, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Antônio Martins da Silva. Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do solidário, por ele arguida. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Antônio Martins da Silva. 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, no valor de R\$ 24.214,75 (vinte quatro mil, duzentos e quatorze reais e setenta e cinco centavos) de ICMS. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Antônio Martins da Silva.

RELATÓRIO

Em 27/08/2009 foi lavrado auto de infração em face da empresa em epígrafe por omissão de registro no livro próprio, das notas fiscais referentes à aquisição em outro Estado de mercadorias em operação, sem a respectiva retenção do ICMS-ST, pelas operações posteriores, no período de 01/01/2006 a 31/08/2007. Em consequência, fica sujeita ao pagamento do imposto mais a cominação legal.

Foi dado como infringidos os arts. 45 e 51, § 3º do CTE, c/c os arts. 32, § 1º, 35, anexo VIII, do RCTE. A penalidade proposta foi a do art. 71, VII, "c", 9º, II do CTE, com a nova redação da Lei 13.446/99.

Foi identificado como coobrigado [...], na condição de Gerente [art. 45, XII do CTE].

Para instruir o feito foram anexados aos autos os seguintes documentos: Anexo Estruturado - Descritivo Complementar da Ocorrência fls. 05; Ordem de Serviço 08; Certidão Simplificada fls.09; Cópia Contrato Social fls. 10/11; Ordem de Conferência, Relação de Notas Fiscais não Registradas fls. 12/90; Termo de Autenticação de Livro Fiscal fls. 91; Registro de Entradas fls. 93/216; Cópia do Livro de Registro de Entradas fls. 217/256; Termo de Encerramento Registro de Entradas com último lançamento efetuado em 31.12.2008 fls. 257

As intimações não foram efetivadas pelo Correio via AR, por insuficiência de endereço, e , sim, por Edital conforme se vê das fls. 260270.

Os autuados apresentam impugnação alegando preliminarmente, insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa, ao argumento de que a autuada não fora notificada para, juntamente, como o autuante, justificar os procedimentos adotados, haja vista que as operações praticadas têm tratamento diferenciado, ou seja: diferencial de alíquota; comercialização de mercadorias isentas, não tributadas e/ou sob o regime de substituição tributária e etc, o que no entender dos autuados caracteriza

insegurança e cerceamento ao direito de defesa e que por estas razões deve ser declarado nulo o auto de infração. Asseveram, ainda que inexistente metodologia para apuração do cálculo do juro e correção monetária; que a indicação do sócio como coobrigado não deve prevalecer tendo em vista não ter infringido nenhuma das hipóteses contidas no art. 135 do CTN. Colacionam doutrina e jurisprudência como paradigma. Finalizam, pedindo a nulidade do Auto de Infração, e, alternativamente, caso não seja esse o entendimento do Julgador, pede a exclusão do solidário da lide, bem como a improcedência do lançamento.

Sobreveio a Sentença singular de fls. 290/291, pela qual o Julgador decidiu pela procedência do lançamento e refuta as preliminares argüidas em razão de que o lançamento fiscal está claramente descrito de forma a não ensejar o cerceamento ao direito de defesa e/ ou insegurança na determinação da infração.

Os autuados interpõem recurso voluntário de fls. 297/305, deduzindo insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa, pois não houve intimação prévia do contribuinte para explicação acerca dos valores. Alega, ainda, que a atuação decorreu de suposições descabidas, observando que é necessário provar o que acusa, além da inexistência do cálculo dos juros e correção momentária. Pede a exclusão do solidário com fundamento no art. 135 do Código Tributário Nacional e a improcedência do crédito tributário.

DECISÃO

A fundamentação dada pelo recorrente em relação ao pedido de nulidade do ato administrativo de lançamento por insegurança na determinação da infração é a mesma do cerceamento ao direito de defesa, estando num mesmo tópico do recurso interposto, por isso analisada em conjunto.

Num primeiro momento é importante delimitar o que leva ao reconhecimento da insegurança e do cerceamento ao direito de defesa.

Pode fixar que a insegurança verifica-se quando a autoridade fiscal não expõe com precisão os fundamentos do lançamento e o cerceamento ocorre quando há limitação ou obstáculo à parte, impedindo-a de se defender da forma legalmente permitida, causando-lhe prejuízo em relação ao seu objetivo processual.

Observa-se, que nem por um e nem por outro aspecto, a matéria inserida no contexto do recurso no tocante a esse tópico apresenta tal alcance, pois trata-se da exigência de multa formal com o imposto devido pelo disposto no art. 32, § 1º, inciso I, do Anexo VIII do Decreto 4.852/97, o que está bem delineado na descrição do fato.

Portanto, estando as fotocópias das notas fiscais, objeto do lançamento, anexadas aos autos, competia ao recorrente apontar especificamente sua contrariedade acerca da operação, mercadoria ou valor com o qual não concorda sobre a exigência.

De qualquer maneira, numa conferência por amostragem, a mercadoria discriminada em cada nota fiscal está submetida ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores, nos termos do Apêndice I do Anexo VIII do Decreto 4.852/97 que teve vigência até final de agosto de 2007, observando que o auto de infração refere-se até esse mês.

Assim, não foi realizado o lançamento por mera suposição e com arbitrariedade, nem tampouco sem comprovação da infração, como alega o recorrente, haja vista a existência das fotocópias das notas fiscais e do livro de entrada, atestando a ausência do registro respectivo e consequente omissão do imposto. Portanto, voltando a repetir, o modo eficaz de o recorrente ilidir a pretensão fiscal seria no sentido de atestar o registro do documento no livro fiscal respectivo e o respectivo pagamento do imposto devido por substituição tributária.

Desse modo, exposto com precisão o fundamento do auto de infração, estando relatado com clareza o fato, o que de todos os seus requisitos, seria o mais relevante.

Prejuízo processual caracterizado por cerceamento ao direito de defesa também não aconteceu nestes autos, considerado que o sujeito passivo em todas as etapas processuais foi devidamente intimado e pode manifestar, notadamente, percuente.

E aqui é bom deixar claro que elemento de composição do crédito tributário (juros e correção monetária), por ser parcela agregada posterior ao lançamento, tem a possibilidade de esclarecimento no órgão próprio, porém não constitui justo motivo que o macule, considerando, ainda, que trata de matéria disposta em lei, bastando, para tanto, consulta.

Rejeitadas as preliminares arguidas.

O arrolado na sujeição passiva na condição de solidário decorre da sua posição de administrador, conforme cláusula terceira do contrato social, segundo fls. 11.

Por força do art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91 - CTE, conforme indicado às fls. 6, é confirmada, dessa forma, na sujeição passiva a pessoa do sócio administrador Ricardo Moreira da Silva, senão vejamos:

Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;

O fundamento de validade do referido art. 45 do CTE é o art. 124 do Código Tributário Nacional, único que dispõe sobre solidariedade, nos seguintes termos:

CAPÍTULO IV

Sujeito Passivo

[...]

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Não pairam dúvidas que a redação do *caput* do art. 45 do Código Tributário Estadual ao expressar “*pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”, processa uma relação umbilical com o disposto no inciso I do art. 124 da Lei 5.172/66.

Porquanto, não é a situação de que a redação do inciso XII do art. 45 da Lei 11.651/91, tenha tomado expressão utilizada no art. 135 do Código Tributário nacional, que conduz a sua validade àquele dispositivo, dado que se cuida de responsabilidade de terceiros.

São coerentes com a melhor doutrina as definições oferecidas pelos art. 35 e 37 do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás, Decreto 4.852/97, corroborando o entendimento dado, ou seja, não há como confundir institutos distintos, assim:

Art. 35. Solidariedade é o vínculo que se estabelece entre mais de uma pessoa, natural ou jurídica, por meio do qual cada uma responde pelo total da obrigação tributária.

[...]

Art. 37. Responsabilidade é a atribuição conferida à terceira pessoa de assumir a obrigação tributária, excluindo a do contribuinte, exceto quando este tenha concorrido para a prática da infração à legislação tributária.

Vê tratar-se de uma sujeição passiva solidária decorrente de lei específica aplicável ao caso concreto, fundada pelo Código Tributário Nacional.

Desse modo, não acolhido o pedido de exclusão da sujeição passiva do responsável solidário indicado.

Quanto ao mérito, observando o disposto no art. 308, inciso I, do Decreto 4852/97, não resta dúvida quanto à obrigação de o sujeito passivo registrar, **a qualquer título**, todas as notas fiscais de aquisição, senão vejamos:

Art. 308 – O livro de Registro de Entradas destina-se à escrituração da:

I – entrada, a qualquer título, de mercadoria no estabelecimento;

Além disso, no caso, é exigido o imposto nos termos do art. 51, § 3º, da Lei 11.651/91, bem como art. 32, § 1º, inciso I, do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97, assim:

Art. 51. Fica atribuída ao estabelecimento industrial, na condição de substituto tributário, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido nas operações internas subseqüentes, observadas as disposições estabelecidas na legislação tributária, em relação às operações com as mercadorias constantes do Anexo VI desta lei.

[...]

§ 3º É exigido o pagamento antecipado do imposto devido pelas futuras operações internas, inclusive quanto à operação a ser realizada pelo próprio adquirente, na hipótese de entrada de mercadoria proveniente de outro Estado ou do exterior e sujeita a substituição tributária.

[...]

Art. 32. O regime de substituição tributária pela operação posterior -retenção na fonte- consiste na retenção, apuração e pagamento do imposto devido por operação interna subseqüente, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso (Lei nº 11.651/91, art. 51).

§ 1º Aplica-se o regime de substituição tributária à operação realizada com as mercadorias discriminadas nos Apêndices I, II e X deste anexo, observadas, ainda, as disposições específicas do Capítulo II, sendo:

I - Apêndice I, relação de mercadorias e respectivos Índices de Valor Agregado-IVA-, cujo regime é estabelecido por iniciativa do Estado de Goiás, aplicável a contribuinte estabelecido neste Estado, possibilitada a sua adoção, mediante termo de acordo de regime especial, a contribuinte sediado em outra unidade da Federação;

Ademais disso, nos termos do art. 35 do Anexo VIII do referido Decreto 4.852/97, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo, de fato, no caso, recai sobre a empresa atuada, da seguinte forma:

Art. 35. Fica solidariamente obrigado ao pagamento do imposto devido por substituição tributária o contribuinte estabelecido neste Estado que adquirir mercadoria cujo imposto não tenha sido retido, hipótese em que o adquirente obriga-se, ainda, ao pagamento da multa pelo mesmo devida, dos juros e demais

acréscimos legais, calculados desde a data em que deveria ter sido efetuada a retenção.

Não cumprindo a obrigação acessória e verificada a irregularidade, é aplicada a multa formal prevista no art. 71, inciso VII, alínea “c”, da Lei 11.651/91, com a conseqüente exigência do ICMS, nos termos da agravante prevista no § 9º, inciso II, da seguinte forma:

ART. 71. SERÃO APLICADAS AS SEGUINTE MULTAS:

[...]

VII - de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da operação ou da prestação:

[...]

c) pela falta de registro ou pelo registro com valor incorreto de documento relativo à entrada, aquisição ou utilização de mercadorias, bens e serviços;

[...]

§ 9º Se da prática das irregularidades descritas nos incisos V e seguintes do caput deste artigo resultar diretamente omissão de pagamento do imposto, a multa neles prevista será aumentada do valor correspondente à aplicação dos percentuais abaixo, sobre o valor do imposto não pago:

[...]

II - 80% (oitenta por cento), se a irregularidade for praticada em operação ou prestação sujeitas ao regime de substituição tributária.

Conquanto tudo isso, há de verificar que algumas das notas fiscais, objeto do lançamento, não mencionam como empresa destinatária a autuada, por isso devem ser excluídas da relação às fls. 12, a saber, as de números: **2323** de 20.03.06, fls. 18; **84261** de 09.05.06, fls. 20; **9418** de 02.08.06, fls. 29; **633876** de 18.10.06, fls. 34 e **119715** de 15.12.06, fls. 43, o que resulta na importância de R\$ 772,32 de ICMS a ser deduzida da exigência inicial, de maneira que o setor próprio fará o ajustamento mensal para efeito de cálculo.

Posto isso, conheço do recurso voluntário, dou-lhe parcial provimento, para considerar procedente em parte o crédito tributário no valor de R\$ 24.214,75, reformando em parte a decisão singular.

Sala das sessões, em 19 de agosto de 2013.

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

Matéria: NOTA FISCAL DE ENTRADA - OMISSÃO REGISTRO - ICMS - Omissão de registro de nota fiscal de entrada de mercadorias (Procedência)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01718/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro David Fernandes de Carvalho

EMENTA: Pedido de diligência. Indeferido. Decisão unânime. Processual. Preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa. Não acolhida. Decisão unânime. ICMS. Obrigação acessória. Falta de registro de notas fiscais de entrada no livro próprio. Procedência. Decisão unânime. Forma privilegiada da penalidade (§ 8º do art. 71, do CTE). Não aplicação. Decisão não unânime.

I - Deve ser indeferido pedido de diligência que não esteja devidamente fundamentado;

II - Não há que se falar em nulidade quando do processo constem elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator (§ 3º do art. 20 da Lei nº 16.469/09);

III - As notas fiscais de aquisição de mercadorias, a qualquer título, devem ser escrituradas no livro Registro de Entradas no prazo legal;

IV - Não se aplica a forma privilegiada da penalidade quando da infração resultar, ainda que indiretamente, omissão de pagamento de imposto (§ 8º do art. 71 do CTE).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 16 de agosto de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, David Fernandes de Carvalho e Renato Moraes Lima. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa, arguida pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, David Fernandes de Carvalho e Renato Moraes Lima. Quanto ao mérito, também, por votação unânime, conhecer de ambos os recursos, negar provimento ao voluntário, prover o de ofício, para reformar a sentença singular e considerar procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, David Fernandes de Carvalho e Renato Moraes Lima. E, por maioria de votos, rejeitar a forma privilegiada prevista no § 8º do art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros David Fernandes de Carvalho e Renato Moraes Lima. Vencido o Conselheiro Álvaro Falanque.

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo deixou de escriturar no livro Registro de Entradas, no período de 06/01/2011 a 31/12/2011, as notas fiscais

conforme demonstrativo e documentos anexos. Em consequência, fica sujeito a multa formal de 25% do valor da operação, no montante de R\$1.828.367,98, mais acréscimos legais.

Foram citados como dispositivos legais infringidos o art. 64 da Lei nº 11.651/91 – CTE c/c o art. 308 do Decreto nº 4.852/97 – RCTE, sendo proposta a penalidade tipificada no art. 71, inciso VII, “c”, do CTE com a redação conferida pela Lei nº 13.446/99.

Para instrução processual, juntou-se ao feito a planilha de fls. 004 a 009-verso, em que é especificada nota fiscal por nota fiscal, identificadas com número e data de emissão, descrição da mercadoria (AEAC, AEHC, B100, DSL B e GSL C), quantidade de litros da mercadoria valor total da mercadoria, CFOP, CNPJ do remetente, unidade federativa do remetente, e valor unitário, totalizando-se ao final no valor de R\$7.313.471,94; anexou-se, também, cópias das notas fiscais ou DANFES (fls. 010 a 286); e, relatório do livro Registro de Entradas EFD Analítico (fls. 287 a 425-verso).

Intimado na forma legal para efetuar pagamento ou apresentar impugnação em primeira instância, o sujeito passivo comparece ao processo e apresenta defesa, tendo o julgador monocrático dado provimento parcial à impugnação no sentido de julgar procedente a exigência fiscal, porém com aplicação da forma privilegiada da penalidade prevista no § 8º do art. 71 do CTE, reduzindo em 50% o valor da multa aplicada pelo autuante, com fundamento em que o ICMS é recolhido por substituição tributária.

Intimados, tanto a Fazenda Pública Estadual, quanto o sujeito passivo, ambos comparecem ao processo e apresentam recurso ex officio e voluntário com as seguintes razões:

Pela Fazenda Pública Estadual: posiciona-se contra a aplicação da forma privilegiada da penalidade, pois a falta cometida é de falta de registro do documento fiscal de aquisição de combustíveis, ficando a aquisição das mercadorias completamente à margem do controle do fisco, especialmente em relação ao álcool etílico anidro carburante cujo ICMS ST é realizado no momento da saída da gasolina A da refinaria, incidindo sobre a gasolina C, a qual é composta de álcool anidro e gasolina A, pedindo a reforma da decisão singular.

Pelo sujeito passivo: argumenta cerceamento do direito de defesa, pois a apuração teria se dado de forma genérica, sem identificar efetivamente e de forma detalhada quais foram as irregularidades; pede a conversão dos autos em diligência para que assim seja analisada nota a nota da empresa, pois não foram consideradas as notas de devolução; aduz, por fim, que a penalidade apresenta caráter confiscatório.

DECISÃO

Nestes autos exige-se o pagamento de multa formal de 25% do valor das operações, mais acréscimos legais, porque o sujeito passivo descumpriu a

obrigação tributária acessória de registro de documentos fiscais de aquisição de mercadorias no livro Registro de Entradas.

Os autos encontram-se devidamente instruídos com cópias das notas fiscais ou DANFES, relatório do livro Registro de Entradas EFD, e planilha que especifica nota fiscal por nota fiscal não registrada.

A fundamentação legal para a autuação é a prevista no art. 64 do CTE e 308 do RCTE, abaixo transcritos (transcrevemos, também, o art. 310 do RCTE):

“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. 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;

[...]

Art. 310. A escrituração deve ser feita, por período de apuração (Convênio SINIEF SN/70, art. 70, § 2º):

I - operação por operação ou prestação por prestação, em ordem cronológica, até o dia seguinte ao da:

a) efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento ou da utilização do serviço;”

Depreende-se da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, que o contribuinte, em cumprimento à obrigação tributária acessória prevista na legislação tributária, deve, até o dia seguinte ao da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento, escriturar o documento fiscal de entrada, a qualquer título, de mercadoria no estabelecimento.

A fiscalização acusa o sujeito passivo de não ter atendido tal determinação legal.

Daí a aplicação da penalidade pecuniária tipificada no art. 71, VII, “c”, do CTE, que para clareza da decisão transcrevo abaixo:

“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;”

As razões apresentadas pelo recorrente sujeito passivo não se sustentam. Com efeito, não se pode falar em nulidade processual por cerceamento do direito de defesa, visto que a fiscalização detalhou de forma específica a infração e penalidade, não deixando margem a dúvidas quanto à irregularidade cometida pelo mesmo, conforme acima exposto (ou seja, fez corretamente a descrição da infração, citando dispositivos legais pertinentes da infração e penalidade; anexou toda a documentação necessária para que o sujeito passivo pudesse se defender, inclusive relatórios do livro Registro de Entradas EFD)

Por outro lado, não é o caso de conversão dos autos em diligência para que assim seja analisada nota a nota da empresa, pois não teriam sido consideradas as notas de devolução, segundo o argumento da defesa, visto que mesmo havendo devolução de mercadorias, o documento fiscal de recebimento tem que ser devidamente registrado, mesmo que depois emita-se outro de devolução. Outrossim, o recorrente não especificou em seu recurso a relação das notas fiscais que teriam sido objeto de devolução, para que assim, se fosse o caso, se pudesse objetivamente determinar uma diligência. Assim, indefiro tal pedido.

Quanto à alegada natureza confiscatória da penalidade, insta observar que o § 4º do art. 6º da Lei nº 16.469/09, veda apreciação de alegações que versem sobre constitucionalidade, e conseqüentemente, legalidade ou não, de normas da legislação tributária estadual.

Resta, portanto, para ser apreciado, o recurso ex officio, que pede a reforma da decisão singular quanto à aplicação da forma privilegiada da penalidade.

O § 8º do art. 71 do CTE permite a aplicação da forma privilegiada da penalidade quando a infração não resulte, ainda que indiretamente, em omissão de pagamento de imposto. No presente caso, tal fato não foi comprovado, ao contrário, nota-se a possibilidade concreta de ocorrência direta de não pagamento de imposto. Observando a planilha de fls. 009-verso, onde a autoridade fiscal autuante faz a totalização dos dados referentes às notas fiscais não registradas, verifica-se que a maioria absoluta das mercadorias cujos documentos não foram registrados é de álcool etílico anidro carburante (3.955.995 litros em um total de 5.262.327 litros de mercadorias), cujo pagamento do ICMS é postergado pela usina para que seja pago quando a mercadoria estiver na distribuidora de combustíveis, juntamente com a gasolina A, na mistura de álcool e gasolina A (gasolina C). Para tanto, a distribuidora deve informar à Petróleo Brasileiro S/A o volume de aquisição do produto, para que aquela proceda ao pagamento do ICMS ST em relação à totalidade de gasolina C. Se a distribuidora não registrou a entrada de AEAC, é grande a possibilidade de sonegação de informação, o que causa diretamente em omissão de pagamento de imposto sobre o AEAC. Dessa forma, não atende à previsão legal do § 8º do art. 71 do CTE, motivo pelo qual reformo a decisão singular para afastar a aplicação da forma privilegiada da penalidade.

Posto isso, não acolho a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, indefiro o pedido de diligência e, no mérito, conheço de ambos os recursos, nego provimento ao recurso voluntário, dou provimento ao recurso ex

officio para julgar procedente a ação fiscal, reformando a decisão singular, de forma a afastar a aplicação do § 8º do art. 71 do CTE.

Sala das sessões, em 19 de setembro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO SUJEITO PASSIVO - Cerceamento - nulidade da sentença - falta de apreciação de não contenciosidade (Nulidade)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01472/13

Relator: Conselheiro Paulo Diniz

EMENTA: *Processual. Preliminar de nulidade parcial do auto de infração, suscitada pelo Conselheiro Relator. Acolhida.*

Os atos processuais, quando considerados nulos, remetem o feito à face onde ocorreu o ato lesivo ao processo, nos termos da lei.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 15 de abril de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo Relator, nos termos do art. 36, §2º da Lei 16.468/2009, declarando, de consequência, parcialmente nulo o processo a partir de folhas 56. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, Victor Augusto de Faria Morato e Ismael Madlum.

RELATÓRIO

Narra a peça de sustentação deste feito que o polo passivo, em epígrafe, omitiu saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores, conforme comparativo entre as vendas realizadas por meio de cartão de crédito, informadas pelas administradoras de cartões e vendas declaradas nas DPI's, de acordo com documentos e demonstrativos acostados ao processo, com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva.

A base legal dada por infringida foi assim descrita: artigos 66 e 64, § 2º da Lei nº 11.651/91. E a penalidade aplicada: artigo 71, inciso VII, alínea "L" do CTE.

Impugnando o lançamento o polo passivo alega ter sido negado o direito ao contraditório, que quando da solicitação de esclarecimento em anexo I, que originou este auto de infração, a redação informava o comparativo das vendas x cartão, não lhe sendo fornecido os valores repassados pela administradora de cartão de crédito. Requer a improcedência deste, fls. 09/10; junta documentos fls. 11 a 17.

Por meio do Despacho nº88/08 – COJP, fls. 19/20, os autos foram remetidos em diligência, para que o fiscal atuante anexasse aos autos a declaração emitida pelas administradoras de cartões de crédito e que elaborasse demonstrativo sobre vendas informadas, vendas realizadas e cálculo proporcionalidade nos termos do parágrafo 2º, artigo 25, CTE.

Em atenção ao despacho supra a autoridade fiscal acosta ao processo demonstrativos às folhas 22/24, cuja conclusão aduz que após as verificações efetuadas, demonstrativo de proporcionalidade, foi necessária a lavratura de auto complementar, números 4010902538615 e 4010902539859.

Intimada, sobre a revisional, a autuada alega que as suas atividades secundárias estão no rol de tributação do município, não compõem a base de informação que é fornecida ao Estado na DPI; que possui atividade de comércio e prestação de serviço, e que ninguém compra um CD ou KIT de trava e alarme, o pagamento através de cartão de crédito será composto de produtos e serviços. Requer a improcedência parcial deste, fl. 33/34; junta documentos, fls. 35/64.

O sentenciador “a quo” julga procedente a exordial, fls. 56/58.

Dirigindo-se a segunda instância o polo passivo reafirma as alegações aduzidas na fase singular, fls. 62/63; junta documentos, fls. 66/86.

Por meio do termo de juntada de fl. 88, foi acostado ao processo memorial de fls. 90/96, onde o polo passivo ratifica o arrazoado defensoria apresentado; junta documentos, 97/98.

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17/7/2012, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolve, encaminhar à GEPRO - Gerência de Controle Processual a fim de que seja notificado o sujeito passivo a apresentar no prazo de 20 (vinte) dias, o livro de registro do ISSQN 2004 a 2007 ou demonstrativo mensal de serviço - DMS ou outro meio de prova de faturamento de serviços não tributados pelo ICMS, fl. 99.

Em resposta à resolução supra o polo passivo pede dilação do prazo que lhe foi estipulado, fl. 103.

Por meio do termo de juntada de fl. 105, foi anexado ao processo os documentos de fls. 107 “usque” 121, por solicitação da defesa, que apresenta planilha, para ao final requerer seja excluído da lide as receitas apontadas como omitidas, no valor de R\$ 105.956,00 (cento e cinco mil, novecentos e cinquenta e seis reais), por se tratar de receitas de serviços não sujeitos a ICMS e que dê correta interpretação aos artigos 106,II e 112 do CTN, aplicando-se retroativamente a interpretação mais favorável admitida pela nove redação imposta pela Lei nº 16.421/08 ao artigo 71, VII. “I” do CTE.

O polo passivo acosta a este volume memorial, fls. 124/128, onde repete os argumentos registrados no parágrafo volvido, fls. 124/128.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 11/1/2013, acatando proposição do Conselheiro Relator, por converte o julgamento em diligência à Delegacia Fiscal de origem para que seu titular, por obséquio designe auditor, preferencialmente estranho à lide, para após revisão no processo nº 3 0325506 975 48, refazer o cálculo da diferença apontada na inicial, em conformidade como o disposto no § 2º do art. 25 do CTE, fl. 129.

O trabalho revisional encontra-se detalhado às fls. 132 e em conclusão informa que conferindo os valores (já retificados, fls. 21 a 24) lançados no auto em questão, e também os novos dados apresentados nas alegações da defesa (fls. 113 e 114), constatou e considerou aqueles valores pagos à municipalidade como sendo oriundos de vendas de serviços não informados das DPIs; que refez as planilhas antigas, fls. 21 a 24, para incluir os valores (B.C.), relativos aos serviços; que as novas planilhas demonstram os novos cálculos, favoráveis ao contribuinte, sendo essa importância no “quantum” de R\$ 53.787,35 (cinquenta e três mil, setecentos e oitenta e sete reais e trinta e cinco centavos) e que quanto à proporcionalidade, após analisar os relatórios do verso das DPIs, conclui que a divisão inicial foi feita corretamente e até de foram benéfica ao contribuinte.

Em resposta ao trabalho supra o polo passivo externa seu inconformismo, inferindo para tanto que o levantamento não foi realizado no local do estabelecimento do contribuinte, pressuposto legal para aplicação da penalidade constante do auto de infração, requer o reconhecimento da ilegalidade da penalidade aplicada; caso não seja esse o entendimento deste Conselho Administrativo Tributário, que seja aplicada a atenuante contida no §8º do artigo 71 do CTE, fls. 143/145.

Com memorial de fls. 150/156 o atuado reafirma as razões pronunciadas e anotadas no parágrafo imediatamente volvido.

É o relatório.

DECISÃO

Ao compulsar e analisar as peças constitutivas desta lide verifiquei a existência de falha insanável que comprometeu o feito a partir da decisão exarada pelo sentenciador “a quo”, tendo em vista que há nos autos declaração espontânea do sujeito passivo, por ele suscitada, confessando o débito do ICMS, discriminado na inicial, em indicativo de fruição das prerrogativas do artigo 169 do CTE.

Considerando que 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 na tenha sido objeto de controvérsia ou de pronunciamento, nos termos do §2º do artigo 6º da Lei nº 16.469/09, “verbis”:

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

[...]

§ 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.”

E ainda, que o erro de fato apurado nas revisões processuais que foram desenvolvidas ao longo da tramitação do processo, não concorre em benefício do sujeito passivo, haja vista haverem incremento no valor original do lançamento.

Que tendo havido confissão, não haveria contenciosidade nestes autos, devendo ser aplicado à hipótese o que preceitua o §2º do artigo 6º da Lei nº 16.469/09, já citado, além dos incisos I, II, III e IV do artigo 16 do Anexo IX do RCTE, que segue transcrito:

“Art. 16. O pedido de parcelamento, ainda que não deferido importa:

I - confissão irretratável do débito, judicial e extrajudicial, nos termos

dos arts. 348, 353 e 354 do Código de Processo Civil, o que não implica transação ou novação;

II - renúncia ao direito de defesa, na esfera administrativa;

III - desistência de impugnação ou recurso já interposto;

IV - encerramento da fase contenciosa, em se tratando de processo administrativo tributário.”

Considerando que o julgador monocrático não se manifestou sobre a não contenciosidade do presente trabalho fiscal, imperioso se torna o retorno da lide, à fase singular, para que a falha detectada e devidamente discorrida em linhas anteriores, seja suprida, nos termos da lei, sendo esta a minha arguição, de conformidade com o lecionado pelo §2º do artigo 36 da Lei nº 16.469/09:

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

[...]

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

Pelo exposto, voto suscitando e acolhendo a preliminar de nulidade da peça básica, nos termos do art. 36, §2º da Lei 16.468/2009, declarando, de consequência, parcialmente nulo o processo a partir de folhas 56.

Sala das sessões, em 06 de agosto de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO SUJEITO PASSIVO - Cerceamento - nulidade parcial - falta de entrega de mídia (Nulidade Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00030/13

Relator: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: Preliminar de nulidade parcial dos autos. Ausência de entrega da mídia digital ao polo passivo. Acatada. Decisão unânime.

Os atos processuais praticados pelas autoridades administrativas, sob o alcance dos incidentes formais de nulidade, são declarados nulos pelas instâncias julgadoras e devem ser reformulados na fase em que ocorreu o ato que danificou a tramitação do processo.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de dezembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de nulidade parcial do processo a partir de fls. 24, em razão da falta de entrega ao sujeito passivo da mídia digital contendo todas informações do trabalho sob análise, conforme exige artigo 4º, parágrafo 2º da Instrução normativa 916/2008. Os autos devem retornar à SÉPRE - Setor de Preparo Processual - para nova intimação do sujeito passivo em Primeira Instância. Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Henrique de Oliveira, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo mantinha crédito indevido na Escrituração Fiscal Digital - EFD, no mês de março de 2012, na importância de R\$ 150.124,81 (cento e cinquenta mil, cento e vinte quatro reais e oitenta e um centavos), decorrente da omissão de estorno de crédito do ICMS referente à entrada de mercadorias cujas saídas foram contempladas com redução de base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos anexos. Em consequência, fica sujeito à multa de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito indevido e obrigado a realizar o se estorno, nos termos do artigo 147-A do CTE.

Dados como infringidos os artigos 61, I, "a", § 3º e 64, do Código Tributário Estadual (CTE) c/c art. 58, I, "c" do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE). Proposta a penalidade prevista no art. 71, IV, "b", do CTE, com redação da Lei nº 14.634/2003.

O auto de infração foi instruído com os documentos a seguir: Anexo Estruturado/Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03), Ordem de Serviço nº 0119/2012 (fl. 04), Termo de Início de Fiscalização (fl. 05), Auditoria Básica do ICMS (fls. 06/08), Planilha de Total de Receita (fl. 09), Resumo de Entrega de Escrituração Fiscal Digital (fls. 10/19), cópia de Mídia Eletrônica (fl. 20), Recibo de Entrega de Relatórios Digitais (fls. 21).

A autuada foi intimada em 23/07/2012 (fls. 22/23), todavia, não se manifestou em Primeira Instância, motivo da lavratura do respectivo Termo de Revelia (fl. 24). Renovada a intimação (fls. 26/27) para apresentar Impugnação à Segunda Instância.

A empresa ingressa com impugnação em Segunda Instância (fls. 30/35), aduzindo que a controvérsia se restringe em verificar se a autuada possui ou não direito ao aproveitamento integral de créditos de ICMS nas operações com produtos da cesta básica beneficiados com base de cálculo reduzida.

Aduz que ao analisar questão idêntica a presente, o Supremo Tribunal Federal equiparou as figuras de "redução da base de cálculo" do ICMS e da "isenção parcial", no julgamento do RE nº 174478 ED. (rel. Min. CÉSAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/08, DJ nº 097, de 29/05/08, publicado em 30/05/08). Portanto, configurado a redução da base de cálculo do ICMS como verdadeira isenção parcial, "em regra", esta se inclui dentre as limitações ao aproveitamento integral do ICMS previstas pelo art. 155, inciso II, § 2º, II, da Constituição Federal. "Ocorre que essa regra comporta exceção", como destacou com propriedade o referido Ministro Relator no voto do acórdão mencionado (grifou-se).

E ainda, que foi a cláusula 1ª do Convênio ICMS nº 128/94 que serviu de base para o disposto no inciso XXXIII do art. 8º do RCTE goiano, o qual estabelece a redução da base de cálculo para as mercadorias que compõem a cesta básica. Ocorre que o § 1º da cláusula do citado Convênio prevê expressamente que "ficam os Estados e o Distrito Federal "autorizados" a não exigir a anulação proporcional do crédito prevista no inciso II do art. 32 do Anexo Único do Convênio ICMS 66/88, nas operações que trata o caput desta cláusula (grifou-se).

Alega que apesar do termo "autorizado" constante do referido Convênio gerar certa polêmica, é certo que a celebração de Convênios entre os Estados da federação para a concessão de benefícios fiscais, é regulamentada pela Lei Complementar nº 24/1975, "*que veda distinção entre convênio autorizativos e impositivos*". Situação que já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 96545, de relatoria do Min. MOREIRA ALVES.

Argumenta que o Estado de Goiás jamais poderia exigir o estorno do crédito de ICMS relativo às saídas internas dos produtos da cesta básica beneficiados com a redução da base de cálculo porque, o referido Convênio, ao autorizar, "*impõe que o Estado de Goiás e seus demais signatários deixem de exigir a anulação proporcional do referido crédito do ICMS*" para garantir política uniforme e harmônica de isenção entre todos os Estados.

Deste modo, a acusação feita pelo autuante não possui respaldo jurídico para prevalecer, porque, conforme demonstrado, "*a empresa jamais teve tal obrigação legal*" (grifou-se).

Por precaução, ficam impugnados todos os cálculos elaborados pelo autuante, visto que não representam a realidade comercial e contábil da autuada, como também, a alíquota média considerada para o cálculo do estorno exigido, em observância ao art. 59 do RCTE e seus parágrafos.

Pelo acima exposto, requer seja conhecida e prova a presente impugnação, sendo julgado insubsistente o lançamento fiscal. Requer também, que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas diretamente ao signatário, [...], no endereço constante do timbre.

Junto com a impugnação é trazido ao feito cópia de procuração e cópia de documento do advogado (fls. 35/36), cópia da Alteração e Consolidação Contratual de Sociedade Limitada [...] DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LIMITADA (fls. 37/39).

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças instrutórias deste feito, verifiquei que falha insanável comprometeu a lide a partir de fl. 24, tendo em vista que não foi entregue ao sujeito passivo, em epígrafe, a mídia digital, contendo todas informações do trabalho sob análise, situação que afrontou a orientação contida no artigo 4º, parágrafo 2º da Instrução normativa 916/2008, que transcrevo:

“Art. 4º Os relatórios correspondentes a auditorias fiscais, bem como o recibo referido no § 2º, devem ser arquivados digitalmente nos servidores da Secretaria da Fazenda, sendo que deles serão obtidas cópias nas mídias referidas no inciso II o art. 2º, com a finalidade de serem anexadas aos autos do processo administrativo tributário e entregues ao contribuinte.

[...]

§ 2º A cópia destinada ao contribuinte deve ser entregue, mediante recibo, nas formas previstas na lei do processo administrativo tributário.”

Tornando-se imperioso o retorno dos autos ao SEPRE - Setor de Preparo Processual - para nova intimação do sujeito passivo em Primeira Instância, o que equivale dizer que este processo foi, na presente sessão decisória, considerado nulo parcialmente, em sede de preliminar.

Assim, voto acatando a preliminar de nulidade parcial do processo a partir de fl. 24, em razão da falta de entrega ao sujeito passivo da mídia digital, contendo todas informações do trabalho sob análise, conforme exige artigo 4º, parágrafo 2º da Instrução normativa 916/2008. Os autos devem retornar ao SEPRE - Setor de Preparo Processual - para nova intimação do sujeito passivo em Primeira Instância.

Sala das sessões, em 15 de janeiro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO SUJEITO PASSIVO - Cerceamento do direito de defesa - nulidade parcial - falta de intimação de novos sócios (Nulidade)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00288/13

Relator: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: Processual. Nulidade parcial dos autos. Omissão de ato de comunicação processual. Cerceamento do direito de defesa. Preliminar arguida pelo douto Conselheiro Relator e acolhida por unanimidade.

I-Não havendo a intimação dos novos sócios, que passaram a integrar a sociedade empresarial antes da ocorrência do fato gerador, para que se manifestassem acerca das imputações atribuídas ao sujeito passivo, deve-se decretar a nulidade parcial dos autos a partir da citada omissão.

II-Constata a omissão na intimação dos sócios, devem os autos retornarem à repartição fazendária competente para que seja sanado o vício processual.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade parcial dos autos, a partir da intimação de fls. 11, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo Conselheiro Relator, devendo os autos retornar ao Nupre, para intimação dos novos sócios, [...] e [...], nos endereços contidos nas fls 25 e 26 dos autos. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, José Paixão de Oliveira Gomes e Victor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

Notícia a inicial que o sujeito passivo não apresentou à Delegacia de sua circunscrição os livros e/ou documentos fiscais, no período de 30 dias, conforme consta da publicação da portaria nº 014/2012 - GIEF de 1207/2012, que suspendeu a sua inscrição no cadastro estadual, constante do Diário Oficial de nº 21394 de 25/07/2012, razão pela qual são considerados extraviados. Em consequência, fica sujeito a multa forma no valor de R\$ 3.152.311,00, consoante demonstrativo abaixo.

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 109 do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97). Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, VIII, "a" do CTE, com redação da Lei 12806/95.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: anexo estruturado – detalhamento do crédito tributário, espelho cadastral, controle de concessão/autenticação de documentos fiscais – CIAF, SEPD – Livros autenticados pelo Contribuinte (fls. 03-10).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documentos de fls. 11-14, tendo sido lavrado termo de revelia às fls. 15.

O sujeito passivo apresentou impugnação em segunda instância, fls. 20, informando que a aproximadamente 05 ou 06 anos atrás a empresa foi vendida e ficou estabelecido que o comprador ficaria responsável pela transferência fiscal da responsabilidade, fato esse que foi concluído na junta comercial do Estado de Goiás e não foi concluída nos demais órgãos. Argumentou que a multa é absurda, já que a empresa fechou as portas por não suportar a carga tributária a ela atribuída.

Anexou ao recurso cópia da intimação em primeira instância e espelho de consulta por numero do processo (fls. 21-23).

DECISÃO

Passo a decidir, e de plano arguo a preliminar de nulidade parcial dos autos, a partir da fl.11, por cerceamento do direito de defesa, por entender que, tendo havido alteração no quadro societário da empresa, a partir de 19/01/2006, conforme depreende-se do documento de fls. 25/26 (Espelho de Dados da JUCEG), a repartição fazendária competente deixou de promover a intimação dos novos sócios que passaram a integrar a administração do sujeito passivo em tela.

Devo dizer que o fato gerador ocorreu 11/09/2012, ocasião na qual as novas sócias já participavam da sociedade empresária.

Face ao exposto, os autos devem retornar ao Núcleo de Preparo Processual – NUPRE para que este promova a intimação das sócias [...] e [...] em seus respectivos endereços informados às fls 25/26 retro.

Tal é o que está previsto no § 1º, do art. 20, da Lei Estadual nº 16.469/09, que por oportuno, transcrevo abaixo, *verbatim*:

“Art. 20. *Omissis*:

[...]

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

Dessarte, e agasalhado pela unanimidade do voto de meus pares, devo acolher a preliminar de nulidade parcial dos autos a partir da intimação de fls. 11, por cerceamento do direito de defesa, arguida por este Conselheiro Relator, devendo os autos retornarem ao Núcleo de Preparo Processual da Delegacia

Fiscal de Anápolis – NUPRE, para que seja providenciada a intimação das novas sócias, [...] e [...], nos endereços informados no Espelho de Dados da JUCEG, às fls. 25/26 destes autos.

Sala das sessões, em 20 de março de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - Erro na identificação do sujeito passivo - diferencial de alíquotas - estabelecimento destinatário diverso do autuado (Nulidade)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00892/13

Relatora: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Nulidade. Erro de identificação do sujeito passivo.

É nulo o ato de lançamento do crédito tributário caracterizado por erro na identificação do sujeito passivo, conforme previsto no art. 20, inciso II, da Lei 16.469/09.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 24 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo, arguida pela Relatora, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Edson Abrão da Silva e José Luiz Rosa.

RELATÓRIO

A descrição do fato é de que o sujeito passivo adquiriu em operação interestadual mercadoria para uso e consumo, sem o devido recolhimento do diferencial de alíquota correspondente à operação, conforme previsto na IN 880/07 – GSF, cópias das notas fiscais, documentos de arrecadação 2.1, por isso exigido o ICMS, multa e demais acréscimos legais.

O crédito tributário foi considerado improcedente em primeira instância, parte do crédito por reconhecimento da decadência e o restante por entender suficiente a comprovação do sujeito passivo de que a nota fiscal foi substituída por outra, corrigindo o valor da operação.

A Fazenda Pública irresignada com a decisão interpõe recurso requerendo que se faça uma diligência junto à Delegacia Fiscal de origem para posicionamento quanto ao real valor dos produtos adquiridos.

Em pronunciamento ao pedido da Fazenda Pública o recorrente descreve todo o procedimento de devolução da nota fiscal em razão da divergência de valor, com correção da irregularidade via emissão de nota fiscal com valor correto, estando tudo registrado no livro fiscal correspondente. Portanto, que seja mantida a decisão singular.

DECISÃO

Um primeiro aspecto a ser analisado a respeito da formação da relação processual tributária está ligado à validade do ato praticado, isto é, a lavratura do auto de infração deve ser realizada por agente competente, com **perfeita identificação do sujeito passivo**, respaldado em provas e devida fundamentação da acusação nos limites da legislação tributária, sob pena de nulidade.

O lançamento reputa-se pronto e acabado para efeito de constituição do crédito tributário, conforme art. 142 do Código Tributário Nacional, quando verificada a ocorrência do fato gerador, determinada a matéria tributável, calculado o montante do tributo devido e IDENTIFICADO CORRETAMENTE O SUJEITO PASSIVO (grifo oportuno).

Seguindo esse desiderato a Lei 16.469/09, art. 8º, incisos I a VII, exige o seguinte, para efeito de lavratura do auto de infração:

***Art. 8º** O crédito tributário decorrente de procedimento fiscal será objeto de lançamento que conterá, 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.

A situação verificada nestes autos é que o lançamento refere-se a duas notas fiscais, a de número 2703, do ano de 2002, cujo crédito tributário foi considerado decadente em instância singular (improcedente), não havendo discordância da Fazenda Pública, portanto transitado em julgado, administrativamente, ou seja, ocorreu a extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional.

Assim, em relação à essa parcela do crédito tributário, tratando a decadência de evento antecedente ao momento do lançamento e não sendo motivo de discordância da Fazenda Pública, não chega a essa fase cameral para apreciação.

Em relação à outra nota fiscal de número 5250, emitida em 10.07.2008, objeto do recurso oficial interposto, diz respeito ao produtor atuado, porém localizado em outra Fazenda, cuja inscrição é a de número 11.228.711-5 e endereço: Rodovia Estadual Lagoa de Fora S/n km 19, Amaralina/Go., a qual

encontra-se normal e ativa junto ao cadastro da Secretaria da Fazenda, conforme o espelho cadastral extraído do sistema de dados, grampeado aos autos, por isso a irregularidade de natureza formal.

Assim, considerando o disposto no § 3º do art. 20 da Lei 16.469/09, não há como aproveitar essa parte do lançamento, pois não determinado com segurança o infrator, considerando que a inscrição autuada refere-se a outro contribuinte, número 11.209.705-7, assim:

§ 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 art. 20, inciso II, da Lei 16.469/09, trata a questão como uma irregularidade de natureza insanável, determinando a nulidade do auto de infração, senão vejamos:

Art. 20. São nulos os atos praticados:

[...]

II - com erro de identificação do sujeito passivo;

Dessa forma, não concluído o lançamento de ofício, pois um de seus requisitos imprescindíveis de validade encontra-se maculado.

Ante o exposto, voto julgando **NULO** o auto de infração, nos termos da fundamentação, extinguindo o processo sem julgamento do mérito no tocante à nota fiscal 5250 emitida em 10.07.2008.

Sala das sessões, em 10 de maio de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - Erro na identificação do sujeito passivo - mercadoria desacobertada - responsabilidade do passageiro (Nulidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00002/13

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: Processual. Recurso da Fazenda Pública Estadual para o Conselho Pleno. Reforma de decisão cameral que considerou nulo o auto de infração por erro de identificação do sujeito passivo. Não provido por unanimidade.

É nulo o auto de infração por erro de identificação do sujeito passivo, quando provado nos autos que o real proprietário das mercadorias apreendidas é outra pessoa e sobre a qual deve recair o ônus tributário.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de julho 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 considerou nulo o auto de infração, por erro na identificação do sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Elias Alves dos Santos, 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, Carlos Andrade Silveira, 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

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo transportava mercadorias relacionadas no TA n° 11000892738 e documentos anexos, sem documentação fiscal no valor comercial de R\$ 60.320,00, no período de 14/10/2006 a 14/10/2006, já acrescido do IVA. Embora os produtos sejam de origem estrangeira estes foram encontrados sendo transportados pelo sujeito passivo, que faz linha interestadual dentro do Brasil, portanto não se consegue definir a procedência real dessa mercadoria. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 10.254,40, mais as cominações legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 45, inciso I, alínea "a", 64 e 66 da Lei 11.651/91, combinado com o artigo 145, parágrafo único, do Decreto 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso XII, alínea "a", item 3, §9º, inciso I, da Lei 11.651/91 com redação da Lei 14.058/01.

O Auto de Infração veio instruído com o Termo de Apreensão n° 1100089273-8 (fl. 04), Conferência de Cargas (fl. 05), Termo de Liberação e

Doação (fls. 06/07), cópia do Ofício n° 1258/2006-DPF/JTI/GO (fl. 08), Auto de Apreensão e Apreensão (fl. 09), Boletim de Ocorrências (fls. 10/13), cópia do Certificado de Registro e Licenciamento de veículo da empresa autuada (fl. 14), cópia da Carteira de Trabalho (fl. 15), cópia dos Documentos Pessoais do empregado da empresa autuada (fl. 16) e cópia da Ordem de Serviço n° 0046/2006 (fl. 17).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documentos de fls. 18/19.

Às fls. 21/26, o sujeito passivo ingressa com Impugnação à Primeira Instância, onde alega em preliminar, vício de representação, uma vez que o motorista não estava designado e nem autorizado para ser depositário da mercadoria e de ilegitimidade passiva, porquanto é empresa de transporte de passageiros e não de cargas, sendo depositária temporária de bens pertencentes ao passageiro [...], o qual se encontrava no ônibus, o que se comprova pela relação de passageiros e pelo bilhete de passagem de n° 447771, de 13/10/2006 .

No mérito, aduz a inexistência de relação jurídica de natureza tributária, vez que não presta serviço de transporte de cargas, não cobra pelo transporte das mercadorias dos passageiros e se houvesse irregularidade no transporte, a autuação deveria cingir-se ao conhecimento de transporte e não em relação à operação de venda e de compra. Por fim, pede a anulação do auto de infração face à ilegitimidade passiva.

Instrui a peça defensiva a cópia da Procuração (fl. 27), cópia da Quinquagésima Alteração de Contrato Social (fls. 28/37), cópia do Termo de Apreensão n° 1100089273-8 (fl. 38), lista de passageiros (fl. 56), cópia da Intimação (fl. 58), cópia do Auto de Infração n° 3021259867054 (fl. 59) e cópia do Mapa de Viagem (fl. 61).

O Julgador Singular prola a Sentença n° 2316/07 - COJP de fls. 63/64, conhecendo da impugnação, dando-lhe provimento, acatando, em preliminar, o pedido de anulação do feito, por erro na identificação do sujeito passivo e, em consequência disso, julga nulo o lançamento.

Fundamenta sua decisão aduzindo que ao analisar os autos, constata-se que no Boletim de Ocorrência Policial (fls. 12), o Sr. [...] veio a declarar, naquela oportunidade, à Autoridade Federal que o lavrou, que "não possuía Nota Fiscal da mercadoria e alegou tê-la comprado em Lacerda - MT ...", sendo, devido a isso, autuado naquela repartição federal. Fatos esses narrados pelo proprietário das mercadorias e que vem a produzir a convicção da ilegalidade passiva da autuada, complementada ainda com os demais documentos trazidos ao feito pela impugnante.

Sendo assim, os fatos narrados nos autos configuram a nulidade prevista no inciso II do artigo 19 da Lei 13.882/01 e, em consequência disso, este procedimento administrativo deverá ser anulado por vício formal, nos termos como foi requerido pelo pólo passivo.

A Representação Fazendária, por meio do Parecer nº 281/2007 de fls. 65/66, aduz que há responsabilidade da transportadora em face do artigo 45, inciso I, aliena "a", da Lei 11.651/91 e que matéria análoga foi objeto de julgamento pela 3ª Câmara do Conselho Administrativo Tributário na data de 02/08/2007, em que os conselheiros entenderam, à unanimidade de votos, procedente o lançamento fiscal intentado em desfavor da empresa transportadora autuada. Requer a reforma da decisão monocrática para apreciação do mérito da exigência tributária.

O sujeito passivo foi intimado para apresentar Contradita ao Pedido de Reforma formulado pelo Representante Fazendário, conforme se vê às fls. 67/68.

Às fls. 70/75, o sujeito passivo apresenta Contradita ao pedido de reforma formulado pelo Representante Fazendário, onde alega que não opera a prestação de transporte de cargas, mas de passageiro, sem qualquer custo para as suas bagagens, conforme o artigo 3º do Decreto Federal nº 2521/88 e que a relação da transportadora com o passageiro não permitia o enquadramento na modalidade de despacho, sendo que a obrigação de apresentar nota fiscal das mercadorias adquiridas e transportadas como bagagem era do passageiro para com o fisco.

Acrescenta que somente haveria responsabilidade da transportadora se a mesma estivesse realizando transporte específico de mercadorias, e neste caso, sua responsabilidade cingir-se-ia a essa operação e não a compra e venda com eventual inidoneidade ou falta de documento fiscal. Por fim, pede que seja mantida a sentença singular.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por meio do Acórdão nº 4868/2008 de fls. 78/81, decidiu, por maioria 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.

A Fazenda Pública Estadual foi intimado para interpor Recurso ao Conselho Pleno, conforme documento de fl. 82.

A Fazenda Pública Estadual, na pessoa do Representante Fazendário, interpõe Recurso ao Conselho Pleno de fls. 83/85, aduzindo que não concorda com a decisão cameral, uma vez que no caso de transporte de mercadorias sem documentação fiscal a responsabilidade recai sobre a pessoa do transportador nos termos do artigo 45, inciso I, letra "a", da Lei 11.651/91, visto que o autuado está diretamente envolvido na situação que constituiu o fato gerador do ICMS, pois o mesmo era responsável pelo transporte, não cabendo a nulidade declarada no aresto recorrido, sendo que o disposto no artigo 145, parágrafo único reforça o entendimento de que o transportador não pode efetuar o transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Por fim, pede que seja reformada a decisão cameral para afastar a nulidade "ab initio" da peça básica.

O sujeito passivo foi novamente intimado para apresentar Contradita contra o Pedido de Reforma do Acórdão Cameral formulado pela Representante Fazendário às fls. 86/87.

Às fls. 89/92, o sujeito passivo apresenta Contradita às razões da Fazenda Pública, onde alega que não opera a prestação de transporte de cargas, mas de passageiro, sem qualquer custo para as suas bagagens, conforme o artigo 3º do Decreto Federal nº 2521/88 e que a relação da transportadora com o passageiro não permitia o enquadramento na modalidade de despacho, sendo que a obrigação de apresentar nota fiscal das mercadorias adquiridas e transportadas como bagagem era do passageiro para com o fisco.

Ademais, aduz a inexistência de relação jurídica de natureza tributária, vez que não presta serviço de transporte de cargas, não cobra pelo transporte das mercadorias dos passageiros e se houvesse irregularidade no transporte, a autuação deveria cingir-se ao conhecimento de transporte e não em relação à operação de venda e de compra. Por fim, pede que seja mantida a decisão recorrida.

Foram anexados aos autos cópia da Procuração (fl. 93), cópia da Certidão Simplificada (fl. 94) e cópia da Certidão da 3ª Vara Cível da Comarca de Cascavel (fl. 95).

É o Relatório.

DECISÃO

Analisei detidamente as razões da Fazenda Pública Estadual -FPE e ao cotejá-las com a contradita inserta nos autos, considero que razão assiste ao polo passivo quando pugna pela manutenção da decisão cameral ora vergastada.

Com efeito, a decisão prolatada às fls. 79/81 está correta. Compulsando os autos, verifico que o sujeito passivo é sociedade empresarial que opera no transporte de passageiros e não no transporte de cargas. Isto posto é de se entender que o real proprietário das mercadorias discriminadas no Termo de Apreensão nº 1100089273-8, identificado no boletim de ocorrências de fl. 13, é Luciano César Silva. As mercadorias foram adquiridas na cidade ou município de Lacerda, no estado de Mato Grosso.

Assim, é forçoso concluir que a relação jurídico-tributária deve estabelecer-se entre a FPE e o real proprietário da mercadoria apreendida, a qual deveria estar acompanhada da respectiva documentação fiscal, necessária à comprovação da regularidade de sua aquisição.

O instituto da solidariedade, tal como previsto no art. 45, inciso I, letra "a", da Lei Estadual nº 11.651/91 não deve ser imputado ao sujeito passivo por não estar demonstrado o interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal, ou seja, não se justapõe entre a relação de mercancia estabelecida pelo proprietário da mercadoria.

Face ao exposto, 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 considerou nulo o auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 08 de janeiro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - Erro na identificação do sujeito passivo - mercadoria desacobertada - veículo pertencente pessoa diversa da autuada (Nulidade)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02350/13

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: *Processual. ICMS. Preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pela autuada, por erro na identificação do sujeito passivo. Acolhida.*

Os atos processuais, praticados pelas autoridades administrativas, com erro na identificação do sujeito passivo, nos termos do art. 20, inciso II, § 3º da Lei nº 16.469/2009, prejudicam a apreciação do mérito do ato administrativo porque são declarados nulos pelas instâncias julgadoras. Portanto, o erro na identificação do sujeito passivo motiva a exclusão da polaridade passiva solidária da lide.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de junho de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de nulidade do auto de infração, por erro na identificação do sujeito passivo, arguida pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Washington Luis Freire de Oliveira e Victor Augusto de Faria Morato. E, também, por votação unânime, acatar a preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário [...] da lide, arguida pelo Conselheiro Relator. Participaram do julgamento os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Washington Luis Freire de Oliveira e Victor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

O nascimento do auto de infração ocorreu com a descrição do fato gerador da obrigação tributária esclarecido com a redação:

Transportava sem documentação fiscal as mercadorias relacionadas no Termo de Apreensão nº 1100111666-5, no valor comercial de R\$ 23.192,00 (vinte e três mil e cento e noventa e dois reais), valor de pauta da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, conforme documentos em anexos. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 2.783,00 (dois mil, setecentos e oitenta e três reais), mais as cominações legais.

Os arts. 45, inciso I, alínea "a", 64 e 66 da Lei nº 11.651/91 - CTE, c/c o 145, Parágrafo Único do Decreto nº 4.852/97 – RCTE foram indicados para abrigar a infração. A penalidade proposta atende à prescrição do art. 71, inciso XII, alínea "a", item 3, agravada com a aplicação do § 9º, inciso I do CTE.

Por força da vigência do art. 45, inciso I, alínea "a" da Lei nº 11.651/91, o motorista do veículo foi identificado na polaridade passiva solidário da lide.

A instrução do lançamento fiscal se fez com os documentos: Detalhamento do Crédito Tributário, fl. 03; Descrição complementar da ocorrência do fato, fl. 04; Identificação do coobrigado, fl.05; Termo de Apreensão dos semoventes e fotos do veículo transportador, fls.06 a 08; e documentação do veículo, fls. 09 a 11.

Pela falta do exercício do direito de defesa na primeira fase processual e depois das intimações das partes sobre o lançamento tributário, fls.12 a 16, foi lavrado o Termo de Revelia, fl.17. O Termo de Perempção, fl. 24, assinala a ausência do sujeito passivo solidário da lide.

No entanto, o polo passivo impugna o lançamento do crédito tributário a uma das Câmaras Julgadoras, fls.26 a 28, argui a preliminar a nulidade da peça básica, por erro na identificação do sujeito passivo, haja vista que o veículo que conduzia os semoventes, foi transferido em 01/12/2008, enquanto que o auto de infração foi expedido em 29/01/2009. Portanto, posterior à transferência de propriedade do veículo. Saliencia que a intimação expedida em primeira instância é nula em razão de que fora enviada para endereço diverso do recorrente.

Ao final, requer o acolhimento da impugnação para ser declarada a nulidade ou a improcedência do auto de infração.

Os documentos: Procuração, fls. 29; Intimação, fl. 30; Certificado e Recibo do veículo, fl. 31; Dados do veículo, fl. 32; Intimação, fl. 33; Detalhamento do Crédito Tributário, fl. 34; Descrição Complementar da Ocorrência, fl. 35; Identificação do Coobrigado, fl. 36; e auto de infração, fl.37, instruem o fundamento impugnatório.

Na Resolução nº 82, fl. 40, a Câmara Julgadora do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08/04/13, acata a proposição do Conselheiro Relator e resolve, *“por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência e encaminhar os autos à Gerência de Arrecadação e Fiscalização a fim de que o setor de IPVA, por obséquio, promova consulta junto ao sistema do DETRAN, informando se houve alteração da propriedade do veículo indicado às fls.09 e em que data ocorreu a transferência.”*

No Despacho nº 0951/13, fl. 44, a Gerência de Arrecadação e Fiscalização informa que o veículo M.B./M.BENZ L 1113 de placa KAX-6510 foi adquirido em 17/04/2006 pela pessoa identificada pelo número do CPF 519692976-20 e em 26/08/2008 foi transferido para Uberaba M/G. Atualmente, a propriedade do veículo está com a pessoa portadora do CPF 049018916-42 na Cidade de Abaeté - MG, conforme constam em relatórios inseridos às fls. 41 a 43.

É o relatório.

DECISÃO

Estudei a presente autuação e concluí que o trabalho do autor não espelha a validade necessária para a constituição do presente crédito, sobretudo porque foi elaborado com a ocorrência do incidente de nulidade prescrita no art. 20, inciso II, § 3º da Lei nº 16.469/2009, que transcrevo:

“Art. 20. São nulos os atos praticados:

[...]

II - com erro de identificação do sujeito passivo;

[...]

§ 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.” (Grifos apostos no texto original).

No momento da realização da ação fiscal de impacto, a autoridade administrativa competente não assegurou a conclusão do seu trabalho com a identificação correta do sujeito passivo, de forma que o lançamento nasceu nulo de acordo com as prescrições legais que tratam dos incidentes de nulidade, cuja identificação está ancorada pela transcrição da disposição legal mencionada no parágrafo supra.

Vejo que a fiscalização não instruiu convenientemente o lançamento do crédito tributário, de forma que, neste feito, não há prova contra o autuado, ou que os valores reclamados são efetivamente devidos por ele. Não confirmou, também, a existência do ilícito fiscal descrito. Portanto, a falha verificada na elaboração do auto de infração não oferece segurança jurídica para a exigência do crédito em qualquer fase de preparo do processo.

Esclareço que, muito antes da lavratura do auto de infração, o veículo não pertence ao autuado.

Os documentos de fls. 41 a 43, que acompanham o controle da movimentação do veículo M.B./M.BENZ L 1113 de placa KAX-6510, informam que ele foi adquirido em 17/04/2006 pela pessoa identificada pelo número do CPF 519692976-20 e em 26/08/2008 foi transferido para Uberaba M/G e que, atualmente, a propriedade do veículo está com a pessoa portadora do CPF 049018916-42 na Cidade de Abaeté – MG.

Ademais, vejo que o acolhimento da preliminar de nulidade da peça básica, por erro na identificação do sujeito passivo, arguida pela autuada, motiva a exclusão do sujeito passivo solidário da lide.

Desta forma, após a exclusão do polo passivo solidário da lide, nos termos da disposição do art. 20, inciso II, § 3º da Lei nº 16.469/2009, acolho a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por erro na identificação do sujeito passivo, e, para completar o meu voto, declaro nulo “ab initio” o processo.

Sala das sessões, em 20 de novembro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL - Incompetência Funcional - lançamento por AFRE I - falta de tributação de valor agregado (Nulidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01407/13

Relator: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade, arguida pela atuada, por incompetência funcional da autoridade lançadora. Acolhida.

A incompetência funcional respalda a nulidade do procedimento fiscal, expedido sem a observância da norma legal específica da função.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 09 de abril de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de nulidade do auto de infração, por incompetência funcional da autoridade lançadora, arguida pela atuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Álvaro Falanque, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Aguinaldo Fernandes de Melo, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Luis Antônio da Silva Costa.

RELATÓRIO

Narra a peça de sustentação deste feito que o polo passivo, em epígrafe, realizou saída de mercadorias, arrobas de algodão em pluma, caroço de algodão e resíduos não aproveitável, por meio das notas fiscais, sem tributar o valor agregado à mercadoria recebida para beneficiamento. Em consequência, deverá recolher o ICMS, juntamente com os acréscimos legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 12, II, "b"; 19, X e 64 do CTE. A penalidade proposta foi a do artigo 71, VII, "n", § 9º, I, com a nova redação da Lei nº 13.446/99.

Identificado como polo passivo solidário o consignado a fl. 04.

Para instruir o feito a autoridade atuante junta os seguintes documentos: identificação do sujeito passivo solidário fl. 04; contrato social da atuada e suas alterações fls. 05/12; ordem de serviço fl. 13; espelho cadastral fl. 14; relatório de saídas contabilizadas e não contabilizadas dos produtos fl. 15; planilha de pauta fl. 16; notas fiscais de entradas e saídas fls. 17/30.

Intimados, nos termos da lei, fls. 31/35, os atuados não comparecem aos autos, motivando os respectivos Termos de Revelia fls. 36/37.

Renovadas as intimações aos sujeitos passivos fls. 39/41, mantiveram-se inertes, conforme termo de perempção, fls 42. E, em consequência, o crédito tributário foi inscrito em dívida ativa em 18.07.2.007, fl. 43.

Em 28 de julho de 2.008, a atuada direta interpõe Pedido de Revisão Extraordinária, de fls. 46/60, onde alega preliminarmente, cerceamento ao direito de defesa, em razão da falta de intimação correta dos sujeitos passivos; que o atuado solidário, mora até a presente data no endereço indicado; que o receptor da intimação é pessoa estranha ao quadro societário da empresa; que o auto de infração deve ser julgado nulo; que o termo de perempção é inválido, tendo em vista não ter atendido aos prazos legais, considerando a publicação do edital de intimação no dia 27/02/2.007, o prazo final de 20 dias dar-se-ia em 26/03/2.007 e não em 23/03/2.007, data em que foi lavrada a perempção. Argumenta que o pedido está estribado na Lei 13.882/01; colaciona jurisprudência como paradigma. Finaliza requerendo a nulidade do auto de infração.

Acompanham o recurso procuração e substabelecimento fls. 61/62; comprovante de endereço fl. 63; cópias de Guia de Recolhimento do FGTS dos funcionários da atuada fls. 64/71; de AR para comprovar o endereço da atuada fls. 72/80; declaração fls. 81/83.

Em Despacho exarado às fls. 88/89, o Presidente do CAT, analisando as provas juntadas aos autos admite o presente Pedido de Revisão Extraordinária, determinando o encaminhamento dos autos ao GEPRE a fim de que intime o sujeito passivo para pagar o crédito tributário com todos os benefícios do artigo 171 do CTE e/ou apresentar Recurso Voluntário à Segunda Instância.

Atendendo determinação do despacho supra a atuada foi intimada fl. 91.

Em grau de Recurso Voluntário o polo passivo direto alega que atuação se deu por falta de recolhimento de imposto sobre serviço faturado de beneficiamento de algodão; que o beneficiamento foi normal com a devolução do caroço, da pluma e dos resíduos [industrialização por encomendas]. Requer a improcedência do lançamento fls. 93/95.

Em julgamento pela Segunda Câmara, rejeitou-se a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por cerceamento ao direito de defesa e por maioria de votos foi rejeitada o pedido de diligência. No mérito, também, por maioria de votos, conheceu-se da impugnação, porém, foi-lhe negado provimento, para considerar procedente o lançamento fiscal. Argumenta o Relator que o *punctum saliens* do processo refere-se sobre a falta de recolhimento de imposto sobre a industrialização - beneficiamento - efetuado pelo atuado. Observando as remessas e os retornos do algodão, percebe-se facilmente que houve agregação de valor através do processo de beneficiamento realizado. Foi remetido algodão em caroço e retornou em pluma e caroço de algodão. Sendo que para esse produto agregado não foi recolhido o respectivo imposto, assevera o relator.

Intimados os sujeitos passivos para manifestar sobre a decisão recursal fls.104/107, somente a atuada principal manifestou-se, lavrando-se o Termo de Perempção ao atuado solidário fls. 108.

Dirigindo-se ao Conselho Pleno o polo passivo argui preliminar de incompetência funcional, já que a autoridade atuante ser AFRE I, com competência para atuar em micro empresa; que a atuada em 2.001 era de pequeno porte, com base no artigo 4º da Lei 13.266/98, portanto, é nulo o ato praticado pelo atuante. Junta julgado do CAT como paradigma. Finaliza requerendo a nulidade e/ou improcedência do lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças constitutivas desta lide, verifiquei que razão assiste ao polo passivo quando pugna pela nulidade da peça de sustentação deste feito, por incompetência funcional da autoridade lançadora.

A assertiva que pronunciei em linhas anteriores deve à evidência demonstrada neste volume de que a empresa, em epígrafe, conforme pode ser conferido pelo documento, acostado ao processo à fl. 86, emitido pelo SEFAZ-GO, é considerada de pequeno porte, e em sendo assim, o autor do lançamento, nos termos lecionados, pelo artigo 4º da Lei nº 13.266/98, que será transcrito na seqüência, é incompetente para lavrar a peça que sustenta a exigência primeira, pois, sendo AFRE I, só tem competência para fiscalizar microempresa, o que não é o caso em apreciação.

“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:

[...]

7. contribuintes estaduais considerados como microempresa.”

Assim, voto acatando a preliminar de nulidade do auto de infração, por incompetência funcional da autoridade lançadora, arguida pela atuada.

Sala das sessões plenárias, em 30 de julho de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL - Incompetência Funcional - lançamento procedido por AFRE I - ITCD (Nulidade)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01579/13

Relator: Conselheiro Aguinaldo Fernandes de Melo

EMENTA: *Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, arguida 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 Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 10 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, por incompetência funcional do autor do procedimento fiscal, arguida pelo Conselheiro Relator, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Ismael Madlum e Victor Augusto de Faria Morato. 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 Contribuinte para compor esta Câmara Julgadora, com voto proferido pelo Coordenador. Considerando que o resultado do julgamento mostra-se favorável ao sujeito passivo, o pedido de adiamento do julgamento deixou de ser acatado.

RELATÓRIO

Notícia a inicial que o sujeito passivo, em epígrafe, deixou de recolher ITCD na importância de R\$ 15.957,00 (quinze mil, novecentos e cinquenta e sete reais) referente a recepção gratuita dos direitos hereditários dos bens do espólio de [...], conforme escritura pública em anexo, extraída do arquivo magnético do Cartório de Registro Civil e Tabelionato de Notas da 4ª circunscrição de Goiânia, devendo pagar o imposto devido acrescido das cominações legais.

A autoridade lançadora indicou como infringida as disposições dos artigos 72 e 77 do Código Tributário Estadual – CTE (Lei nº 11.651/91) combinado com os artigos 372; 373; 376, II, "d" e 385, II do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE (Decreto nº 4.852/97). Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 89, II do CTE, com redação da Lei 13772/00.

Foi identificado como sujeito passivo solidário: [...] na condição de doador, nos termos do artigo 82, I do CTE.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: anexo – identificação do sujeito passivo solidário; ordem de serviço, nota explicativa, cópia

da escritura pública de cessão de direitos hereditários, cópia do processo judicial nº 200601317860 (fls. 03-26).

A atuada e o solidário foram intimados, conforme documentos de fls. 27-31, tendo sido lavrado o Termo de Revelia às fls. 32 em face a ambos os atuados.

Às fls. 34-36 consta nova intimação aos sujeitos passivos, agora para apresentar defesa em segunda instância.

A atuada e o solidário apresentaram impugnação em segunda instância, fls. 39-45, alegando que o imposto cobrado no presente auto foi recolhido, através da emissão de DARE 2.1 e que posteriormente foi prolatada sentença, na qual foi determinada a adjudicação dos bens em nome da inventariante, portanto, judiciário e Secretaria da Fazenda deram como regular e legal o processamento do feito. Argumentam que os herdeiros estavam de boa-fé e que cabia a serventia do cartório esclarecer e exigir o recolhimento do ITCD, o que não ocorreu, induzindo em erro os herdeiros. Ainda que a multa aplicada possui efeito confiscatório, o que é vedado pela Constituição. Ao final, requerem a improcedência do lançamento. Anexou ao recurso os seguintes documentos: cópias da intimação, de documento de identificação advogado, procuração, cópias documentos pessoais da atuada, do comprovante de recolhimento do ITCD, de decisão que determinou adjudicação, da escritura publica de cessão de direitos hereditários (fls. 46-53).

É o relatório.

DECISÃO

Ao analisar as peças instrutórias desta lide, verifiquei a existência falha que comprometeu o processo desde seu início, o que o torna nulo, tendo em vista que a autoridade lançadora não possuía competência funcional para lavrar o auto de infração, em comento, por ser AFRE I, e que só a partir de 01 de janeiro de 2.010, ele teria a citada competência para efetivar o trabalho, motivador desta demanda, conforme orientação contida na Lei nº 13.266/98, que institui a carreira do fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás,

Mediante a assertiva supra, suscito e acolho a preliminar de nulidade da peça básica, por incompetência funcional do autor do procedimento fiscal, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo.

Sala das sessões, em 28 de agosto de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Afastamento de insegurança - crédito indevido - descumprimento de condicionantes (Nulidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01777/13

Relatora: Conselheira Célia Reis Di Rezende

EMENTA: Processual. Reforma da decisão cameral de nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração. Inexistência da nulidade declarada. Retorno do processo à fase cameral para apreciação da matéria.

Constatada a inexistência dos motivos apontados para acolhimento da preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, deve o processo retornar à instância que anulou o lançamento para apreciação da matéria.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 04 de julho de 2013, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral que considerou nulo o auto de infração, devendo os autos retornarem a Câmara Julgadora para apreciação de toda matéria. Foram vencedores os Conselheiros Célia Reis Di Rezende, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Elias Alves dos Santos, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva e o Sr. Presidente, Conselheiro Heli José da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Aguinaldo Fernandes de Melo, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que anulou o auto de infração por insegurança na determinação da infração.

RELATÓRIO

Consta no auto de infração que o sujeito passivo omitiu o pagamento de ICMS na importância de R\$ 4.355.010,04 (quatro milhões, trezentos e cinquenta e cinco mil, dez reais e quatro centavos), no período de 01/01/2003 a 31/12/2003, em razão da escrituração indevida de valores, a título de crédito, referente à utilização irregular de crédito especial para investimento, previsto na Cláusula Terceira do TARE nº 018/01 - GSF, tendo em vista que não efetivou a garantia real. Em consequência, deverá pagar o imposto omitido, acrescido das penalidades e demais cominações.

A autoridade lançadora considerou que o procedimento do sujeito passivo resultou em infração às disposições dos artigos: 58, §3º, II, e 64 da Lei nº 11.651/91 (Código Tributário Estadual – CTE); 2º, V, da Lei nº 13.194/97 e 86 do

Decreto nº 4.852/97 (Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE). Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, IV, "a", do CTE, com redação dada pelas Leis nºs 12.806/1995 e 14.634/2003.

O Auto de Infração encontra-se instruído com: Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário (fls. 04), Demonstrativo aproveitamento CEPO (fls. 05), cópia de páginas do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 06/19), cópia de documento da empresa [...] (fls. 20), cópia da notificação fiscal (fls. 21), certidões de matrícula (fls. 22/36 e 49/75), cópia do TARE nº 1136/03 (fls. 37/45), cópia do Despacho nº 0006/05 (fls. 46) e Despacho nº 0407/08-DEAUD (fls. 47).

Intimada para apresentação de impugnação em Primeira Instância (fls. 76/77), o sujeito passivo contesta o mérito da exigência fiscal e suscita a preliminar de decadência da obrigação tributária reclamada, relativa ao período de janeiro a novembro de 2003.

O Julgador Singular, conforme Sentença nº 1471/09 (fls. 144/146), decide pela Procedência do auto de infração, afastando a ocorrência de quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 20 da Lei nº 16469/09.

Intimado da decisão singular, conforme fls. 147/148, o sujeito passivo volta a arguir a preliminar de decadência da obrigação tributária reclamada, em relação ao período de janeiro a novembro de 2003, sob o argumento de que o auto de infração se refere a janeiro a dezembro de 2003 e que a ciência do auto de infração se deu no mês de dezembro de 2008. Alega, também, a nulidade do procedimento fiscal, em virtude do fato de ser de 2006 a lei que estabeleceu a exigência da oferta de bens em garantia, portanto ela não pode retroagir aos fatos geradores em questão.

No mérito, aduz que os TAREs firmados com a Secretaria da Fazenda não seriam suficientes para sustentar a pretensão fiscal; que o crédito de investimento não tem natureza tributária; que teria faltado a realização de uma notificação para o seu cancelamento; que a multa reclamada tem caráter confiscatório, em ofensa ao artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988; que o Fisco não pode exigir garantia real após cinco anos da aceitação tácita de situação fática-jurídica de dispensa da aludida garantia. Por fim, pugna pela a improcedência do auto de infração ou, em caso contrário, pede que seja reduzida a multa imposta (fls. 79/105).

Encaminhado o processo para julgamento, a Primeira Câmara Julgadora, conforme Resolução nº 242/2009 (fls. 191/192), remeteu os autos a Superintendência de Administração Tributária - SAT, com vistas à obtenção de esclarecimentos sobre a efetivação da garantia real.

Em resposta à solicitação feita pela Câmara Julgadora, a Gerência Especial de Auditoria - GEAT informa que "das fotocópias de certidões de matrícula de imóvel aqui juntadas (fls. 22/36 e 49/75) não há qualquer registro de dação em hipoteca ou averbação de cédula hipotecária a favor da Fazenda Estadual". Acrescenta, ainda, que a GEAT não possui competência para saber por qual

motivo o processo nº 26646471, mencionado na Resolução, se encontra paralisado e que os imóveis apresentados já estavam hipotecados pelo Banco do Brasil S/A (fls. 194/196). Anexou aos autos cópia do Processo nº 200500004010139 (fls. 197/298).

Ao se manifestar acerca da revisão fiscal o sujeito passivo volta a afirmar que está demonstrado, por meio do processo nº 26646471, que o contribuinte ofereceu, à Administração Fazendária, os imóveis que seriam objeto de garantia real, e que a Administração não levou a efeito os trâmites necessários para efetivação da dita garantia real. Assevera que o fato dos imóveis estarem hipotecados ao Banco do Brasil em nada alteram suas fundamentações, porquanto os TAREs são expressos em exigir garantia real de segundo grau. Requer, assim, a improcedência do auto de infração.

Com o retorno do processo para julgamento, nova diligência foi aprovada pela Câmara Julgadora, conforme Resolução nº 162/2010 (fl. 335), sendo os autos encaminhados à SAT para que fosse verificado se foram atendidas as condições para convalidação dos benefícios fiscais, nos termos da Lei nº 17.154/2010.

Em resposta à solicitação feita, a SAT informa que a atuada não efetivou o resgate do crédito especial de investimento, no prazo previsto no parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 17.154/2010, não fazendo jus à convalidação.

Intimado para tomar conhecimento da informação fornecida pela SAT, o sujeito passivo reitera os argumentos anteriores e reafirma que realizou o resgate dos referidos créditos conforme os CEPO's I e II. Requer a improcedência do auto de infração. Traz para o processo, juntamente com sua manifestação: cópia do levantamento - crédito especial para investimento, planilha CEPO II, cópia de Procuração e dos documentos pessoais dos procuradores, cópia do Contrato Social e cópia da 29ª Alteração Contratual (fls. 356/379).

Em decorrência da afirmação do sujeito passivo de que realizou o resgate dos referidos créditos, a Quarta Câmara Julgadora resolveu, conforme Resolução 133/2011 (fl. 383), intimá-lo para apresentar os comprovantes dos respectivos pagamentos.

Intimado da referida decisão (fls. 384/387), o sujeito passivo argumenta que, com base nas planilhas de geração dos incentivos do CEPO I e II, conforme Anexos I e II, respectivamente, e cópia dos Termos de Acordo - TAREs nºs 018/2001 e 1136/2003, está demonstrado, de forma clara e objetiva, que o fisco goiano antecipou a obrigação de pagamento do incentivo, desrespeitando todos os estudos financeiros estabelecidos pela empresa e pelo Estado de Goiás para os investimentos realizados e seu período de retorno com base no fluxo de caixa projetado. Acrescenta que foi atuada no período de carência e que apenas o TARE nº 018/2001 se encontra em período de amortização. Requer, a improcedência do auto de infração. (fls. 390/393).

No julgamento do processo, a Terceira Câmara deste Conselho, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, por

insegurança na determinação da infração, argüida pelo sujeito passivo, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo.

Intimada da decisão cameral (fls. 444), a Representação Fazendária apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 445/448), argumentando que a decisão cameral exorbitou dos preceitos dos artigos 3º e 6º da Lei nº 16.469/09, quando abarcou questões administrativas alheias à Administração Tributária deste Estado, conforme se pode perceber do teor do Despacho nº 5028/09-GEAT. Argumenta, também, que o contribuinte só poderia utilizar o benefício com a efetivação da garantia real prevista no TARE, conforme Cláusula sétima, § 2º, pois se trata de CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA prevista na Cláusula terceira. Acrescenta que o sujeito passivo não juntou provas capazes de ilidir a acusação fiscal. Pede, ao final, a reforma da decisão cameral, com o retorno do processo àquela Instância para apreciação de toda a matéria.

Ao contraditar o recurso da Representação Fazendária, o sujeito passivo alega que não foi notificado para apresentar garantias e que cumpriu com todas as suas obrigações, pois, conforme redação da Cláusula Primeira, inciso II, dos TAREs nºs 018/01 e 1136/03, cabia ao sujeito passivo o mero oferecimento da garantia real em segundo grau. Também alega que não há qualquer manifestação tanto da Superintendência do Patrimônio Estadual quanto da Secretaria da Receita Estadual a respeito da providência de realização da avaliação ou averbação da garantia real na matrícula do imóvel. Requer a manutenção da decisão cameral.

É o Relatório.

DECISÃO

O processo foi remetido ao Conselho Pleno para apreciação do pedido da Representação da Fazenda Pública Estadual de reforma da decisão cameral que anulou o lançamento por insegurança na determinação da infração.

A nulidade declarada, conforme consta no acórdão cameral, está embasada no entendimento de que a conclusão/observação, contida no Despacho nº 0277/2009-SAT, está equivocada por duas razões básicas: a primeira, porque o TARE prevê a garantia real em segundo grau, ou seja, o fisco já sabia da existência da garantia hipotecária oferecida, em primeiro grau, para o agente financeiro Banco do Brasil; a segunda, porque a empresa autuada encaminhou ao fisco as certidões dos imóveis para que fosse procedida a inscrição da hipoteca do imóvel de matrícula nº 5225, do registro de Imóveis de Itumbiara, como garantia do TARE nº 1136/03, gerando o processo nº 26646471, e esse processo ficou parado nesse estágio, sem nenhuma providência no sentido de avaliar o imóvel oferecido em garantia, nos termos do TARE, assinado com o fisco goiano, inviabilizando, assim, o prosseguimento das etapas requeridas para a inscrição da hipoteca do imóvel ofertado pela autuada.

Pela compreensão da matéria discutida nestes autos, não há dúvidas de que a Fazenda Pública está correta em sua pretensão. Sem dúvida, a decisão cameral foi equivocada. O contribuinte autuado é detentor de Termo de Acordo de

Regime Especial firmado para uso do benefício de constituição de crédito especial de investimento nos valores previstos nos TARES 18/01 e 1136/03-GSF. O crédito especial é formado com os valores correspondentes a 70% do total do ICMS devido mensalmente pela empresa, depositados em conta especialmente aberta para esse fim.

Os próprios TARES, que autorizam a formação de crédito especial para investimento, estabelecem a obrigatoriedade de oferecimento de garantia real ao empréstimo concedido pela Secretaria da Fazenda e fixam o prazo de 90 dias para a efetivação da garantia.

O objeto da garantia, conforme cláusulas constantes dos TAREs, é imóvel a ser edificado bem como as edificações, que devem ser acrescidas à garantia inicialmente oferecida, na medida em que forem sendo realizadas.

O TARE 18/01 - GSF foi firmado em 2001 e, em maio de 2005, data da notificação fiscal, o sujeito passivo não havia fornecido a garantia exigida. O auto de infração foi lavrado só depois que o sujeito passivo foi intimado e não ofereceu a garantia necessária. Também é de se destacar que a garantia, em segundo grau, foi aceita pela Secretaria da Fazenda, conforme consta nos TAREs firmados.

Assim explicado, verifica-se que não há a insegurança alegada, pois o próprio TARE já definia o objeto da garantia – o próprio imóvel a ser edificado – bem como já estabelecia o prazo para o oferecimento da garantia real, que era de 90 dias a partir da data da assinatura do TARE. Dentro de 90 dias, portanto, o devedor deveria tomar as providências no sentido de fazer constar, nas certidões de registro do imóvel a ser edificado, o gravame em favor da SEFAZ. Essa garantia, conforme já mencionado, deveria ter sido oferecida ainda em 2001, mas em maio de 2005 – data da notificação fiscal – o contribuinte ainda não havia tomado tal providência.

Os próprios Termos de Acordo já prevêm o cancelamento do crédito especial para investimento, e sua reversão ao Erário Estadual, quando não for providenciada a efetivação da garantia real.

Está claro no processo que o sujeito passivo é que deveria ter tomado a providência de oferecer a garantia real exigida nos TARES e não o fez dentro do prazo estabelecido. Por essa razão, portanto, não se confirma a nulidade então declarada, devendo a decisão cameral ser reformada e o processo retornar àquela instância para apreciação de toda a matéria.

Sala das sessões plenárias, em 26 de setembro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Afastamento de insegurança - ITCD - insegurança fundamentada nas razões de mérito (Nulidade Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01038/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro José Paixão de Oliveira Gomes

EMENTA: Processual. Reforma de decisão cameral que julgou nulo o processo por insegurança na determinação da infração. Retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação de toda matéria. Decisão não unânime.

I - A questão relativa à definição legal da base cálculo é de natureza meritória, não se relacionando com falta de precisão e clareza da acusação fiscal, que é a situação necessária à caracterização de insegurança na determinação da infração e de cerceamento de defesa dela resultante;

II - A reforma da decisão cameral que confirmou sentença singular que considerou nulo o auto de infração impõe o retorno dos autos à Primeira Instância para apreciação de toda matéria.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 20 de novembro de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública, dar-lhe provimento, para reformar a decisão cameral confirmatória da sentença singular que julgou nulo "ab initio" o processo, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento ao direito de defesa, devendo os autos retornarem a primeira instância para apreciação de toda matéria. Foram vencedores os Conselheiros José Paixão de Oliveira Gomes, Victor Augusto de Faria Morato, Elias Alves dos Santos, 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 Cláudio Henrique de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, José Luiz Rosa, Paulo Diniz, Álvaro Falanque, Delcídes de Souza Fonseca, Aguinaldo Fernandes de Melo e Edson Abrão da Silva

RELATÓRIO

Em 04 de novembro de 2010, o Fisco exige o ITCD no valor de 181.663,60 (cento e oitenta e um mil, seiscentos e sessenta e três reais e sessenta centavos), multa e acréscimos legais de ITCD não pago em relação à diferença positiva entre a avaliação realizada pela Fazenda Pública Estadual e o valor recolhido mediante depósito judicial no processo de arrolamento comum nº 200602102400 referente à quota-parte do sujeito passivo no espólio de [...].

Citados como infringidos os arts. 72, 74, I, "a", 77, § 1º, 78, III e 81, I, da Lei n.º 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual (CTE), conjuntamente com o art. 386, do Decreto n.º 4.852/97, que regulamenta o CTE (RCTE), tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 89, II, do CTE, com redação da Lei n.º 13.772/00.

Juntou-se ao processo, a título de instrução da acusação, Requerimento de tramitação conjunta de autos (fl. 4), cópia da Notificação Fiscal nº 1110-2010 (fl. 7), Notas Explicativas (fls. 9 a 12), demonstrativo da Atualização da Base de Cálculo do ITCD à Data do Depósito Judicial Apresentado no Processo de Arrolamento nº 200602102400 (fl. 13), Auditoria da Base de Cálculo do ITCD e demonstrativos auxiliares (fls. 14 a 29), Notas Explicativas sobre as Quotas da Cooperativa Goiás Carne Ltda (fls. 30 a 33), Nota Explicativa Referente aos Lucros Remanescentes (fls. 34 a 35) e Notas Explicativas sobre Desconsideração do Valor do Empréstimo Mútuo Informado no Processo de Arrolamento nº 200602102400 (fls. 36 a 37).

Intimado em 16/11/10 (fl. 39), o sujeito passivo apresenta impugnação (fls. 42 a 55), alegando que não procedem as diferenças levantadas pelos auditores fiscais pelas seguintes razões: (1) em relação ao estoque de gado a diferença decorreu da inclusão de cabeças de gado com base em documentos que não correspondem ao aumento do estoque; (2) quanto ao resultado de participação no lucro da empresa [...] S/A não poderia ser incluído no arrolamento porque as empresas já pertenciam aos herdeiros; (3) que o mútuo passivo está comprovado na contabilidade da empresa mutuante e não apresenta comprovante bancário porque não envolveu movimentação bancária; (4) que a receita pós morte foi utilizada para pagamento de dívidas e despesas do espólio aumentando seu patrimônio, sendo assim favorável ao fisco.

Alega ainda que a cobrança na forma exigida pela acusação caracteriza duplicidade do ITCD, visto que outros autos de infração foram expedidos contra os herdeiros, tendo como fato gerador o mesmo patrimônio do de cujus.

Pede a improcedência do auto de infração em comento, e, não sendo o caso, que o mesmo seja revisto por auditor fiscal estranho a lide.

Junta cópia de petição formulada pelo inventariante [...] (fls. 58 a 89 e 91 a 103), cópia de DARE 2.1 (fl. 90), cópia de depósito judicial (fl.104), demonstrativo do Patrimônio Líquido Ajustado (fl.105), cópias de notas fiscais (fls.106 a 108), demonstrativo de Participação Societária [...] S/A (fl.109), Composição do Capital Social [...] S/A (fl.110) e cópia do livro Registro de Ações Nominativas (fls.111 a 124).

Vindo o processo a julgamento em Primeira Instância, o julgador, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões da defesa apresentada, decide pela nulidade do lançamento, nas hipóteses de insegurança na determinação da infração e de cerceamento do direito de defesa, consoante a Sentença nº 1747/2011 (fls. 130 a 133).

A Quarta Câmara, em decisão não unânime, materializada no Acórdão nº 205/2012 (fls. 157 a 160), confirma a sentença singular que considerou nulo o auto de infração, por insegurança na determinação da infração, e por cerceamento do direito de defesa. Vencido o Conselheiro MANOEL ANTÔNIO COSTA FILHO.

Intimada (fl. 161), a Fazenda Pública Estadual apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls.162 a 168), pedindo a reforma da decisão cameral, para que prevaleça no caso em tela o teor do voto vencido, proferido no sentido de afastar a nulidade por insegurança na determinação da infração determinado, conseqüentemente, o retorno dos autos à instância singular para a apreciação do mérito da exigência fiscal.

Anota a recorrente que no fundamento da nulidade do lançamento, o julgador argumenta que, em se tratando de participações societárias, a legislação tributária estabelece tratamento diferenciado entre as ações de empresa negociáveis em bolsa e as ações de empresa constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado ou quota de participação de empresa constituída sob a forma de responsabilidade limitada, de modo que, no primeiro caso, o valor venal do ITCD deve corresponder ao da cotação oficial do dia da avaliação, conforme disposto no art. 377, § 6º, do RCTE, enquanto que, no segundo caso, o valor venal deve ser apurado com base no valor de mercado dos bens e direitos que constituem o patrimônio, consoante disposto no art. 377, §§ 7º e 10º do RCTE.

Da simples leitura da referida decisão, diz a Fazenda Pública, pode-se perceber que inexistente a alegada nulidade no trabalho fiscal por insegurança na determinação da infração.

Ora, quer se considere os valores contábeis registrados nas demonstrações financeiras da empresa, quer se entenda que deveriam ter sido considerados os valores apurados mediante avaliação de mercado, tanto num quanto noutro caso não se está cuidando de fundamentação jurídica da base de cálculo, como equivocadamente entendeu o julgador, mas apenas de critérios de avaliação dos bens e direitos que constituem o patrimônio da empresa transferida.

A fundamentação jurídica da base de cálculo do ITCD, anota a recorrente, é fornecida pelos arts. 77 do CTE e 377 do RCTE, segundo os quais a base de cálculo do ITCD é o valor venal do bem e do direito a ele relativo, do título ou do crédito transmitido ou doado.

Portanto, o conteúdo do aresto cameral prolatado no caso em análise é fruto de análise equivocada dos elementos probatórios que instruem o procedimento fiscal, culminando em decisão proferida ao arrepio da lei.

Intimado, o sujeito passivo apresenta Contradita (fls.174 a 182), pedindo a manutenção da sentença e do acórdão, que declararam a nulidade do lançamento fiscal.

Em suas alegações, a recorrida afirma que o recurso fazendário não expende argumentos contrários às decisões. Não defende o *modus operandi* que realizou. Não defende a legitimidade da ausência de avaliação. Procura tão somente convencer os julgadores de que o critério jurídico que elegeu para fixar a base de cálculo não geraria a nulidade do auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

A Quarta Câmara, em decisão não unânime, materializada no Acórdão n° 205/2012 (fls. 157 a 160), confirma a sentença singular que considerou nulo o auto de infração, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa (fls. 130 a 132).

Examinando a fundamentação da sentença monocrática (fls. 132 e 133), vejo que o Julgador de Primeira Instância declarou a nulidade do lançamento de ofício por entender que o art. 377, § 7° do Decreto n° 4,852/97 (RCTE) exige que a avaliação dos bens integrantes do patrimônio de uma empresa constituída sob a forma de responsabilidade limitada seja feita com base em valores de mercado e não em valores constantes da contabilidade de empresa, fato que implicaria insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa (fl. 133).

Noto que o julgador singular, no que foi seguido pela Câmara Julgadora (fls. 159 e 160), concluiu haver insegurança na determinação da infração e cerceamento de direito de defesa a partir da interpretação de uma disposição legal definidora da base de cálculo do imposto, base de cálculo essa que é elemento correspondente ao aspecto quantitativo da hipótese incidência, a qual, por sua vez, formata a obrigação tributária que decorrente do fato gerador.

Desse modo, a questão relativa à definição legal da base cálculo tem natureza meritória, cuja solução pode, inclusive, determinar se o lançamento de ofício é procedente ou não, não se relacionando com falta de precisão e clareza da acusação fiscal, que é a situação necessária à caracterização da chamada insegurança na determinação da infração e do cerceamento defesa dela resultante.

A base cálculo deve ser buscada quando da abordagem do mérito de processo, decidindo-se então, após realização de diligências revisionais, se for o caso, se auto de infração é procedente e em que valor.

Assim, não vejo como não acolher não acolher o pedido da Fazenda Pública para que seja reformada a decisão cameral e retornado o processo à Primeira Instância para apreciação de toda a matéria, excetuada, evidentemente, a questão referente à nulidade do auto de infração sobre a qual o Conselho Pleno ora decide.

Ante o exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública, dou-lhe provimento, para reformar a decisão cameral confirmatória da sentença singular

que julgou nulo "ab initio" o processo, por insegurança na determinação da infração e por cerceamento ao direito de defesa, devendo os autos retornar à primeira instância para apreciação de toda matéria.

Sala das sessões plenárias, em 18 de junho de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - auditoria do movimento financeiro - existência de matriz domiciliada em outra Unidade da Federação (Nulidade)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 00507/13

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: *Processual. Nulidade. Insegurança na determinação da infração. Acolhida.*

O lançamento fiscal fundamentado em Auditoria do Movimento Financeiro de estabelecimento filial que possua matriz localizada em outro estado, cuja movimentação econômica não tenha sido considerada, deve ser declarado nulo por insegurança na determinação da infração.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 07 de fevereiro de 2013, 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 Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos. O Representante da Fazenda Pública concordou com a nulidade.

RELATÓRIO

Trata-se de exigência de ICMS no valor de R\$ 4.256,34 (quatro mil, duzentos e cinquenta e seis reais e trinta e quatro centavos) pela omissão de registro de saída de mercadoria no montante de R\$ 30.311,47 (trinta mil, trezentos e onze reais e quarenta e sete centavos), conforme déficit apurado em Auditoria do Movimento Financeiro relativa ao período de janeiro a novembro de 2007.

No campo destinado a descrição complementar da ocorrência, a autoridade fiscal informou que o contribuinte foi suspenso por desaparecimento do endereço declarado em 13/10/2008 e a matriz se encontra com seu cadastro desativado desde 07/05/2008.

O auto de infração, lavrado em 12/12/2008, foi instruído com o formulário Conclusão da Auditoria do Movimento Financeiro, com a relação das notas fiscais de entradas do exercício fiscalizado (obtidas por meio do SINTEGRA das empresas remetentes) e com a consulta ao cadastro do Distrito Federal, no qual se informa que a matriz da empresa autuada foi suspensa em 07/05/2008.

Inconformado com a decisão singular desfavorável, a autuada, por meio de seu advogado, apresenta recurso voluntário no qual pede, em preliminar, a nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, sustentando

que a autuação fiscal não cumpriu os requisitos mínimos exigidos na lei processual e que ocorreram inexactidões materiais no auto de infração.

No mérito requer a improcedência do lançamento sob alegação de que não ocorreu omissão de registro de saída de mercadoria, visto que a empresa se encontrava em encerramento de atividade.

É o relatório.

DECISÃO

A exigência do crédito tributário é decorrente da realização da Auditoria do Movimento Financeiro. Esse levantamento fiscal tem por objetivo apurar a insuficiência de disponibilidades em razão da ocorrência de desembolsos superiores ao valor do saldo inicial, acrescido dos ingressos efetuados no período.

A insuficiência de disponibilidade caracteriza a utilização de recursos oriundos de operações de saídas tributadas não registradas para compor os ingressos necessários e compatíveis com os desembolsos apurados.

A Instrução de Serviço n.º 08/05-SGAF, de 06 de setembro de 2005, que aprovou os roteiros de auditoria e procedimentos fiscais (Manual de Auditoria e Procedimentos Fiscais) estabeleceu, quanto as regras para execução da Auditoria do Movimento Financeiro, o seguinte:

“Caso a empresa possua matriz e filial, a auditoria deve ser realizada de forma englobada, considerando os ingressos obtidos e desembolsos efetivados por todas as unidades comerciais. Deve-se preencher um demonstrativo para cada estabelecimento, levando em consideração os seus ingressos, desembolsos e saldo inicial das disponibilidades. Preencher um demonstrativo final com o somatório dos valores contidos nos demonstrativos relativos a cada estabelecimento, no qual se deve apurar o saldo final das disponibilidades da firma e a omissão de saída de mercadorias tributadas, se for o caso. A proporcionalidade das mercadorias tributadas deve ser apurada considerando as compras efetivadas por todos os estabelecimentos. Lavrar o auto de infração relativo à omissão de saída encontrada contra o estabelecimento matriz. Quando houver estabelecimento situado em outra unidade da Federação não é aconselhável a utilização desta auditoria.”

No presente caso, a empresa fiscalizada possui matriz, localizada em outro estado, e não foram considerados os ingressos, os desembolsos e o saldo inicial das disponibilidades desse outro estabelecimento, com isso, a auditoria fiscal realizada ficou prejudicada.

A verificação da possível insuficiência de disponibilidades deveria ser realizada de forma englobada, considerando os ingressos obtidos e os desembolsos efetivados por todas as unidades comerciais, devendo ser preenchido um demonstrativo do fluxo financeiro de cada estabelecimento.

Ainda que o pedido de nulidade formulado pela recorrente não tenha apontado essa falha, o lançamento fiscal foi embasado em auditoria fiscal incompleta, visto que deixou de atender as orientações relativas ao procedimento realizado, tornando nulo o auto de infração por insegurança na determinação da infração, nos termos do artigo 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09, *in verbis*:

“Art. 20. São nulos os atos praticados:

[...]

IV – com insegurança na determinação da infração.”

Ante o exposto, acolho a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo.

Sala das sessões, em 22 de março de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - auditoria específica - indústria - omissão detectada pela saída subprodutos (Nulidade)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 00884/13

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: *PROCESSUAL. Preliminar. Nulidade. Insegurança na determinação da infração. Acolhida.*

1. São nulos os atos praticados com insegurança na determinação da infração (Lei nº 16.469/09, art. 20, IV);

2. Na elaboração da auditoria específica de mercadoria em estabelecimento industrial a saída de produto ou subproduto não pode ser utilizada como parâmetro para analisar o fluxo de entrada de matéria-prima, porque podem ser adquiridos livremente no mercado, independente da matéria-prima que lhes dão origem;

3. Deve ser declarado nulo por insegurança na determinação da infração o lançamento do crédito tributário decorrente de interpretação equivocada do resultado da auditoria específica de mercadoria.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 24 de abril de 2013, 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 Antônio Martins da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco no presente processo é no sentido de que a autuada realizou abate de 779 (setecentos e setenta e nove) bovinos sem emissão de documentação fiscal, no período de 01/01/08 a 31/12/08, constatado por meio de Auditoria Específica de Mercadorias, ficando, em consequência, sujeita ao pagamento do ICMS devido, acrescido das cominações legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 63 e 64, da Lei nº 11.651/91 c/c o artigo 141, do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VII, alínea "I", c/c o § 9, inciso II, da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com os demonstrativos da Auditoria Específica de Mercadorias.

No descritivo complementar da ocorrência de fls. 04 o autor do procedimento esclarece que o levantamento foi baseado na comparação entre as notas fiscais de entrada de gado que foram abatidos e as notas fiscais de saída de peças de couro.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação a empresa autuada compareceu ao processo por meio da peça impugnatória dirigida ao Corpo de Julgadores de Primeira Instância, pleiteando, inicialmente, a declaração de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração ou cerceamento ao direito de defesa em razão da discrepância entre os dispositivos legais mencionados como infringidos e os fatos narrados e a falta de juntada de cópias das notas fiscais ao processo.

Em relação ao mérito, alegou apenas que o autor do procedimento não poderia ter utilizado o preço de pauta em detrimento do valor estampado nas notas fiscais analisadas.

Por meio da Sentença nº 2.339/10, de fls. 51 a 55, o julgador singular rejeitou as preliminares e considerou procedente o lançamento.

Inconformada a empresa autuada interpôs o recurso voluntário de fls. 59 a 67, objeto do presente julgamento, repetindo os mesmos argumentos expendidos na primeira instância e afirmando haver superposição de autos de infração, alegando que o Auto de Infração nº 4 0109011 836 00.

Ao final, pediu a nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração ou cerceamento do direito de defesa ou o afastamento da agravante prevista no § 9º, inciso II e a aplicação da redutor de 50% (cinquenta por cento) no valor da multa, previsto no § 8º, ambos da Lei nº 11.651/91.

É o relatório.

DECISÃO

Da análise do presente lançamento, extrai-se, logo de início, que o autor do procedimento verificou que no período fiscalizado a empresa autuada havia adquirido 7.812 bovinos para abate e vendido 8.591 peças de couro, concluindo, dessa forma que ocorreu a omissão de entrada de 779 bovinos para abate, tendo em vista que não foi verificada a existência de nota fiscal de prestação de serviço de abate para terceiros e tampouco de aquisição de couro.

Observa-se, portanto, que a partir da saída de um dos subprodutos (couro), considerados, obviamente, os estoques inicial e final, o autor do procedimento concluiu que houve omissão de entrada de matéria-prima (bovinos para abate) sem documentação fiscal, sem considerar que o subproduto (couro) pode ser adquirido livremente no mercado desvinculado da aquisição da matéria-prima (bovino) que lhe deu origem.

Discordo da conclusão do autor do procedimento, tendo em vista que, na auditoria específica de mercadorias, realizada em estabelecimento industrial, como no caso vertente, a matéria-prima pode ser utilizada como parâmetro para analisar o fluxo de saída do produto ou subproduto dela decorrente, porém, a recíproca não é verdadeira, ou seja, o produto ou subproduto não pode ser utilizado como parâmetro para analisar o fluxo de entrada da matéria prima, tendo em vista que, conforme foi dito acima, o produto ou subproduto decorrente da industrialização, pode ser adquirido no mercado desvinculado da matéria-prima que lhe deu origem.

Assim, podemos concluir, sem mais delongas, que a auditoria específica de mercadoria realizada, comprova a omissão de entrada de couro e não de bovino para abate, conforme concluiu o autor do procedimento, situação que impõe o acolhimento da preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração arguida pela empresa autuada, não pelos motivos por ela delineados, mas sim, pela razões expostas acima.

Registro, ainda, que em sede de auditoria específica de mercadorias as quantidades das entradas e das saídas são comprovadas por meio dos documentos fiscais de aquisição e de vendas. Por outro lado, as quantidades existentes em estoque no início e no final do período fiscalizado (estoques inicial e final) são comprovadas por meio dos registros no livro Registro de Inventário, bem como do preenchimento dos demonstrativos denominados INVENTÁRIO INICIAL e INVENTÁRIO FINAL, situação que não se verifica no presente processo, tendo em vista que o autor do procedimento deixou em branco as colunas 4 e 7 do demonstrativo CONCLUSÃO, porém, não procedeu a juntada do livro Registro de Inventário e tampouco dos formulários próprios da auditoria para comprovar a inexistência de estoques, inicial e final, fato que fragiliza o lançamento, gerando insegurança na determinação da infração.

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento para acolher a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, declarando nulo "*ab initio*" o lançamento.

Sala das sessões, em 10 de maio de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - controle paralelo - inclusão de compras e vendas - Simples Nacional (Nulidade Parcial)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01120/13

Relator: Conselheiro José Pereira D'abadia

EMENTA: *Processual. Recurso Ex-Officio. Reforma da decisão monocrática que julgou nula a peça básica, por insegurança na determinação da infração. Negado provimento.*

Deve ser negado provimento ao recurso da Fazenda estadual o qual solicita a reforma da decisão singular, que julgou nulo o lançamento, e, portanto, mantida a sentença que julgou nulo o processo quando estiver demonstrada nos autos a insegurança na determinação da infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de março de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para manter a decisão singular que considerou nulo o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros José Pereira D'abadia, Elias Alves dos Santos e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Narra a acusação fiscal que o sujeito passivo, em epígrafe, promoveu saídas de mercadorias tributadas no exercício de 2008, à margem da fiscalização estadual, deixando de emitir e registrar as necessárias notas fiscais, conforme demonstram e comprovam o controle paralelo de vendas diárias apreendidos no estabelecimento em tela de acordo com que consta no Termo de Apreensão n° 11001058050. Embasados nos referidos controles de vendas reais foram elaborados levantamentos demonstrativos de saídas efetivamente registradas em seus livros fiscais, encontrando omissão de vendas. Em razão do exposto, ficará obrigado ao pagamento do imposto devido juntamente com acréscimos legais consoante demonstrativos e documentos anexados ao presente feito.

Como dispositivos legais infringidos foram apontados os artigos 34 da Lei Complementar n° 123/06, 25, §1°, inciso VI e §2°, 64, §2°, 66 da Lei n° 11.651/91, combinado com os artigos 2° e 3°, incisos I ao VI, da Resolução n° 05/07 e artigo 2° da Resolução n° 010/07, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 44, inciso I, §1°, da Lei n° 9.430/1996 com redação da Lei n° 11.488/2007.

O Auto de Infração veio instruído com o detalhamento do crédito tributário (fl. 03), descrição complementar da ocorrência (fl. 04), cópia da Ordem de Serviço n° 3886/2009 (fl. 04-A), Termo de Apreensão n° 1100102805-0 (fl. 05), extrato de termo de apreensão (fl. 06), Auditoria Demonstrativa de vendas de mercadorias

tributadas sem documentos fiscais - Auditoria Caixa 2 (fls. 07/20), cópia do V - Pedido de Autenticação de formulário do Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 22/25) e cópia do Registro de Apuração de ICMS (fls. 26/33).

A sujeição passiva foi intimada em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 34/35.

Em sua Impugnação (fls. 37/39), a atuada pede a improcedência do auto de infração, alegando que a ação fiscal abrange período anterior à constituição da empresa, ou seja, anterior ao mês de maio/2008 e que os valores atuados não representam as vendas que constam do livro caixa apreendido, cuja cópia a defesa também anexa nos autos. Acrescenta que não foram considerados os documentos fiscais emitidos e nem que se trata de empresa enquadrada no simples nacional. Caso não seja o entendimento deste Conselho, que sejam considerados os documentos fiscais emitidos, excluído o valor impugnado do mês de maio, e desconsiderado o lançamento referente aos meses de março e abril.

A peça defensória veio acompanhada com procuração (fl. 40), cópias das notas fiscais (fls. 41/72), do Requerimento de Empresário (fl. 73), do documento pessoal da atuada (fl. 74), do movimento do caixa (fls. 75/134) e da identidade profissional do procurador (fl. 135).

Mediante Despacho 2008/CECOP de fl. 137, foi determinado o saneamento do processo para a conferência de assinatura de fl. 39.

A sentença foi proferida às fls. 139/140, tendo sido julgado nulo o auto de infração, absolvendo o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário exigido na inicial.

Fundamenta sua decisão aduzindo que ao analisar os controles de caixa nos quais alicerça a acusação, entende que assiste razão ao pleito da impugnante, pois as anotações dos Livros "Movimento do Caixa", dizem respeito à compra e venda. Ademais, são listados os produtos e valores, não estando identificados o comprador nem mesmo as operações, compra, venda, pagamentos ou recebimentos, portanto, ficou caracterizada a insegurança na determinação da infração.

O Representante Fazendário recorre dessa decisão, afirmando em seu Recurso (fls. 141/142) que a pretensa falha material detectada, sob a ótica da segurança jurídica não torna írrito o lançamento, primeiro, porque as incorreções materiais estão expressamente excepcionadas das nulidades indicadas no artigo 20 da Lei nº 16.469/09 e, segundo, porque as nulidades elencadas no aludido preceito normativo são aquelas insanáveis, não passíveis de correção, as quais não se confundem com as evidentes incorreções materiais, visto que estas podem ser objeto de reparo por ato da própria autoridade julgadora ou sanadas mediante diligência. Ademais, não há que se falar em insegurança na determinação da infração, visto que tanto a infração quanto a penalidade aplicada encontram tipificação legal adequada. Pede, ao final, a reforma da decisão singular e o retorno dos autos à instância singular para apreciação do mérito da exigência fiscal, ou

conversão dos autos em diligência, a fim de que o órgão fazendário designado proceda à revisão do trabalho fiscal.

A autuada foi intimada da decisão singular, conforme se vê às fls. 144/145.

Em contradita (fls. 148/150), a autuada assevera que a decisão recorrida não merece qualquer reforma, pois foi justa e prolatada em sintonia com as normas vigentes que regem a matéria e provas juntadas aos autos, portanto, requer que seja mantido o seu inteiro teor.

Acosta cópia da procuração (fl. 151), cópias do Requerimento de Empresário (fl. 152), da identidade profissional do procurador (fls. 153/154) e comprovante de inscrição e de situação cadastral (fl. 155).

É o Relatório.

DECISÃO

De fato, ao analisar as peças formalizadoras deste volume, verifiquei que razão assiste ao ilustre sentenciador “a quo”, ao decidir pela nulidade “ab initio” deste feito, por insegurança na determinação da infração, tendo em vista que ao aferir os controles de caixa, embaixadores da exigência estampada na folha de rosto deste tomo, verifiquei que as anotações dos Livros Movimento do Caixa, referem-se à compra e venda, além do que, foram listados os produtos e valores, não estando identificados o comprador, as operações de compra, venda, pagamentos ou recebimentos, situação que configura afronta ao capítulo da norma legal que trata da nulidade dos atos processuais, inserta no inciso IV do artigo 20 da Lei nº 16.469/09, que será transcrito na sequência, ademais, de conformidade com a instrução processual, a empresa estava enquadrada no Simples Nacional de julho a dezembro de 2007.

“Art. 20. São nulos os atos praticados:

[...]

IV- com insegurança na determinação de infração.”

Pelo exposto voto, conhecendo do recurso de ofício, negando-lhe provimento para manter a decisão singular que considerou nulo o auto de infração.

Sala das sessões, em 26 de junho de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - controle paralelo - parte do controle relacionada a empresa diversa atuada (Nulidade)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 02099/13

Relator: Conselheiro Rodolfo Ramos Caiado

EMENTA: ICMS. Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração. Acolhida.

A prescrição do art. 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09, respalda a declaração da nulidade do auto de infração quando o lançamento de ofício se apresentar maculado por falha que põe em dúvida o objeto do ato. Portanto, a ocorrência de insegurança na determinação da infração abriga a declaração da nulidade "ab initio" do ato administrativo.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 02 de outubro de 2013, 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 Rodolfo Ramos Caiado, Heli José da Silva e Manoel Antônio Costa Filho.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo deixou de emitir documentos fiscais referentes às vendas de mercadorias tributadas constantes do controle paralelo "SISAF2000", no período de Janeiro/2004 a dezembro/2004, no valor comercial de R\$ 32.043.164,40 (trinta e dois milhões, quarenta e três mil, cento e sessenta e quatro reais e quarenta centavos). De consequência, o fisco exige o pagamento de ICMS omitido na importância de R\$ 5.023.008,97 (cinco milhões, vinte e três mil, oito reais e noventa e sete centavos), mais as cominações legais, conforme cópias, em anexo, da Auditoria Básica do ICMS, do Levantamento, do Demonstrativo, das Notas Explicativas e dos Livros de Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS. Segue anexo, CD contendo os arquivos resultantes da cópia do servidor de dados do contribuinte e da autenticação, arquivos referentes à auditoria e planilhas referentes às tabelas dos bancos de dados.

São dados como infringidos os artigos arts. 25, § 1º. VI, e 64, § 2º e 66 do CTE, tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VII, inciso "I", agravada do § 9º, inciso I, do CTE, com redação da Lei 13.446/1999.

Foram identificados como sujeitos passivos solidários: [...], na condição de administrador da empresa, nos termos do art. 45, inciso XII, do CTE, e [...], na condição de ter concorrido para a prática da infração tributária, nos termos do art. 45, inciso XIII, do CTE (fls. 05/06).

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Anexo Estruturado (fls. 03 e 04), Identificação do Sujeito Passivo Coobrigado (fls. 05 e 06), Auditoria Básica do ICMS (fls. 07 a 12), contrato social da empresa autuada (fls. 13 a 15), Dados JUCEG (fls. 16 e 17), relatório Histórico do Contribuinte e espelho cadastral (fls. 18 a 19), Levantamentos (fls. 20 a 500 vol.1; 501 a 515), Demonstrativos (fls. 516), Conteúdo do CD (fls. 517/518), Notas Explicativas e documentos pertinentes (fls. 519 a 589), Dicionário de Dados (fls. 590 a 594), cópia de Livros Fiscais (fls. 595 a 707), CD (fls. 708), Recibo de entrega de relatórios digitais (fls. 709).

O autuado e sujeitos passivos solidários foram intimados, conforme documentos de fls. 710 a 717.

O sujeito passivo principal e os solidários, por meio dos seus advogados legalmente constituídos, ingressaram com impugnação em primeira instância de fls. 719 a 727, e 738 a 744, respectivamente.

O julgador singular prolatou a Sentença de nº 2268/10-COJP de fls. 746 a 752, dando como procedente a exigência inicial, rejeitando as preliminares de exclusão dos solidários. Fundamentou a sua decisão entendendo correta a inclusão de todos os solidários na lide, não acolhendo nenhum dos pedidos para a sua exclusão da lide. No tocante ao pedido de diligência, o julgador singular entendeu que "não houve, por parte do polo passivo, a demonstração, objetiva e cabal, de nenhum erro nos cálculos do levantamento de auditoria fiscal demonstrada na lide", aduziu que "dos autos constam farta documentação probatória suficiente para o julgamento do feito, sem a necessidade de convertê-lo em diligência, nos termos do art. 19 da Lei 16.469/09. E no que tange ao mérito, concluiu que está caracterizada a infração fiscal pelo descumprimento de "uma clara obrigação tributária, baseada numa lei em abstrato e num fato gerador concreto, fazendo gerar o crédito tributário reclamado pelo lançamento de ofício."

O sujeito passivo principal e os solidários foram intimados, conforme documentos de fls. 753 a 759.

Inconformados, a autuada e os sujeitos passivos solidários, por meio de seus procuradores legalmente constituídos, apresentaram recurso voluntário de fls. 762 a 777, e 788 a 829, respectivamente, requerendo que a Câmara Julgadora reveja o julgado primário. O sujeito passivo solidário protestou contra a sua indicação como contribuinte solidário da exigência tributária, por entender que há limitações legais para se responsabilizar esta ou aquela pessoa pelas obrigações de terceiros. Requereu sua exclusão da lide. Apresentam, ainda, Laudo Pericial (fls. 778 a 787 e 830 a 869), onde apontam a arguição de nulidade de lançamento, e documentação, conforme às fls. 872 a 953.

Conforme a Resolução nº 26/2011 (fl. 958), foi sobrestado o julgamento do processo a fim de ser analisada a documentação juntada aos autos pelo sujeito passivo, ficando marcado o retorno para julgamento no dia 30/03/2011.

Posteriormente, foi apresentado Memorial da empresa autuada (fls. 960 a 969), no qual reiterou a arguição de nulidade do auto de infração.

Em Resolução de n.º 50/2011, fls. 970, a Terceira Câmara Julgadora, resolveu sobrestar o julgamento do presente feito para o dia 11/05/2011, em face da junta de Memorial oriundo da parte passiva, a fim de analisar o presente documento.

A Terceira Câmara Julgadora, por meio do Acórdão 1898/2011 de fls. 971 a 983, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a proposição do Conselheiro Relator em converter o julgamento em diligência e encaminhar o processo à Gerência de Auditoria, para manifestação sobre os laudos periciais por Auditor Fiscal que possua formação superior em área de informática. E por maioria de votos, decidiu 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.

Entendeu o acórdão cameral, que o sujeito passivo carrou para a instrução defensiva documentos que demonstraram os equívocos cometidos no curso da ação investigatória da legalidade dos atos comerciais praticados no período, resultando na rejeição da proposição diligencial do processo. A defesa também registrou os equívocos cometidos pela fiscalização, aduzindo que a infração definida na peça básica, calcada na documentação de suporte da constituição do crédito tributário, elaborado pela fiscalização e anexado ao auto de infração, restou evidenciado que as autoridades lançadoras demonstraram insegurança na determinação da infração, prejudicando a decisão do mérito processual. Explicou que a fiscalização incluiu mercadorias que têm benefício fiscal, que são isentas de tributação, saídas de mercadorias destinadas a consumidores, para as quais foram emitidas as documentações fiscais específicas, como também avaliou documentos fiscais de uso de outras empresas do grupo empresarial, inclusive produtos de empresa sediada no Estado de Minas Gerais, alcançando assim a prescrição do art. 20 da Lei do CAT, sobre a nulidade, haja vista que o documento que sustenta a autuação não oferece garantia para a cobrança do crédito.

A Representação Fazendária foi intimada, conforme documento de fls. 984.

O sujeito passivo principal e os solidários foram intimados do recurso ao Conselho Pleno da Representação Fazendária, conforme documentos de fls. 990 a 993.

Inconformada, a Representação Fazendária apresentou Recurso ao Conselho Pleno, às fls. 985 a 988, aduzindo a respeito da insegurança identificada no fato da inclusão de mercadorias que têm benefício fiscal, que o procedimento

não foi observado com acuidade antes de decidir pela nulidade do lançamento, e salienta que existe nos autos respostas para as questões implícitas na dúvida dos Conselheiros, de forma que o fundamento fático apontado não é capaz de levar à decisão de nulidade. Prelecionou que a demonstração do ICMS omitido foi efetuado de forma minuciosa no relatório de fls. 22/515 e sinteticamente nas fls. 20, demonstrada mês a mês e nas fls. 21, demonstrado por produto, a partir apenas dos dados obtidos no banco "SISAF2000".

Acerca das mercadorias com benefícios fiscais explicou que "os Conselheiros vencedores agiram genericamente e, sem indicar quais operações podiam (e com que fundamento podiam) gozar de benefícios fiscais, colocou todos os produtos e todas as operações na situação de passível e isenção. O que se mostra completamente inadequado", devendo ser anulado o acórdão cameral, por ser deste fundamento que se originou a nulidade. Em relação as vendas de outras empresas como omissão de saída do sujeito passivo, aduz que "nas fls. 526 os autuantes tornam claro que estavam cientes de que nos bancos de dados copiados havia informações relativas a 04 (quatro) empresas, que estão lá relacionadas, e a certeza de que os dados da autuada foram devidamente separados se comprova nas fls. 533, pois ao efetuar as consultas no banco 'ECFMASTER' das vendas relacionadas à empresa autuada, obteve o exato valor do dos registros operados em seus livros fiscais. Caso não tivesse sido feita a distinção dos das vendas das empresas, não se obteria esse resultado." E acrescentou que "nas fls. 534, o Fisco alerta para o fato de que conhece que no bando de dados 'SISAF2000' o campo 'CNT_COD', da tabela "TAB_CENTROS", traz a informação de a qual das empresas a informação de vendas se refere. E o parâmetro "CER" se refere à empresa autuada, conforme foi demonstrado nas fls. 539. A instrução "SELECT" de fls. 548, em linguagem SQL, mostra claramente que foram pesquisados os dados apenas da empresa autuada, pois foi estabelecido o parâmetro "CER".

E concluiu sustentando que "*não há, nos autos, o correlato fático da descrição da fundamentação na qual os Conselheiros apoiaram a decisão de nulidade.*" Pugnou pela anulação do julgado cameral e o retorno dos autos aquela instância para análise de toda a matéria.

O sujeito passivo principal e os solidários apresentaram contradita ao recurso da Representação Fazendário ao Conselho Pleno, de fls. 997 a 1007, aduzindo que o auto de infração, como já delineado em sua defesa primária, "*está eivado de nulidades insanáveis e irrecuperáveis*". Atacaram o recurso apresentado pela Representação Fazendária denominando-o de "lacônico" e que "*não aponta nenhuma causa ou prova que seja determinante à revisão do julgado secundário*". Após essas declarações, a parte passiva faz uma análise detida das inconsistências da autuação, visando deixar evidenciado a insegurança na determinação dos valores, que sustenta a decisão tomada pela nulidade. E destacaram, inicialmente a existência de cobrança de ICMS de mercadorias comercializadas pelas empresas, que são de recolhimento antecipado ou isentas ou que possuem alíquotas reduzidas, e que, em sua grande maioria, pertencem a diversas outras empresas do grupo, e cita diversos outros casos pertinentes. Citaram também o uso de "analogia" entre os programas SISAF2000 e o ECFMASTER, e destaca a ocorrência de "*fragilização decorrente de analogias*

para o lançamento tributário". E citaram outras falhas entre a analogia utilizada pelos autuantes entre os programas citados.

Discorreram também sobre a vinculação das receitas de todo o grupo da empresa, cujas situações redundou-se em uma tabela que sustentou toda a quantificação dos valores supostamente omitidos e que foi cadastrado no programa SISAF2000 uma única empresa. Acerca da conta denominada COMPENSAÇÕES, denunciaram que também foi gerado outro erro pelos autuantes, onde valores que não se tratavam de itens que "não são de omissão de vendas e sim de diversas naturezas" e que aponta que subtraído esse erro apresentaria resultado negativo, segundo cálculo discriminado às fls. 1003. Salientaram outro ponto acerca de vendas ditas sem documentação fiscal onde estão produtos que disponham de "situações tributárias especiais incondicionadas à época dos fatos geradores, e, em alguns casos de absoluta isenção tributária [...], que somados importam em um expressivo volume financeiro", e cita a legislação tributária estadual (RCTE), levando a conclusão de que "...ou os números apresentados no relatório são irreais ou a análise dos dados coletados está absolutamente equivocada". Aduziram, ainda, que "... o grupo empresarial ligado à atuada possui empresas agrícolas e conforme informações faz uso do custeio agrícola para financiar as suas atividades e a tramitação de um auto de valor tão expressivo e com sérias dúvidas relativas à determinação de seu quantum tributário, prejudica a empresa de maneira indevida, pois a impossibilita na busca de crédito junto aos agentes financeiros, uma vez que o valor em questão é muito expressivo e nitidamente apresenta-se indevido". Concluíram suas considerações salientando que o "auto de infração não reúne, sequer, as condições mínimas de uma revisão fiscal" e pugnaram para que o recurso apresentado pela Representação Fazendária seja improvido.

Pela Resolução 203/2012, fls. 1018-1021, o Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 18/10/2012, acatando proposição do Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato, resolveu, por maioria de votos, encaminhar o processo à Gerência de Auditoria, para que o seu ilustre titular, por obséquio, determine que dois auditores fiscais que possuam notórios conhecimentos na área de informática adotem as seguintes providências: 1 - Manifestem-se em relação aos quesitos constantes do Laudo Pericial anexo, especialmente a afirmação no sentido de que "os arquivos eletrônicos coletados pelos AUDITORES FISCAIS na sede da empresa [...] INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA não apresentam como características a autenticidade e integridade"; 2 - Manifestem-se em relação aos quesitos constantes do Laudo Pericial em anexo, especialmente a afirmação no sentido de que não há como afirmar que [...], identificado no lançamento como fornecedor do programa aplicativo que permitiu ao contribuinte suprimir o tributo mediante o controle de vendas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, é o autor ou fornecedor do programa aplicativo denominado SISAF2000; 3 - Manifestem-se em relação a alegação da empresa atuada no sentido de que os autores do procedimento consideraram a totalidade das saídas constantes do banco de dados denominado SISAF2000 que representam a movimentação de todas as empresas do grupo, como se fossem as saídas apenas da empresa [...] INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA; 4 - Promovam as modificações necessárias ao lançamento no escopo de se inserir a aplicação dos benefícios fiscais previstos

para os produtos "arroz", "feijão", "milho" e "sorgo". 5- Certificarem se os registros constantes do banco de dados SISAF2000 que contém, no campo "Título da Conta Creditada", referência a Sociedade [...] Ltda, [...] Armazéns Gerais, Agropecuária [...], [...], [...], Fazenda [...], e a outras empresas que integram o grupo econômico da autuada, correspondem, efetivamente, a operações de saída de mercadorias realizadas pela [...] INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA - CNPJ 37.621.414/0001-48 e, se negativo, proceder à exclusão dos referidos registros da base de cálculo que compõe a exigência contida na inicial. 6 - Prestarem quaisquer outros esclarecimentos que entenderem úteis para a solução da lide. Assevere-se que a presente revisão deve ser feita em conjunto para os processos nº 4010903990414, 4010903989327, 4010903988940, 4010903988193, 4010903986654 e 4010903990252, de preferência, com a participação de forma auxiliar da Coordenação de Fiscalização de Sistemas de Informatização - CFSI, jungida à Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia. Cumpridas as determinações, que se dê ciência às partes acerca dos resultados auferidos. Após, retorne para nova apreciação em Câmara Julgadora.

Em diligência, foram anexados vários documentos às fls. 1022-1163 e relatório diligencial às fls. 1164-1182.

No relatório o revisor esclareceu pontualmente os questionamentos feitos na resolução plenária, ressaltou que a revisão foi feita em conjunto com os cinco processos listados às fls. 1120. Ao final, concluiu que " os valores autuados, já, excluídos, os que não são da [...], não dão segurança de que se tratam de operações de venda de mercadorias sem emissão de nota fiscal por parte da mesma".

O sujeito passivo principal e os solidários foram intimados, conforme fls. 1185 a 1187.

A autuada comparece aos autos (fls. 1190 a 1193), onde aduz que a revisão fiscal confirmou as assertivas da defesa, portanto, o auto de infração é improcedente ou nulo.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano acolho a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo, por considerar que o presente feito encontra-se inquinado de vício processual insanável.

A questão relativa à nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração está prevista no Manual de Defesa Fiscal Mínima no Processo Administrativo Tributário deste Estado. Por esclarecedor, transcrevo-o abaixo, a título de fundamentação de meu voto, "*verbis*":

"8.4.4. – NULIDADE POR INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO

Se for o caso, o Contribuinte poderá argüir a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, se constatar que:

a) a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com os demonstrativos ou documentos anexados pelo autuante,

b) a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com a fundamentação legal da suposta infração,

c) ocorreram divergências de valores entre os levantamentos integrantes do lançamento, ou destes com o auto de infração,

d) o lançamento foi instruído com levantamento incompleto, que não confirma a suposta infração objeto da autuação,

e) há insegurança quanto à denominação do produto, ou quanto ao agrupamento de produtos diversos, no levantamento específico, “

Face ao exposto, e considerando-se que a situação esposada nos autos em epígrafe amolda-se ao quarto item, ou seja, “o lançamento foi instruído com levantamento incompleto, que não confirma a suposta infração objeto da autuação”, mister se faz acolher a aludida preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo.

Sob o amparo do resultado do trabalho diligencial, contido às fls. 3147 a 3165, onde se registra os equívocos cometidos pela fiscalização e os desacertos ocorridos no curso da execução do trabalho fazendário, concluo que a infração definida na peça basilar, suportada pelo documento de constituição do crédito tributário, elaborado pela fiscalização e anexado ao auto de infração, prejudica a decisão do mérito processual.

Porquanto, vejamos a que conclusão chegou o nobre diligenciador:

“Concluimos que os dados constantes nos arquivos apreendidos e utilizados para a elaboração da auditoria além de englobarem valores registrados nos livros registros de saída da empresa [...] IND E COM DE CEREAIS LTDA incluíram também operações de controle de clientes que muitas vezes não resultaram em recebimento de numerário além de fazerem parte de operações de outras empresas do grupo.”

E, continua:

“Os valores autuados, já excluídos os que não são da [...], não dão segurança de que se tratam de operações de vendas de mercadorias sem emissão de nota fiscal por parte da mesma.”

Diante destas evidências, entendo como ocorrido o incidente de nulidade, definido no inciso da norma legal mencionada nas linhas subsequentes, situação que alcança a prescrição do art. 20 da Lei nº 16.469/2009, que estabelece:

“Art. 20. São nulos os atos praticados:

[...]

IV – com insegurança na determinação da infração.”

Dessarte, voto em consonância com meus pares, 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, em 31 de outubro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - estorno indevido de débito - falta demonstração da repercussão saldo credor (Nulidade)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01717/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Renato Moraes Lima

EMENTA: ICMS. Processual. Nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração. Acolhida.

É nulo por insegurança na determinação da infração o levantamento em que, verificada a apropriação indevida de crédito de ICMS, não seja determinada a repercussão na escrituração para cobrança do ICMS nos montantes e datas efetivamente devidos.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de abril de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo Conselheiro Renato Moraes Lima, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, José Pereira D'abadia e Renato Moraes Lima.

RELATÓRIO

Consta da peça instauradora deste feito que o sujeito passivo em epígrafe deixou de pagar ICMS, na importância de R\$ 1.490.791,38 (hum milhão, quatrocentos e noventa mil, setecentos e noventa e um reais e trinta e oito centavos), no mês de outubro de 2007, em razão de escrituração indevida de valores a título de estorno de débito do imposto apurado em Auditoria da Conta Corrente do ICMS.

São dados como infringidos o art. 64 Lei 11.651/91, c/c art. 11, inciso III, alínea "b", item 2 do anexo IX e art. 82 Decreto 4.852/97. A penalidade proposta foi a estabelecida no art. 71, inciso IV, alínea "a" do CTE.

A infração foi comprovada com os demonstrativos Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário (fl. 03); Auditoria da Conta Corrente do ICMS (fls.04 a 08) e cópia do Livro de Registro de Apuração do ICMS (fls.09/10).

Após ser intimada 03/11/11 (fls.11 e 13) por AR, para pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação à Primeira Instância, o sujeito passivo comparece ao feito (fls.16 a 40) com impugnação em Primeira Instância, oportunidade em que alega, preliminarmente, que a fiscalização não foi capaz de precisar os fatos motivadores da autuação com as devidas provas e que a descrição dos eventos são incompatíveis com os dispositivos legais indicados como infringidos o que implica em cerceamento do direito de defesa e a consequente nulidade do lançamento.

Advoga a legitimidade do direito ao crédito relativo às operações interestaduais sujeitas à tributação e que tal direito advém de operações realizadas entre 2002 e outubro de 2007 e que após realizar um levantamento contábil minucioso apurou o valor sobre o qual procedeu-se ao estorno do débito. Pede a nulidade do auto de infração.

No mérito, a Impugnante alega ser legítimo o creditamento do imposto haja vista tratar-se de operações interestaduais cujas saídas são tributadas pelo imposto, portanto, redundam em crédito pela impugnante, o qual, por equívoco, não foi devidamente aproveitado, mas, após minucioso levantamento, assim procedeu tendo como pressuposto o princípio da não-cumulatividade do imposto.

Finalmente, ataca a multa aplicada em virtude de a descrição da infração referir-se a estorno de débito e a penalidade proposta reportar-se a não estorno de crédito. Alega que multa de 140% do valor do imposto tem caráter confiscatório e desproporcional, devendo ser reduzida a parâmetros justos e razoáveis.

A Impugnante, para sustentar suas alegações, traz (fls. 65 a 74) aos autos cópias de notas fiscais de operações interestaduais que segundo o seu entendimento lhe garantiria o crédito do imposto.

Com esses argumentos pede que o lançamento seja anulado ou declarado improcedente ou, ainda, subsidiariamente, tenha a multa aplicada reduzida.

Por meio do Despacho nº 129/2012 - JULP, os autos foram convertidos em diligência com o propósito de verificar as alegações da impugnante de que o crédito lançado no Livro de Apuração do ICMS foi, em decorrência de operações interestaduais, sujeitas à tributação, cuja comprovação se dá com as notas fiscais que anexa aos autos (fls. 65 a 74) e, também, a alegação de que os fatos narrados na inicial não se subsumem à infração tipificada.

Em manifestação (fls. 82/83), a fiscalização reafirma os termos da autuação em face do aproveitamento de créditos outorgados de forma extemporânea, nos termos do art. 10, § 1º-A do Anexo IX, do RCTE, sem a devida autorização.

Como forma de sustentar as suas alegações, anexa vários pareceres da SAT que ratificam a necessidade de tal autorização.

Intimada em 27/06/12 (fls. 95/96) do resultado da diligência, a autuada (fls. 99 a 104), reafirma os termos das alegações de sua defesa inicial de que aproveitou os créditos em face de operações interestaduais.

Afirma que seria impossível precisar previamente tais operações no ato da aquisição das mercadorias e que não há qualquer vedação legal ao aproveitamento extemporâneo de tais créditos em face do princípio constitucional de não-cumulatividade do imposto.

A atuada, também, discorda do enquadramento legal da multa em face de que o inciso IV, alínea "a" do art. 71 do CTE trata da sanção pela escrituração indevida de crédito, enquanto que o fato em questão diz respeito a estorno de débito do imposto.

A atuada admite que se creditou de forma extemporânea do imposto sem autorização, entretanto, discorda que a legislação vede esse direito sob pena de violar o princípio da não-cumulatividade.

Conclui que a diligência para apurar se houve autorização seria desnecessária ao deslinde da controvérsia que é o direito pleno da atuada de aproveitar o crédito do imposto em obediência ao princípio da não-cumulatividade. Desta forma, as conclusões da diligência em nada alteram os fundamentos da defesa.

A atuada alega, ainda, que por um equívoco não aproveitou o crédito do imposto nas vendas interestaduais na época certa, fato que não anula o seu direito ao crédito em face do disposto no art. 155, inciso I da Constituição Federal.

Questiona ainda a ilegalidade da necessidade da autorização aproveitamento do crédito prevista no art. 10, § 1º- A do Anexo IX do RCTE, pois afronta o dispositivo constitucional acima mencionado.

Afirma que a fiscalização não questionou a validade dos créditos, mas tão somente a falta de autorização.

Pede o cancelamento do auto de infração.

O julgador singular proclama a Sentença nº 2550/12 (fls.114 a 117) e decide pela Procedência do lançamento.

Devidamente intimada em 08/02/13, por AR (fls.118/119), do julgamento singular, a parte passiva interpõe recurso voluntário (fls. 122 a 147) argumentando preliminarmente, que o estabelecimento da Recorrente no Estado de Goiás recebe produtos agropecuários e insumos agrícolas de seus variados estabelecimentos situados em outros Estados para então comercializá-los a partir do estabelecimento atuado em Goiás; que as operações internas com os produtos agro-industriais comercializados pela Recorrente dentro do Estado de Goiás são isentas do pagamento de ICMS, conforme disposto no art. 7º, inciso XXV do Decreto nº 4.852/97.

Logo, para tais operações, a Recorrente não promoveu o respectivo creditamento do imposto, nos termos do art. 155, § 2º, inciso II, alínea 'b' da *Magna Lex*; aduz que promoveu a saída de tais mercadorias para fora do Estado de Goiás (cópia de notas fiscais por amostragem fls. 65 a 74), o que ocorreu em razão de operações interestaduais de venda para terceiros ou de transferência para outros estabelecimentos da Recorrente, operações essas que, por seu turno, estão sujeitas à incidência de ICMS; que o creditamento decorrente das operações de

venda e de transferência para fora do estado de Goiás só poderia ocorrer a posteriori, quer dizer, no momento da saída de tais mercadorias do Estado autuante, o que está em perfeita sintonia com o disposto na Cláusula Quinta, inciso I do Convênio 100/97.

Cita, que por um lapso a Recorrente deixou de proceder tal creditamento logo após a venda ou transferência de mercadorias em razão de operações interestaduais o que, por conseguinte, não anula o seu direito de crédito, haja vista estar o ICMS submetido ao princípio da não-cumulatividade; que após um minucioso levantamento contábil, em outubro de 2007 a recorrente creditou-se dos valores decorrentes de operações interestaduais de vendas e de transferências realizadas para o período compreendido entre 2002 e outubro de 2007 no valor de R\$ 1.490.791,38 (um milhão, quatrocentos e noventa mil, setecentos e noventa e um reais e trinta e oito centavos), fato esse, todavia, ignorado pela fiscalização.

Quanto ao mérito, a recorrente alega, que a Fiscalização, ao lavrar o auto de infração, em investigação sumária e superficial, não analisou a natureza do crédito do ICMS aproveitado pela Recorrente, o período envolvido e a operação praticada; que todo o trabalho conduzido pela Fiscalização foi precário e se limitou a concluir pelo aproveitamento extemporâneo do crédito sem considerar as circunstâncias fáticas e os aspectos legais que deram suporte às operações e ao procedimento legitimamente adotado pela Recorrente.

Na hipótese dos autos, a recorrente não podia ter se aproveitado do crédito no momento da entrada dos insumos agrícolas em seu estabelecimento uma vez que esses produtos que comercializa gozam de isenção do imposto nas saídas internas, fato que impede, portanto, o crédito na entrada.

Assim, somente há direito ao crédito sobre as saídas interestaduais dos insumos agrícolas comercializados, de forma que seria impossível para a Recorrente ter tomado créditos já no instante da entrada dessas mercadorias em seu estabelecimento, uma vez que não teria como identificar de antemão a quantidade de operações internas e/ou interestaduais que realizaria.

Nada disso, porém, foi analisado pela Fiscalização e, também, pela própria r. decisão recorrida que, sem se ater às peculiaridades do caso concreto, manteve o lançamento restringindo-se ao excesso de formalismo da lei que impõe ao contribuinte obrigações acessórias descabidas.

Além disso, importante frisar que, diferentemente do que sustenta a decisão recorrida, o direito da recorrente ao aproveitamento de créditos de ICMS em razão da comercialização interestadual de mercadorias é líquido e certo e antecede as próprias exigências regulamentares de autorização por parte da SEFAZ.

Isso porque, tal direito tem origem no princípio da não-cumulatividade, que estabelece verdadeira garantia fundamental ao contribuinte, conforme capitulado no art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal; que a não-cumulatividade a que

se refere a recorrente não é exclusivamente constitucional, tal como suscitado pela decisão recorrida.

A não-cumulatividade também possui previsão legal e regulamentar, sendo que a Administração Tributária encontra-se vinculada ao reconhecimento dos créditos de ICMS da recorrente.

Conclui-se, portanto, que vedar os créditos tomados pela recorrente ou restringir seu aproveitamento à autorização do Delegado Regional de Fiscalização, quando no caso concreto a comprovação de seu direito pode ser feita por outros documentos, constitui ato ilegítimo; que não bastasse todo o exposto, a vedação ao direito ao crédito imposta pelo § 1º- A do art. 10 do Anexo IX do RICMS/GO implica em flagrante violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade assegurado pelo art. 155, § 2º, inciso I da CF; e ainda, que a multa aplicada também padece de vício de capitulação legal, isso porque a Fiscalização lavrou o presente lançamento aplicando à recorrente multa por ela ter supostamente procedido ao estorno de débito sem prévia autorização da SEFAZ; que a multa aplicada na presente autuação, calculada originalmente em R\$ 2.087.107,93, não pode ser mantida, devendo ser reduzida a parâmetros justos e razoáveis, sob pena de violação aos supramencionados artigos 5º, caput e art. 150, IV, da Constituição Federal, por isso pede a reforma da decisão recorrida para que seja retificado o lançamento, ao menos para que a multa seja aplicada em parâmetros condizentes.

Por fim pede a improcedência do lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

Assiste razão à recorrente quando afirma que recebe produtos e insumos agropecuários em operações interestaduais oneradas pelo ICMS e que, entretanto, por haver isenção nas saídas internas subsequentes, fica-lhe vedado o creditamento por essas entradas.

Não menos correto é o fato de que nos casos de serem as saídas posteriores interestaduais, que também são oneradas pelo imposto, cria-se o permissivo para gozo do crédito proporcional não utilizado quando da respectiva entrada.

Equivoca-se, porém, a mesma ao entender que pelo fato de ter deixado de efetuar esses creditamentos proporcionais em várias operações interestaduais havidas entre 2002 até set/2007, poderia regularizá-las em um lançamento totalizador corretivo a crédito em outubro/2007, sem a prévia homologação da delegacia regional de fiscalização de sua circunscrição, e este fato está baseado no CTE, Art. 58, § 3.º, e no RCTE, Art. 46, IV, e § 1.º, II, o que, por si só, afasta a possibilidade do presente julgamento pela improcedência.

CTE,58, § 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.

RCTE, 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):

IV - de entrada de mercadoria, real ou simbólica, no seu estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso, consumo final ou ao ativo imobilizado, realizada sem aproveitamento de crédito, face a vedação constante na legislação vigente à época, quando ocorrer a saída com débito do imposto, em proporção equivalente à quantidade saída;

§ 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:

II - escrituração, quando exigida, nos prazos e condições estabelecidos na legislação tributária;

Por outro lado, o levantamento efetuado foi equivocadamente o da Conta Corrente do ICMS, que está em desuso posto que no seu campo I esteja indicado “débito de ofício” (compatível com a antiga estrutura de penalização por apropriação indevida de crédito, que vigeu até 28/12/2003, quando o inciso IV do CTE, Art. 71, ainda não estava subdividido em alíneas), sem, portanto, permitir a repercussão que deveria ser efetuada desde outubro/2007 até setembro/2011.

Com base nas fls. 10, que reproduz parte da apuração de outubro/2007, percebe-se que o total de débitos foi R\$ 5.756,34 e o total de créditos corretamente escriturados foi R\$ 5.494,00 (= 540,79 + 4.953,21), implicando em saldo devedor de R\$ 262,34 (= 5.756,34 - 5.494,00).

Este saldo devedor e todos os que lhe seriam subsequentes, até o mês da autuação, se utilizada a “Auditoria Básica do ICMS”, deveriam ser determinados por periodicidade mensal e cobrados em auto de infração com a tipificação penal do CTE, Art. 71, IV, “a”, em tanto eventos quantos fossem os meses com saldo devedor – esses resultados sairiam naturalmente da Auditoria Básica.

Havendo saldo credor fictício detectado no mês da autuação, lavrar-se-ia auto de infração com pena do CTE, Art. 71, “b”, equivalente a 40% do montante desse saldo credor fictício, efetuando-se, em ato contínuo, a notificação fiscal para estorno do crédito residual irregular, sob pena de lavratura de auto de infração regularizador, com a penalidade prevista no CTE, Art. 71, IV, “c”.

A adoção do procedimento de auditoria incorreto implicou a incorreção do montante de ICMS cobrado, bem como dos momentos de ocorrência dos fatos geradores.

Por todo o exposto, meu entendimento, corroborado pela unanimidade de meus pares, foi o de que este procedimento é nulo desde o início por insegurança na determinação da infração, conforme previsto na Lei n.º 16.469/2009, Art. 20, inc. IV.

Registre-se, adicionalmente, que o auto de infração foi lavrado em 30/09/2011, às 16:10:13 h, e, curiosamente, o levantamento está datado de 26/10/2011 (quase um mês após), fls. 04 a 08.

É o voto.

Sala das sessões, em 19 de setembro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - falta de emissão de passe fiscal - comprovação da saída de mercadoria (Nulidade)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01260/13

Relator: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ICMS. FALTA DE EMISSÃO DE PASSE FISCAL DE TRÂNSITO. IN Nº 13/04-SGAF. NULIDADE DECLARADA EM FASE SINGULAR. RECURSO DA FAZENDA PÚBLICA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA SINGULAR.

1. A finalidade última do passe fiscal é garantir a materialidade das operações descritas em documento fiscal, com vistas ao rastreamento de toda etapa de circulação de mercadoria que transite em território Goiano.

2. O Auditor Fiscal que laborava no Posto Fiscal de fronteira é testemunha ocular de que as mercadorias estavam deixando este Estado, sendo bastante razoável se dar guarida às argumentações dos recorrentes, especialmente em se tratando de um dia de feriado nacional, domingo, elemento que aumenta a probabilidade de não se lograr êxito em encontrar órgãos públicos - ainda que em regime de plantão - em pleno funcionamento.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 22 de fevereiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular. Participaram do julgamento os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Ismael Madlum e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

Notícia a inicial que o sujeito passivo transportava 29.820 kg de feijão carioca comercial a granel, originário de outra unidade da Federação, no valor comercial de R\$ 74.550,00, acobertados pela nota fiscal 1794, emitida por Condomínio Agrícola [...] “[...]”, Fazenda [...], em 12/10/2008, não acompanhada do Passe Fiscal de Trânsito, conforme documentos anexos, ficando, assim, sujeito à multa formal na importância de R\$ 18.637,50, correspondente a 25% do valor da operação.

A infração fora capitulada no art. 64 do CTE, combinado com o art. 2º, IV da Instrução Normativa nº 13/04-SGAF. A penalidade, por seu turno, é a descrita no art. 71, VII “o” do CTE, atenuada pela forma privilegiada descrita no §8º do mesmo Diploma Legal. O auto de infração foi lavrado em 12/10/08.

A nota fiscal que ampara a acusação fiscal consta às fls. 8 dos autos, e se refere a venda de feijão carioca, remetido por estabelecimento em Planaltina-DF com destino ao Estado de São Paulo.

Como sujeito passivo solidário foi identificado o contribuinte CONDOMÍNIO AGRÍCOLA [...] FAZENDA [...], sob fundamento no art. 45, I do CTE.

Comparecendo aos autos, protestam os sujeito passivos contra a exigência tributária, apresentando os elementos que entendem suficientes para afastar a pretensão fiscal, dentre os quais, que, até sua chegada no posto fiscal de Catalão (local da autuação), o transportador percorreu 350 km sem ter passado por um único posto fiscal, pois no trajeto não existia este tipo de fiscalização, nem tampouco na divisa do Estado de Goiás com o distrito Federal, mais precisamente, entre a BR 251 e a cidade goiana de Cristalina, não existia sequer barreira fiscal; que a previsão legal é de que o passe fiscal deve ser emitido no posto fiscal de divisa ou na primeira unidade fazendária informatizada do Estado de Goiás no trajeto normalmente percorrido, conforme alínea "a" do inciso IV do § 2º do art. 2º da Instrução Normativa 013/2004-SGAF.

Submetidos os autos à apreciação do Julgador Singular, este fundamentou sua decisão pela nulidade *ab initio* do procedimento da seguinte forma:

"Como declarado na impugnação, define a alínea "a" do inciso IV do § 2º do art. 2º da Instrução Normativa nº 13/04-SGAF que a emissão do Passe Fiscal de Trânsito deve ocorrer no posto fiscal de divisa ou, na ausência deste, pela primeira unidade fazendária informatizada, no trajeto normalmente percorrido, à vista do respectivo produto.

Não está caracterizada nos autos a existência de unidade fazendária informatizada no trajeto normalmente percorrido pelo contribuinte, desde a entrada no Estado até o posto fiscal de divisa onde foi autuado.

Verifica-se, assim, insegurança na determinação da infração, o que provoca a nulidade da inicial, conforme definido no inciso IV do art. 20 da Lei nº 16.469/09."

Não resignada com a decisão proferida, A Gerência de Representação Fazendária interpôs recurso à presente fase cameral no escopo de ver anulada a sentença singular, com o retorno do PAT àquela fase para julgamento do mérito. Asseverou que:

"O julgador singular acolheu os argumentos do sujeito passivo no sentido de que no trajeto por ele percorrido até a chegada no Posto Fiscal de Catalão foram percorridos cerca de 350 Km, e nesse percurso não se verificou a existência de qualquer posto fixo de fiscalização, tampouco na divisa entre o Estado de Goiás e o Distrito Federal".

Ressaltou, neste contexto, que a decisão recorrida tomou como fundamentos de decidir razões de mérito e não de nulidade por insegurança na determinação da infração.

Assevera, após citar o art. 2º da Instrução Normativa nº 13/04-SGAF, que ainda que não houvesse posto de fiscalização entre a divisa do Estado de Goiás e o DF até a chegada ao Posto Fiscal de Catalão, de outra monta, era evidente que no referido trajeto havia Unidades Fazendárias, sabidamente nos municípios de Luziânia e Cristalina.

Pediu, ao final, o retorno dos autos à fase singular.

Os autos seguiram para julgamento cameral sem que os sujeitos passivos apresentassem contradita.

É o relatório.

DECISÃO

O art. 1º da Instrução Normativa nº 13/04-SGAF discorre acerca da finalidade para a qual fora criada a figura do passe fiscal de trânsito, nos seguintes termos:

"Art. 1º A utilização do documento de controle denominado Passe Fiscal, instituído pela Instrução Normativa nº 556/02-GSF, de 2 de agosto de 2002, reger-se-á por esta instrução, com o objetivo de controlar as operações relativas à circulação de mercadoria ou bem." (grifamos)

Com efeito, a finalidade última do passe fiscal é garantir a materialidade das operações descritas em documento fiscal, com vistas ao rastreamento de toda etapa de circulação de mercadoria que transite em território Goiano.

Serve, primariamente, para garantir que origem e destino das mercadorias não sejam simuladas ou dissimuladas pelo sujeito passivo.

Conforme a Instrução Normativa, já citada, o produto transportado obrigava à emissão de passe fiscal, nas seguintes condições:

Art. 2º Nas operações com os produtos a seguir relacionados, deve ser emitido o:

[...]

IV - Passe Fiscal de Trânsito:

[...]

i) feijão em vagem, batido ou beneficiado.

[...]

§ 2º A pessoa natural ou jurídica, estabelecida ou domiciliada no território goiano, ou o transportador da mercadoria ou bem, deve, com base na documentação fiscal da operação e da prestação de serviço de transporte e de identificação do motorista ou do representante da empresa, emitir ou providenciar a emissão do:

[...]

IV - Passe Fiscal de Trânsito:

a) no posto fiscal de divisa ou, na ausência deste, pela primeira unidade fazendária informatizada, no trajeto normalmente percorrido, à vista do respectivo produto;"

O art. 4º da mesma Instrução também traz determinações relevantes para a apreciação da matéria:

"Art. 4º O Passe Fiscal é expedido com as seguintes quantidade de vias e destinação, tratando-se de:

.....

§ 4º Quando o Passe Fiscal for expedido em unidade fazendária não informatizada ou impossibilitada temporariamente de acessar o sistema informatizado da Secretaria da Fazenda, deve ser utilizado o formulário pré-impresso, conforme modelo residente no sistema eletrônico de processamento de dados da Secretaria da Fazenda."

Reconheça-se o acerto da argumentação do Ilustre e zeloso Representante Fazendário na medida em que afirmou que a fundamentação da sentença recorrida é de mérito, não obstante tenha concluído por vício formal ocorrido na formação do lançamento.

De fato, a sentença singular conferiu ao julgamento pela improcedência vestes de nulidade.

Cerro fileira com tais razões, entendendo que o Ilustre Julgador poderia concluir sua sentença pela improcedência do lançamento. Entretanto, ante o princípio da eficiência e celeridade, corolários do Processo Administrativo, não faz sentido dar sobrevida aos presentes autos, uma vez que reconheço inexigibilidade de conduta diversa por parte do transportador das mercadorias, o que conduz fatalmente à improcedência do lançamento.

Nesse sentido, considerando que o CTN autoriza, na ausência de disposição expressa, a extração de princípios insertos no direito público⁴, podemos tecer um paralelismo com a teoria geral da pena, em sua parte que trata da culpabilidade.

4 Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: III - os princípios gerais de direito público;

Ao discorrer sobre a figura da culpabilidade no direito penal, BITENCOURT traz a seguinte definição sobre a “inexigibilidade de conduta diversa”:

“Enfim, após constatada a tipicidade e antijuridicidade da conduta, passar-se--á à análise da culpabilidade, que, contudo, poderá, eventualmente, caracterizar inexigibilidade de conduta diversa, elemento sem o qual não haverá culpabilidade. Exemplo típico dessa situação poderá ocorrer na chamada colisão de deveres, onde o agente deve optar por uma alternativa, isto é, pelo cumprimento de um dever em detrimento de outro, e a sua escolha pode não recair exatamente naquela mais adequada aos fins do Direito, mas, nas circunstâncias, por razões pessoais de tal significação, ser-lhe-ia impossível exigir um comportamento diverso, a não ser que se lhe exija um ato de heroísmo. A colisão de deveres pode, como veremos no tópico seguinte, configurar uma espécie de estado de necessidade, na medida em que todo dever está vinculado a um determinado bem jurídico.”

Convém lembrar que o dia da ocorrência fiscal e transporte das mercadorias celebrava-se feriado nacional – 12 de outubro -, e que, no ano de 2008, para agravar a situação, recaíra em um domingo.

No presente caso, o Auditor Fiscal que laborava no Posto Fiscal de fronteira é testemunha ocular de que as mercadorias estavam deixando este Estado, sendo bastante razoável se dar guarida às argumentações dos recorrentes, especialmente em se tratando de um dia de feriado nacional, domingo, elemento que aumenta a probabilidade de não se lograr êxito em encontrar órgãos públicos – ainda que em regime de plantão - em pleno funcionamento.

Sob tais fundamentos, conheço do recurso Fazendário mas lhe nego provimento para manter o teor da sentença singular, que deu pela nulidade *ab initio* do feito.

Sala das sessões plenárias, em 04 de julho de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - falta de estorno de crédito - infração diversa da descrita no Auto de Infração (Nulidade)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 00386/13

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - ICMS. Processual. Nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração. Manutenção da decisão monocrática que declarou nulo o auto de infração. Decisão unânime.

1. Deve ser mantida a decisão que declarou nulo o lançamento, quando suficientemente motivada;

2. Quando a descrição da infração não coadunar com os demonstrativos anexados ao feito, visto que incompletos e sem coerência entre si, exsurge, naturalmente, a insegurança na determinação da infração.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de fevereiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS, na importância de R\$ 4.913,45 (quatro mil, novecentos e treze reais e quarenta e cinco centavos), em razão da falta de estorno de crédito referente à aquisição de óleo diesel, proporcionalmente às saídas isentas ou não tributadas em relação ao total. Em consequência, é cobrado o imposto na importância original acima destacada, juntamente com os acréscimos legais.

O lançamento compreende o período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, e encontra-se referendado pelos Demonstrativos e documentos contidos nas fls. 15/207.

Indica-se, outrossim, tratar de reatuação do processo nº 3.0270225.880.84, anulado, anteriormente, por incompetência funcional da autoridade autuante.

Constata-se a presença de sujeito passivo solidário, fls. 04, Senhor [...].

Os artigos 60, inciso II, 61, inciso I, alínea "a", e 64 da Lei n.º 11.651/91, c/c o artigo 61, do Decreto n.º 4.852/97, foram indicados como infringidos pelo

contribuinte. Propôs-se, outrossim, como penalidade à falta cometida, o disposto no artigo 71, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 11.651/91, com redação das Leis nºs 12.806/95 e 14.634/03.

Regularmente intimados, apenas o sujeito passivo direto interpõe Impugnação em Primeira Instância, fls. 215/216, sendo lavrado, outrossim, em desfavor do responsável solidário a Termo de Revelia de fls. 213.

Após descrever a autuação, alega que, embora não capitulado nos autos, a base de cálculo do valor devido teve sua fundamentação no consumo de combustível dos caminhões, e não na falta de estorno de créditos, até por que os mesmos foram efetuados.

Complementa: *“O referido auto já se encontra vicioso, **primeiramente pela própria argumentação**, pois segundo os livros fiscais e as próprias planilhas, tais estornos foram realizados rigorosamente, e em segundo lugar, o consumo médio de combustível dos veículos (caminhões) não podem servir de referencial para determinação ou não de estornos de créditos.”* (grifos no original).

Questiona, ademais, a quilometragem considerada pelo autuante, indicando que não reflete a realidade, pois várias variantes não foram considerados, tais como: *“o motor de refrigeração é alimentado pelo diesel (aumenta o consumo), naquele período o percurso Morrinhos a Brasília era de 50 km a mais, em função de (desvios) pelas obras de duplicação da BR-153, os caminhões rodam para oficinas, não foi considerado o trecho trevo Morrinhos à Complem e nem o Trevo de Brasília aos pontos de entrega.”*

Juntam os documentos de fls. 217/226.

Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, por vislumbrar a hipótese de nulidade processual por insegurança na determinação da infração, deixa de apreciar as demais questões suscitadas pelo impugnante.

Destaca que o lançamento encontra-se confuso, não permitindo entender como a autoridade fiscal autuante chegou aos valores do tributo exigidos na peça básica.

Portanto, decide: *“Assim, a descrição da infração não coaduna com os demonstrativos anexados ao feito, visto que incompletos e sem coerência entre si, pois a Auditoria Básica do ICMS não encontra apoio na planilha integrante do processo. Destarte, fica caracterizada a nulidade processual por insegurança na determinação da infração, previsão legal constante do art. 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09.”*

A Representação Fazendária, inconformada com o “*decisum*” monocrápico, interpõe o Recurso nº 001/2012-GERF/SR, fls. 231/233, pugnano pela sua reforma.

Após detalhar, exemplificativamente, os cálculos contidos na auditoria relacionados com o mês de janeiro de 2004, conclui que, de fato, há discrepância entre os valores indicados nas planilhas de cálculo e os transportados para a Auditoria. Enfatiza, no entanto: “*Em que pese as divergências acima apontadas, entendemos que não há insegurança na determinação da infração, e que o correto deveria ter sido a conversão dos autos em diligência para juntada a esse feito dos demais demonstrativos auxiliares da auditoria, e que o próprio autuante ou um revisor estranho à lide esclarecesse, mediante demonstrativos ou nota explicativa, a divergência de valores acima explicitada.*”

Após outras considerações, pugna pela reforma da decisão singular, e o retorno dos autos àquela fase para apreciação de toda a matéria, ou conversão do processo em diligência para fins de revisão.

Intimado para contraditar o Recurso Fazendário, o sujeito passivo o faz às fls. 241/242, ratificando na íntegra todos os argumentos já apresentados. Alega ter promovido os estornos necessários e de forma correta, destacando alguns meses, a título de exemplo.

Conclui: “*Diante dos fatos expostos, temos consciência de que não há o que se falar de “estorno a menor” e nem “excesso de consumo”, razão pela qual requeremos a manutenção da decisão de primeira instância.* (grifos no original).

Este é o relatório.

DECISÃO

Dirigindo-me ao pedido de reforma da decisão cameral, formulado pela Representação Fazendária, e após compulsar os autos, meu entendimento é pelo não acolhimento do mesmo, por observar, à semelhança do julgador singular que existe insegurança na determinação da infração.

Transcrevo as razões contidas na Sentença:

“*compulsando detidamente os autos, verifica-se que a ‘Planilha de Verificação de Créditos a Apropriar’, que se fundamenta nos parâmetros de consumo médio de óleo diesel declarado pelo sujeito passivo (Km/l) e na distância percorrida pelos caminhões transportadores, na ida e volta, entre Morrinhos/GO e Brasília/DF, resulta, após cotejo com o crédito apropriado, em ‘crédito a estornar’.*”

Os valores encontrados de ‘crédito a estornar’ configuram os créditos apropriados indevidamente na escrituração fiscal, visto que o transportador somente pode apropriar dos créditos da aquisição de óleo diesel na medida da prestação de serviço de transporte interestadual, já que a prestação interna de serviço de transporte é contemplada com isenção do imposto, decorrendo que

quaisquer créditos apropriados além do que o contribuinte tem direito relativamente às prestações interestaduais de serviço de transporte são indevidos.

Do total de 'crédito a estornar', a autoridade fiscal autuante deveria considerar os créditos já estornados, conforme constam do livro Registro de Apuração do ICMS, e o resultado final significaria omissão do pagamento do imposto, visto que em todos os meses houve ICMS a recolher.

Entretanto, esse não foi o resultado encontrado pela fiscalização na Auditoria Básica do ICMS, e não percebo a correlação entre o resultado dos cálculos feitos na planilha referida e o resultado da auditoria constante do formulário 'Conclusão'.

O lançamento do crédito tributário está confuso, não permitindo entender como a autoridade fiscal autuante chegou aos valores do tributo exigidos na peça básica deste processo.

Assim, a descrição da infração não coaduna com os demonstrativos anexados ao feito, visto que incompletos e sem coerência entre si, pois a Auditoria Básica do ICMS não encontra apoio na planilha integrante do processo."

O trabalho realizado encontra-se, realmente, inquinado de insegurança na sua determinação. A acusação não confere com os fatos.

Acresço, ainda, às razões explicitadas pelo julgador, o fato de que a reatuação incorreu na falha de indicar a distância percorrida pelos caminhões, no trajeto Morrinhos/Distrito Federal de 490 quilômetros, quando, no processo anteriormente anulado já havia sido feita a correção para a distância de 746 quilômetros, conforme verifica-se às fls. 199/200.

Na verdade, a acusação, salvo melhor explicação, é de aproveitamento indevido de créditos, em função dos cálculos distância / quilômetro por litro, em face de cada Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, e não por falta de estorno proporcional às saídas isentas ou não tributadas. Parece-nos que o autuante confundiu créditos ilegítimos com estorno incorreto.

Destarte, estou convencido de que não se encontram no processo todos os elementos suficientes para a apuração do montante devido, possibilitando, assim, determinar com segurança a infração.

Diante do exposto, acompanhado pela unanimidade dos meus pares, voto, para conhecer do Recurso de Ofício, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão singular que considerou nulo "ab initio" o auto de infração, por insegurança na determinação da infração.

Sala das sessões, em 13 de março de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - ITCD - ausência de laudo de avaliação (Nulidade)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 02555/13

Relator: Conselheiro Rickardo de Souza Santos Mariano

EMENTA: *ICMS. Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por insegurança na determinação da infração. Acolhida.*

A prescrição do art. 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09, respalda a declaração da nulidade do auto de infração quando o lançamento de ofício se apresentar maculado por falha que põe em dúvida o objeto do ato. Portanto, a ocorrência de insegurança na determinação da infração abriga a declaração da nulidade "ab initio" do ato administrativo.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de outubro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pela autuada, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Rickardo de Souza Santos Mariano, Delcídes de Souza Fonseca e Márcio Nogueira Pedra.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que os autuados deixaram de efetuar o pagamento do ITCD, referente aos bens e direitos doados no valor de R\$ 528.804,97 (quinhentos e vinte e oito mil, oitocentos e quatro reais e noventa e sete centavos), ocorrido em 06/2004, referente a diferença de valor venal constata da escritura pública de doação, número de registro 14513 - Registro de Imóvel de Goiatuba, e o valor constante da guia da Prefeitura para a mesma região. Em consequência, deverá pagar o ITCD no valor de R\$ 21.152,19 (vinte e um mil, cento e cinquenta e dois reais e dezenove centavos), juntamente com as cominações legais.

Foi dado como infringidos os arts. 72, caput, 73 e 77 do CTE. A penalidade aplicada foi a do art. 89, inciso II, com a nova redação da Lei nº 13.772/2000.

Foi identificado como coobrigado [...], na condição de doadora, nos termos do art. 82, inciso I, do CTE.

Para comprovação do lançamento foi juntado os seguintes documentos: Cópia da Escritura Pública de Doação aos donatários fls. 06 a 16; Cópia de Guia de Informação ITBI - Inter Vivos como prova de valor corrente por hequitare no município fl. 17.

Os autuados foram devidamente intimados do lançamento fls. 18 a 21.

Os autuados comparece ao processo (fls. 23 a 29), no dia 18 de dezembro de 2009, onde alegam ser donatário e doador respectivamente; que como doadora transmitiu, através de escritura pública de doação, a seus filhos e sobrinho parte partes de terras situadas nas Fazendas Santa Bárbara e Bom Sucesso, localizadas no município de Goiatuba, havida de herança pelo falecimento de seu esposo; que à época, observada a legislação contemporânea procedeu ao recolhimento do imposto, conforme se pode ver das fls. 043; que o ITCD fora recolhido em 31.05.2004, e a escritura de doação lavrada em 07 de junho de 2004 e registrada no CRI e Tabelionato 1º de Notas de Goiatuba em 22 de junho de 2004; que o autuante, sob o argumento de que o imóvel houvera sido avaliado por preço inferior ao preço de mercado, como prova emprestada juntou guia de informação da Prefeitura Municipal de Goiânia - ITBI, de terceiro para fazer prova de que em data posterior ao fato gerador, ocorrera uma transação de venda de imóvel no mesmo município pelo valor de R\$ 1.099.600,00, por uma área de 332,6290 há, o que representaria o valor de R\$ 3.305,62 o ha, sem constar benfeitorias, o que não serve de base para comparação, a firma os impugnantes; que em se tratando de venda de imóvel rural, há de se levar em conta vários fatores em que influem na valorização e/ou desvalorização do bem; que no caso em tela, as terras não possuem benfeitorias e terras que não prestam para a exploração agrícola, o que influencia na desvalorização do imóvel. Assevera que houve a decadência do direito da fazenda pública constituir o crédito, por força do art. 150, § 4º do CTN; que neste caso ocorrera a homologação tácita, não havendo o que se falar de diferença a ser recolhida.

Finaliza, requerendo a nulidade da peça básica ante a insegurança na determinação da infração em razão de ter o autuante embasado o lançamento em escritura pública, sem qualquer assinatura, que serviu como parâmetro para o cálculo do tributo, preço de áreas diferentes da doada. Caso seja ultrapassada a preliminar no mérito, requer seja julgado improcedente o auto de infração pela ocorrência do lapso temporal superior a cinco anos do fato gerador, ocorrendo assim, a homologação tácita.

Acompanham a impugnação, Procuração (fls. 30/31), Escritura de doação (fls. 32 a 39), Memorial Descritivo (fls. 40 a 42); e DARE (fl. 43).

Sobreveio a Sentença singular de fls.46 a 48, pela qual o Julgador conheceu da impugnação, porém, negou-lhe provimento para considerar procedente o lançamento fiscal.

Foi realizada intimação de fl. 49.

A atuada e o sujeito passivo solidário apresentam recurso voluntário (fls. 52 a 63). Os Recorrentes, inconformados com a decisão singular, reiteram a preliminar de nulidade do processo por insegurança na determinação da infração e preliminar de decadência em razão de o lançamento ter sido efetuado após lapso temporal de cinco anos; que houve a homologação tácita em função do prazo que dispõe o fisco para manifestar-se, não o fazendo, ocorre a homologação tácita; que

não há o que se falar em diferença a ser recolhida aos cofres públicos, é o que prescreve o § 1º e 4º do art. 150 do CTN. Colaciona doutrina e jurisprudência como paradigma. finalizam requerendo a nulidade por insegurança na determinação da infração e caso ultrapassada a preliminar, no mérito, seja julgado improcedente o lançamento fiscal em razão da argüição de decadência do direito de a fazenda publica proceder ao lançamento tributário por ter sido efetivamente pago e ocorrido a homologação tácita.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano acolho a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo sujeito passivo, por considerar que o presente feito encontra-se inquinado de vício processual insanável.

A questão relativa à nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração está prevista no Manual de Defesa Fiscal Mínima no Processo Administrativo Tributário deste Estado. Por esclarecedor, transcrevo-abaixo, a título de fundamentação de meu voto, “*verbis*”:

“8.4.4. – NULIDADE POR INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO

Se for o caso, o Contribuinte poderá arguir a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, se constatar que:

a) a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com os demonstrativos ou documentos anexados pelo autuante,

b) a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com a fundamentação legal da suposta infração,

c) ocorreram divergências de valores entre os levantamentos integrantes do lançamento, ou destes com o auto de infração,

d) o lançamento foi instruído com levantamento incompleto, que não confirma a suposta infração objeto da autuação,

e) há insegurança quanto à denominação do produto, ou quanto ao agrupamento de produtos diversos, no levantamento específico, “

Face ao exposto, e considerando-se que a situação esposada nos autos em epígrafe amolda-se ao quarto item, ou seja, “*o lançamento foi instruído com levantamento incompleto, que não confirma a suposta infração objeto da autuação*”, mister se faz acolher a aludida preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo.

Observa-se que falta elementos essenciais para constituição do crédito tributário, não tendo sido elaborado laudo de avaliação e nem foi atendido os requisitos do art. 149 do CTN e da IN 704/04. E, ainda, a avaliação deve considerar

o valor dos bens à época da ocorrência do fato, ocorre que a guia de informação emitida pela Prefeitura de Goiatuba é de três meses após o ocorrido.

O autuante sem qualquer laudo de avaliação ou informação consistente faz sustentar a pretensão fiscal em informação de apuração de ITBI de imóvel diferente e com data posterior a do fato, não demonstrando qualquer correlação de valor ou equivalência das áreas, e se havia ou não benfeitorias.

Dessarte, 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, em 13 de dezembro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - ITCD - insegurança na determinação da base de cálculo (Nulidade)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 01626/13

Redator do Voto: Conselheiro Renato Moraes Lima

EMENTA: Processual. A incidência do ICTD por doação implica a certeza dessa doação, a precisa data de sua ocorrência, bem como do montante doado. Falta de certeza e de liquidez do crédito tributário. Preliminar de nulidade do auto de infração desde o início, arguida pelo Relator, por insegurança na determinação da infração. Acolhida. Decisão unânime.

ITCD. Para a redistribuição de bens anteriormente doados é necessária a previa doação devolutiva em que se desfaçam os efeitos da doação original ou então de revogação da doação anterior, sendo que, para esta última, necessária se faz a caracterização de ingratidão do donatário ou inexecução de encargo por parte deste.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 21 de dezembro 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 José Luiz Rosa, Renato Moraes Lima e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

Narra a acusação fiscal que no Processo de Arrolamento Comum de nº 200602102400, conforme Alvará Judicial e transferências patrimoniais de fls. 90 a 708, consta que a Srª. [...] renunciou 25% (vinte cinco por cento) da meação que lhe coube no óbito de [...], a favor do filho donatário [...] e, por não ter pago o ITCD devido no prazo legal, ficou o donatário obrigado a recolher o ITCD acrescido das cominações legais, conforme Nota Explicativa, Demonstrativo de Apuração do ITCD e documentação comprobatória juntada.

Como dispositivos legais infringidos foram apontados os artigos 72, §§ 2º e 3º, 74, inciso III, 77, §1º, 78, inciso III, 81, inciso II, 82, inciso I, da Lei nº 11.651/91, combinado com o artigo 385, §1º, do Decreto nº 4.852/97, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 89, inciso II, alínea "i", da Lei nº 11.651/91 com redação da Lei nº 13.772/2000.

Foi identificado como sujeito passivo solidário: [...] (fl. 03), na condição de doadora, nos termos do artigo 82, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

O Auto de Infração veio instruído com o Requerimento (fls. 04), cópia da Ordem de Serviço nº 0124/2010 (fls. 05), da Ordem de Serviço nº 0127/2010 (fls. 06), cópia da Renúncia Patrimonial da cónyuge meeira aos filhos (fls. 07/11), cópia da Declaração do ITCD (fls. 12/13), Espólio Otávio Leite 21/09/2007 (fls. 14/19), cópia do Instrumento Particular de doação por antecipação da legítima (fls. 20/27), Relatório dos recolhimentos de ITCD referente às doações recebidas por [...] (fls. 28/36), Demonstrativo do ITCD (fls. 37), Apuração do ITCD - Doação (fls. 38), Balanço Patrimonial [...] e [...] (fls. 39), Demonstrativo das disponibilidades até o evento morte (fls. 40), créditos (fls. 41), estoque gado (fls. 42), estoque agrícola (fls. 43), mútuos ativos (fls. 44), bens imóveis (fls. 45), participação societária (fls. 46), lucro remanescente (fls. 47), passivo (fls. 48/50), Notas Explicativas sobre as quotas da Cooperativa [...] Ltda (fls. 51/54), cópia de documento referente à Notificação Fiscal nº 0283 (fls. 55), cópia do Termo de Transferência (fls. 56/65), cópia de documento à Notificação Fiscal nº 0262 (fls. 66/67), cópia do Contrato de Compra e Venda de Ações e outras avencas (fls. 68/92), cópia de Relatório com o fornecedor e o respectivo valor (fls. 93), cópia do Extrato de Conta Corrente (fls. 94), posição de operações financeiras para simples conferência (fls. 95), cópia do movimento da conta corrente (fls. 96), cópia de documento c/ a transferência numerário (fls. 97/114), aviso individual de pagamento (fls. 115), cópia do Diário Geral (fls. 116/137), cópia da Nota Explicativa referente aos lucros remanescentes (fls. 139/140), Demonstração das mutações por patrimônio líquido (fls. 141), cópia do Boletim de Subscrição (fls. 142), demonstração do resultado e das origens e aplicações dos recursos (fls. 143), Notas Explicativas sobre a desconsideração do valor empréstimo mútuo informado no Processo de Arrolamento (fls. 144/145), resposta à Notificação Fiscal nº 0895-2010 (fls. 146/147), cópia do AR (fls. 148), cópia da Notificação Fiscal nº 0895-2010 (fls. 149), Demonstrativo da liquidação financeira - empréstimos liberados (fls. 150), cópia da Notificação Fiscal nº 021/2007 (fls. 151), cópia do Razão Analítico de Julho/2006 (fls. 152), cópia do Balanço Patrimonial (fls. 153), Demonstração do Resultado (fls. 154), cópia do Instrumento Particular de doação por antecipação da legítima (fls. 155/169) e cópia de Processo - Vara da Família e Sucessões e seus anexos (fls. 170/1238).

O sujeito passivo direto e a solidária foram intimados em Primeira Instância, conforme documentos de fls. 1240/1243.

Às fls. 1246/1259, os sujeitos passivos ingressam com Impugnação à Primeira Instância onde alegam, em preliminar, cerceamento ao direito de defesa, por não haver coincidência entre a descrição do fato que fundamenta o auto de infração e as peças de auditoria básica que servem para dar-lhe sustentação e insegurança na determinação da infração porque não se sabe se o fato gerador é a transferência de bens às empresas do grupo familiar para pagamento das dívidas do espólio ou os lucros apurados no balanço da empresa *holding*. No mérito, argumentam que não existe no processo de inventário um ato ou palavra sequer sobre renúncia de meação ou de herança por parte da meeira ou de herdeiros e que tratam de transferência de bens às empresas da família do autor da herança com o fim específico de compensar dívidas deixadas pelo *de cujus*. Acrescentam que a participação do inventariado no capital da *Holding* em 24/12/1997 era de apenas 19,33% e não 100% como foi considerado pela acusação. Asseveram que a diferença apurada entre o monte mor declarado pelos herdeiros e o balanço

patrimonial levantado pela fiscalização é o valor de lucros acumulados na empresa [...] S/A. Informam que todas as ações da empresa [...] S/A foram transferidas integralmente aos herdeiros desde 1997, pertencendo a eles, portanto todo o Patrimônio Líquido e, a exigência do ITCD sobre o lucro acumulado incorre em bitributação. Pedem a nulidade do auto de infração, não sendo o caso, solicitam diligências por auditor estranho a lide para revisão do lançamento e comprovação da ocorrência do bis in idem; ao final pedem a improcedência do lançamento.

Instrui a peça defensoria a Procuração (fls. 1260/1261), cópia da Identidade Profissional do Procurador (fls. 1262), cópia da Apuração do ITCD - Doação (fls. 1263/), cópia do Demonstrativo do ITCD (fls. 1264), cópia do Balanço Patrimonial [...] e [...] (fls. 1265), Demonstrativo das disponibilidades até o evento morte (fls. 1266), créditos (fls. 1267), estoque gado (fls. 1268), estoque agrícola (fls. 1269), mútuos ativos (fls. 1270), bens imóveis (fls. 1271), lucro remanescente (fls. 1272), passivo (fls. 1273/1275), participação societária (fls. 1276), cópia do Alvará Judicial (fls. 1277), cópia de peça direcionada a 1ª Vara da Comarca de Goianésia-Go (fls. 1278/1300), cópia das prestações de contas do autuado (fls. 1301/1313), cópia do depósito judicial ouro (fls. 1314), cópia do demonstrativo de participação societária (fls. 1315), cópia da composição do capital social (fls. 1316) e cópia do Registro de Ações Nominativas (fls. 1317/1330).

O Julgador Singular prola a Sentença nº 1726/2011 de fls. 1332/1334 e declara Improcedente o auto de infração.

Fundamenta sua decisão aduzindo que no Demonstrativo do ITCD, fls. 37, do Balanço Patrimonial Ajustado, realizado pela fiscalização, restou caracterizado que o Resultado Participação do Lucro da [...] S.A. está contido no ativo da empresa e, portanto, compõe o patrimônio líquido da pessoa jurídica. Pela apuração do valor venal dos bens que compõem o patrimônio do de cujus, tanto na forma apurada pela fiscalização, como na forma prevista na lei, chega-se facilmente à conclusão que os frutos das ações doadas pelos usufrutuários, caracterizado pela conta lucros acumulados, comporia o próprio valor das ações da empresa [...] S/A, no momento da apuração da base de cálculo para cobrança do ITCD na extinção do usufruto. A concordância da meeira e dos demais herdeiros no processo de arrolamento visa atender não apenas a legislação civil como a própria legislação tributária, conforme preceitua o disposto no artigo 377, §§ 7º e 10, do Decreto nº 4.852/97. Ademais, o procedimento para apurar o valor venal das ações de empresa constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, não autoriza à fiscalização tributária entender que a meeira deva fazer a retirada compulsória dos frutos ou inferir pela sua ausência que houve distribuição dos lucros acumulados aos sócios em razão da morte do outro cônjuge. Também não é pela simples falta da palavra renúncia nos documentos indicados pela defesa que conclui que não houve doação, pois não é a utilização literal do termo "renúncia" que caracteriza a doação, mas porque não se encontra nos autos qualquer documento ou sinal que comprove a doação, ou mesmo que autoriza a inferi-la. Ressalta que não se comprova nos autos a distribuição dos lucros acumulados aos nus proprietários caracterizando doação, nem retirada desses lucros pela usufrutuária e posterior doação aos filhos, os valores são meramente

contábeis. Portanto, como o lançamento não cumpriu o disposto no artigo 160 do Código Tributário Estadual, decide pela improcedência do auto de infração.

Discordando da decisão singular, a Representação Fazendária interpõe Recurso de fls. 1338/1340 afirmando que está sobejamente comprovado conforme apurado pela fiscalização, e detalhadamente demonstrado nas notas explicativas anexas a exordial, que a Sr^a. [...] inequivocamente renunciou a 25% de parte da meação que lhe coube quando do óbito do Sr. [...], em favor do filho donatário, conforme Alvará Judicial e transferências patrimoniais indicadas às fls. 90/708 do processo de arrolamento comum nº 200602102400. Acrescenta que a fiscalização constatou que da análise dos documentos acostados no mencionado processo de arrolamento, o inventariante [...] requereu Alvará Judicial para alienação e/ou cessão dos bens, direitos e obrigações inventariados, sendo que os bens, direitos e obrigações restantes foram parcialmente renunciados à Investidora *Holding [...] S/A* e à empresa investida [...] Agropecuária Ltda, todas do Grupo [...]. Esclarece que com a transferência desse patrimônio do casal, inclusive dos lucros acumulados da *Holding [...] S/A*, às empresas do Grupo [...], nasce indubitavelmente à obrigação tributária concernente ao ITCD, tanto o relativamente à *causa mortis*, quanto o referente à renúncia de parte da meação. Asseveram que houve recolhimento do ITCD em 24/03/2010, sobre a base de cálculo, referente ao 50% do monte mor, no valor de R\$ 3.946.716,50, quando na realidade o monte mor, na data de 14/07/2006, correspondia ao valor de R\$ 34.646.562,98. Portanto, o valor da base de cálculo para efeito de cobrança de ITCD será de 50% da meação, o que equivale a R\$ 17.323.281,49 menos à parte não renunciada, de R\$ 3.061.829,35, perfaz um valor líquido total renunciado de R\$ 14.261.452,14. Pede, ao final, que seja julgado procedente na íntegra o lançamento tributário.

O sujeito passivo direto e a solidária foram intimados da decisão singular, conforme se vê às fls. 1342/1344.

Às fls. 1347/1353, os sujeitos passivos apresentam Contradita requerendo a improcedência do auto de infração, argumentando, para tanto, que os bens foram transferidos de forma regular e sem provocar qualquer alteração que pudesse modificar a base de cálculo do ITCD incidente sobre o patrimônio inventariado, sendo que os bens transferidos às empresas da família se deram pelos seus valores de mercado, que a própria fiscalização aceitou e serviram para quitar as dívidas do de cujus amplamente comprovadas no processo de inventário e, também estas, aceitas pelo fisco. Asseveram que as ações das empresas foram avaliadas pelos valores reais de mercado, tendo em vista que os fiscais sequer questionaram sobre o valor do patrimônio líquido da *Holding [...] S/A* que abarca todas as participações societárias relevantes da família. Reiteram que não há coincidência entre a descrição do fato que fundamenta o auto de infração e as peças de auditoria básica que amparam a acusação. Informam que a participação do inventariado no capital da *Holding* em 24/12/1997 era de apenas 19,33% e não 100% como foi considerado pela acusação. Sustentam que todas as ações da empresa [...] S/A foram transferidas integralmente aos herdeiros desde 1997, pertencendo a eles, portanto todo o Patrimônio Líquido e, a exigência do ITCD sobre o lucro acumulado incorre em bitributação.

É o Relatório.

DECISÃO

De todo o exposto nos autos observa-se que:

1. em 24/12/1997 o senhor [...] e sua esposa, [...], arrolada nestes autos como solidária, doaram, em partes iguais, todos os seus bens, no valor total R\$ 28.273.239,07 (vide fls. 164, Cl. 1.^a), a título de antecipação da legítima, a seus quatro filhos comuns, [...], sujeito passivo direto nos presentes autos, e também [...], [...] e [...], conforme consta do instrumento particular de fls. 163 a 169;

2. naquele ato ficou também instituído o direito de usufruto de todos os bens pelos doadores, implicando a percepção dos rendimentos de qualquer natureza, inclusive lucros, dividendos e juros sobre o capital próprio, bem como direitos de voto e administração dos mesmos (vide Cláusula 1.^a, § 1.^o, fls. 166);

3. em 03/01/2005 foi feito um instrumento particular complementar de doação, fls. 155 a 162, também a título de antecipação da legítima;

3.1. embora conste que ficava ratificado o ato anterior (vide último parágrafo das fls. 157), citando os donatários e a doadora daquele ato anterior como apenas anuentes, foi REDISTRIBUÍDO o patrimônio do casal (vide penúltimo parágrafo das mesmas fls. 157), o que implica que nenhum deles tenha sido de forma efetiva apenas anuente, e que esse segundo ato complementaria o primeiro, alterando-lhe os itens que se apresentaram em ambos de forma conflitante, e também acrescentando-lhe novos itens acordados, pois tornou-se também donatário o Sr. [...];

3.2. sobre esse aspecto, somente é cabível a revogação de doação por ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo, conforme disposto no CC, Art. 555, o que, por não ser o caso em tela, implica em doação devolutiva parcial dos bens nos montantes em que foram redistribuídos e nova doação complementar para se chegar aos valores finais doados, indicando que esses documentos não espelham a realidade dos fatos como previsto em lei;

4. da leitura conjunta dos dois instrumentos de doação tem-se que:

4.1. do patrimônio total, coube para o donatário [...] 8,5% do total (vide 157, penúltimo parágrafo), o que significou em valores da época R\$ 4.087.294,65, e para cada donatário filho da doadora 22,875%;

4.1.1. isso implica que cada donatário filho da doadora tenha efetuado doação devolutiva de $\frac{1}{4}$ (um quarto) desse valor, ou seja, de R\$ 1.021.823,66, para poder viabilizar a redistribuição (o valor total atualizado até essa data era R\$ 48.085.819,41, e o valor de cada donatário filho da doadora passou de R\$ 12.021.454,85 para R\$ 10.999.631,20);

4.2. por morte do doador criar-se-ia uma obrigação mensal vitalícia, em favor da doadora, imposta ao(s) donatário(s):

4.2.1. [...], de R\$ 2.125,00 reajustável pela variação do dólar americano, retroativamente a partir de 24/12/1997, conforme o instrumento complementar de doação, Cl. 9.^a, § 1.^o I, fls. 160;

4.2.2. filhos da doadora, em conjunto, de R\$ 25.000,00, reajustável pela variação do dólar americano, conforme o instrumento original de doação, Cl. 9.^a, § 1.^o, I, fls. 167;

4.3. alternativamente à instituição dessas obrigações mensais vitalícias em favor da doadora, poderia ser mantido o direito de usufruto, ainda que de forma parcial (vide fls. 160, Cl. 9.^a, § 2.^o, e fls. 168, Cl. 9.^a, § 2.^o), o que significa dizer que seriam mutuamente excludentes a implementação das obrigações mensais vitalícias citadas e a permanência do usufruto, se integral;

5. em 14/07/2006 veio a falecer o doador, conforme consta das fls. 209, 2.^o parágrafo;

6. em 08/08/2006 ocorreu uma reunião entre todos os herdeiros e a meeira, conforme ata de fls. 442 a 447, onde todos acordaram em alienar todos os ativos e passivos para as empresas operacionais do grupo, de modo que os bens, direitos e obrigações vinculados à atividade agropecuária foram transferidos à empresa [...] e os demais bens imóveis, ações e outros bens e direitos e obrigações foram transferidos à empresa [...];

7. também nessa reunião ficou estabelecida uma obrigação mensal vitalícia em favor da viúva, Sr.^a [...], porém, ao contrário do que foi anteriormente previsto, em valor superior, US\$ 25.000,00, e sem indicação de quais seriam os obrigados e em quais montantes impostos a esses obrigados (vide fls. 445, item 05);

8. a acusação fiscal é de não pagamento do ITCD relativo à renúncia de 25% da meação da solidária [...] em favor do seu filho, o sujeito passivo direto, [...], conforme estaria disposto no processo judicial de arrolamento n.º 200602102400 (vide primeiras declarações, fls. 209 a 229, e contestação, no processo de arrolamento, da base de cálculo do ITCD obtida em levantamento fiscal, 950 a 962);

9. com base nas notas explicativas de fls. 07 a 11 e Conclusão do Levantamento, fls. 37 e 38, foram indicados pela fiscalização os valores que se seguem, em 15/11/2006, a título de liquidação da reclamação fiscal:

(a) Ativo:	43.672.440,27 (sendo 25.303.991,88 de lucros ajustados do usufruto)
(b) Passivo:	9.025.877,24

(c = a – b) Patrimônio Líquido (PL):	34.646.563,03
(d = c / 2) Patrimônio relativo à meação:	17.323.281,49
(e) Patrimônio que permaneceu com a meeira (solidária):	3.061.829,35
(f = d – e) Patrimônio renunciado:	14.261.452,14
(g = f / 4) Patrimônio renunciado em favor do autuado (BC):	3.565.363,04
(h) Alíquota do ITCD:	4%
(i = g x h / 100) ITCD reclamado:	142.614,52

10. esse levantamento espelha o patrimônio superveniente do casal havido a partir da primeira doação, de 24/12/1997, como frutos dos bens doados;

10.1. causa alguma estranheza que R\$ 48.085.819,41 em 03/01/2005 tenham gerado lucro total de R\$ 34.646.563,03 até 15/11/2006, ou seja, aproximadamente 72% em 22,5 meses, ou uma rentabilidade média mensal por remuneração composta de capitalização mensal de 2,440 976 947 4% $(1,024409769474 = [1/25] \times \log \{ [48.085.819,41 + 34.646.563,03] \div 48.085.819,41 \})$, o que, entretanto não chega a merecer descrédito;

11. uma vez que estabelecida a obrigação mensal vitalícia em favor da doadora, Sr.^a Marilda, de US\$ 25.000,00, ficou subentendido pela fiscalização que extinguiu-se o usufruto, o que, entretanto, não restou evidenciado nos autos uma vez que:

11.1. tenha sido, por outro lado, prevista a possibilidade de manutenção, ainda que parcial, do usufruto, e corrobora a possibilidade de que isso tenha ocorrido o fato de que a mesma permaneceu detentora de uma ação da [...] e como presidente daquela empresa, conforme comprovado às fls. 444, parte final do item 1;

11.2. na reunião que estabeleceu essa obrigação mensal vitalícia, foi também acordada a transferência de ações de uma cooperativa de crédito e de um banco, respectivamente nos valores R\$ 1.270.207,04 e R\$ 110.595,14 (vide fls. 444, item 04), sem ficar claro se essa transferência de ações se deu em troca e condicionada à extinção do usufruto ou não;

11.3. por outro lado, o estabelecimento de obrigações mensais vitalícias aquém do que foi inicialmente previsto justificaria a possibilidade de manutenção do usufruto, ainda que de forma parcial, mas sendo a obrigação estabelecida em montante superior ao previsto, reforça o entendimento adotado pela fiscalização de que o usufruto tenha sido levado a termo;

12. o usufruto foi estabelecido em 24/12/1997 e estendeu-se pelo menos até 14/07/2006, data da morte do doador, conforme fls. 209, 2.^o parágrafo, entretanto se houve a extinção do mesmo é mais provável que tenha se dado em 08/08/2006, quando houve a transferência dos ativos e passivos para as empresas operacionais do grupo, conforme fls. 442 a 447 – há, portanto, incerteza sobre se

houve a extinção do usufruto, incerteza sobre quando esta ocorreu e também se essa extinção foi total ou parcial, bem como sobre o percentual dessa parcialidade. Tais aspectos conferem ao crédito tributário iliquidez e, até mesmo, incerteza;

13. adicionalmente, até mesmo no período em que há certeza de que houve o usufruto, 24/12/1997 a 14/07/2006, não se sabe se os senhores [...] e [...] receberam dividendos obrigatórios e, se receberam, quanto foi o montante recebido – isso por que não há tal obrigatoriedade para empresas de capital fechado, conforme a Lei n.º 6.404/76, Art. 202, § 3.º, inc. II; caso não tenha sido distribuído qualquer dividendo no período citado, quando se deu a transferência dos ativos e passivos, todo o montante de dividendos capitalizados para a [...], da qual a Sra [...] não é dona e para a [...], da qual a mesma somente possui uma ação, IMPLICARAM EM DOAÇÃO (exceto o valor dessa ação da [...]); caso tenha sido distribuído algum dividendo no período citado, implicou em doação apenas a diferença havida entre os montantes de dividendos capitalizados às duas empresas e esse montante de dividendo já anteriormente recebido – isso não foi demonstrado na acusação fiscal, o que é mais um motivo de iliquidez do crédito tributário.

Em virtude dessa iliquidez e, até mesmo da incerteza, ficou justificada a nulidade do feito, em votação unânime, por insegurança na determinação da infração, e, com base no Dec n.º 6.930/2009, Regimento Interno do CAT, Art. 34, parágrafo 3.º, inciso II, redigi o presente acórdão.

Sala das sessões plenárias, em 10 de setembro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - mercadorias desacobertadas em estoque - optante pelo simples nacional (Nulidade)

ACÓRDÃO DA I CJUL N.º 01582/13

Relator: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - PROCESSUAL. Preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração. Acolhida. Decisão unânime.

1. O lançamento do crédito tributário devido por empresa optante pelo 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 nºs 030/2008 e 051/2008;

2. Os atos processuais, praticados pelas autoridades administrativas, com insegurança na determinação da infração, nos termos do artigo 20, inciso IV, da Lei 16.469/09, são declarados nulos;

3. Deve ser declarado nulo o lançamento do crédito tributário, que não observar a legislação de regência do tributo vigente à época da ocorrência dos fatos.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 24 de junho de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por incompetência funcional das autoridades lançadoras. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana. Por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida pelo Conselheiro Relator, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Participaram do julgamento os Conselheiros Heli José da Silva, José Pereira D'abadia e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, extrai-se que em 27 de maio de 2.009, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, formalizando nele a exigência de ICMS, multa e demais acréscimos legais, pelo fato do autuado manter em estoque sem documentação fiscal, em 25 de março de 2009, mercadorias relacionadas no Termo de Trancamento anexo, no valor comercial de aquisição de R\$ 111.026,29 (cento e onze mil, vinte e seis reais e vinte e nove centavos), conforme apurado em Auditoria Específica de Mercadorias, documentos em anexo. Em consequência, deverá pagar o imposto na importância de R\$ 18.874,46 (dezoito mil, oitocentos e

setenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), juntamente com os acréscimos legais.

Juntou-se aos autos os documentos relacionados com a auditoria realizada, fls. 04/23.

Foram indicados como infringidos os artigos 45, inciso II, e 66, ambos da Lei nº 11.651/91, c/c o artigo 145, do Decreto nº 4.852/97, sendo proposta a penalidade do artigo 71, inciso VII, alínea “i”, e § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91, com redação da Lei nº 16.241/08.

Foi indicado como solidário o sócio administrador Sr. [...], fls. 05.

O sujeito passivo apresentou Impugnação em Primeira Instância, alegando que o autuante lançou valores aleatórios e que não correspondem ao volume das suas operações mercantis, até porque encontra-se enquadrado no SIMPLES pela legislação em vigor. Tergiversa, a seguir, a respeito da doutrina, legislação e jurisprudência que entende amparar seu direito.

Pugna, ao final, pela nulidade do auto de infração.

O Julgador Singular não acolhe os argumentos apresentados pelo sujeito passivo, e julga procedente o lançamento, por intermédio da Sentença n.º 3.547/10 - JUIP, fls. 38/40.

O atuado, inconformado com a decisão singular, apresenta Recurso Voluntário, fls. 49/55, no qual argui, preliminarmente, nulidade do lançamento por incompetência funcional da autoridade autuante, alegando que o auto de infração foi lavrado pela motorista do veículo, e não pela autoridade competente.

Reitera, respaldado em artigos doutrinários e jurisprudenciais, os argumentos já declinados na fase impugnatória.

Requer, por derradeiro, a nulidade do lançamento.

Este é o relatório.

DECISÃO

De início, há que se manifestar a respeito da nulidade suscitada pelo recorrente, de incompetência da autoridade lançadora.

Em consenso unânime com meus pares, rejeito-a.

Não há que se falar em incompetência funcional, haja vista que todo o trabalho foi desenvolvido por Auditor Fiscal da Receita Estadual II – AFRE II, nos precisos contornos da competência que lhe confere o artigo 4º, inciso, II, da Lei nº 13.266, de 16 de abril de 1998, que institui a carreira do Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, e dá outras providências.

MÉRITO

Destaco, antes de adentrar ao mérito do presente lançamento, que verificando a situação cadastral do sujeito passivo, detectei que o mesmo encontrava-se, no período autuado, enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, desde 1º de julho de 2007, tendo os Extratos PGDÁS confirmado tal situação.

Cumpra 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 quanto à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias (artigo 1º, inciso I).

A referida Lei Complementar atribui ao Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 04 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 02 (dois) dos Estados e do Distrito Federal, e 02 (dois) dos Municípios, a competência para tratar dos aspectos tributários decorrentes do tratamento diferenciado por ela estabelecido (artigo 2º, inciso I).

O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), por seu turno, aprovou a Resolução CGSN nº 030, de 07 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.

O parágrafo 2º, do artigo 9º, da Resolução CGSN nº 30, dispõe:

“§ 2º. Não serão observadas as disposições da Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008, 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, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008) (Vide art. 26 da Resolução CGSN nº 50, de 2008).

No presente caso, observa-se que irregularidade detectada pelo Fisco originou-se da elaboração de levantamentos na escrita fiscal do sujeito passivo, em especial a Auditoria Específica de Mercadorias, situação que, no meu entender, não é alcançada pela exceção prevista no § 2º, do artigo 9º, da Resolução CGSN

nº 030, de 07 de fevereiro de 2008, acima transcrita, e que estabelece que não serão observadas as 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, caso em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

Concluo, portanto, que o lançamento contido nos autos não se reporta a atividade de fiscalização de trânsito e similar. Outrossim, as verificações que processei em relação ao sujeito passivo, não deixam dúvidas de que no período fiscalizado o mesmo encontrava-se enquadrado no SIMPLES NACIONAL.

Assim, entendo que a omissão detectada no auto de infração deve, S.M.J., ser apurada nos termos das Resoluções CGSN nº 030/2008 e 051/2008, situação que não foi observada pelo autor do procedimento fiscal, ficando, portanto, caracterizada a insegurança na determinação da infração prevista no artigo 20, inciso IV, da Lei nº 16.469/09, que regula o Processo Administrativo Tributário.

Em razão do exposto, arguo e acolho, em consenso unânime, a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, declarando, consequentemente, nulo "*ab initio*" o lançamento.

Sala das sessões, em 28 de agosto de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança - nota fiscal inidônea - falta de comprovação da reutilização (Nulidade)

ACÓRDÃO DA III CJUL N.º 02579/13

Relator: Conselheiro Edson Abrão da Silva

EMENTA: *Preliminar de nulidade da peça básica, arguída pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Acolhida.*

As autoridades administrativas competentes que executarem suas tarefas funcionais com insegurança na determinação da infração, nos termos do art. 20, inciso IV, § 3º da Lei nº 16.469/2009, asseguram a declaração da nulidade dos seus próprios atos desde o seu início.

ACÓRDÃO - A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 05 de setembro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

A acusação fiscal registrada no auto de infração descreve o fato com a seguinte redação:

Transportava mercadorias no valor comercial de R\$ 86.584,20 (oitenta e seis mil, quinhentos e oitenta e quatro reais e vinte centavos), acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 36.114, 36.115 e 36.116, consideradas inidôneas por terem surtido os seus efeitos fiscais, pois o prazo para o trânsito com as mercadorias se achava expirado no momento da ação fiscal, conforme registra o Termo de Apreensão nº 1100113988-6 e documento em anexo. Em consequência, deverá pagar o ICMS na importância de R\$ 10.390,10 (dez mil, trezentos e noventa reais e dez centavos), mais as cominações legais.

A autoridade lançadora indicou os arts. 46, inciso I, alínea "b"; 64; 66 e 67, inciso IV da Lei nº 11.651/91, para suporte da infração descrita no auto de infração. Em seguida, propôs a penalidade prescrita no art. 71, inciso VII, alínea "d", agravada com a aplicação do § 9º, inciso I do CTE.

O auto de infração está instruído com os seguintes documentos: Detalhamento do Crédito Tributário, sendo o período atuado 10/2009, fl. 02, Ordem de Serviço, fl. 03, Espelho Cadastral, fl. 04 e Documentos Fiscais, GTA e TAD, fls. 05 a 14.

O sujeito passivo impugna o lançamento tributário na primeira fase de defesa, fls. 18 a 23 e argui a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, pois falta sintonia entre a redação e os dispositivos legais apontados como infringidos. Reproduziu a legislação, afirmou que as nota fiscais foram emitidas em 14/10/2009 e a lavratura do auto de infração aconteceu em 17/10/2009, acresce que falta motivação ao auto de infração e que, pelas normas legais em vigor, o prazo de validade dos documentos é de 03 dias. Juntou documentos e requereu a improcedência.

O julgador singular, fls. 35 a 37, rejeitou a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração e, no mérito, decidiu pela procedência do auto de infração.

O sujeito passivo, fls. 42 a 52, recorreu da decisão singular para fundamentar que a recorrida sentença não observou as provas e os argumentos da defesa, o que feriu o contraditório e a ampla defesa, portanto, ela é nula. Alegou nulidade do auto de infração porque existe insegurança na determinação da infração por falta de sintonia entre a redação e os dispositivos legais apontados como infringidos.

No mérito acrescentou que a autuação não tem motivação idônea e pertinente e que não houve no presente caso prejuízo ao erário. Ao final, requereu a nulidade ou improcedência do lançamento.

DECISÃO

A autuação foi motivada pela acusação fiscal de que as Notas Fiscais nºs 36.114, 36.115 e 36.116, que acobertavam o trânsito das mercadorias, estavam com o prazo de validade vencido. Por isso, elas foram consideradas inidôneas, por terem surtido os seus efeitos fiscais e, também, por terem sido consideradas que foram utilizadas em data anterior.

A fiscalização não comprovou que a empresa emitente reutilizou os referidos documentos, conforme determina o art. 67 da Lei nº 11.651/91 – CTE, que transcrevo:

“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;

II - não contenha as indicações necessárias à perfeita identificação da operação ou da prestação, que enseje a falta do pagamento do imposto devido na mesma;

III - embora atendendo aos requisitos formais, tenha sido emitido por contribuinte em situação cadastral irregular ou por quem não esteja autorizado a fazê-lo;

IV - já tenha surtido os respectivos efeitos fiscais ou tenha sido adulterado, viciado ou falsificado;

V - esteja desacompanhado de documento de controle exigido na forma do regulamento;

VI - discriminar mercadoria ou serviço que não corresponda ao objeto da operação ou da prestação;

VII - resulte na consignação de valor, quantidade, qualidade, espécie, origem ou destino diferentes nas suas vias;

VIII - embora atendendo a todos os requisitos, esteja acobertando mercadoria encontrada na posse de pessoa diversa daquela nele indicada como sua destinatária.

ACRESCIDO O PARÁGRAFO ÚNICO AO ART. 67 PELO ART. 1º DA LEI Nº 11.750, DE 07.07.92 - VIGÊNCIA: 01.03.92.

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.” (Grifado)

O fato de as notas fiscais terem o prazo de validade vencido, não há sinalização de que elas foram reutilizadas.

Além disso, a penalidade específica para o caso não é a que foi proposta no auto de infração – Art. 71, inciso VII, alínea “d” do CTE e sim a do art. 71, inciso VII, alínea “f” do CTE que dispõe sobre o prazo de validade vencido.

Estas ocorrências causam a insegurança na determinação da infração e causam modificação na constituição do crédito tributário do seu início.

Além dessas considerações, para delongar sobre os esclarecimentos e para prevenir futuras colocações, vejo que, no mérito, também assiste razão ao recorrente, porque da coleta dos dados constantes dos documentos fiscais, observei que o transporte do gado bovino estava sendo feito dentro do prazo de validade – 1 dia para todas as notas fiscais, ou seja;

Nota Fiscal nº 36114 data de emissão 14/10/09

Data da saída 15/10/09, fl. 05

Data da apreensão 16/10/09

Data do Termo de Apreensão 16/10/09.

Este exemplo vale para os demais documentos fiscais apreendidos.

Por estas razões, acato a preliminar de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração, visto a falta de sintonia entre a redação do fato descrito no auto de infração e os dispositivos fiscais apontados pela fiscalização e declaro nulo “ab initio” o processo.

Sala das sessões, em 18 de dezembro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança e cerceamento - crédito indevido - acusação diversa da infração detectada (Nulidade)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01790/13

Relator: Conselheiro David Fernandes de Carvalho

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa. Acolhida. Decisão unânime.

É nulo por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa o processo em que a descrição do fato e a capitulação legal da infração e da penalidade não guardem consonância com a realidade da atuação, visto que as provas anexadas ao feito tratam de infração e penalidade diversas das constantes do auto de infração (art. 20, III e IV, da Lei nº 16.469/09).

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 06 de setembro de 2013, decidiu, por unanimidade e 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 David Fernandes de Carvalho, Aguinaldo Fernandes de Melo e Renato Moraes Lima.

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS, na importância de R\$81.191,01, em 2007; R\$68.001,66, em 2008; e, R\$241,00, em 2009, em razão da escrituração indevida de valores, a título de crédito, referente a notas fiscais de aquisição interestadual, cujo ICMS foi apropriado num percentual superior ao destacado nas referidas notas fiscais. Em consequência, deverá pagar o ICMS omitido, juntamente com penalidade e acréscimos legais, conforme demonstrativo e documentos anexos.

Nomeou-se solidário a pessoa de [...], por ter concorrido para a prática da infração, na qualidade de contabilista (art. 45, XIII, do CTE).

Foram citados como dispositivos legais infringidos os arts. 58, § 3º, II e 64 da Lei nº 11.651/91 – CTE c/c arts. 46, § 1º, IV e 57, IV, do Decreto nº 4.852/97 – RCTE. A penalidade proposta é a tipificada no art. 71, IV, “a”, do CTE com a redação conferida pela Lei nº 14.634/2003.

Para instrução processual, juntou-se ao feito a Auditoria das Saídas Registradas e do Documentário Emitido dos exercícios de 2007, 2008 e 2009, acompanhadas do Demonstrativo Relação dos Documentos Fiscais Emitidos;

juntou-se as 5^{as} vias (vias do fisco) das notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo principal; e, cópia do livro Registro de Saídas dos meses em apreço, dos exercícios de 2007, 2008 e 2009.

Intimados na forma legal, os sujeitos passivos comparecem ao feito em primeira instância, mediante manifestações separadas, em que argumentam o seguinte:

1) pelo sujeito passivo principal: que a multa aplicada não segue os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apresentando caráter confiscatório, e que a utilização da taxa Selic para cálculo dos juros também é inconstitucional;

2) pelo sujeito passivo solidário: aduz que o contabilista somente responde pela obrigação tributaria devida em razão de atos por eles praticados com dolo ou má-fé, o que não se encontra provado nos autos. Além disso, traz os mesmos argumentos feitos pelo outro sujeito passivo de que a multa apresenta caráter confiscatório e que a taxa Selic não se presta a aplicação dos juros.

Pedem a improcedência do auto de infração, a exclusão do solidário da lide, e que se afaste sobre o débito atualizado a incidência da multa abusiva aplicada.

Ato contínuo, o julgador singular decidiu pela procedência da ação fiscal, com exclusão do solidário da lide.

A Fazenda Pública interpõe recurso de ofício postulando a reinclusão do solidário no polo passivo da lide, sendo que regularmente intimados na pessoa de seus advogado, comparece ao processo apenas o sujeito passivo principal, oferecendo contradita ao recurso interposto pela Fazenda Pública Estadual, em que pleiteia a manutenção da sentença singular em relação à exclusão do processo do sujeito passivo solidário, argumentando ainda, que em relação ao suposto caráter confiscatório da multa e dos juros exigidos, que reitera o pedido formulado por ocasião da apresentação de impugnação em primeira instância.

DECISÃO

No presente feito, fazendo-se leitura do relatório do presente acórdão, já se percebe a confusão do autuante, o que me leva a arguir a preliminar de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração.

Com efeito, o autuante faz a mesma descrição do fato contida no auto de infração nº 4011203657940, e cita os mesmos dispositivos legais infringidos e a mesma penalidade.

Entretanto, as provas contidas nos autos referem-se não ao creditamento indevido (creditamento a maior no livro Registro de Entradas em relação ao ICMS

destacado nas notas fiscais de aquisição de mercadorias), próprio daquele processo administrativo tributário, e que foi repetido no presente.

As provas deste auto de infração dizem respeito ao débito a menor no livro Registro de Saídas em relação ao ICMS destacado nas notas fiscais de saídas emitidas pelo próprio autuado.

Assim, apreciando o feito juntamente com meus pares, concluímos que a decisão que melhor se presta a solucionar a presente lide é declarar sua nulidade.

Portanto, é nulo por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa o processo em que a descrição do fato e a capitulação legal da infração e da penalidade não guardem consonância com a realidade da autuação, visto que as provas anexadas ao feito tratam de infração e penalidade diversas das constantes do auto de infração (art. 20, III e IV, da Lei nº 16.469/09).

Posto isso, conheço do recurso de ofício interposto pela Fazenda Pública, nego-lhe provimento, para julgar nulo *ab initio* o presente processo, pelas razões já expostas.

Sala das sessões, em 27 de setembro de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança na determinação da base cálculo - mercadorias desacobertadas (Nulidade)

ACÓRDÃO DA I CJULT N.º 01205/13

Relator: Conselheiro Márcio Nogueira Pedra

EMENTA: *ICMS. Obrigação principal. Mercadorias sem documentação fiscal em estabelecimento não cadastrado. Arbitramento de valores. Impossibilidade sem observar a determinação contida no Art. 148 do CTN. Insegurança. Acatamento unânime.*

1 - Nos termos do artigo 148 do CTN, a autoridade fiscal está autorizada a arbitrar valores de bens, serviços ou direitos, quando for constatado que são omissos ou não merecem fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo.

2 - O arbitramento deve ser motivado e seus cálculos demonstrados nos autos, permitindo a parte passiva, caso queira, contraditá-los.

3 - Acatamento do pedido de insegurança na determinação da infração quando não forem observados os critérios estabelecidos nos artigos 148 do CTN e 25 do CTE, para arbitrar valores de bens, serviços ou direitos.

ACÓRDÃO - A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 17 de junho de 2013, 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 Márcio Nogueira Pedra, Cláudio Henrique de Oliveira e Paulo Diniz.

RELATÓRIO

O lançamento se refere à aquisição de mercadorias sem documentação fiscal. As mencionadas mercadorias foram encontradas em estabelecimento não cadastrado, lavrando-se termo de apreensão. É cobrado ICMS e cominações legais.

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresenta impugnação e argui preliminares. Solicita a realização de diligência, alteração da penalidade, aplicação da atenuante do parágrafo 8º e exclusão da agravante do parágrafo 9º, ambos do artigo 71, CTE. No mérito, a autuada solicita improcedência.

A julgadora de primeiro grau afasta as preliminares e confirma o lançamento.

Contribuinte interpõe recurso no qual começa por reafirmar a sua ilegitimidade passiva . Afirma que o contribuinte do imposto é a empresa L[...] e D[...] Caça e Pesca Ltda, conforme consta do termo de lação de mercadorias emitido pela Receita Federal. O autuado estaria no local apenas como representante da empresa C[...] O[...] Caça e Pesca Ltda. Afirma que o autuado teria sido , de forma arbitrária, colocado na posição de proprietário das mercadorias. Também argumenta que o imóvel onde se encontravam as mercadorias estava alugado para a empresa L[...] e D[...], o que demonstraria que as mercadorias não pertenciam ao autuado.

Em seguida argui insegurança na determinação da infração, pois o autuante não teria indicado , de modo correto e completo, os dispositivos legais correspondentes ao lançamento realizado.

Também alega cerceamento ao direito de defesa pois o Fisco lavrou o auto de infração, avaliando as mercadorias em valor absurdamente alto, sem dar, às empresas proprietárias dos produtos, oportunidade para demonstrar a origem das mercadorias.

Faz nova alegação de nulidade por insegurança, pois o Fisco não indicou as bases do arbitramento e determinação da base de cálculo.

Pede diligência, sob o argumento de que há necessidade de realização de auditoria específica de mercadorias. Considera que a negativa de atendimento deste pedido pela julgadora de primeira instância implicaria cerceamento do direito de defesa.

No mérito, após uma série de indagações, acerca de circunstâncias relativas ao fato jurídico tributário constatado pelo Fisco, afirma que o estabelecimento onde se encontravam as mercadorias não era clandestino. Que era utilizado como depósito fechado , sendo que o Fisco deveria ter intimado o contribuinte para regularizar a situação cadastral. Que a situação daria ensejo à aplicação de multa formal e não à cobrança de imposto. Que o Fisco não analisou as notas fiscais apresentadas, as quais acobertariam as mercadorias apreendidas. Que deveria ser utilizada a alíquota interestadual, para cálculo do ICMS, pois as mercadorias vieram de outras unidades da federação. Faz considerações sobre a colocação do recorrente na condição de autuado e as questões que daí adviriam, relativas à transferência das mercadorias do autuado para as empresas, que já eram as proprietárias. Afirma que tal situação daria ensejo ao surgimento de problemas de caixa e de dupla tributação. Requer a alteração da penalidade para a prevista no art 71, XI, "a", CTE. Requer a não aplicação do § 9º , do artigo 71, do CTE, pois a penalidade só poderia ser agravada havendo comprovação da omissão de recolhimento do tributo. Pede a aplicação do § 8º, do art 71, CTE.

A Câmara Julgadora, mediante resolução, decidiu encaminhar os autos à Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia, no sentido de trazer aos processo:

1) Prova documental que ateste quem fora o recebedor das mercadorias originariamente apreendidas;

2) Quais foram os parâmetros utilizados para a discriminação dos valores descritos em Termo de Apreensão e que compuseram a base de cálculo do imposto.

Em resposta às indagações supra, o Fisco esclarece que o recebedor das mercadorias foi Cristiano Lopes de Oliveira, auditor da receita federal do Brasil. Também informou que os parâmetros utilizados para a discriminação dos valores foi coleta de preços no mercado varejista local. Nada anexou para sustentar sua afirmação.

Intimado, o sujeito passivo reitera os argumentos recursais

É o relatório. Passo a decidir.

DECISÃO

Desde já decido acatar a preliminar de insegurança na determinação da infração, arguida pela defesa, tendo em vista a completa ausência de elementos que demonstrem a origem dos valores que a Fazenda Pública utilizou como base de cálculo do imposto cobrado. Embora o processo tenha sido encaminhado ao Fisco, ofertando-lhe a possibilidade de esclarecer como foi determinado o valor dos produtos, a oportunidade não foi aproveitada, limitando-se o auditor fiscal responsável à afirmação de que “os parâmetros utilizados para a discriminação dos valores foi coleta de preços no mercado varejista local”. Nada anexou ao processo para demonstrar o que afirma. Dispõe o Código Tributário Nacional :

“Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tem em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.”

O arbitramento é, pois, procedimento legítimo do Fisco, porém, precisa ser, de algum modo, formalizado, indicando-se a origem dos valores. Considero insuficiente a providência adotada pela Fazenda Pública para esclarecer a origem dos valores usados como base de cálculo do imposto. Tal situação impregna o lançamento de insegurança na determinação da infração, o que implica na declaração de sua nulidade, conforme preconizado pelo artigo 20 , da Lei nº 16.469, de 09 de junho de 2009.

Em adição, ressalto que o histórico do lançamento também contém impropriedade, que macula o auto de infração. Menciona o Fisco que o contribuinte “*adquiriu sem documentação fiscal, mercadorias descritas no termo de apreensão...*” Em verdade, o fato revelado pela documentação que acompanha o

lançamento demonstra que o contribuinte mantinha mercadorias, descritas no termo de apreensão, sem documentação fiscal, em estabelecimento sem cadastro. De qualquer forma, considero que a irregularidade relacionada com a determinação dos valores das mercadorias, que serviram de base de cálculo do ICMS, foi capital na decretação da nulidade.

Diante do exposto, acolho a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração e declaro nulo "ab initio" o processo.

Sala das sessões, em 28 de junho de 2013.

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

Matéria: NULIDADES - INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO - Insegurança na determinação da infração - utilização de informações extraídas do SINTEGRA (Nulidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01076/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: *Processual. Nulidade do auto de infração. Insegurança na determinação da infração. Auditoria Básica do ICMS. Ocorrência de falhas na elaboração do trabalho de auditoria. Preliminar arguida pelo Douto Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira e acolhida por maioria.*

A constatação de insegurança na determinação ocorrida durante a elaboração do trabalho da fiscalização, é uma incorreção que prejudica o lançamento de ofício e, com suporte legal prescrito no inciso IV, § 3º do art. 20 da Lei Estadual nº 16.469/09, causa o acolhimento da nulidade "ab initio" do processo contencioso administrativo tributário, arguida por quem de direito.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 06 de dezembro de 2012, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira, por insegurança na determinação da infração, declarando, de consequência, nulo "ab initio" o processo. Foram vencedores os Conselheiros Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, José Paixão de Oliveira Gomes, Washington Luis Freire de Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Álvaro Falanque, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Cláudio Henrique de Oliveira. Vencido o Conselheiro Renato Moraes Lima.

RELATÓRIO

Narra a exordial que o sujeito passivo realizou saída interna com redução indevida de base de cálculo do ICMS, pois não forneceu à Secretaria da Fazenda, mediante transmissão eletrônica de dados, as informações na forma estabelecida na legislação, haja vista que existem divergências entre os valores das operações escrituradas no livro Registro de Entradas e informadas no arquivo magnético, e, dessa forma, encontrava-se impedido de utilizar o benefício fiscal concedido aos contribuintes industriais ou atacadistas.

Em consequência, deve pagar o ICMS omitido na importância de R\$ 78.756,21 (setenta e oito mil, setecentos e cinquenta reais e vinte e um centavos), juntamente com os acréscimos legais, incidentes sobre a diferença apurada, conforme demonstrativo da Auditoria Básica do ICMS do período de 01/01/2007 a 31/12/2007 e relatório levantamento-diferença ICMS que se encontram acostados ao processo com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva.

São dados como infringidos os arts. 15 e 64, Lei 11.651/91 c/c art. 8, VIII, "c" 1 anexo IX e art. 86 Decreto 4.852/97. A penalidade é a prevista na Lei Original 11.651/91 art. 71 inciso VIII alínea "a" § 9º I redação Lei 14.634/03.

Foi nomeado coobrigado a pessoa de [...].

Instruem a peça acusatória os seguintes documentos: identificação do coobrigado de fls.04; cópia do Contrato Social e suas Alterações de fls.05/08; cópia da Ordem de Serviço de fls.09; Auditoria Básica do ICMS de fls.10/16; cópia de Livro Registro de Apuração do ICMS e de Entradas de fls.17/163; CFOP GERAL TIPOS 50x60x61x70 de fls.164/647; cópia de Livro Registro de saídas de fls.649/910.

As partes foram intimadas em 03/10/08 e 07/10/08 às fls.912/914 a pagar a quantia exigida ou apresentar impugnação à Primeira Instância.

Impugnando o lançamento os autuados comparecem ao feito, com peças defensórias apartadas às fls.916/920 e 969/970 e, em síntese, alegam que é indevida a inclusão do pólo passivo do sujeito passivo solidário, Jales Magno da Costa e de plano requerem sua exclusão do polo passivo da lide.

No mérito aduzem que o inciso "1" da alínea "c", do inciso VIII, do artigo 8º, do Anexo IX, do RCTE, transcrito na impugnação, não prevê, expressamente, a hipótese de "divergência" entre as informações fiscais expressas e as transmitidas eletronicamente e mesmo que houvesse, certo é que o citado artigo foi revogado em 01/08/2008 pela edição do art. 2º do Decreto 6.769/08 e que diante disto e da matéria tratada em tal dispositivo, deve-se aplicar a hipótese prevista no art. 106, inciso II, alíneas "a" e "b", do Código Tributário Nacional.

Assevera que ao constatar a existência de divergências entre as informações e os valores escriturados em seu livro de registro de entradas, protocolou junto à SEFAZ/GO, em 13/03/08, pedido de retificação total do SINTEGRA, mais de 05 meses antes da autuação e que as informações enviadas através do pedido de "retificação total" do SINTEGRA e as lançadas em seu livro de apuração do ICMS eram coincidentes. Que por estarem faltando algumas informações em seu livro de registro de entradas, os representantes legais da empresa determinaram imediatamente a correção e autenticação dos livros na SEFAZ/GO.

Ao final requerem a exclusão do solidário do polo passivo da lide em concomitância com o pedido de improcedência do auto de infração.

Instruem as peças impugnatórias os seguintes documentos: cópia do Contrato Social de fls.921/923; cópia de Procuração de fls.924; cópia de documentos pessoais de fls.925; cópia do SINTEGRA de fls.926/949; cópia do Livro Registro de Entradas Interestadual e do Exterior de fls.952/968; cópia de documentos pessoais de fls.971; cópia da Procuração e de documentos pessoais de fls.971/972.

O ilustre decisor monocrático proclama a sentença de nº 7477/08 às fls.974/977 e julga procedente o lançamento de Ofício de fls. 02, devendo os sujeitos passivos efetuarem o recolhimento do ICMS no valor originário constante da inicial, mais cominações legais, fls. 974/977.

Fundamenta sua decisão, que no presente caso, não se trata de simples inadimplemento da obrigação tributária, mas a utilização indevida de redução de base de cálculo, que resultou em omissão de recolhimento do imposto, como comprovado pelos demonstrativos fiscais anexos. Inconteste, portanto, a sujeição passiva solidária do administrador sob cuja responsabilidade ocorreu a persistente infração denunciada pela fiscalização.

Portanto, à vista da legislação tributária estadual e a despeito das alegações apresentadas, no processo administrativo tributário, que visa essencialmente ao controle da legalidade do lançamento, não há como excluir da lide o responsável solidário identificado.

Rejeita, portanto, todas as preliminares de nulidade suscitadas.

As partes foram intimadas em 25/02/09 às fls.978/980 a pagar a quantia exigida ou em caso de discordância apresentar recurso voluntário à Segunda Instância.

Em grau de recurso voluntário os autuados, retornam ao feito, com peças separadas para reafirmarem as razões expostas na fase impugnaria, fls. 982/986 e 987/989.

Em Certidão às fls.992 consubstanciada pelo Acórdão de nº 1905 às fls.993/997, a Terceira Câmara deste Conselho, em sessão realizada no dia 17/05/10 decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão do solidário da lide, arguida pelo mesmo.

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 de nº 1905/10, que a apresentação incorreta dos arquivos magnéticos, ora em debate, implicou em falta de recolhimento do imposto, configurando-se assim, em infração, de conformidade com a descrição preambular, com total afronta à orientação legal registrada na folha de rosto deste volume, e anotada no parágrafo segundo o relatório, que é parte integrante desta decisão, onde destaca a inteligência do "caput" artigo 86 do RCTE, que transcreve:

"Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário."

A FPE foi intimada em 20/09/10 às fls.998 na pessoa de seu Representante Fazendário para, caso entenda cabível, interpor recurso ao Conselho Pleno.

Em recurso ao Conselho Pleno nº 280/10 às fls.999/1001, o Representante fazendário após expor suas razões, solicita seja conhecido o presente recurso ao Conselho Pleno, com seu provimento pela reintegração do solidário outrora excluído, com base no art. 45 e dispositivo expresso na legislação tributária que determina a inclusão dos sócios-gerentes na lide, estando atualmente em vigor na Instrução de Serviço nº 017/07-SGAF, que revogou a IS-05/04-GSF, cujo fundamento é o art. 45 do CTE.

As partes foram intimadas em 25/11/10 às fls.1003/1004 e por edital as fls.1011, a pagar a quantia exigida ou apresentar recurso ao Conselho Pleno.

Inconformada, a autuada comparece ao feito às fls.1014/1019 com recurso ao Conselho Pleno, para o fim de se reformar o Acórdão Cameral, julgando-se improcedente o auto de infração e absolvendo-se a recorrente da injurídicas imputações que lhe foram feitas.

De proêmio, alega que empresa não praticou a infração descrita na exordial, porém o agente autuante verificou que existem divergências entre os valores das operações interestaduais escrituradas nos livros próprios e os informados no arquivo magnético. Que em virtude disto, excluiu de ofício, o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS a que a empresa teria direito e de consequência constituiu o presente crédito tributário para exigir a diferença do ICMS calculada entre o valor que seria devido caso a empresa não fosse detentora do benefício fiscal de redução de alíquota e o que efetivamente foi recolhido pela recorrente, que considerou referida redução

Aduz que no caso presente, resta evidente que o entendimento exposto pela agente fiscal e ratificado pela sentença de primeiro grau e pela decisão cameral não unânime, fugiu dos limites desejados pelo legislador estadual - simplesmente porque não há previsão legal que agasalhe a hipótese de "divergência" Que a análise de tal dispositivo legal evidencia que o legislador pretendeu autorizar a utilização do benefício fiscal somente àqueles contribuintes que também prestassem suas informações fiscais através de transmissão eletrônica de dados, isso obviamente para otimizar a fiscalização das empresa goianas.

Acrescenta, que no recurso interposto foi destacado que, mesmo que se entenda que a hipótese de "divergência" está incluída tacitamente pela referida legislação estadual, importante lembrar que o artigo de lei tido como infringido foi revogado a partir de 01/08/08, pela edição do art. 2º, do Decreto 6.769/08.

Que em virtude desta revogação conclui que considerando-se a natureza da matéria tratada em tal dispositivo legal, deve-se incidir na hipótese o que prevê o art. 106, II, "a" e "b", do CTN. Reitera que no período descrito na autuação, a

recorrente também transmitiu suas informações fiscais eletronicamente, tanto é que a fiscal autuante menciona "divergências" entre tais informações e os valores escriturados em seu livro de registro de entradas para justificar seu entendimento.

Reforça que, ao constatar que existiam divergências entre tais valores, a empresa protocolou junto a SEFAZ, em 13/03/08, o pedido de "retificação total" do SINTEGRA, exatamente no período que justificou a lavratura deste AI, ou seja, de Jan/06 a Dez/07. Argumenta que as informações do arquivo magnético foram corrigidas em tempo hábil e refletem peremptoriamente a realidade contábil da autuada; que isto só foi possível quando do atendimento do pedido de "retificação total" do mesmo por parte da fazenda pública. Que essas informações, se comparadas com as lançadas no livro de apuração do ICMS, cujas cópias constam dos autos, serão absolutamente coincidentes.

Requer a reforma da decisão cameral que considerou procedente o auto de infração.

É relatório.

DECISÃO

Analisei detidamente a questão, e de plano devo acolher a preliminar de nulidade da peça básica, por insegurança na determinação da infração, arguida oralmente pelo douto Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira por ocasião da sessão plenária ocorrida no dia 06 de dezembro de 2012, por entender que a peça embasadora da acusação fiscal está inquinada de vício processual inafastável.

De fato, o auto de infração está supedaneado por levantamento fiscal tecnicamente conhecido como Auditoria Básica do ICMS. No que consiste este tipo de análise fiscal e contábil? De acordo com o Manual de Auditoria adotado pelo fisco goiano, a Auditoria Básica do ICMS é definida como um procedimento que analisa a regularidade dos documentos fiscais e os lançamentos do ICMS na escrita fiscal do contribuinte em um determinado período, com ênfase na apuração e no pagamento do imposto devido. Seu objetivo, de acordo com o citado manual, é conferir os créditos e débitos do imposto, documentos e livros fiscais pertinentes, a fim de verificar o cumprimento da legislação tributária, principalmente no que se refere à regularidade da apuração e do pagamento imposto. Visa, também, colher elementos para a realização de outras auditorias. (grifo nosso)

Em resumo, como é realizada tal auditoria? Ela consiste na comparação dos valores das notas fiscais de entrada e de saída, com os valores lançados no livro Registro de Entradas ou Saídas, respectivamente, em concomitância com os valores do imposto lançados a crédito pelas entradas e a débito pelas saídas, no Livro de Registro de Apuração do ICMS-LRAICMS. Havendo divergências de valores neste triunvirato de registros, ou seja, se o que foi registrado, tanto nas entradas quanto nas saídas e o que foi apurado no LRAICMS, não apresentarem consonância entre si, como por exemplo, a existência de saldo devedor do imposto na escrita fiscal ou saldo credor na escrita fiscal, o sujeito passivo é conclamado a

estornar os saldos credores/devedores indevidos, e não o fazendo, em tempo hábil, ou seja, após a devida notificação fiscal, é atuado pela conduta praticada.

No caso em comento, a agente atuante promoveu a comparação do total de entradas registradas em livro próprio com a respectiva totalização dos dados do SINTEGRA de cada mês para encontrar o imposto devido na totalização das saídas

Pois bem, não obstante a insigne agente atuante tenha realizado trabalho de levantamento digno de nota, deixou de observar que não se pode tomar como fonte de informação segura, pura e simplesmente os registros eletrônicos contidos nos meios digitais de informações, como o SINTEGRA, e compará-los com o que foi lançado no livro de Registro de Entradas. Embora não haja óbice explícito quanto a este procedimento, tal não é recepcionado pelo Manual de Auditoria Básica do ICMS. Não há sequer uma página, ou parágrafo, ou linha que sugira ou autorize o agente responsável a lançar mão deste procedimento. Vejamos o que nos informou a competente auditora no histórico do presente auto de infração, "*verbis*":

"Realizou saída interna com redução indevida de base de cálculo do ICMS, pois não forneceu à Secretaria da Fazenda, mediante transmissão eletrônica de dados, as informações na forma estabelecida pela legislação, haja vista que existem divergências entre os valores das operações escrituradas no livro Registro de Entradas e o informado no arquivo magnético.....(grifo nosso).

E por que não se deve firmar a acusação fiscal apenas com base nas informações contidas no SINTEGRA, se este contém de maneira abrangente os valores de tudo o que fora comprado/vendido bem como o saldo do imposto a pagar ou a compensar, para embasar a exordial? Pode-se começar pela observância de erros na transposição das informações ou de soma de valores das notas fiscais de entrada para o respectivo livro de Registro de Entradas bem como deste para o Livro de Registro e Apuração do ICMS – LRAICMS ou ainda deste ou de ambos os livros para os arquivos do SINTEGRA, o que pode gerar um sem número de informações controversas que levarão certamente o sujeito passivo a ser atuado indevidamente.

E como se não bastasse, verifico na documentação colacionada aos autos que o sujeito passivo, ao constatar que existiam divergências entre os valores declarados nos livros próprios e o SINTEGRA, protocolou junto à Secretaria da Fazenda deste Estado, em 11/03/08, o pedido de "retificação total" do SINTEGRA, exatamente em relação ao período que justificou a lavratura deste Auto de Infração, ou seja, de janeiro de a dezembro do ano fiscal de 2007 (fls.927/967). Verifico que tal pedido foi realizado em período superior a cinco meses antes da presente atuação e mesmo assim o agente atuante deixou de considerar tal pedido de "retificação total" para comparar tais novas informações com aquelas constantes dos livros fiscais da empresa. Deduz-se que o agente atuante comparou informações do antigo SINTEGRA com as dos livros fiscais sem a devida observância da retificação promovida.

As informações corretas e que refletem a realidade contábil da autuada são as constantes do novo SINTEGRA, ou seja, aquelas informadas no pedido de “retificação total” do mesmo, cujas cópias foram juntadas aos autos. Estas informações, se comparadas com as lançadas no livro de apuração do ICMS cujas cópias constam dos autos, são absolutamente coincidentes.

Como se vê, as informações fiscais reais da empresa foram atempadamente enviadas à SEFAZ/GO através do referido pedido de “retificação total” do SINTEGRA. Se essas informações foram prestadas com perfeição e refletem a realidade da empresa, não há porque entender que ela não poderia utilizar o benefício fiscal referido na peça básica.”

Pelo conteúdo transcrito nos parágrafos volvidos, vejo que a razão da aquisição da preliminar de nulidade da peça basilar pelo Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira beneficia a recorrente, pois o procedimento da autoridade fazendária, ao ser concluído apenas com os dados que hoje são considerados irreais, afluíu para a nulidade do seu trabalho de auditoria.

Este é o motivo pelo qual o processo, nesta fase, foi declarado nulo desde o seu início.

Em face ao sinalizado nos parágrafos volvidos, por medida de economia processual e pela falta de motivação do ato administrativo que foi exarado pela autoridade administrativa competente, a minha conclusão de voto comungou com a maioria de entendimento dos demais pares e, juntos, votamos pelo acolhimento da referida preliminar de nulidade do lançamento tributário.

Para finalizar o discurso deste voto, o faço para acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguída pelo Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira e, junto com a maioria de votos dos Conselheiros presentes na sessão plenária de julgamento do dia 06/12/2012, declaro nulo “*ab initio*” o processo.

Sala das sessões plenárias, em 20 de junho de 2013.

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 01135/13

Relator: Conselheiro Alcedino Gomes Barbosa

EMENTA: Processual. Pedido de diligência. Requerimento de autoria do sujeito passivo e rejeitado por unanimidade. Nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração. Decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o presente crédito tributário com base no Art. 173 incisos I e II ou pelo § 4º do art. 150, ambos do Código Tributário Nacional. Preliminares arguidas pelo sujeito passivo e rejeitadas por unanimidade.

I- Os pedidos de diligência fiscal devem ser rejeitados quando forem desprovidos de fundadas razões ou fatos controversos que ensejem a real necessidade de revisão do trabalho fiscal, ou que apresentem caráter meramente protelatório.

II- Inocorrendo nos autos quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 20 da Lei nº 16.464/09, mister se faz rejeitar as preliminares de nulidades argüidas pelo sujeito passivo, sendo a primeira por cerceamento do direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração.

III- Provado nos autos que a Fazenda Pública Estadual tomou ciência do fato gerador da obrigação tributária em período inferior ao que estipula o ordenamento jurídico para a constituição do crédito tributário deve-se afastar a decadência do crédito tributário.

ICMS. Obrigação principal. Omissão do imposto. Apuração mediante levantamento fiscal ICMS-ST operações anteriores, devidos pelas aquisições internas de gado para abate, não recolhido, mediante cotejo, de um lado, os créditos outorgados lançados pelo contribuinte e os recolhimentos de ICMS-ST e, de outro, o ICMS-ST compensado pelas aquisições de produtores, o ICMS transferido a terceiros e o ICMS serviço de transporte ST. Procedência. Decisão unânime. Retificação da penalidade aplicada para a prevista no art. 71, inciso II, do CTE.

I- Provado nos autos que o sujeito passivo, após fazer o uso que lhe é facultado do crédito outorgado do ICMS proveniente das operações de exportação, para quitar parte de ICMS ST operações anteriores, por aquisições internas de gado para abate, o ICMS serviços de transportes ST e transferir parcela a terceiros, lançou montante reclamado de imposto a pagar relativo a ICMS ST de sua

responsabilidade, diretamente na escrituração das operações sujeitas à apuração do ICMS normal, de forma não permitida pela legislação, ou mediante escrituração de recolhimentos tidos como inexistentes, conforme ficou provado nos autos. Procedente é o auto de infração.

II- Deve-se retificar a penalidade estampada na basilar para a prevista no art. 71, inciso II, do Código Tributário Estadual quando presentes os requisitos legais.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 08 de março de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Participaram do julgamento os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Luis Antônio da Silva Costa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. 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 Alcedino Gomes Barbosa, Luis Antônio da Silva Costa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. E, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de decadência. Participaram do julgamento os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Luis Antônio da Silva Costa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração, porém com a adequação da penalidade proposta para a prevista no art. 71, II do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Luis Antônio da Silva Costa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que através de Levantamento em que se reconstituiu a apuração do ICMS ST Operações Anteriores, devido pelas aquisições internas de gado para abate, e onde foram confrontados, de um lado, os créditos outorgados de exportação lançados pelo contribuinte e os recolhimentos de ICMS ST (cod.116) e, de outro, o ICMS ST compensado pelas aquisições de produtores (CFOP 1101 e 1102), o ICMS transferido a terceiros e o ICMS serviço de transporte ST. De conseqüência, o fisco exige o pagamento de ICMS na importância de R\$ 3.706.467,45 (três milhões, setecentos e seis mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e quarenta e cinco centavos).

Obs: Trata-se de Reatuação PAT n.º 3.0328708.447,70, declarado NULO, sentença n.º 6936/2009-JULP, cópias anexas, conforme sugerido Ofício n.º 077/2010-SAT/CRF.

São dados como infringidos os artigos arts. 50, 55, incisos I e II e art. 63 do CTE c/c art. 11, inciso XXI Caput, e alínea "b", Anexo 9 do Decreto nº 4.852/97 (RCTE), e Cláusula 2ª e parágrafo único TARE 084/03-GSF, tendo sido proposta a penalidade prevista no e a penalidade no art. 71, inciso III, "a", do CTE, com redação da Lei 11.750/1992.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: Anexo Estruturado (fls. 03), Descritivo Complementar da Ocorrência (fls. 04), Ordem de Serviço (fls. 05), Missiva Representação Fazendária (fls. 06 e 08), Notificação Fiscal (fls. 07), cópia de sentença (fls. 09/10), cópia de PAT (fls. 11 e 12), Planilha Reconstituição Tabela (fls. 13 a 15), cópia de Notificação Fiscal (16), Missiva [...] (fls. 17), Planilha Demonstrativo crédito acumulado (fls. 18), DPI (fls. 19 a 22), cópia livros fiscais (fls. 23 a 55), relatório Histórico de Pagamentos (fls. 56 a 93).

O autuado foi intimado, conforme documentos de fls. 94/95.

O sujeito passivo, por meio do seu advogado legalmente constituído, ingressou com impugnação em primeira instância de fls. 98 a 111, alegando, em preliminar, a nulidade dos autos por cerceamento ao direito de defesa por entender que o agente do fisco autuante não especificou os dispositivos legais que teriam sido infringidos e cita legislação do CAT.

Alegou também a preliminar de nulidade do feito por insegurança na determinação da infração citando que o auto de infração anterior (3 0328708 447 70) foi julgado inseguro pelo motivo do julgador singular, naquela época, ter entendido que deveria ser aguardada decisão definitiva nos processos de números 3 117655 270 16 e 3 0279781 042 75. Sustentou que esses processos não foram julgados definitivamente, daí a razão de que a decisão de nulidade deva ser repetida.

Arguiu outra preliminar de nulidade pelo fato do defendente entender que a penalidade aplicada foi incorreta por ausência de caracterização legal da conduta irregular e por falta de previsão específica da penalidade para a acusação apontada na inicial.

No que tange ao mérito, arguiu a decadência, citando que este processo reporta-se a fatos acontecidos em 2002 e compensados em 2004, e que deve ser aplicada a previsão do artigo 173, I do CTN. Aduziu, também, que o levantamento fiscal é precário, que o agente do fisco deveria ter considerado todos os créditos já que o ICMS é não cumulativo. Prelecionou a ocorrência de "bis in idem" por entender que existe duplicidade com os processos de números 3 117655 270 16 e 3 0279781 042 75, propugnando pela improcedência do feito. Além disso, requereu o acatamento de uma das nulidades solicitadas, a decadência ou a improcedência do feito.

Não foram trazidos, juntamente com a impugnação do sujeito passivo, documentos a título de prova.

O julgador singular, por meio do Despacho n.º 435/2011-JULP, de fls. 123, após considerandos, encaminhou o processo à SEGE para apensamento a este feito, dos autos citados anteriormente, observando que o apensamento só deverá ser feito depois dos autos estarem julgados definitivamente.

A Sege, por meio de Termo de Juntada n.º 12/2012-SEGE, de fls. 124, fez a juntada ao feito dos PAT n.º 3027978104275 e 301176552016 às fls. 125 a 204.

Após, por meio do despacho n.º 76/2012-SEGE, fls. 205, a SEGE determinou o retorno dos autos ao julgador singular.

O julgador singular prolatou a Sentença de nº 298/2012-JULP de fls. 206 a 211, rejeitando as preliminares de nulidade pelas razões ali expostas, e dando como procedente a exigência inicial.

O sujeito passivo foi intimado, conforme constam às fls. 212 a 213.

Inconformado, o sujeito passivo, por meio de seu advogado legalmente constituído, interpôs recurso voluntário de fls. 216 a 231, reproduzindo - no bojo do recurso - todos os seus argumentos já exarados em defesa anterior. Pugnou pelo acolhimento das preliminares arguidas, declarando a nulidade do feito. Requereu também o reconhecimento da decadência integral do crédito tributário e, finalmente, pela improcedência dos autos.

Pela Resolução 110/2012, a Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 30/07/2012, resolveu, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento a fim de que o advogado da autuada apresente os comprovantes de entrega do arquivo magnético SINTEGRA relativos aos exercícios de 2002, 2003 e 2004, ficando marcada a data de retorno a julgamento para o dia 20/08/2012.

O sujeito passivo apresentou aditamento ao recurso voluntário anteriormente apresentado, fls. 249-257, alegando, preliminarmente: a) nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, pois a acusação fiscal é incompreensível; b) nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, tendo em vista que não foi observado o manual de auditoria e procedimentos fiscais; c) inaplicabilidade do artigo 71, III, alínea "a" do CTE, pois é inconstitucional, ante o seu nítido caráter confiscatório reconhecido pela corte do TJ Goiás.

No mérito, aduziu que o ICMS/ST e o ICMS transporte, referente aos meses de janeiro a julho de 2004, foram quitados na escrita fiscal, conforme consta do Livro de Registro de Apuração e nas DPI's. Ao final, requereu; 1) a realização de diligência, por fiscal estranho a lide, para análise dos cálculos das planilhas anexas, visando confirmar a existência de crédito ao final do exercício de 2003 e seu transportamento para o exercício seguinte, possibilitando a quitação do imposto na escrita fiscal; 2) nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa ou por insegurança na determinação da infração; 3) a declaração de inaplicabilidade da penalidade imposta em razão da sua inconstitucionalidade; 4) improcedência do lançamento. Anexou documentos às fls. 258-290.

Após, requereu a juntada do relatório das entradas de mercadorias, bem como de apuração do ICMS, elaboradas com base nas informações referentes ao

período de janeiro 2002 a julho de 2004, obtidas pelo SINTEGRA e das DPI's, dos meses de janeiro/2002, janeiro/2003 e janeiro/2004 (fls. 293-298).

Pela resolução 141/2012 a Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20/9/2012, acatando proposição do Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho, CONSIDERANDO as razões aduzidas na peça recursal (fls. 255) de que "o ICMS/ST e o ICMS Transporte, referente aos meses de janeiro a julho de 2004 foram quitados na escrita fiscal," em virtude de créditos existentes no final do exercício de 2003 que foram transferidos para o exercício seguinte; CONSIDERANDO os argumentos expendidos na manifestação de fls. 293 dos autos, no sentido de existiam créditos fiscais no final do exercício de 2003, no montante de R\$ 5.508.279,91 (cinco milhões quinhentos e oito mil, duzentos e setenta e nove reais e noventa e um centavos), bem como o conteúdo dos demonstrativos contraditórios de fls. 294/298; resolveu, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência junto à Delegacia Fiscal de origem a fim de que o autor do procedimento fiscal seja chamado a se manifestar quanto às alegações de defesa bem como quanto aos demonstrativos contraditórios juntados pela defesa.

Após, encaminhe à Gerência de Controle Processual - GEPRO, a fim de que seja dada ciência ao sujeito passivo, abrindo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para, caso queira, se manifestar.

O fiscal revisor apresentou relatório às fls. 301-303, onde rebateu as alegações do sujeito passivo, manifestando-se que em síntese que não se manifestaria sobre a correção dos demonstrativos anexados pelo contribuinte, por se tratarem de uma reprodução da escrituração fiscal do contribuinte contemplando a apuração do ICMS inerente à todas suas operações pelo regime normal de apuração, e ao final manifestou-se pela manutenção integral da exigência inicial. Anexou ao relatório DPI's (fls. 304-313).

O sujeito passivo intimado (fls. 314-315) manifestou-se arguindo que o fiscal revisor não cumpriu o determinado na resolução, pois não analisou as planilhas apresentadas, nem apreciou os pedidos de nulidades feitos. Ao final, requereu nova diligência.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano não dou guarida ao pedido de nova diligência fiscal, formulado pelo sujeito passivo na peça recursal, por entender que, além de descabida, nada contribuiria para o deslinde da presente questão. A defesa requereu nova diligência pelo simples fato de que, no seu entender, o fiscal revisor não se manifestou sobre as planilhas por ela apresentadas.

As planilhas anexadas, as quais o sujeito passivo refuta não terem sido apreciadas pelo fiscal revisor, e com este argumento, requer nova diligência, trata-se da reprodução integral da apuração de ICMS englobando todas suas operações pelo regime normal de apuração. Ora, a presente questão versa sobre cobrança de ICMS ST operações anteriores, de responsabilidade do sujeito passivo, pelas

aquisições internas de gado para abate, cujo recolhimento é de sua responsabilidade, como substituto tributário, e deve ser efetuado independentemente do resultado da apuração relativa às operações e prestações ou prestações que o sujeito passivo realizar no período (art. 55, I, do CTE). O art. 11, Inciso XXI, b, 3, do Anexo IX do RCTE, na redação vigente à ocasião, que o imposto de responsabilidade do sujeito passivo devido por substituição tributário em comento, poderia ser compensado com o crédito outorgado de exportações. Nesta vertente, como se trata de demonstrar os eventuais equívocos cometidos pela autuação ou no trabalho de revisão fiscal, na apuração da diferença devida em relação ao ICMS ST apurado, recolhido por guias ou compensado com crédito outorgado de exportação, não teria, realmente, validade alguma para o fim aqui pretendido, as planilhas demonstrativas englobando todas as operações praticadas pelo sujeito passivo no período.

Não é plausível comparar uma auditoria para apuração de ICMS normal, com outra, que se destina a apurar apenas o ICMS ST, recolhido ou não recolhido, compensado ou não, dentro dos limites retro-citados. São auditorias distintas e por isso, a realização de nova diligência para cotejar esses dados é inviável. E ainda que deferida, a diligência fatalmente resultaria inepta, pois que, ao meu entender, seria para comparar o incomparável.

De fato, o levantamento colacionado pelo sujeito passivo às fls. 294 a 298, aponta com exatidão o saldo do ICMS decorrente das operações ditas normais, ocorridas no período em comento. Não obstante o trabalho bem elaborado, não pode ele servir para contestar a ação fiscal haja vista que a acusação estampada na basilar.

Em contrapartida, a revisão de fls. 301 a 303, além de coadunar-se com o que se espera, apontou de maneira incontestável as omissões e erros praticados pelo sujeito passivo, motivo pelo qual devo acolhê-la de plano, não obstante os argumentos esgrimidos pelo sujeito passivo às fls 318 a 319. Melhor teria feito o sujeito passivo se tivesse apresentado levantamento da mesma espécie, de própria lavra, com fundamento nas mesmas premissas e que apontasse de maneira peremptória todos os erros ou equívocos promovidos pelo agente atuante no levantamento fiscal que embasa a acusação que lhe é imputada.

Como não o fez, pois tentou novamente estabelecer comparações indevidas para tentar afastar sua responsabilidade tributária, considero que seu levantamento é imprestável para ilidir a questão e de consequência considero terem sido atendidas todas as determinações contidas na Resolução nº 141/2012. Tampouco, não dou guarida às supostas nulidades apontadas na peça de fls 318, tais como a ausência de manifestação do revisor quanto às alegações da defesa nos demonstrativos de sua autoria ou a de que o trabalho executado pelo agente fiscal deva ser anulado pois sua planilha é incompreensível (ambas por cerceamento do direito de defesa) ou a de que não foram observadas as normas contidas no Manual de Auditoria (insegurança na determinação da infração) ou ainda sobre a inconstitucionalidade da penalidade aplicada, decadência ou mérito da questão. De proêmio devo perguntar em relação às três primeiras arguições, como pode o sujeito passivo arguí-las se o levantamento que apresentou não se

presta para os fins colimados? Onde estão os prejuízos alegados pelo sujeito passivo já que seu levantamento é inadequado? Eles não existem. Ademais, devo dizer que a revisão fiscal realizada está em sintonia com o disposto no Manual de Auditoria. Cabe aqui mais uma questão. Quais foram os itens do Manual de Auditoria desrespeitados?. Respondo a todas. Eles não existem. Por último devo acrescentar que não compete ao revisor exarar quaisquer juízos de valor acerca dos itens nominados em linhas pretéritas. O trabalho do revisor é eminentemente técnico e que não lhe compete adentrar na apreciação destas questões, tarefa de competência dos julgadores deste Conselho Administrativo Tributário.

Nos pleitos relativos à realização de diligências é imprescindível que a parte solicitante exponha os motivos que justifiquem o pedido, porém no presente caso a parte limitou-se questionar nulidades e interpretações das normas, não apresentando, outrossim, qualquer indicativo material que justificasse seu deferimento, tal como, repito, a apresentação de levantamento de própria lavra, nos mesmos moldes daquele realizado pelo fisco, no qual demonstre os erros e omissões praticados pelo agente atuante na auditoria relativa à apuração do ICMS relativo a créditos outorgados. Não o fazendo, considero que tal pedido tem natureza meramente protelatória, o que é repelido por esta Casa, motivo pelo qual devo denegá-lo incontinenti.

No mesmo diapasão, devo rejeitar 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. Com efeito, em relação à primeira, alega o sujeito passivo que o auto de infração deve ser anulado visto que o agente atuante não especificou os dispositivos legais que teriam sido infringidos. “*Data máxima vênia*”, o referido argumento não deve prosperar pois no campo “dispositivo legal infringido” consta de maneira indubitável quais foram os artigos e incisos tidos como infringidos pelo sujeito passivo. Estão ali citados peremptoriamente os artigos 50, 55 inciso I e II, e 63, todos do Código Tributário Estadual – CTE, em combinação com o artigo 11, inciso XXI, *caput* e alínea “b”, do Anexo IX, do Decreto Estadual nº 4.852/97 e a Cláusula 2ª parágrafo único do Termo de Acordo de Regime Especial 084/03-GSF, o que deita por terra a aludida preliminar.

Quanto à propalada insegurança na determinação da infração, devo também rejeitá-la. Argumenta o sujeito passivo que determinado julgador singular considerou nulo o auto de infração nº 3 0328708 447 70, por entender que deveria ter sido aguardada a decisão definitiva relativa aos feitos de nºs 30117655 270 16 e 3 0279781 042 75, conforme consta da cópia da decisão de fls. 10.

Para que depois o sujeito passivo não argüísse nova preliminar de nulidade por cerceamento de seu direito de defesa, verifico que agiu com sabedoria o julgador singular, que no despacho de fls.123 determinou à Secretaria Geral – SEGE as providências para que a questão fosse resolvida.

Compulsando-se os autos, verifico que o feito de nº 3 0279781 042 75 fora julgado definitivamente procedente além do mesmo referir-se ao exercício de 2003, portanto não deve interferir na apreciação desta causa.

Com relação ao processo de nº 3 0117655 270 16, cuja cópia foi juntada pela SEGE às fls. 153/204, inexistente decisão definitiva, no entanto considerando-se os documentos anexados aos autos, considero desnecessária aguardá-la, assim como o douto julgador singular. O referido feito também diz respeito ao exercício fiscal de 2004, porém reclama falta de pagamento do imposto em decorrência de fato completamente distinto do ora em apreciação.

Com relação à cobrança do ICMS no caso do processo de nº 30117655 270 16, constato que a mesma decorreu da compensação como débito do imposto de valor escriturado indevidamente a título de crédito referente às exportações de produtos comestíveis resultante do abate ou desossa realizados pelo contribuinte, que na verdade traduziu-se em aproveitamento a maior de crédito outorgado sobre as exportações.

Constato que na Nota Explicativa juntada aos autos pela SEGE, às fls. 155/156, vê-se a seguinte explicação, a qual reproduzo abaixo, “*verbatim*”:

...”encontramos a base de cálculo devido para aplicação do crédito outorgado de 5% (janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, agosto, novembro e dezembro) e 3% (setembro e outubro), nos termos do artigo 11, inciso XXI do Anexo IX do RCTE. Por base de cálculo devido, entenda: o gado adquirido em mercado interno haja vista que a legislação veda o aproveitamento sobre mercadorias adquiridas de outras unidades da federação.

Ao aplicarmos o percentual de crédito outorgado pela exportação (3% ou 5% conforme especificado acima), sobre a base de cálculo devida encontramos o valor do benefício fiscal a ser aproveitado pelo contribuinte (permitido)”

Feita esta reatuação, o critério de investigação utilizado pelo agente do fisco foi modificado, tanto que no processo anulado, qual seja o de nº 3 0328708 447 70, o valor original cobrado era de R\$ 12.628.747,88 e agora é de R\$ 3.706.467,45, sendo o valor exclusivamente de falta de pagamento de ICMS-ST devido pelas aquisições internas de gado bovino, já que o contribuinte é substituto tributário conforme conta do TARE n 025/00-GSF.

Face as explicações anteriores e tendo sido modificado o critério de fiscalização ao ser lavrada a reatuação, considero que a insegurança solicitada arguida pelo polo passivo não deve subsistir e por isso devo rejeitar a aludida preliminar de nulidade arguida pelo polo passivo.

A outra preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo é por penalidade incorreta. De acordo com a defesa, inexistente conduta irregular e falta previsão legal específica para a penalidade apontada na inicial.

Em prefação, devo dizer que de acordo com o artigo 142 do Código Tributário Nacional, cabe ao agente atuante propor a penalidade aplicável ao caso. Devo dizer entretanto, que na eventualidade da penalidade proposta não se coadunar com a infração imputada ao sujeito passivo, pode e deve o julgador

modificá-la sem que isto implique em nulidade processual. Por oportuno, transcrevo abaixo o citado dispositivo, "in verbis":

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência de fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

Assim, é forçoso concluir com base neste texto de lei, que é impossível anular-se um auto de infração em virtude de penalidade inadequada ou errada. O vício pode e deve ser corrigido pelo julgador competente, de modo que o feito possa prosseguir em seu curso normal. No caso em comento, a exigência é relativa somente à falta de pagamento do ICMS relativo às operações de substituição tributária pelas operações anteriores (aquisição de gado bovino em operações internas). Assim, analisadas todas as letras do inciso III do artigo 71 do CTE, observaremos que não existe penalidade específica para o caso e desta maneira, vislumbramos de plano, que a exigência melhor se enquadraria em outro inciso que destacaremos adiante. Entretanto, muito embora, venha tal penalidade ser readequada para outra, como pretendemos fazer, isso não ensejaria nulidade da peça basilar, o que deita por terra a alegada preliminar de nulidade relativa à aplicação de penalidade incorreta.

Quanto ao mérito, considero que a questão já foi resolvida com a devida propriedade pelo douto julgador singular Levi Silva Filho, que na lapidar decisão de fls. 206/211, manifestou-se pela rejeição à preliminar relativa à decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário bem como pela manutenção da pretensão fiscal em sua íntegra. Por esclarecedora, transcrevo o trecho que trata destas questões e que adoto como razões de decidir, "verbatim";

"No mérito a primeira alegação da defesa é de decadência. Segundo a parte passiva este processo reporta-se a fatos acontecidos em 2002 e compensados em 2004, daí entender que o previsto no artigo 173, I do CTN deva ser aplicado.

A afirmação da defesa não é correta. Existe nos autos cópia dos livros da autuada onde é possível verificarmos que os valores foram transcritos tais que lançados pelo contribuinte, ser qualquer referência ao exercício de 2002.

Apenas para exemplificar cito o mês janeiro/2004 nas fls. 15, onde vemos que na "análise desdobramento coluna (x) - ref. Transferências" consta o valor de R\$ 1.650.000,00. Se observarmos a cópia da DPI fls. 19, para encontrar o valor citado basta somar R\$ 1.120.000,00 + 530.000,00, isto demonstra claramente que os dados são realmente de 2004.

Também há que ser considerado que este processo decorreu de uma reautuação e neste caso o prazo decadencial não conta pelo inciso I do artigo 173 e sim pelo inciso II. Reproduzo o texto 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;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Já foi dito no relatório que a decisão de nulidade acontecida no processo de número 3 0328708 447 70, foi prolatada em 09/2009, portanto até 2014, com base no texto do CTN o fisco poderia fazer a reatuação.

Rejeito o pedido de decadência.

As outras alegações na parte de mérito são em primeiro lugar de "bis in idem" que considero respondida quando apreciei a preliminar de insegurança.

Comento, no entanto que fica fácil de entender que se os processos de números 3 0117655 270 16 e 3 0279781 042 75 sendo um de exercício diferente e o outro reclamando ICMS sobre fato totalmente distinto do que esta sendo reclamado neste auto de infração, não há como entender que existe "bis in idem".

A outra afirmação da defesa é de levantamento precário, neste ponto observo que a parte passiva deveria ter elaborado levantamento contraditório para sustentar esta sua afirmação, já que a possível precariedade deve ser materializada e isto não foi feito.

O demonstrativo de fls. 15, "desdobramento da coluna (X)", fica claro que a empresa recolheu a menor ICMS ST Op. Anteriores, aquisições internas de gado bovino.

Demonstra-se no trabalho fazendário que nos meses 01 e 02/2004 o valor reclamado decorre de transferência de créditos e de falta de recolhimento de ICMS substituição tributária.

Nos meses restantes (03 a 07/2004) os valores autuados referem-se somente a falta de pagamento de ICMS ST, sendo os montantes coincidentes com os apurados pela própria empresa.

Considerando as afirmações anteriores que estão consubstanciadas nos demonstrativos anexados à peça inicial, não há como entender que o trabalho fiscal seja precário.

Se não bastasse o fato dos valores reclamados na inicial estar perfeitamente demonstrado no conjunto probatório anexado aos autos, é preciso dizer que a legislação citada como infringida ampara totalmente a exigência. Reproduzo os artigos 50 e 55, incisos I e II do CTE e artigo 11, inciso XXI "b" do anexo 9 do RCTE, que estabelecem:

Art. 50. Fica atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido nas operações internas anteriores, na condição de substituto tributário, observadas as disposições estabelecidas na legislação tributária, ao estabelecimento:

Art. 55. O imposto é não-cumulativo, compensado-se o que for devido em cada operação ou prestação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado, observando-se, ainda, o seguinte:

I - salvo disposição expressa da legislação tributária, o pagamento do imposto devido por substituição tributária deve ser efetuado independentemente do resultado da apuração relativa às operações ou prestações que o substituto realizar no período;

II - o sujeito passivo é obrigado a apresentar à Secretaria da Fazenda guias, documentos de informação e outros demonstrativos relacionados com o imposto, na forma que dispuser a legislação tributária.

Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

NOTA: Redação com vigência de 01.01.04 a 03.11.04.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO CAPUT DO INCISO XXI DO ART. 11 PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 6.027, DE 27.10.04 - VIGÊNCIA: 04.11.04.

XXI - para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, o valor equivalente à aplicação do percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da exportação que realizar com produto comestível resultante do abate ou desossa, realizados em seu próprio estabelecimento, de bovino, bufalino ou carne com osso, adquiridos em operação interna com os benefícios da redução da base de cálculo prevista no inciso XIV do art. 8º ou do crédito outorgado previsto no inciso V do art. 11, ambos deste anexo, ainda que submetido a outros processos industriais, observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 1º, I, "d"):

b) o saldo credor acumulado em decorrência da aplicação deste benefício pode ser, na seguinte ordem:

1. transferido a qualquer estabelecimento seu situado neste Estado, observado o disposto em ato do Secretário da Fazenda;

Com base nas razões anteriores e nos textos legais reproduzidos, vejo que 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 ____ de Fevereiro de 2012.

LEVI SILVA FILHO

JULGADOR"

Na sequência, quanto à reagüição de decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual – FPE constituir o presente crédito tributário, nos termos do documento de fls.329/330, devo dizer que a questão foi apreciada em linhas pretéritas motivo pelo qual considero desnecessária repetir os argumentos, ainda que, se socorridas às linhas do Art. 150, § 4º. do CTN, do qual entendo-o mais

apropriado ao presente caso, cujo intervalo para contagem do prazo decadencial se apresenta mais favorável ao contribuinte, esta premissa legal também não seria suficiente para o provimento do pleito decadencial arguido pelo sujeito passivo.

Quanto à alegada inconstitucionalidade da penalidade aplicada, não cabe a este órgão julgador se pronunciar, podemos, ao meu ver, considerar seu pleito de inaplicabilidade do art. 71, III, alínea “a” do CTE, para retificar a penalidade imposta para aquela mais específica à exigência fiscal, com vistas a corrigir distorção causada pela penalidade originalmente estampada na basilar. Face ao exposto, retifico a penalidade aplicada para a prevista no art. 71, inciso II, do Código Tributário Estadual, por ser mais específica ao presente caso e também a mais benéfica ao sujeito passivo. Por oportuno, transcrevo-a abaixo, “*in verbis*”:

Art. 71. Serão aplicadas as seguintes multas

[...]

II - de 80% (oitenta por cento) do valor do imposto regularmente re-gistrado e apurado em livro próprio, em se tratando de omissão praticada por substituto tributário;”

Face ao exposto, nada mais devo acrescentar, motivos pelos quais, acompanhado pela unanimidade do voto de meus pares, devo rejeitar o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo bem como 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 e, também, por unanimidade, rejeitar a preliminar de decadência do crédito tributário, igualmente arguida pelo polo passivo. No mérito, voto em uníssono com meus pares, conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para confirmar a decisão singular que considerou procedente o auto de infração, porém com a adequação da penalidade proposta para a prevista no art. 71, inciso II, do Código Tributário Estadual.

Sala das sessões, em 27 de junho de 2013.

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

Matéria: OPERAÇÃO COM GADO - Redução indevida de base de cálculo (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01409/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: I - SOLIDARIEDADE. Preliminar de exclusão dos solidários da lide. Rejeitada por maioria de votos.

1. Nos termos do artigo 45, inciso XII, do Código Tributário Estadual - CTE, 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.

II - PROCESSUAL. Acolhimento de Recurso da Representação Fazendária, para reforma da decisão cameral que excluiu da lide os solidários em relação à penalidade pecuniária. Decisão não unânime.

1. Os solidários respondem pela integridade do crédito tributário.

III - NULIDADE. Preliminar de nulidade parcial do lançamento, a partir da decisão cameral, por cerceamento do direito de defesa, arguida pelo sujeito passivo. Rejeitada por unanimidade.

1. Constando dos demonstrativos do lançamento a consideração de eventual pagamento efetuado anteriormente pelo sujeito passivo, o simples fato do julgador não se manifestar a respeito, haja vista ter vislumbrado tal situação na decisão meritória, não se configura como cerceamento do direito de defesa.

IV - ICMS - Obrigação tributária principal. Omissão de recolhimento do imposto. Redução indevida da base de cálculo. Saída interna de gado para abate em estabelecimento não signatário de Termo de Acordo de Regime Especial. Procedência. Decisão não unânime.

1. Nos termos do art. 8º, XIV, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE, a utilização da redução na base de cálculo do imposto na saída interna de gado bovino, bufalino, asinino, equino, muar, ovino e caprino, destinados ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor, está condicionada, entre outras, ao cumprimento da exigência de que o estabelecimento frigorífico ou abatedor onde ocorrer o abate do gado, seja signatário

de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE - com a Secretaria da Fazenda, para tal fim. Na ausência de Termo de Acordo ou com Termo de Acordo revogado, as saídas em questão não são contempladas com o benefício da redução na base de cálculo, hipótese em que o imposto deve ser calculado sobre o valor total da operação e recolhido antecipadamente;

2. Para usufruir de benefício fiscal - Redução de Base de Cálculo, o contribuinte deve atender e cumprir, rigorosamente, as condições estabelecidas pela legislação tributária pertinente;

3. A exigência do ICMS correspondente à diferença entre o imposto efetivamente devido, e o valor já recolhido pelo contribuinte, deve ser considerada procedente, quando devidamente comprovada.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de novembro de 2012, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão dos sujeitos passivos solidários [...], [...] S/A, [...] e [...] da lide, arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros 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 Aguinaldo Fernandes de Melo, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, Delcídes de Souza Fonseca, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia. E, por maioria de votos, acolher o pedido da Representação Fazendária, relacionado com a manutenção dos sujeitos passivos retro mencionados, em relação à penalidade pecuniária. Foram vencedores os Conselheiros 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 Aguinaldo Fernandes de Melo, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, Delcídes de Souza Fonseca, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial do lançamento, a partir da decisão cameral, por cerceamento do direito de defesa, suscitada pela autuada. Participaram do julgamento os Conselheiros Aguinaldo Fernandes de Melo, Heli José da Silva, 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, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Aldeci de Souza Flor e José Pereira D'abadia. Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do Recurso para o Conselho Pleno, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, 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 Aguinaldo Fernandes de Melo, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque, Delcídes de

Souza Fonseca, Edson Abrão da Silva e José Pereira D'abadia que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

Da análise do presente processo, depreende-se que a acusação tipificada na sua peça exordial versa sobre o fato de que o sujeito passivo, na condição de contribuinte, adquiriu gado em operação interna, utilizando a condição de substituto tributário previsto no TARE nº 232/2000 – GSF, e remeteu os animais para abate no estabelecimento filial de Goianira – CCE nº 10.389.823-9, procedimento esse em desacordo com o inciso I, da cláusula primeira, do referido TARE, conforme fazem provas as cópias dos documentos fiscais modelo 1, série 4, emitidos para transporte do gado do estabelecimento produtor ao abatedor, e cópias dos livros de Registro de Entrada, anexos.

Em consequência, perdeu o direito ao benefício da redução da base de cálculo do ICMS, prevista no artigo 8º, inciso XIV, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, e cláusulas primeira, inciso I, e sexta, do TARE nº 232/2000 - GSF, devendo recolher o ICMS no valor originário de R\$ 5.119,29 (cinco mil, cento e dezenove reais e vinte e nove centavos), com os acréscimos legais.

Foram juntados ao processo os documentos de fls. 08/22, a saber: Nota Explicativa; Demonstrativo de Apuração do ICMS Correspondente à Redução Indevida de Base de Cálculo; cópias das Notas Fiscais de Entrada; cópias das páginas do livro Registro de Entradas; e, Extrato Cadastral.

Foram indicados infringidos os artigos 15, e 64, do Código Tributário Estadual – CTE, c/c o artigo 82, do Regulamento do Código Tributário Estadual – RCTE, e, ainda, o artigo 8º, inciso XIV, alínea “a”, item “2”, do Anexo IX, do RCTE. A penalidade sugerida pela autoridade lançadora foi a prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea “a”, e § 9º, inciso II, do CTE.

Foram incluídos como solidários: [...], [...], e [...], na condição de administradores. Também, [...] S/A, de Rio Verde - GO, teve a inclusão justificada pela sucessão empresarial, conforme previsto no artigo 47, da Lei nº 11.651/91.

Intimados, fls. 25/36, os autuados não compareceram ao processo, propiciando a lavratura do Termo de Revelia de fls. 37.

Novamente intimados, fls. 38/49, somente o autuado direto apresenta Impugnação, sendo lavrado em desfavor dos solidários o Termo de Perempção de fls. 50.

Na Impugnação apresentada pelo sujeito passivo direto, fls. 53/57, o mesmo alega que a Lei Complementar nº 87/96 – Lei Kandir, modificou, para efeito tributário, a forma autônoma pela qual eram tratados os estabelecimentos, ou seja, posteriormente à referida Lei, as empresas e suas filiais passaram a ser tratadas

como se tivessem um caixa único, para efeito do pagamento do ICMS, tanto que o saldo credor de uma pode ser repassado à outra.

Assim, indaga: *“Qual prejuízo teria o Estado quando o abate foi deferido a determinado frigorífico, que esse fosse efetivado em um ou outro estabelecimento da mesma empresa?”*

Alega que não existe norma na legislação goiana que ampara a interpretação de que o abate em determinado frigorífico deve se restringir às entradas próprias. Diz que TARE não revoga legislação tributária, e que cláusula descumprida não significa revogação de TARE.

Ainda, informa da extinção de parte da obrigação, pois os autuantes estão exigindo o imposto com a alíquota de 12% (doze por cento) sobre a operação de compra, deixando de considerar que 3% (três por cento) do referido imposto já fora normalmente recolhido, muito antes da ação fiscal, mediante lançamento que o autuado fizera em seus livros fiscais. Junta as cópias dos documentos de fls. 58/88.

Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração.

A Terceira Câmara deste Conselho decidiu, por maioria de votos, rejeitar o pedido da representante legal da atuada de conversão do julgamento em diligência. 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 da Impugnação, negar-lhe provimento, para considerar procedente o auto de infração. E, por maioria de votos, acolher o pedido de exclusão da penalidade pecuniária em relação aos solidários, apresentado pela atuada.

A decisão encontra-se consubstanciada no Acórdão nº 885/2012, fls. 91/94.

A Representação Fazendária recorre da decisão cameral, fls. 96/98, discordando da exclusão da penalidade para os solidários, com espeque no inciso I, do artigo 41, da Lei nº 16.469/09, razão pela qual pleiteia a reforma da decisão cameral em relação à exclusão da aplicação da penalidade pecuniária aos solidários, mantendo-se a decisão em relação às demais questões.

Destacou-se: *“A decisão cameral está fundamentada em uma interpretação equivocada e literal do caput do Artigo 45, da Lei nº 11.651/91, pois aquele dispositivo prevê a obrigatoriedade do recolhimento do tributo pelas pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Evidentemente, se o tributo não é recolhido, tanto o sujeito passivo como o solidário devem arcar com as penalidades previstas na Legislação Tributária Estadual. Por isto, solicitamos a reforma do acórdão cameral em relação a exclusão da aplicação da penalidade para os solidários.”*

Intimidados, os autuados apresentam Contradita ao Recurso Fazendário, bem como Recurso ao Conselho Pleno, fls. 111 e 113/120. Pedem que seja declarada nula a decisão cameral, por ter cerceado o direito de defesa do contribuinte, ao não se pronunciar sobre fatos constantes da defesa apresentada. Requerem, ainda, a exclusão dos sócios da lide por erro na identificação do sujeito passivo. Ainda, pela exclusão dos solidários em relação à multa. No mérito, que se julgue o auto de infração parcialmente procedente no valor do ICMS de R\$ 3.839,47 (três mil, oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e sete centavos), após a dedução do percentual de 3% (três por cento), já recolhido.

Relativamente à nulidade por cerceamento do direito de defesa, argumenta que apresentou o fato de que parte da obrigação se encontra extinta, por já ter recolhido 3% (três por cento), e a decisão cameral não apreciou tal questão.

Em relação ao pleito de exclusão dos solidários da lide, argumenta que a simples indicação do artigo 124, do CTN, não é suficiente para apurar a responsabilidade dos sócios, visto que esta não tem cunho objetivo e sim subjetivo. Desta forma, em regra, a sociedade responde pelos débitos contraídos junto ao Fisco e os sócios apenas são responsáveis pessoalmente nas hipóteses elencadas no artigo 135, do CTN, e mesmo assim, se e quando houver atuação dolosa do sujeito passivo. Menciona que solidariedade é diferente da subsidiariedade.

Destaca, ainda, que caso seja ultrapassada a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo solidário, requer a exclusão dos mesmos em relação à cobrança da multa, mantendo-se, assim, a decisão cameral nesse quesito.

No mérito, reitera os argumentos já expendidos nas fases anteriores. Ratifica que TARE não revoga legislação tributária, assim, como cláusula descumprida não significa revogação de TARE.

Este é o relatório.

DECISÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

DA RESPONSABILIDADE DE SÓCIO ADMINISTRADOR

Quanto ao pedido de exclusão da lide dos solidários [...], [...], [...], e da empresa [...] S/A., não o acolho, visto que, na condição de administradores e sucessora, participam diretamente da situação de que decorreu a omissão objeto da ação fiscal, condutas que se subsumem aos artigos 45, inciso XII, e 47, inciso I, 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).

Art. 47. É obrigado ao pagamento do imposto devido:

I – a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação, incorporação ou cisão de outra ou em outra, em relação aos fatos geradores ocorridos nas operações ou prestações realizadas até a data do ato, pela pessoa jurídica de direito privado fusionada, transformada, incorporada ou cindida.”

Observo, como fundamento do meu posicionamento, que o artigo 45, XII, acima transcrito, possui ligação com o artigo 124, do Código Tributário Nacional - CTN:

“CAPÍTULO IV

Sujeito Passivo

[...]

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

[...]”

Como se percebe, a redação do *caput* do artigo 45, da Lei nº 11.651/91, pela expressão “*pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”, estabelece uma relação essencial entre esse dispositivo e o inciso I do artigo 124 do CTN.

A inclusão da empresa [...] S/A., decorre da sua qualidade de sucessora do fundo de comércio da autuada, nos termos do artigo 47, inciso I, § 1º, da Lei nº 11.651/91.

Com as razões acima delineadas, entendo que não há como excluir da lide os responsáveis solidários identificados.

DA SOLIDARIEDADE EM RELAÇÃO À PENALIDADE

Quanto ao Recurso da Fazenda Pública, que busca a reforma da decisão cameral, para se reincluir na lide os solidários relativamente à penalidade, hei por bem, em consenso majoritário, em acolhê-lo, por comungar com os argumentos apresentados.

De acordo com a Legislação Tributária Estadual, os sócios administradores da empresa são responsáveis pelo tributo devido, na sua integralidade, incluindo-se, nas hipóteses de infração à legislação, todos os consectários legais, a saber: imposto, multa, juros, e correção monetária.

Portanto, não se amoldando a questão ora debatida nas situações em que a legislação exige o sujeito passivo da responsabilidade pelos consectários legais – multa, juros e correção monetária, a exemplo do parágrafo único, do artigo 100, do Código Tributário Nacional – CTN, não há que se falar em exclusão da penalidade para os solidários.

Acolho, pois, o Recurso Fazendário para reformar a decisão cameral que excluiu a penalidade indicada no auto infração, em relação aos solidários.

NULIDADE

Quanto à nulidade suscitada pelos recorrentes, por cerceamento do direito de defesa, com o argumento de que a decisão cameral não se manifestou a respeito de questão colocada na defesa, hei por bem em rejeitar, acompanhado pela unanimidade dos meus pares.

Com relação ao valor do ICMS reclamado, o sujeito passivo alega que a fiscalização desconsiderou os 3% (três por cento) já recolhidos. Contudo, a uma simples verificação no demonstrativo do trabalho de auditoria fiscal, fls 11, é possível constatar que o ICMS correspondente a 3% (três por cento), do valor de cada operação então questionada, foi, sim, considerado pela fiscalização.

No demonstrativo em questão, observa-se que o autuante aponta a base de cálculo do ICMS devido por Substituição Tributária, calcula o ICMS a 12% (doze por cento), deduz o ICMS destacado nas Notas Fiscais, a 3% (três por cento), e aponta a diferença de ICMS a autuar. O ICMS reclamado corresponde, assim, exatamente a 9% (nove por cento) da base de cálculo do ICMS Substituição Tributária devido pela compra de gado, remetido para abate em outro estabelecimento.

Conclui-se, portanto, que em face da clareza do demonstrativo, os julgadores camerais entenderam ser despidendo maiores detalhamentos a respeito.

Rejeito, pois, a preliminar em questão.

MÉRITO

Suplantadas as questões acima especificadas, e adentrando no mérito do lançamento, não vejo como recepcionar favoravelmente as razões trazidas pelos recorrentes, por considerar que os argumentos por eles apresentados não são coadunáveis com o estatuído na legislação tributária estadual que rege a matéria.

Na questão de mérito, mediante procedimento de auditoria nos livros e documentos fiscais do estabelecimento da empresa de Rio Verde - GO, a fiscalização detectou irregularidades referentes a diversas operações internas de aquisição de gado bovino, amparadas com o benefício da redução da base de cálculo prevista no artigo 8º, inciso XIV, do Anexo IX, do RCTE.

A Nota Explicativa, fls. 08/10, elaborada pelos autuantes, trazem, em resumo, destacados os seguintes pontos:

(i) Foi realizada verificação nas aquisições da empresa, de gado bovino e bufalino para abate, com redução da base de cálculo do ICMS prevista no artigo 8º, inciso XIV, do Anexo IX, do RCTE, de tal forma que resulte na aplicação sobre o valor da operação do percentual equivalente a 3% (três por cento), conforme autorizado pelo TARE nº 232/2000 - GSF, celebrado entre a SEFAZ e o estabelecimento de Rio Verde –GO, inscrito no CCE sob o número 10.188.915-1;

(ii) Para o transporte do gado adquirido até o estabelecimento abatedor, a empresa emite a Nota Fiscal Modelo 1, série 4, com CFOP 1.401 – compra para industrialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária pela Operação Anterior, identificando o remetente do gado, o quantitativo, o preço calculado pelo valor de pauta e o valor total da nota fiscal;

(iii) Após o abate, a empresa emite a Nota Fiscal Modelo 1, série 2, para a entrada do gado efetivamente abatido, nela constando o peso líquido, o valor total da Nota Fiscal calculado pela pauta do gado abatido, a base de cálculo reduzida a 25%, e o valor do ICMS a ser recolhido, nos termos da cláusula sexta do TARE 232/2000-GSF;

(iv) Ocorre que o gado adquirido pelo estabelecimento com inscrição nº 10.188.915-1 – portador do TARE – foi remetido para ser abatido no estabelecimento de Goianira, inscrito no CCE/GO nº 10.389.823-9, localizado na Rodovia GO 070, SN, KM 14, Zona Rural, conforme descrito no campo dados do produto das Notas Fiscais modelo 1, série 4;

(v) A Acordante, para usufruir do benefício fiscal da redução de base de cálculo do ICMS, deve abater o gado, exclusivamente, no estabelecimento abatedor identificado no TARE nº 232/2000 – GSF, conforme previsto no inciso I, da Cláusula Primeira.

Para o uso do benefício fiscal previsto no artigo 8º, inciso XIV, do Anexo IX, do RCTE, o contribuinte deve ser signatário de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, conforme pode ser verificado pela transcrição a seguir:

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

[...]

XIV – de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do percentual equivalente a 3% (três por cento), na saída interna com gado bovino, bufalino, asinino, eqüino, muar, ovino e caprino destinados ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor, devendo ser observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, (art. 1º, II, “a”, 1):

a) estabelecimento frigorífico ou abatedor onde ocorrer o abate do gado deve ser:

1. credenciado pelo órgão sanitário competente e pelo Instituto Goiano de Defesa Agropecuária - IGAP -;
2. signatário de termo de acordo de regime especial com a Secretaria da Fazenda, para tal fim;

[...]”

O estabelecimento do frigorífico de Rio Verde, adquirente do gado, é signatário do Termo de Acordo de Regime Especial nº 232/2000 – GSF, situação essa que preenche a condição estabelecida no artigo 8º, XIV, alínea “a”, item “2”, do Anexo IX, do RCTE. Contudo, no referido TARE consta que o benefício da redução da base de cálculo só se aplica para o abate exclusivo no estabelecimento signatário, conforme consta nas suas Cláusulas primeira e sexta:

“Cláusula primeira. Fica a ACORDANTE, nas condições, limites e forma estabelecidos neste termo, autorizada a:

I - adquirir gado bovino e bufalino, para abate exclusivamente no estabelecimento acima identificado, com redução de base de cálculo do ICMS de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação de percentual equivalente a 3% a ser efetivada pela AGENFA de Rio Verde, que emitirá o documento fiscal correspondente à operação”; (com destaque);

[...]

Cláusula sexta. O ICMS correspondente à operação mencionada no inciso I da cláusula primeira será de responsabilidade da ACORDANTE e devera ser pago nos seguintes prazos:”

O Regulamento do Código Tributário Estadual, ao tratar de benefícios fiscais, dispõe em seus artigos 81, 82, 83, 85 e 86:

“Art. 81. Benefício fiscal é o subsídio concedido pelo Estado, na forma de renúncia total ou parcial de sua receita decorrente do imposto, relacionado com incentivo em futuras operações ou prestações nas atividades por ele estimuladas (Lei nº 11.651/91, art. 39).

Art. 82. Os benefícios fiscais, com base no ICMS, são exclusivamente os previstos neste Capítulo e são concedidos ou revogados mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição da República (Lei nº 11.651/91, art. 40).

Art. 83. São benefícios fiscais (Lei nº 11.651/91, art. 41):

I – a isenção;

II – a redução da base de cálculo;

III – o crédito outorgado;

IV – a manutenção de crédito;

V – a devolução total ou parcial do imposto

[...]

Art. 85. A concessão de benefício fiscal não dispensa o sujeito passivo do cumprimento das obrigações acessórias previstas na legislação tributária. (Lei nº 11.651/91, art. 43).

Art. 86. Quando o benefício fiscal for concedido sob condição e esta não for atendida, o contribuinte perde o direito ao benefício e fica obrigado ao pagamento do imposto acrescido das cominações legais cabíveis, desde a data da ocorrência do fato gerador em que tenha havido a utilização do benefício, ressalvada a disposição em contrário”. (destaque acrescentado ao texto).”

Na situação analisada, não foram observadas as exigências legais para a utilização do benefício fiscal da redução da base de cálculo, pois os animais foram remetidos para abate no estabelecimento de Goianira, neste Estado, quando o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, firmado com a Secretaria da Fazenda, estabelece que o abate deveria ser realizado exclusivamente no estabelecimento signatário do TARE.

Assim, o ICMS devido sobre as saídas acobertadas pelas Notas Fiscais informadas no auto de infração, deve ser calculado sobre o valor da operação, e não sobre a base de cálculo reduzida, porque o estabelecimento do frigorífico, no qual ocorreu o abate, não possui Termo de Acordo de Regime Especial com a Secretaria da Fazenda, autorizando recebimento de gado para abate com redução da base de cálculo do imposto.

Não se trata de revogar o Termo de Acordo, mas de negar um benefício cuja condição para a sua utilização não foi atendida. É certo que o estabelecimento de Rio Verde pode utilizar os estabelecimentos de suas filiais para realizar abates, mas tais operações, nos termos em que foram realizadas, não podem ser alcançadas com o benefício da redução da base de cálculo, que só se aplica ao abate realizado no próprio estabelecimento portador do TARE.

Diante do que foi exposto, voto, em consenso majoritário, para rejeitar a preliminar de exclusão da lide dos solidários, apresentada pelos recorrentes.

Conheço, outrossim, de forma majoritária, o Recurso da Representação Fazendária, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral, e manter na lide os solidários em relação à penalidade aplicada.

Rejeito, em consenso unânime, a preliminar de nulidade da decisão cameral, por cerceamento do direito de defesa, suscitada pelos recorrentes.

No mérito, em decisão majoritária, voto, 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 30 de julho de 2013.

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

Matéria: OUTROS - Impedimento de autoridade fiscal para realização do trabalho de auditoria (Rejeição de Nulidade)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02319/13

Redator do Voto: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Questão processual. Impedimento de autoridade fiscal para realização de trabalho acusatório. Rejeição.

Para que reste caracterizado impedimento de autoridade para elaboração de trabalho fiscal, deve haver subsunção dos fatos à norma expressa no artigo 18, inciso II da Lei 13.800/01. Caso contrário, fica afastada essa interpretação dos fatos

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 02 de julho de 2013, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral que considerou nulo o auto de infração, devendo os autos retornarem a Câmara Julgadora para apreciação de toda matéria. Foram vencedores os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Célia Reis Di Rezende, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva, Elias Alves dos Santos, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Heli José da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, Rodolfo Ramos Caiado, Álvaro Falanque, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca e Nivaldo Carvelo Carvalho, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que anulou o auto de infração por impedimento da autoridade lançadora.

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo realizou saídas de mercadorias tributadas sem emissão de documentação fiscal, no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, nos valores apurados por meio do comparativo entre as vendas registradas e os ingressos de recursos em sua conta bancária do Banco do Brasil, agência 3482-7, conta corrente 4053-3, conforme documentos e demonstrativos anexados ao auto de infração, sujeitando-se, em consequência, ao pagamento de ICMS na importância de R\$ 296.886,59 (duzentos e noventa e seis mil, oitocentos e oitenta e seis reais e cinquenta e nove centavos), juntamente com penalidades e acréscimos legais.

De acordo com o agente autuante, o sujeito passivo infringiu os artigos 63 e 64, ambos da Lei nº 11.651/91 em combinação com o Decreto nº 4.852/97. A

penalidade proposta corresponde à tipificada no art. 71, inciso VII, alínea "I", § 9º, inciso I, da Lei nº 11.651/91 com a redação conferida pela Lei nº 13.446/99.

[...] e [...] foram nomeados solidários nos termos do artigo 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91.

Para instrução processual, a autoridade fiscal juntou aos autos Detalhamento do Crédito Tributário de fls.03; Identificação dos Coobrigados de fls.04/05; Demonstrativo da Omissão de Vendas Através do Comparativo Entre Vendas Registradas e Ingressos de recursos em Conta Bancária de fls.06/07; cópia da Ordem de serviço de fls.08; cópia do auto de infração de nº 4010903203994; Auditoria Específica de Mercadorias de fls.10; Notificação Fiscal seguida de Esclarecimentos de fls.11/16; Certificado de Inscrição e Credenciamento no Registro Nacional de Sementes e Mudanças de fls.17/18; Notificação Fiscal seguida de Considerações de fls.19/23; Anexo da 4ª Notificação Fiscal e as Considerações de fls.24/30; cópia de Lançamentos bancários do Banco Brasil de fls.31/43; Solicitação efetuada pela Delegacia Regional de Goiânia de Expedição de extratos Bancários de fls.44/52; cópia do Despacho nº 2138/09-DRFGNA de fls.53; cópia de Requerimento de fls.54/55; cópia do livro Registro de Apuração do ICMS de fls.56/93; cópia de extratos bancários de fls.94/202.

As partes foram intimadas, às fls.203/209, a pagar ou apresentar impugnação à Primeira Instância.

Após intimados, os sujeitos passivos autuado e solidários comparecem tempestivamente ao processo, às fls.212/247, e impugnam a ação fiscal alegando, em síntese, o seguinte:

a) que há ilegitimidade passiva dos sócios tidos como solidários, pois os seus patrimônios não se confundem com os da pessoa jurídica, e ainda porque não se verificou a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas nos arts. 134 e 135 do CTN, especialmente em relação à pessoa de [...], que não é sócio gerente;

b) que na época da ocorrência do fato gerador a legislação em vigor não atribuía ao solidariamente responsável a obrigação pela penalidade pecuniária;

c) que há ilegalidade na obtenção de prova, por ausência de previsão legal para quebra de sigilo bancário pela via administrativa; que não há regulamentação da Lei Complementar nº 105/2001 para aplicação no âmbito estadual; que a Lei Complementar nº 105/2001 prevê a solicitação de informações bancárias somente quando comprovadamente indispensável tal procedimento, o que não é o caso, na medida em que o sujeito passivo apresentou seus livros contábeis; que a Lei Complementar nº 105/01 está pendente de julgamento de sua constitucionalidade junto ao STF;

d) que há nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que o presente auto de infração refere-se ao exercício de 2007, enquanto as provas juntadas ao processo reportam-se ao período de 17/03/2006 a 31/12/2006 (extratos bancários e livro Registro de Apuração do ICMS, e demonstrativo);

e) no mérito, argumentam que as movimentações bancárias do contribuinte não servem como fato gerador do imposto, tratando-se de presunção sem fundamento legal; alegam, também, que há duplicidade de lançamentos relativamente ao auto de infração nº 4011000056798.

Pedem a exclusão dos sócios da lide, ou em relação à penalidade pecuniária; que se decrete a nulidade processual por ilegalidade na obtenção das provas e por cerceamento do direito de defesa; ou que se julgue improcedente, considerando a alegada duplicidade de lançamentos, ou a presunção ilegal da ocorrência do fato gerador.

Foram anexados os seguintes documentos: Procuração de fls.249/251; Alteração Contratual de fls.252/255; cópia de documentos pessoais de fls.256/259; cópia do auto de infração de nº 4011000056798; Detalhamento do Quadro Tributário de fls.262; Identificação dos coobrigados de fls.263/264.

O julgador monocrático prolatou a sentença de nº 4202/10 às fls.266/271, julgando procedente em parte o auto de infração.

Em sua fundamentação, o julgador singular descarta a ocorrência das nulidades processuais pelos motivos aventados pelos impugnantes e, no mérito, considera que o sujeito passivo praticou a infração estampada na basilar, pois a documentação carreada aos autos demonstra que o ingresso de numerário soma valor muito superior ao correspondente às receitas auferidas pelo sujeito passivo, conforme registros em seus livros fiscais; que o sujeito passivo não apresenta prova em contrário.

Acrescenta que todo o procedimento fiscal encontra-se amparado por lei inclusive dispondo sobre o modo, a competência e o procedimento administrativo próprio para requisição de informações bancárias de contribuintes de tributos estaduais; que havendo a requisição pelo Delegado Regional de Fiscalização, em processo instaurado de nº 200900004015297, conforme consta informação dos autos, tem-se por certa a indispensabilidade das informações requisitadas.

Por fim, registre-se que o fato de estar pendente de julgamento de constitucionalidade da Lei nº 105/01 pelo Supremo Tribunal Federal, por si só, não afasta sua aplicabilidade pela administração pública.

Que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, uma vez que os sujeitos passivos foram intimados conjuntamente para apresentar defesa em relação a este auto de infração e do processo nº 4011000408732, podendo apreciar as provas em sua totalidade, ainda que por equívoco, quando da juntada das provas, houvesse a falada inversão.

Nesse sentido, afastou a preliminar de nulidade processual.

Ainda quanto ao mérito, verifica-se que a autuação fundamenta-se em presunção, e esta presunção da ocorrência de saída de mercadorias sem

documentação fiscal decorre de lei, porém, a mesma apresenta caráter "juris tantum", podendo o sujeito passivo fazer prova em contrário; que os impugnantes não justificam, por meio de informações e documentos, a origem dos recursos financeiros aportados em sua conta bancária; que os impugnantes não trouxeram ao processo quaisquer elementos relevantes capazes de provocar a modificação do procedimento fiscal, em especial, informações ou documentos sobre os créditos em sua conta corrente bancária, a despeito de suas vendas não serem bastantes para alcançar o montante dos ingressos de numerário ali registrados e informados pelo Banco do Brasil S/A.

Exclui da lide o sujeito passivo solidário [...], por restar comprovado que não respondia pelos atos da administração, porquanto não detinha poderes para tanto, não sendo nomeado no contrato social sócio-gerente, porém mantém os demais.

Quanto à alegação de duplicidade de lançamentos relativamente ao auto de infração nº 4011000056798 entende que o argumento é procedente e, mediante auditoria específica de mercadorias constatou-se omissão de saídas no montante de R\$ 482.317,28, valor este que deve ser deduzido da omissão de saídas constatada no presente processo.

Desta feita, o valor tributário real é no montante de R\$8.331.252,11, que com a aplicação da alíquota média de 3,3685%, resulta em ICMS exigível na importância de R\$ 280.638,23 (duzentos e oitenta mil, seiscentos e trinta e oito reais e vinte e três centavos).

Inconformada, a Gerência da Representação Fazendária, às fls.272/273, ingressa com recurso cameral nº 189/10.

Argumenta que as referidas autuações tratam de matérias de natureza distintas e por isso não há possibilidade de se proceder a mencionada dedução; que não se faz presente nos autos a comprovação de que todas as mercadorias adquiridas pelo sujeito passivo à época do fato gerador tenham adentrado seu estabelecimento devidamente acobertadas por documentação e por isso requer que toda a matéria seja apreciada em conjunto com o AI nº 4 0110004 087 32 e a reforma da decisão singular para considerar procedente o presente auto de infração.

As partes foram intimadas em 08/12/10, às fls.277/278, a pagar ou apresentar recurso voluntário à Segunda Instância.

Em grau de recurso voluntário, às fls. 281/321, o sujeito passivo alega, em síntese, que há ilegitimidade passiva dos sócios tidos como solidários, uma vez que seus patrimônios não se confundem com os da pessoa jurídica, e ainda porque não se verificou a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas nos arts. 134 e 135 do CTN, especialmente em relação à pessoa de [...] que nem sequer é sócio gerente.

Destaca que na época da ocorrência do fato gerador a legislação em vigor não atribuía ao solidariamente responsável a obrigação pela penalidade pecuniária.

Alega ainda que há ilegalidade na obtenção de prova e que houve cerceamento ao direito de defesa, uma vez que o presente auto de infração refere-se 2006, enquanto as provas juntadas reportam-se ao exercício de 2007.

No mérito, argumenta-se que as movimentações bancárias do contribuinte não servem como fato gerador do imposto, tratando-se de presunção sem fundamento legal.

Ao final, pede-se o acolhimento das preliminares suscitadas ou a declaração de improcedência do lançamento fiscal.

Na contradita às razões da Fazenda Pública, fls.315/321 o sujeito passivo argumenta que à época do presente fato gerador, os recorrentes já haviam sido autuados e fiscalizados conforme o AI nº 4 0110000 567 98; que face ao exposto o presente auto de infração constitui-se em crime por excesso de exação; que o primeiro lançamento, embora apurado com base em levantamento quantitativo de estoque, estribou-se na presunção de venda sem a devida emissão de documentação fiscal; que o presente auto de infração, tendo por base meros registros em conta bancária, culminou com lançamento sob mesmo fundamento; que tal se afigura um bis in idem calcado na presunção e por isso requer seja o recurso da Fazenda Pública improvido e mantida a parte da decisão singular que reconhece a ilegitimidade passiva dos sócios quanto à multa aplicada. Mediante aditivo de fls. 325/330, a autuada apresenta a arguição de nulidade do lançamento, por impedimento da autoridade lançadora que teria interesse na presente autuação, visto que a fiscalização decorreu do desdobramento de investigação realizada em inquérito policial, relativamente à empresa que manteve relações comerciais com a autuada, o qual "*envolvía parente seu por afinidade*" que teria sido prejudicado por utilização indevida de seu nome.

Acrescenta ainda que a referida autoridade lançadora veio a figurar "*como testemunha compromissada*" no referido inquérito policial e que tudo isso contraria as disposições contidas no art. 18, I e II da Lei nº 13.800/2001, a qual estabelece que é impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que tenha interesse direto ou indireto na matéria ou que tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau.

Foram anexados os seguintes documentos: Cópia do auto de infração nº 4010903146400; Nota Explicativa de fls.334/335; Termo de Depoimento de fls.336/346.

Pela Certidão de fls.348, a Segunda Câmara deste Conselho decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo autuado, por impedimento da autoridade lançadora, nos termos do art. 20 da Lei nº 16.469/09, declarando nulo "ab initio" o processo.

Entendeu o acórdão cameral nº 2324/12 às fls. 349/354, ao analisar o que consta dos autos, que razão assiste ao sujeito passivo em seus argumentos contidos na peça aditiva de fls.325/330.

De fato, a presente ação fiscal se desenvolveu no contexto de apuração, em sede de inquérito policial, do uso do nome de parente afim em primeiro grau (sogra) da autoridade lançadora que, inclusive, prestou depoimento, na condição de testemunha compromissada, na Delegacia Estadual de Repressão a Crimes Contra a Ordem Tributária em defesa de sua parente.

A Fazenda Pública Estadual foi intimada em 10/12/12, a interpor recurso ao Conselho Pleno com relação ao acórdão cameral.

Pelo Recurso ao Pleno nº 497/12 de fls.356/358, o Representante Fazendário requer seja o presente Recurso ao Conselho Pleno recebido e provido para, reformando o Acórdão cameral, retornar o processo à segunda Instância para julgamento do mérito.

As partes foram intimadas em 28/12/12 às fls.360/361 a apresentar Contradita ao Recurso formulado pelo Representante Fazendário.

Na contradita de fls.364/373 as partes comparecem ao feito, arguindo em preliminar a manutenção de nulidade do lançamento por ter sido lavrado por autoridade impedida.

Por fim, requer que o recurso interposto pela Fazenda Pública seja integralmente improvido, de sorte que seja mantido o acórdão recorrido, o qual declarou, em sede de preliminar, o impedimento da autoridade lançadora, com base no art. 18 da Lei 13.800/2001 e a coerente nulidade do presente processo , "ab initio", nos termos do art. 20 da Lei 16.469/09.

É o relatório.

DECISÃO

No presente caso a discussão nesse momento gira em torno do impedimento ou não da autoridade que elaborou o trabalho fiscal sob análise. O texto legal que trata dessa matéria é a Lei 13.800/01, cuja parte que trata de impedimentos consta abaixo transcrita, vejamos sua redação:

"Art. 18 – É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19 – A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.”

No presente caso, para que fosse caracterizada a participação como perito, essa teria que expressar opinião objetiva sobre alguma dúvida que existiria no processo. Haveria solicitação por autoridades incumbidas de tomar a decisão final, o que não se traduz no caso presente.

O agente também não participou como testemunha, pois essa se pauta por uma narrativa de fatos ocorridos e vistos por alguém totalmente externo ao processo. Quanto à situação que trata de representação, não há a mínima dúvida quanto ao fato de que isso não ocorreu.

O papel do auditor que realizou o trabalho foi devidamente executado, e agora, para efeito de decisão, nada mais dele depende, estando sob apreciação do Conselho. A natureza do trabalho desenvolvido pelo agente público é acusatório e fundamentado em provas que podem e devem ser analisadas por pessoas estranhas às circunstâncias que cercaram o fato ilícito narrado na exordial.

Não se nega o fato de que o auditor que realizou o trabalho seja parente de pessoa que foi prejudicada por suposta fraude cometida pela empresa autuada, mas entendo que tal impedimento não encontra sustentação em nosso ordenamento jurídico.

Diante de tudo o que foi exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e retornar o processo à fase cameral para apreciação de toda a matéria.

VOTO VENCIDO

Solicitei a elaboração deste voto vencido porque na sessão de julgamento do processo, na avaliação do trabalho fazendário e na conferência da fundamentação e das contraprovas instrutórias da defesa, a minha conclusão de voto divergiu da direcionada pelo Conselheiro Autor do Voto Vencedor, em especial na parte em que decidi pela confirmação da nulidade do auto de infração, pois até o momento da votação deste feito a minha convicção de voto se manteve de acordo com o decidido na Câmara Julgadora. Externo o meu voto na certeza de que o registro da opinião divergente é democrática e não fere a legalidade do processo contencioso administrativo tributário.

Para situar a causa da exigência contida no lançamento inicial desta questão e para formalizar o meu voto vencido, reporto à descrição do fato gerador da obrigação tributária que o transcrevo a seguir:

Realizou saída de mercadorias tributadas sem emissão de documentação fiscal, no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, nos valores apurados e

demonstrados o trabalho de auditoria: comparativo entre as vendas registradas e os ingressos de recursos em sua conta bancária do Banco do Brasil S/A, agência 3482-7, conta corrente nº 4053-3, conforme documentos e demonstrativos em anexo. Em consequência, o sujeito passivo fica obrigado ao recolhimento do ICMS na importância de R\$ 296.886,59 (duzentos e noventa e seis mil, oitocentos e oitenta e seis reais e cinquenta e nove centavos), acrescido da penalidade e dos acréscimos legais.

O fato gerador da obrigação tributária descrito no auto de infração motivou o enquadramento da infração de acordo com os arts. 63 e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 141 do Decreto nº 4.852/97 e a proposição da penalidade foi a do art. 71, inciso VII, alínea "I", agravada com a aplicação do § 9º do CTE.

Estudei a formalização da constituição do crédito tributário, observei os questionamentos defensórios, a redação do acórdão cameral de autoria do Conselheiro Jorge Antônio Bezerra de Oliveira que, com o suporte do art. 18 da Lei nº 13.800/2001, decidi esta ação fiscal com a declaração da nulidade da peça básica, conclui que o decidido na Câmara Julgadora deve ser confirmado, visto que o voto aprovado pelo Acórdão da II CJUL nº 02324/2012 definiu a contenda na sessão de julgamento do dia 25 de maio de 2011 e que, com o devido respeito, transcrevo parte nesta decisão plenária, conforme ordenamento seguinte:

"Analisando o que consta dos autos, entendo que razão assiste ao sujeito passivo em seus argumentos contidos na peça aditiva de fls. 325/330.

De fato, a presente ação fiscal se desenvolveu no contexto de apuração, em sede de inquérito policial, do uso do nome de parente afim em primeiro grau (sogra) da autoridade lançadora que, inclusive, prestou depoimento, na condição de testemunha compromissada, na Delegacia Estadual de Repressão a Crimes Contra a Ordem Tributária em defesa de sua parente.

Ao que tudo indica, uma outra empresa foi constituída irregularmente com uso do nome e sem o conhecimento da sogra da autoridade lançadora, o que culminou na apuração do crime pela polícia civil e desencadeou diversas autuações fiscais contra as empresas destinatárias de mercadorias procedentes daquela que teria sido constituída de forma irregular, dentre as quais se encontra a autuada, que registrara em seus livros fiscais 23 notas fiscais emitidas pela empresa irregular, no valor comercial de R\$ 2.221.200,00 (dois milhões duzentos e vinte e um mil e duzentos reais), notas fiscais estas que foram objeto de outro procedimento fiscal por terem sido "consideradas inidôneas pela fiscalização pelo fato da empresa SEMEARA ter sido constituída de forma fraudulenta, conforme relatório e laudo grafotécnico em anexo" (doc. de fl. 334).

Como já dito, no contexto das investigações policiais, a própria autoridade lançadora presta depoimento, na condição de testemunha compromissada, conforme termo de fls. 345/355, do qual se extraem os seguintes trechos: "INQUIRIDO pela autoridade policial, respondeu: QUE é auditor fiscal da receita estadual (...), atualmente ocupando a função de Supervisor de Fiscalização da DRFGNA; QUE em junho de 2006, foi procurado por um funcionário do escritório de Contabilidade [...] CONTÁBIL (...) QUE naquela oportunidade ele informou que sua cliente havia recebido urna notificação da Secretaria da Fazenda do Estado de

Goiás, dizendo que estava sendo desenquadrada do regime diferenciado aplicado às microempresas pelo fato de ser também proprietária de uma outra empresa e que a soma do faturamento de ambas extrapolou o limite previsto na legislação; QUE o funcionário do escritório após comparecer à sede da Delegacia Regional de Fiscalização de Goiânia, foi informado pelo setor de atendimento que a Sra. (...) era sócia da empresa [...] SEMENTES AGROPASTORIL LTDA, inscrita no CCE sob o nº 10.392.065-0; QUE em seguida, o declarante recebeu um telefonema da Sra. (...), narrando-lhe o fato; QUE pelo fato de conhecer bem a Sra. (...), pois é sua sogra, constatou de imediato tratar-se de uma fraude; (...); QUE verificou que a homologação do cadastro da [...], consistente na análise prévia da documentação exigida na concessão de cadastro estadual, foi realizada em 05 de setembro de 2005, a digitação em 06 de setembro de 2005 e a vistoria, que é realizada para conceder a primeira autorização para impressão de notas fiscais, em 09 de setembro de 2005, todas pelo mesmo funcionário (...); QUE solicitou ao Setor de Arquivo de Cadastro da DRFGNA a pasta contendo a documentação que constitui o dossiê do contribuinte; QUE para sua surpresa a mesma não foi encontrada e ali não consta registro do recebimento de tal dossiê; (...) QUE analisou o relatório "Histórico de Andamentos" emitido pelo sistema "APLIF" do citado processo, onde pôde constatar que o mesmo foi cadastrado às 12:46 horas do dia 28 de julho de 2005, pela funcionária do Setor de Atendimento (...) e que, logo em seguida, às 12:50 horas, a mesma funcionária inseriu a seguinte observação: "PROCESSO DEVOLVIDO AO CONTRIBUINTE COM TODA DOCUMENTAÇÃO", sendo que isto significa que a documentação juntada no processo estava incompleta ou com alguma irregularidade e o mesmo foi devolvido ao requerente; (...) QUE com o cadastro estadual ativo, os responsáveis pela fraude obtiveram a autorização e confeccionaram setecentas e cinquenta (750) Notas Fiscais - Modelo I, e duzentas e cinquenta (250) Notas Fiscais - Modelo 2; QUE através do "SISTEMA DE CONTROLE DE OPERAÇÕES EM TRÂNSITO", pôde constatar a existência, nos arquivos da Central de Notas Fiscais da SEFAZ/GO, de algumas vias de notas fiscais da Semeara utilizadas em operações tributadas que destinaram produtos a outros Estados da Federação, num total de sessenta e nove (69) operações, que somaram R\$ 2.574.186,00 (dois milhões, quinhentos e setenta e quatro mil, cento e oitenta e seis reais), com sonegação de ICMS no valor aproximado de R\$ 310.000,00 (trezentos e dez mil reais); (...) QUE pelo "SINTEGRA", sistema através do qual as empresas são obrigadas a informar todas as notas fiscais de entradas e saídas, o depoente identificou outras trinta (30) operações de supostas aquisições de sementes através de notas fiscais da [...], sendo que somente a empresa goiana [...] – SEMENTES [...] LTDA é destinatária de vinte e três (23) operações, totalizando o valor comercial de R\$ 2.220.600,00 (dois milhões, duzentos e vinte mil e seiscentos reais), a SEMENTES [...] LTDA é destinatária da nota fiscal nº 218, no valor de R\$ 29.600,00 (vinte nove mil e seiscentos reais), e da nota fiscal nº 127, no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), através de sua filial, e a empresa [...] PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA (filial 013) é destinatária da nota fiscal nº 8 no valor de R\$ 82.003,00 (oitenta e dois mil e três reais); (...) QUE em visita (...), ao local onde a SEMEARA foi constituída, constatou que ali atualmente funciona a empresa [...] COMÉRCIO DE VIDROS LTDA ([...] VIDROS); (...) QUE o Sr. (...) afirmou ainda, para o depoente, que nunca observou naquele estabelecimento qualquer movimento de caminhões carregados de sementes de capim (...); QUE irá encaminhar à esta especializada cópias dos documentos que

foram utilizados na fraude, bem como a relação das operações e dados dos possíveis fraudadores.”

Diante dos fatos que antecederam ao procedimento fiscal e, considerando, especialmente, a condição de testemunha compromissada, no inquérito policial, assumida pela autoridade lançadora, entendo que resta configurado o impedimento a que alude o artigo 18 da Lei nº 13.800/2001.

Eis a transcrição do dispositivo de lei mencionado:

“Art. 18 – É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; (Grifado).

III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.”

Registre-se que nos termos do art. 20, I, da Lei nº 16.469/09, são nulos os atos praticados por autoridade considerada impedida.”

Acresço à redação deste voto, que o próprio art. 18 da Lei nº 13.800/2001, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás, disciplina o cumprimento do dever do servidor ou de autoridade investida na função pública de atuar no processo administrativo, conforme registram os documentos de fls. 325 a 330 e 332 a 346 dos autos.

Pelo exposto e ao votar esta questão, o faço para conhecer da tese recursal, negar-lhe provimento para manter a decisão cameral que, sob o suporte dos arts. 20, inciso I da Lei nº 16.469/2009 e 18 da Lei nº 13.800/2001, declarou nulo o auto de infração por impedimento da autoridade lançadora.

Sala das sessões plenárias, em 19 de novembro de 2013.

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

Matéria: OUTROS - Remessa de mercadoria (vesturário) para industrialização (lavanderia) sem emissão de documento Fiscal (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 02111/13

Redator do Voto: Conselheiro Cláudio Henrique de Oliveira

EMENTA: Processual. Preliminar de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa. Rejeitada.

Torna-se inócuo o questionamento sobre nulidade da lide, quando tal inquirição for desprovida de amparo legal.

ICMS. Remessa de mercadorias para fins de industrialização, para lavanderia que não acusou o recebimento, nem a devolução à remetente. Notas fiscais de saída não emitidas. Procedente em parte.

Deve ser considerado procedente em parte o auto de infração quando a instrução processual indicar que o polo passivo atendeu parcialmente a exigência estampada na folha de rosto deste feito.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 04 de janeiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Cláudio Henrique de Oliveira e Nivaldo Carvelo Carvalho, na condição de coordenador. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Cláudio Henrique de Oliveira e Nivaldo Carvelo Carvalho, na condição de coordenador. 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

Narra a peça de sustentação deste feito que o polo passivo, em epígrafe, deixou de emitir notas fiscais de saída por ocasião das remessas de mercadorias (vestuários de variados modelos), para fins de industrialização junto à lavanderia [...] Lavanderia Ltda, a qual não acusou o recebimento e nem a consequente devolução à remetente, de acordo com os levantamentos levados a efeito pelo autuante, todos anexados aos autos, sendo que a autuada não tem registros fiscais da aquisição da matéria prima e nem emitiu notas fiscais de saídas dos produtos acabados, ficando, portanto, obrigado ao pagamento do ICMS devido no valor de

R\$ 34.477,56 (trinta e quatro mil, quatrocentos e setenta e sete reais e cinquenta e seis centavos), conforme discriminado no demonstrativo de fl. 07.

A base legal dada por infringida foi assim descrita: artigos 64, §2º e 66 da Lei nº 11651/91, c/c artigos 141, 159, I e 62, III do Decreto nº 4.852/97. E a penalidade aplicada: artigo 71, inciso VII, alínea “L”, §9º II do CTE.

Impugnando o lançamento o polo passivo comparece ao processo trazendo a alegação de que fabrica suas próprias roupas e as vende na “Feira Livre” e jamais remeteu mercadoria para industrialização na citada lavanderia, mas apenas para serem lavadas; que, em razão das idas e vindas das mercadorias para a feira de vendas, é obrigada a remeter a mesma mercadoria por até três vezes à lavanderia; que a remessa de roupa suja para lavagem não constitui fato gerador da obrigação tributária; que o fato de a lavanderia não haver acusado o recebimento, e nem a conseqüente devolução à remetente, quando muito, poderia servir de base para impostos, se existirem, contra a lavanderia, jamais contra a Impugnante; que as cópias dos livros de Entradas e Saídas de Mercadorias e de Apuração do ICMS de fl. 17/51, juntados pelo Autuante, são de anos e anos anteriores ao período referente à autuação, não servindo para sustentar a inexistência dos respectivos registros em cada livro mencionado, sendo relevante observar que à fl. 06 restou registrado, pela fiscalização, a existência de 325 peças de roupas em estoque; que houve estimativa irreal e absurda presunção de saídas de mercadorias no valor de R\$ 287.313,00 (duzentos e oitenta e sete mil, trezentos e treze reais) no exercício de 2007; que não há como entender a apreensão e juntada aos autos, das propagandas com os respectivos preços de seus produtos, de grandes lojas de expressão continental, a exemplo das Lojas Marisa, Quintess e outras, que são inteiramente sem nexos e sem relevância para os propósitos da presente e equivocada autuação fiscal, fls. 163/167; junta documentos, fls. 168/171.

O ilustre sentenciador “a quo” refuta o questionamento preliminar e no mérito julga procedente em parte o lançamento do crédito tributário reclamado na inicial, com a redução da base de cálculo para R\$ 282.223,00 (duzentos e oitenta e dois mil, duzentos e vinte três reais) e do valor originário da obrigação para R\$ 33.866,76 (trinta e três mil, oitocentos e sessenta e seis reais e setenta centavos), fls. 173/176.

Por meio do Despacho nº 507/2010 – SAT/CRF o Representação Fazendário concorda com a decisão supra, fl. 177.

Em grau de recurso voluntário o polo passivo repete as alegações pronunciadas na fase impugnatória, fls. 181/186.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 13.06.2012, fl. 189, considerando que o sujeito passivo em sua peça defensiva, refuta o critério utilizado pela fiscalização para valorar as mercadorias autuadas, resolve, por unanimidade de votos, acatando proposição da Conselheira Relatora, intimar o sujeito passivo, na pessoa de seu representante

legal para, no prazo de até 20 (vinte) dias, apresentar os preços praticados na comercialização dos produtos discriminados nas planilhas de folhas 52 a 66.

Atendendo a resolução supra o polo passivo comparece ao feito e alega que se não há fato gerador, não existe ICMS a ser cobrado pela fiscalização, pois lavar uma peça de roupa na lavanderia não caracteriza este fato impositivo; que não tem que apresentar qualquer valor de mercadoria; reitera os argumentos inferidos em fases processuais anteriores, fl. 194.

É o relatório.

DECISÃO

Sobre a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa, a rejeito por não haver nos elementos constitutivos da lide afronta ao capítulo que trata da nulidade dos atos processuais, insere no inciso III do artigo 20 da Lei nº 16469/09. A infração e a correspondente penalidade foram corretamente aplicadas, os prazos processuais respeitados, inclusive com vista dos autos à parte litigante nos momentos processuais que por “ex legis” lhe são próprios, tendo sido, inclusive, ofertada ao polo passivo, sem sucesso, a oportunidade de apresentar os preços praticados na comercialização dos produtos discriminados nas planilhas de folhas 52 a 66. 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 em parte a preambular e, o faço, após análise das peças formalizadoras deste litígio, onde observei que o fato gerador do crédito tributário, em apreciação, é sobre a saída das mercadorias, que retornaram da lavanderia (produtos acabados), do estabelecimento autuado para sua destinação final, quer seja para revenda ou para consumidores finais. Aferi ainda que os comprovantes das devoluções das mercadorias da lavanderia para o estabelecimento autuado apenas são utilizadas para comprovar a existência das mercadorias e que embora não estejam registradas nos livros fiscais do sujeito passivo as aquisições de matérias-prima para a fabricação dos produtos, os comprovantes de devoluções das mercadorias da lavanderia constantes dos autos comprovam que as mercadorias foram remetidas à lavanderia e retornaram ao estabelecimento autuado. Também não há comprovação nos autos que uma mesma mercadoria tenha sido remetida mais de uma vez para a lavanderia, o que só seria possível se as remessas para a lavanderia tivessem sido perfeitamente caracterizadas através de documentação fiscal que mencionasse a circunstância de que as mercadorias retornavam à lavanderia pela segunda ou terceira vez, situações essas que ofendem a orientação contida no § 2º do artigo 64 da Lei nº 11.651/91, “*verbis*”:

“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.”

Entretanto, deve ser considerado, conforme apontado pelo julgador monocrático, os estoques de produtos acabados encontrados pela fiscalização no estabelecimento autuado, que devem ser deduzidos da presente exigência fiscal, 152 bermudas jeans (preço unitário de R\$ 13,00) e 173 saias jeans (preço unitário de R\$ 18,00), que perfazem a importância de R\$ 5.090,00, o que leva a uma redução da base de cálculo para R\$ 282.223,00 (duzentos e oitenta e dois mil, duzentos e vinte três reais) e do valor originário da obrigação para R\$ 33.866,76 (trinta e três mil, oitocentos e sessenta e seis reais e setenta e seis centavos).

Assim, voto rejeitando a preliminar de nulidade do auto de infração, arguida pelo sujeito passivo, por cerceamento do direito de defesa. Quanto ao mérito, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou parcialmente procedente o auto de infração.

Sala das sessões, em 31 de outubro de 2013.

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

Matéria: OUTROS - Transformação de couro cru, oriundo de outra unidade da Federação, em Wet Blue (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01861/13

Redator do Voto: Conselheiro Heli José da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Recurso da Fazenda Pública. Omissão de imposto nas prestações de serviço de industrialização que transformou couro cru oriundo de outra unidade da federação em WET BLUE. Emissão de notas fiscais do valor agregado sem destaque do ICMS. Reforma da decisão cameral. Adequação da penalidade ao inciso IV, art. 71 do CTE.

Não há a contemplação da isenção prevista no inciso LXXIX, do art. 6, do Anexo IX, quando houver a industrialização do couro cru em WET BLUE, seviço esse proveniente de outra unidade da federação.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 08 de novembro de 2012, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, adequando, no entanto, a penalidade à prevista no inc. IV-A, art. 71 do CTE. Foram vencedores os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Heli José da Silva, Aldeci de Souza Flor, José Paixão de Oliveira Gomes, Washington Luis Freire de Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca e Antônio Martins da Silva. Vencidos os Conselheiros Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, José Luiz Rosa, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Álvaro Falanque e Allen Anderson Viana que votaram pela improcedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, foi lavrado em 23 de agosto de 2006, contra a empresa [...] CENTRO OESTE S/A e reclama ICMS no valor original de R\$ 120.643,43 (cento e vinte mil, seiscentos e quarenta e três reais e quarenta e três centavos), omitido nos exercícios de 2004 a 2006, em razão da autuada não ter efetuado o recolhimento do imposto devido nas prestações de serviço de industrialização que transformou couro cru oriundo de outra unidade da federação em WET BLUE, pois, emitiu as notas fiscais do valor agregado sem destaque do ICMS, com base na isenção prevista inciso LXXIX, do art. 6, do Anexo IX.

Constam como infringidos os artigos 11, parágrafo 1, I, 12, II, b, 19, X e 64 da Lei nº 11.651/91, sendo proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, alínea "c", parágrafo 9 I da Lei nº 11.651/91, com redação da Lei nº 14.634/2003.

Para instrução processual, a fiscalização juntou aos autos: Notas Explicativas (fls 04 a 06); Parecer 3066/2006-AST (fls 07 a 11); amostragem de

notas fiscais de aquisição interestadual de couro fresco, de remessa para a industrialização no estabelecimento da autuada, e da na nota fiscal emitida para cobrança do valor agregado no retorno da mercadoria industrializada, planilhas para apuração do valor do imposto devido (fls. 12 a 46) e cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 48 a 77).

Intimada (fls. 82 a 84), a empresa autuada apresenta impugnação, arguindo a improcedência do auto de infração.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões das defesas apresentadas decide pela procedência do lançamento, consoante a Sentença nº 17/2007 (fls. 121 a 122).

Inconformado com a decisão singular, o contribuinte apresenta recurso voluntário (fls. 125 a 138), aduzindo que o wet blue preparado reporta-se à couro beneficiado, utilizado como matéria-prima na industrialização de diversos produtos. Acrescenta que visando desonerar a cadeia produtiva, em especial do couro e assim propiciar às empresas goianas do setor maior competitividade, o Estado de Goiás editou a Lei nº 13.453/99 em seu artigo 2º, inciso II, aliena "g" e o artigo 6º, inciso LXXIX do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual adicionou a isenção de saídas internas de produtos não comestíveis resultantes de abate de animal. Sustenta que resguardada pela hipótese de não incidência, recebia couro salgado das empresas contratantes e, no ato de preenchimento da Nota Fiscal de Saída da mercadoria já transformada em wet blue, citava o benefício fiscal da isenção, não cabendo a autuada fiscalizar a origem do produto recebido. Cita a Recomposição da Conta Gráfica do ICMS, com os valores supostamente devidos (fl. 136). Por fim, requer que a sentença singular seja reformada, e posteriormente seja declarado insubsistente o crédito contido no presente auto de infração.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário converteu o julgamento em diligência para realização de revisão dos trabalhos fiscais, considerando o alegado no recurso voluntário do contribuinte (fl. 140).

O revisor conclui que o trabalho fiscal está correto, não merecendo reparos (fls. 142 a 148). Para maior clareza do feito, foi anexado aos autos cópias das notas fiscais de vendas do couro cru, emitidas por empresas situadas em outra unidade da federação, para a destinatária goiana INDÚSTRIA DE PELES [...] LTDA (fls. 296 a 447) e das notas fiscais de remessa para industrialização por encomenda emitidas pela referida empresa, destinando o couro fresco adquirido em outra unidade da federação para o estabelecimento da autuada (fls. 183 a 295).

A autuada foi intimada da revisão fiscal (fl. 448), apresentando manifestação às folhas 452 a 453.

A primeira Câmara, em decisão não unânime, materializada no Acórdão nº 2253/2008 (fls. 455 a 457), reformou a sentença singular e considerou improcedente o auto de infração, com o argumento de que as remessas de mercadorias para industrialização e respectivas devoluções não configuram operações de compra e venda de mercadorias, mas sim, prestações de serviços,

sujeitas apenas à incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN.

Inconformada com a decisão cameral, a Representação Fazendária apresenta recurso ao Conselho Pleno (fls. 459 a 461), pedindo a reforma da decisão cameral, fundamentando seu pedido na literalidade da alínea "b", inciso LXXIX, art. 6º, Anexo IX do RCTE.

Afirma, a fiscalização identificou o couro industrializado no estabelecimento da autuada, advindo de gado abatido em outra unidade da federação, partindo do número da nota fiscal de compra do couro fresco e da identificação da unidade federada em que se situa o fornecedor, citados na nota fiscal de remessa para industrialização por encomenda, emitida pela contratante do serviço de industrialização (INDÚSTRIA DE [...] PAMPAS LTDA). Por sua vez, a autuada consignou na nota fiscal emitida para a cobrança do valor agregado, o número da nota fiscal de remessa para industrialização por encomenda.

A autuada apresentou Contradita ao Recurso da Fazenda Pública (fls. 464 a 470), pedindo a manutenção da decisão cameral que improcedeu o auto de infração.

Inicia sua manifestação transcrevendo trechos do acórdão cameral, para consolidar o entendimento de que as remessas de mercadorias para industrialização e respectivas devoluções não configuram operações de compra e venda de mercadorias, mas sim, prestações de serviços, sujeitas apenas à incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN.

Afirma, o recurso da Fazenda Pública não merece ser conhecido, visto que abordou questões não contempladas pelo acórdão recorrido.

Esclarece que promoveu o beneficiamento de couro salgado resultando no produto WET BLUE, para a encomendante INDÚSTRIA DE [...] PAMPAS LTDA. A encomendante emitia as notas fiscais de remessa para industrialização por encomenda, fazendo constar no campo observações que se tratava de operação isenta do ICMS e no corpo do documento a informação de não incidência e a expressão "ICMS conforme art. 79, inciso I, letra "r" do Decreto 4.852/97 (não incidência). No retorno da mercadoria industrializada para o estabelecimento da encomendante, a autuada emitia nota fiscal sem destaque do imposto, por se tratar de operação interna, valendo-se do disposto nos artigos 37, I, "q" e "r", do CTE (não incidência), e no artigo 6, inciso LXXIX (79) do Anexo IX do RCTE (isenção).

Continuando, faz considerações sobre a existência de saldo credor na escrituração fiscal, suficiente para cobrir o ICMS reclamado no presente auto de infração.

Por fim, requer a manutenção da decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

É o relatório.

DECISÃO

Trata-se de recurso da Fazenda Pública contra decisão cameral, proferida por meio do Acórdão nº 2253/2008 (fls. 455 a 457), que reformou a sentença singular e considerou improcedente o auto de infração por maioria de votos.

A autuação reclama o ICMS incidente nas prestações de serviço de industrialização de couro cru oriundo de outra unidade da federação, uma vez que o sujeito passivo emitiu as notas fiscais do valor agregado sem destaque do ICMS, com base na isenção prevista inciso LXXIX (79), art. 6º, Anexo IX do Decreto 4.852/97.

De fato, a consulta à legislação tributária, concernente à matéria em apreço, revela que, a remessa para industrialização de couro fresco é contemplada pelo benefício da não incidência prevista no Art. 79, inciso I, alínea "r" do Decreto 4.852/97 ou da isenção prevista no artigo 6º, inciso LXXIX (79), Anexo IX do RCTE, reproduzido abaixo:

Art. 79. O imposto não incide sobre (Lei nº 11.651/91, art. 37):

I - a operação

r) de saída interna de couro em estado fresco, salmourado ou salgado;

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 31.07.08.

Art. 6º São isentos do ICMS:

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO AO INCISO LXXIX DO ART. 6º PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 5.349, DE 29.12.00 - VIGÊNCIA: 29.12.00.

LXXIX - as sucessivas saídas internas, com destino à industrialização, de produto não comestível resultante do abate de animal no Estado de Goiás, inclusive a saída relativa à transformação de couro natural em "wet blue" e a aquisição interna para comercialização, observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 2º, II, "g"):

Inferre-se dos pressupostos acima que, se o couro fresco for adquirido no mercado goiano, as sucessivas saídas internas, inclusive a saída relativa à transformação de couro natural em "wet blue", estão amparadas pela isenção.

No caso em tela, o couro fresco foi adquirido em outras unidades da federação, portanto, a remessa para industrialização não se enquadra na não incidência, estando a operação de retorno da mercadoria resultante da industrialização sujeita ao ICMS, sendo a base de cálculo o valor agregado no respectivo processo, assim entendido o preço efetivamente cobrado, nele se incluindo o valor do serviço prestado e os demais insumos não fornecidos pelo encomendante.

O fornecimento de mercadoria com prestação de serviços é sujeito a incidência do imposto, encontrando respaldo no art. 11, inciso III, da Lei 11.651/91, nos seguintes termos:

Art. 11. O imposto incide sobre:

[...]

III - 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.

E a fiscalização embasou o levantamento fiscal na base de cálculo definida nos termos do art. 19, inciso X do CTE:

Art. 19. Nas seguintes situações específicas, a base de cálculo do imposto é:

[...]

X - no retorno de mercadoria, ou de sua resultante, remetida para industrialização ou outro tratamento, o valor a ela agregado no respectivo processo, assim entendido o preço efetivamente cobrado, nele se incluindo o valor do serviço prestado e os demais insumos não fornecidos pelo encomendante;

Os elementos de instrução da acusação comprovam de forma clara, que a atuada não recolheu o ICMS devido na operação de retorno do produto industrializado, couro no estágio "wet blue", ou seja, o imposto não foi cobrado após o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, o que infringiu os dispositivos legais.

Destaco, ainda que, na contradita ao recurso formulado pelo Representante Fazendário a defesa mencionou o artigo 19, incisos II e IV da Lei 13.882/2001 (fl. 469), mas não apresentou argumentos para sustentar a citação de nulidade do auto de infração, portanto, trata-se de pedido de nulidade, cuja motivação não foi devidamente identificada na peça impugnatória, motivo pelo qual deixo de tecer maiores considerações.

Por fim, destaco que a multa fiscal aplicada deve ser mais específica para a matéria em apreço, ou seja, deve ser alterada do art. 71, inciso VIII, alínea "c", parágrafo 9 I da Lei nº 11.651/91 para o inciso IV-A do artigo 71 do CTE

Pelo acima exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o auto de infração, adequando a penalidade para o inciso IV-A do artigo 71 do CTE.

Sala das sessões plenárias, em 08 de outubro de 2013.

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

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de comprovação da saída de mercadorias do território goiano - falta de baixa de passe fiscal (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01222/13

Relator: Conselheiro Nivaldo Carvelo Carvalho

EMENTA: ICMS. Falta de baixa do Passe Fiscal no último posto fiscal de saída das mercadorias do território goiano. Improcedência.

1 - O recurso do Representante da Fazenda Pública Estadual para o Conselho Pleno do Conselho Administrativo Tributário, motiva a reavaliação da coisa julgada na fase anterior, oportunidade que favorece a quem de direito, visto a ratificação da suficiência de prova da ocorrência de entrega das mercadorias ao seu destinatário, como também suporta a confirmação do decidido pela Câmara Julgadora, que considerou improcedente o auto de infração.

2 - As faculdades legais de prova da inexistência do fato gerador da obrigação tributária exigida neste feito, afasta a presunção fiscal da comercialização da mercadoria em território deste Estado. Portanto, o sujeito passivo, ao se valer dessas provas alternativas, ao apresentar as cópias dos CTCR - Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga e ao comprovar a entrada das mercadorias no Estado de destino, subsidia a confirmação da decisão cameral que declarou improcedente o auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de março de 2013, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso de ofício, negar-lhe provimento para confirmar a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração. Foram vencedores os Conselheiros Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, José Luiz Rosa, Edson Abrão da Silva, José Pereira D'abadia, Delcides de Souza Fonseca e Jorge Antônio Bezerra Oliveira. Vencidos os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato, Antônio Martins da Silva e Ismael Madlum que votaram pela procedência do lançamento fiscal.

RELATÓRIO

A constituição do crédito tributário, pelo lançamento de ofício formulado no dia 09.02.2007, trouxe a seguinte redação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal:

Deixou de comprovar a efetiva saída do território goiano das mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais nº 376836, 376930 e 376923, por não efetuar a baixa do Passe Fiscal de Trânsito nº 028100 20061221 0011 9, emitido no dia

21/12/2006, para controle fiscal do trânsito dos produtos no Estado de Goiás, motivo pelo qual as mercadorias foram consideradas destinadas ao comércio goiano sem o conhecimento da fiscalização estadual. Esta ocorrência motivou a exigência do imposto calculado sobre a base de cálculo de R\$ 18.169,50 (dezoito mil, cento e sessenta e nove reais e cinquenta centavos), após a compensação do crédito destacado nos referidos documentos fiscais, cujo ICMS devido é R\$ 2.110,45 (dois mil, cento e dez reais e quarenta e cinco centavos), mais as cominações legais prescritas na legislação tributária interna.

O emitente das notas fiscais de outro território brasileiro foi identificado no polo passivo solidário da lide, conforme registra o auto de infração.

A peça que registra a causa da autuação tem amparo nos arts. 12, inciso II, alínea "d", item 3; 14, inciso VI; 46, inciso I, alínea "a", item 2; e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 4º da Instrução Normativa nº 556/02-GSF, enquanto que a proposição da penalidade atendeu à prescrição do art. 71, inciso VII, alínea "o", item 2, agravada com a aplicação do § 9º, inciso II do CTE.

As cópias dos documentos de fls. 04 a 12 instruem o trabalho fiscal.

O transcurso do prazo das notificações do sujeito passivo solidário e o seu silêncio nas fases contraditórias administrativas motivaram a lavratura dos Termos de Revelia e de Perempção, conforme mostram os documentos de fls. 44 e 56.

Às fls. 18 a 24 o sujeito passivo impugna o lançamento tributário, para afirmar que a mercadoria foi entregue ao seu destino, fls. 27 a 29, em 23/12/2006, 26/12/2006 e 23/12/2006, fato comprovado com a juntada das cópias dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga, fls. 27 a 29, em anexo. Acresce que recolheu o tributo devido quando da circulação das mercadorias sob cobertura das Notas Fiscais nºs 376836, 376930 e 376923. O contribuinte pleiteou a improcedência do auto de infração e para seu auxílio transcreveu decisões do Conselho Administrativo Tributário.

Às fls. 61 a 63 o julgador singular, depois de considerar a insuficiência da documentação apresentada pelo impugnante, decide a questão ao declarar procedente o auto de infração.

O sujeito passivo interpôs recurso voluntário, reitera a tese da impugnação e transcreve decisões conflitantes aprovadas pelas Câmaras Julgadoras do Conselho Administrativo Tributário. Demonstra interesse de outras pessoas jurídicas sejam indicadas como sujeitos passivos solidários na relação processual, as quais estão identificadas à fl. 72 dos autos. Ratifica que o ICMS foi regularizado pelo estabelecimento emitente da documentação fiscal e, ao final, requer a improcedência do auto de infração.

A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração e, ementou:

"ICMS. Passe Fiscal de Trânsito. Presunção de destinação da mercadoria ao Estado de Goiás pela ausência de baixa. Comprovação de efetiva saída do Estado de Goiás, nos termos do art. 5º da Instrução Normativa nº 556/02-GSF. Improcedência. Decisão não unânime.

Afasta a ocorrência de fato gerador do ICMS, a comprovação da regularidade fiscal da operação de efetiva saída do Estado de Goiás de mercadoria que tenha adentrado, com documentação fiscal indicando como destino outra unidade da Federação."

O Representante da Fazenda Pública Estadual discorda do julgamento cameral e opõe recurso para o Conselho Pleno do Conselho Administrativo Tributário, fls. 85 e 86, para requerer a reforma do acórdão cameral, visto que considera insuficientes as contraprovas de que as mercadorias saíram do Estado de Goiás, o que comprova a presunção estabelecida de que as mercadorias ficaram no território goiano. Afirma que a apresentação de CTC's não se confunde com os "outros documentos comprobatórios da regularidade fiscal da operação" a que se refere a Instrução Normativa nº 556/2002-GSF. Argumentou, ainda, que para aceitar a documentação apresentada como prova capaz de eliminar a acusação fiscal, as cópias apresentadas teriam que estar autenticadas pelo fisco do DF. Ao final, requerer a reforma do acórdão para considerar o auto de infração procedente.

O sujeito passivo apresentou contradita, fls. 89 a 103, para requerer a ratificação do acórdão cameral. Reafirmou as alegações anteriores e concluiu com a exposição do entendimento de que os documentos fiscais foram emitidos na forma legal exigida e sem indício de sonegação do imposto ou descumprimento de qualquer outro encargo.

É o relatório.

DECISÃO

A causa da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária descrita na peça basilar é que o sujeito passivo deixou de comprovar a efetiva saída das mercadorias deste território goiano porque deixou de baixar o documento de controle interno das operações mercantis – Passe Fiscal de Trânsito nº 02810020061221 0011 9, aposto nos documentos fiscais que acobertavam a operação comercial realizada entre os Estados de Santa Catarina e Distrito Federal. Sempre que a fiscalização constata esta ocorrência, resulta a presunção de que os produtos em circulação foram comercializados no mercado interno sem o controle da fiscalização deste Estado.

Entretanto, a empresa instruiu a sua defesa com os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Carga - CTC, os quais identificam as notas fiscais listadas na descrição da peça de sustentação da constituição do crédito e que comprovam a saída das mercadorias deste Estado. A observância de que os bens de comercialização foram entregues aos destinatários se fez com as assinaturas de quem as recebeu no estabelecimento de destino. Portanto, esta comprovação

afasta a causa da exigência do crédito, pois demonstra que os produtos saíram deste Estado e ingressaram no Estado destinatário.

Vejo que o contribuinte observou as normas da legislação tributária vigente, as contraprovas instrutórias da defesa afastaram a presunção de comercialização das mercadorias neste território e fora do controle da fiscalização interna. Nestas condições, o lançamento inicial se perde neste momento de decisão do mérito da ação.

Desta forma, finalizo o discurso deste voto para conhecer das razões do recurso do Representante da Fazenda Pública Estadual, nego-lhes provimento para confirmar o julgamento proferido pela Câmara Julgadora que considerou improcedente o auto de infração, a qual ratifico.

Sala das sessões plenárias, em 02 de julho de 2013.

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

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de comprovação da saída de mercadorias do território goiano - falta de baixa de passe fiscal (Improcedência)

ACÓRDÃO DA IV CJUL N.º 01537/13

Redator do Voto: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: ICMS. Obrigação Principal. Não comprovação da saída de mercadorias do Estado de Goiás, no caso da falta de baixa do passe fiscal. Improcedência

I - A ausência do registro da baixa do Passe Fiscal, de mercadoria que adentrou o Estado de Goiás, acarreta a presunção de que a mesma foi destinada a este Estado, nos termos do art. 12, II, "d", 3, do CTE e parágrafo único do art. 4º da IN 556/02-GSF.

II - A Instrução Normativa 556/2002 - GSF, em seu artigo 5º, inciso III, possibilita a comprovação da regularidade fiscal da operação com passe fiscal não baixado em posto fiscal de saída, quando comprovado o fato impeditivo do recebimento da mercadoria, por meio de laudo ou certidão policial, em caso de furto, roubo, ou sinistro de qualquer natureza;

III - Havendo nos autos provas contundentes de que as mercadorias foram roubadas, por estarem vinculadas a veículo furtado, de acordo com consulta de boletim do Sistema de Controle de Veículos, o auto de infração deve ser julgado improcedente.

ACÓRDÃO - A Quarta Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 15 de março de 2010, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Carlos Andrade Silveira e Aldeci de Souza Flor.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre lançamento de ofício lavrado em 28/12/2007 em desfavor da empresa qualificada, em face da acusação, de que o sujeito passivo deixou de comprovar a efetiva saída do território goiano das mercadorias, no valor comercial de R\$ 53.286,00, referente a nota fiscal nº 42701 datada de 09/08/2007, não sendo apresentada para baixa no Posto Fiscal de saída, o passe fiscal de trânsito nº 001066 20070809 0007 0, razão pela qual as mercadorias são consideradas destinadas ao Estado de Goiás. Em conseqüência, deverá pagar o imposto na importância de R\$ 6.394,32 (seis mil, trezentos e noventa e quatro reais e trinta e dois centavos), mais os acréscimos legais.

As autoridades fiscais identificam a infração ao art. 12, II, "d", 3, 14, VI, 45, 46, I, "a", 2, 64, da Lei 11.651/91 c/c art. 4º, IN 556/02-GSF, sendo proposta a penalidade prescrita no art. 71, VII, "o", 2, § 9º, I, da Lei 11.651/91, com redação da Lei 14.065/01.

Sujeito passivo solidário [...] Distribuidora S/A foi identificado na condição de remetente das mercadorias (fl. 04).

Os autuantes instruem o auto de infração com fonte de provas nos seguintes documentos: Passe Fiscal de Trânsito (fl. 07); Consulta Pública aos Cadastros dos Estados de Minas Gerais e Mato Grosso (fls. 08 e 09).

Após a intimação das partes, apenas [...] DISTRIBUIDORA S/A apresenta impugnação. Relata em sua defesa, ser indevida sua indicação como solidária, por ter realizado venda com cláusula FOB. Menciona o roubo das mercadorias. A defesa anexa cópias do livro fiscal, da nota e do Boletim de Ocorrência Policial. Requer a improcedência do auto de infração.

O julgador singular diante dos fatos e pelos fundamentos jurídicos mencionados decidiu pela exclusão do solidário remetente, a empresa [...] DISTRIBUIDORA S/A, consoante a sentença nº 1117/09-COJP (fls. 46 a 48). Em relação ao mérito, destacou que restou comprovado que não ocorreu a efetiva saída de mercadorias do Estado de Goiás, sendo que os documentos de fls. 37 a 39 somente comprovam o roubo de carga neste Estado na rodovia 364, entre São Simão e Cachoeira Alta.

Por meio do Despacho nº 1.246/2009-SAT/CRF (fl. 49), a Representação Fazendária manifesta-se em conformidade com a sentença singular, que considerou procedente o auto de infração, e excluiu do pólo passivo, a empresa solidária [...] Distribuidora S/A.

Narra a impugnante (fls. 52 a 59) que ao adentrar o Estado de Goiás com mercadorias destinadas a Cuiabá-MT, foi expedido Passe Fiscal de Trânsito (Agência Fazendária de Rio Verde, Posto Fiscal São Simão), para fins de fiscalização e baixa no posto fiscal de fronteira com o estado de destino das mercadorias. No entanto, o Passe Fiscal não foi baixado, pois o veículo e a carreta que transportavam a mercadoria em questão (óleo diesel), foram roubados antes do posto fiscal de fronteira, conforme comprovam cópias autenticadas em cartório de Boletim de Ocorrências Policiais nº 044296, expedidos pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal do Ministério da Justiça, na 4ª Delegacia de Rio Verde Goiás (fls 71 a 73).

Assevera que, provado fato impeditivo da baixa do passe fiscal, não procede a presunção legal de que as mercadorias foram destinadas ao Estado de Goiás. A Instrução Normativa 556/2002 - GSF, em seu artigo 5º, inciso III, possibilita a comprovação da regularidade fiscal da operação com passe fiscal não baixado em posto fiscal de saída, quando comprovado o fato impeditivo do recebimento da mercadoria, por meio de laudo ou certidão policial, em caso de furto, roubo, ou sinistro de qualquer natureza.

Requer a improcedência do Auto de Infração.

É o relatório.

DECISÃO

O fato gerador do imposto reclamado é definido no art. 12, inciso II, letra "d", item "3", da Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, que instituiu o Código Tributário do Estado de Goiás - CTE, nestas palavras:

"Art. 12. Para os efeitos da legislação tributária:

[...]

II - considera-se:

d) saída deste Estado e a este destinada, a mercadoria:

[...]

3. que adentrar o território goiano, com documentação fiscal indicando como destino outra unidade da Federação, sem a comprovação da efetiva saída do Estado de Goiás;"

Por outro lado, a inidoneidade de documentos fiscais e o seu afastamento são disciplinados nos arts. 67, V e 68 do CTE:

Art. 67. Considera-se inidôneo, para todos os efeitos fiscais, o documento que:

[...]

V - esteja desacompanhado de documento de controle exigido na forma do regulamento;

[...]

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.

Já a Instrução Normativa nº 556/2002 disciplina a forma de utilização do Passe Fiscal nas operações de saída de mercadorias do Estado e a forma de como, no processo administrativo tributário, pode ser comprovada a regularidade fiscal no caso de não ocorrer a baixa do Passe Fiscal, nestas palavras:

"Art. 4º Para efeito de comprovação da efetiva saída da mercadoria ou bem do território goiano, na operação não destinada ao Estado de Goiás procedente de outro Estado ou na operação interestadual originária deste Estado, deve ser procedida a baixa do Passe Fiscal no posto fiscal de divisa, ou, na falta deste, na unidade fazendária mais próxima.

Parágrafo único. A ausência do registro da baixa do Passe Fiscal acarreta a presunção de que a mercadoria e o bem, acobertados pela documentação fiscal de origem, foram destinados ao Estado de Goiás.

Art. 5º Não ocorrendo a baixa do Passe Fiscal, nas situações em que esta for exigida, a comprovação da regularidade fiscal da operação pode ser feita por meio de processo administrativo, no qual o remetente ou o destinatário comprove o recebimento ou o fato impeditivo do recebimento da mercadoria, mediante a apresentação de:

I - certidão ou documento oficial do fisco da unidade da Federação de destino, na qual esteja declarado que a mercadoria ou bem ingressou em seu território;

II - cópia da página do livro Registro de Entradas do estabelecimento destinatário, devidamente autenticada pelo Fisco em cuja circunscrição localiza-se o contribuinte, em que conste o lançamento da nota fiscal consignada no Passe Fiscal;

III - laudo ou certidão da ocorrência policial, em caso de furto, roubo ou sinistro de qualquer natureza;

IV - outros documentos comprobatórios da regularidade fiscal da operação".

O que se observa, pela leitura dos dispositivos transcritos, é que, descumprida a obrigação acessória de baixa do passe fiscal, após a presunção legal de venda interna de mercadorias, é admitida prova em contrário, no processo administrativo, cabendo ao sujeito passivo comprovar que as mercadorias saíram do estado de Goiás ou o fato impeditivo de sua saída.

No presente processo, o sujeito passivo argumenta que o Passe Fiscal de Trânsito não foi baixado no posto fiscal de divisa, em virtude de roubo do veículo e da carreta que transportavam a mercadoria em questão (óleo diesel), apresentando para comprovar o fato impeditivo da saída da mercadoria do Estado de Goiás, cópias autenticadas em cartório de Boletim de Ocorrências Policiais no 044296 e Ocorrência nº 081/2007, expedidos pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal do Ministério da Justiça, na 4ª Delegacia de Rio Verde Goiás (fls. 71 a 73).

Diante das provas constantes dos autos, e a informação obtida no Sistema de Controle de Veículos, a meu ver há evidência inconteste, de que as mercadorias foram roubadas no Estado de Goiás, na rodovia BR 364, entre São Simão e Cachoeira Alta, ficando afastada a presunção legal de venda de mercadorias no Estado de Goiás, por não ter ocorrido a baixa do passe fiscal de trânsito.

Posto isso, conheço do recurso voluntário dou-lhe provimento para julgar improcedente o Auto de Infração.

Sala das sessões, em 27 de agosto de 2013.

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

Matéria: PASSE FISCAL - Falta de comprovação da saída de mercadorias do território goiano - não apresentação do passe fiscal (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00370/13

Relator: Conselheiro Luis Antônio da Silva Costa

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Exigência de imposto em razão de desvio de mercadorias acompanhadas por passe fiscal de trânsito cuja baixa não foi providenciada pelo sujeito passivo. Improcedência. Decisão unânime.

Restando provado que as circunstâncias da operação questionada pelo fisco não oferecem vantagem no desvio em trânsito, e que se trata de produtor rural, cuja obrigação de informação da aquisição não fica registrada em portal nacional de operações como o sintegra, podem ser consideradas outras provas colacionadas aos autos.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 05 de fevereiro de 2013, decidiu, por unanimidade 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. Participaram do julgamento os Conselheiros Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, Paulo Diniz, Victor Augusto de Faria Morato, José Luiz Rosa, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Elias Alves dos Santos, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira e Nivaldo Carvelo Carvalho.

RELATÓRIO

Consta que o contribuinte deixou de comprovar a saída do território goiano de mercadorias, no valor de R\$ 9.605,91, já acrescido o respectivo índice de valores agregado de 56,63% referentes à Nota Fiscal N° 955961, ao não apresentar ao Posto Fiscal de Saída o respectivo Passe Fiscal de Trânsito para baixa, razão pela qual as mercadorias foram consideradas destinadas ao Estado de Goiás, devendo pagar o ICMS no valor de R\$ 1.633,00, e cominações legais.

São dados como infringidos o art. 12, II, "D", 3; 14, VI; 45; 46, I, "A", 2; 64 todos da Lei 11.651/91, c/c art. 4º IN 556/02-GSF. A penalidade aplicada foi a prevista na Lei Original 11.651/91 em seu art. 71 inciso VII alínea "o" item 2, c/aplicação do § 9º, II, com redação Lei 14.065/01.

Foi nomeada coobrigada a empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO [...], remetente das mercadorias.

Instruem o auto de infração os seguintes documentos: Identificação do coobrigado de fls.04; Auditoria Base Fiscal de fls.05/06; Passe Fiscal de Trânsito de fls.07/08; Nota Fiscal de fls.09; cópia de documentos pessoais de fls.10.

As partes foram devidamente intimadas do lançamento em 07/08/07 e 08/08/07, por Aviso de Recepção, às fls.11/14 e não se manifestaram, sendo que então tiveram lavrado o respectivo termo de revelia (fls.15/16).

Novamente intimadas em 19/11/07 por Aviso de Recepção, às fls.20/21, para pagar ou impugnar em segunda instância, compareceu aos autos apenas o Sujeito Passivo principal, sendo lavrado termo de perempção do solidário às fls.22, em relação ao solidário.

A impugnação à segunda instância (fls.23/29), formulada pelo Sujeito Passivo, representada por advogados constituídos, ora em apreciação, no mérito, transcreveu ementas de decisões deste Conselho, e requereu a improcedência do lançamento.

Seguiu-se, nos autos, na mesma data, a juntada de outra Impugnação (fls.41/49) onde alegou:

1 - preliminarmente, a ilegitimidade passiva do solidário;

2 - no mérito, juntou cópia do CTCR com assinatura do receptor da mercadoria (fls.50) e requereu que fosse sobrestado o julgamento e expedido ofício à SEFAZ-MT para prestar informação sobre a entrada da mercadoria naquele Estado e, se indeferida a diligência, seja julgado improcedente o lançamento.

Instruem a peça impugnatória os seguintes documentos: Procuração de fls.30; cópia de documentos pessoais de fls.31; cópia de procuração de fls.32/33; cópia de documentos pessoais de fls.34; 6ª Alteração Contratual de fls.35/40; Passe Fiscal de Trânsito de fls.50; Procuração de fls.51; cópia de documentos pessoais de fls.52; cópia de Procuração de fls.53/54; cópia de documentos pessoais de fls.55 e 6ª Alteração Contratual de fls.56/67.

Em Certidão de fls.69 consubstanciada pelo acórdão de nº 3769/08 (fls.70/73), a Quarta Câmara deste Conselho, em sessão realizada no dia 25/08/08, decidiu, por maioria de votos, acolher o pedido de exclusão da solidária Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga.

Quanto ao mérito, também por maioria de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

Entendeu o acórdão cameral que ao acolher a preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário na lide o mantém desobrigado da responsabilidade tributária indicada pelas autoridades lançadoras porque entende que o contribuinte, emitente dos documentos fiscais, não concorreu para a prática do ato fiscal ilícito causador da formalização deste feito.

Pelo que prescreve o art. 45, inciso I do CTE, o transportador é solidário da obrigação de recolher o imposto devido pela operação ou pela prestação do serviço que realizar e que esta solidariedade se aglutina com o remetente ou o destinatário das mercadorias ou dos bens de comercialização que transportar sem documentos fiscais; que nestas condições, o transportador é o responsável pelo recolhimento do imposto e a figuração do remetente na polaridade passiva.

Após os comentários da primeira parte do voto, os julgadores dirigem-se às questões do mérito com os fundamentos a seguir expostos.

A empresa instruiu a sua defesa com o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga - CTRC, às fls.50, no qual identifica a nota fiscal listada na descrição da peça de sustentação da constituição do crédito e que comprova a saída das mercadorias deste Estado, visto que ele foi assinado pelo consumidor final no momento em que recebeu as mercadorias em seu estabelecimento.

A observância de que os bens de comercialização foram entregues ao destinatário se fez com a assinatura de que os recebeu no estabelecimento de destino.

Portanto, esta comprovação afasta a causa da exigência do crédito, pois demonstra que os produtos saíram deste Estado e ingressaram no Estado destinatário; que o contribuinte observou as normas da legislação tributária vigente, que as contraprovas instrutórias da defesa afastaram a presunção de comercialização das mercadorias neste território e sem o controle da fiscalização interna; que nestas condições, o lançamento inicial se perde neste momento de decisão do mérito da ação.

Após ser intimada (fls.74), a Fazenda Pública Estadual, através do Recurso nº 438/08 (fls.75), pede a reforma do acórdão recorrido, e que seja julgado procedente o lançamento, exigindo-se o ICMS no valor de R\$ 1.633,00, acrescido das cominações legais, nos termos da peça basilar, se reincluindo na lide o sujeito passivo.

Discorda da exclusão do solidário da lide, posto que o mesmo foi incluído na condição de remetente das mercadorias, e que, juntamente com o transportador, tinha interesse na situação que constituiu o fato gerador da exigência tributária, nos termos do caput do artigo 45 do CTE.

Pede também para discordar da improcedência do lançamento, pois contrariamente à decisão da câmara julgadora, entende que o documento apresentado pelo sujeito passivo, não atende ao disposto no art. 5º, da Instrução Normativa nº 556/02-GSF.

Ressalta, que a simples assinatura aposta no CTRC, por pessoa não identificada como sócio, preposto ou funcionário da empresa destinatária, atestando o recebimento das mercadorias, jamais pode ter o condão de comprovar a entrada dessas mercadorias no estabelecimento de destino.

Após devidamente intimados em 04/03/09 (fls.78) e por AR em 13/03/09 (fls.79/80), a autuada apresenta contradita de fls.82/103, pela qual pede a improcedência do lançamento.

Afirma que o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga é um documento fiscal hábil para a comprovação de entrega de mercadorias, não sendo um documento desprezível; que sua configuração é única e exclusiva para acarretar e delinear toda a operação fiscal.

Sendo então de responsabilidade do fisco a comprovação de inidoneidade do documento, e se porventura for falsa tal documento, que se aplique as penalidades contidas na própria legislação vigente, principalmente na Lei 11.651/91 em seu artigo 130; que o conhecimento de transporte, de qualquer modalidade, serve de comprovante da efetiva entrega de mercadoria ao seu destinatário; reforça, que é emitido no início da prestação de serviços e que acompanha todo o transporte como a respectiva nota fiscal de compra e venda e deve ser assinado pelo destinatário ao receber a mercadoria, tornando-se a prova de entrega, podendo o conhecimento de transporte ser emitido a posterior, como é o caso das transportadoras de cargas a granel de combustível seja ele líquido ou gasoso, produtos petroquímicos, e outros produtos que exijam condições especiais para o transporte, desde que no momento inicial da prestação o transportador não conheça os dados relativos ao peso, distância e valor da prestação de serviços.

Afirma, que o CTRC é um documento fiscal que está escriturada no Convênio SINIEF e dentro dos parâmetros apresentados, é um documento fiscal feito para promover a mútua fiscalização de tributos entre os Estados e o Distrito Federal e os Municípios, permitindo assim a mútua assistência para combater a sonegação fiscal; ressalta, que a obrigação de verificar a inidoneidade de documentos e de irregularidade da empresa é do fisco e não do contribuinte, no caso em tela como já foi apresentado um documento idôneo, que o fisco comprove sua falsificação e assim puna a empresa nos ditames da lei, mais que não aplique a infração pela transportadora ter feito e comprovado corretamente a operação fiscal.

Assevera que o agente fiscalizador, ao lavrar o AI, na atendeu às observâncias legais prescritas pela referida instrução normativa; que diante disso a recorrente requer seja reconhecida a validade dos conhecimentos de transporte colacionados à presente defesa, os quais comprovam que as mercadorias foram entregues em outra unidade da federação, ou seja, no Estado de Mato Grosso.

Acrescenta, que a imputação relativa ao não pagamento dos impostos e multa pelo passe fiscal ao Erário do Estado não pode prosperar, conforme se pode provar mediante apresentação da fotocópia dos CTRC anexadas a defesa as autuações feitas pelo fisco; com a apresentação do CTRC, que é um documento fiscal hábil, a requerente não produziu prejuízos ao Erário Estadual conforme delinea a decisão pacífica deste Egrégio tribunal através do acórdão nº 4886/99 em 16/08/99.

Por fim, pede a improcedência do lançamento.

Às fls.128 o sujeito passivo requer que todas as publicações referentes ao presente feito sejam realizadas, apenas e tão somente, em nome de Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco.

Junta-se aos autos os seguintes documentos; cópia de documentos pessoais de fls.129/130; cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária de fls.131/134; Carta Renúncia de fls.134; Termo de Posse de fls.135/136; cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária de fls.137/140; cópia do Estatuto Social de fls.141/149; cópia de procuração de fls.150 e Substabelecimento de fls.151/152.

É o relatório.

DECISÃO

Estamos diante de questão de fato, qual seja, há provas suficientes para que se entenda que houve efetiva comprovação de que as mercadorias que transitaram por Goiás, daqui saíram?

O primeiro aspecto a ser destacado é o tipo de mercadoria que foi objeto da autuação. São óleos lubrificantes e graxas utilizadas em manutenção de veículos e tratores. O destinatário das mercadorias é um produtor rural regularmente cadastrado em seu estado.

A partir dessa constatação, também não se pode deixar de destacar que a burocracia a que está submetido um produtor rural é diferente de uma empresa comercial normal. Ele não tem cadastramento de suas aquisições em portal do referido estado, na parte que trata do sintegra. Isso exige um cuidado maior na análise desse tipo de situação.

A partir daí, em consonância com a IN 556/02 – GSF, em que se oferece a possibilidade de outros tipos de prova que atestem a efetiva chegada das mercadorias ao seu destino, se faz uma investigação mais acurada para que se chegue ao desiderato final.

A cópia do CTRC anexada (fls. 50) é extremamente detalhada, e identifica de forma clara quem recebeu as mercadorias – Eugênia Maria Borges da Silva, seu RG, consta carimbo do produtor adquirente das mercadorias, bem como contém perfeita identificação do horário do recebimento das mercadorias e sua data, que é compatível com a informação oferecida pelos documentos fiscais.

O custo da substituição tributária nesses casos já está embutido, ou seja, inexistente qualquer vantagem em se promover seu desvio em trânsito.

Diante de tudo o que foi exposto, entendo que assiste razão ao sujeito passivo. O conjunto probatório aponta na direção da improcedência do trabalho fiscal, não há vantagem alguma no desvio de trânsito que poderia ter ocorrido. Além desse fato, a riqueza das informações que constam no CTRC consegue trazer credibilidade para as informações nele contidas.

Por tudo o que foi exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública, nego-lhe provimento, para manter a decisão cameral que julgou pela improcedência do auto de infração.

Sala das sessões plenárias, em 12 de março de 2013.

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

Matéria: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - Multa formal por falta de apresentação de arquivo magnético - contribuinte dispensado de apresentá-lo (Indeferimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00723/13

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: ICMS. Pedido de restituição de valor pago em auto de infração. Indeferimento.

Deve ser indeferido o pedido de restituição do tributo e seus acréscimos quando não ficar comprovado que o pagamento realizado pelo sujeito passivo foi indevido.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 26 de fevereiro de 2013, decidiu, por maioria de votos, conhecer do pedido, negar-lhe provimento para indeferir a restituição pleiteada. Foram vencedores os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Víctor Augusto de Faria Morato, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Paixão de Oliveira Gomes, Antônio Martins da Silva, Ismael Madlum, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa e o Sr. Presidente, Conselheiro Heli José da Silva, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana, José Luiz Rosa, Edson Abrão da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Delcides de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho e Alcedino Gomes Barbosa.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de valor pago indevidamente em razão do parcelamento do auto de infração nº 3005997944770, lavrado sob acusação de aproveitamento indevido do crédito outorgado previsto no art. 11, III, "c", 1, do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, RCTE, sem cumprimento da condição de apresentar arquivos magnéticos.

A requerente sustenta que o auto de infração mencionado é improcedente, pois a época da exigência (abril a dezembro de 2001) a empresa não estava obrigada a apresentar os arquivos magnéticos, conforme faz prova o extrato denominado "Consulta Situação Sintegra".

Requer ainda, a suspensão dos efeitos da inscrição em dívida ativa indevida que levaram a lavratura dos autos de infração nº 3023678075374, 3023716692711, 3031481143765, 3031492504160, 4011000601818, 4011000601907 e 4011000602112 por utilização indevida de benefício fiscal em razão de existência de débito inscrito em dívida ativa do auto de infração nº 3005997944770, sobre o qual recai o presente pedido de restituição.

Mediante Despacho nº 0375/2013-CAT, fls. 21, os autos são encaminhados para o Conselho Pleno a quem compete apreciar o pedido de restituição.

É o relatório.

DECISÃO

O auto de infração nº 3005997944770, cujo parcelamento nº 191874-5 é objeto do pedido de restituição, trata de exigência de ICMS por aproveitamento indevido do crédito outorgado previsto no art. 11, III, "c", 1, do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, RCTE.

A acusação de utilização indevida do benefício fiscal foi decorrente do não atendimento da condição de apresentar os arquivos magnéticos, contida no letra "c" do inciso III do art. 11 do RCTE, in verbis:

"Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

III - para os contribuintes industrial e comerciante atacadista, o equivalente ao percentual de 2% (dois por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, na saída interestadual que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização, aplicado sobre o valor da correspondente operação, observado o seguinte (Leis nºs 12.462/94, art. 1º, § 4º, II; e 13.194/97, art. 2º, II, "h"):

[...]

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO À ALÍNEA "C" DO INCISO III DO ART. 11 PELO ART. 1º DO DECRETO Nº 5.354, DE 23.01.01 - VIGÊNCIA: 01.01.01.

c) o benefício aplica-se apenas ao contribuinte que, ainda que por intermédio de contabilista autorizado, escreve livro fiscal por meio de sistema eletrônico de processamento de dados nos termos do Anexo X deste regulamento, e:

NOTA: Redação com vigência de 01.01.01 a 31.07.08.

1. forneça ao Departamento de Informações Econômico Fiscais - DIEF -, mediante transmissão eletrônica de dados ou meio magnético, informações contidas em todos documentos fiscais por ele emitidos, no prazo e forma estabelecidos na legislação tributária;

NOTA: Redação com vigência de 01.01.01 a 11.09.03.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO ao item 1 da alínea "c" do inciso iii do art. 11 PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 5.825, DE 05.09.03 - VIGÊNCIA: 12.09.03.

NOTA: Redação com vigência de 12.09.03 a 31.07.08.

1. forneça à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, mediante transmissão eletrônica de dados, informações contidas em todos documentos fiscais por ele emitidos ou recebidos, no prazo e forma estabelecidos na legislação tributária;

2. emita documento fiscal por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, nos termos do Anexo X deste regulamento, tratando-se de contribuinte com faturamento anual superior a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais);

REVOGADA A ALÍNEA "C" DO INCISO III DO ART. 11 pelo ART. 2º DO DECRETO Nº 6.769, DE 30.07.08 - vigência: 01.08.08.

c) o benefício aplica-se apenas ao contribuinte que, ainda que por intermédio de contabilista autorizado, escriture livro fiscal por meio de sistema eletrônico de processamento de dados nos termos do Anexo X deste regulamento, e:

NOTA: Redação com vigência de 01.01.01 a 31.07.08.

1. forneça ao Departamento de Informações Econômico Fiscais - DIEF -, mediante transmissão eletrônica de dados ou meio magnético, informações contidas em todos documentos fiscais por ele emitidos, no prazo e forma estabelecidos na legislação tributária;

NOTA: Redação com vigência de 01.01.01 a 11.09.03.

CONFERIDA NOVA REDAÇÃO ao item 1 da alínea "c" do inciso iii do art. 11 PELO ART. 2º DO DECRETO Nº 5.825, DE 05.09.03 - VIGÊNCIA: 12.09.03.

NOTA: Redação com vigência de 12.09.03 a 31.07.08.

1. forneça à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, mediante transmissão eletrônica de dados, informações contidas em todos documentos fiscais por ele emitidos ou recebidos, no prazo e forma estabelecidos na legislação tributária;

2. emita documento fiscal por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, nos termos do Anexo X deste regulamento, tratando-se de contribuinte com faturamento anual superior a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais);" (sem grifo no original).

O auto de infração atacado não exige penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória de apresentar arquivo magnético, visto que a autuada não estava obrigada a fazê-lo, mas cobra imposto pela utilização de benefício fiscal que somente poderia ser apropriado pelo contribuinte que apresentasse os arquivos, como a autuada não apresentou os arquivos e, portanto, não cumpriu a condição estabelecida no dispositivo concessório do benefício fiscal, o crédito apropriado se tornou indevido.

Deve se destacar que o mencionado auto de infração foi objeto de impugnação, recurso voluntário e recurso do contribuinte ao Conselho Pleno, sendo que todas as decisão confirmaram a procedência do lançamento.

Ante o exposto conheço do pedido, nego-lhe provimento para indeferir a restituição pleiteada.

Sala das sessões plenárias, em 18 de abril de 2013.

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

Matéria: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - Recolhimento de ICMS em duplicidade (Deferimento)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00475/13

Relator: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: *Pedido de Restituição. Pagamento indevido. Deferido. Decisão unânime.*

1. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo e seus acréscimos, pago indevidamente, seja qual for a modalidade do seu pagamento (CTN, art. 166; Lei nº 11.651/91, art. 172 e RCTE, art. 486);

2. Estando comprovada nos autos a ocorrência de pagamento indevido, deve ser deferido o pedido de restituição.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 28 de fevereiro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do pedido, dar-lhe provimento para deferir a restituição na forma pleiteada no valor de R\$ 14.681,21 (quatorze mil, seiscentos e oitenta e um reais e vinte e um centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Ismael Madlum, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, José Paixão de Oliveira Gomes, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Álvaro Falanque, Victor Augusto de Faria Morato e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

No presente processo a requerente solicita a restituição da importância de R\$ 12.941,09 (doze mil, novecentos e quarenta e um reais e nove centavos), relativamente a parte do ICMS por ela apurado no mês de março de 2009 que foi pago em duplicidade. Primeiro, por meio de Parcelamento nº 138692-1, oriundo de denúncia espontânea que redundou na lavratura do Auto de Infração nº 3034831007436. Segundo, por meio do Parcelamento nº 138006-0, relativamente ao Auto de Infração nº 2008875900077.

O pedido foi instruído com as cópias dos parcelamento e dos comprovantes de pagamento e cópia do Acórdão nº 1662/10 do Conselho Pleno que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 2009975900077.

Por intermédio do Parecer nº 92/2011, de fls. 72 a 75 a Delegacia Regional de Fiscalização de Morrinhos, manifesta pelo deferimento do pedido e encaminha o processo ao Conselho Administrativo Tributário.

Por meio do Despacho nº 3192/2011, de fls. 78 e 79 o Presidente do Conselho Administrativo Tributário informa que o ingresso dos valores relativos aos dois parcelamentos nos cofres públicos estaduais está devidamente comprovado e encaminha o processo para julgamento.

É o relatório.

DECISÃO

A obrigação de restituir aquilo que recebeu indevidamente é corolário do repúdio do nosso sistema jurídico a qualquer forma de enriquecimento ilícito. Referida obrigação encontra-se positivada no direito privado desde os primórdios do século passado quando o Código Civil de 1916 estabeleceu o seguinte:

“Art. 964. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir. A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.”

A referida disposição foi repetida no art. 876 do Código Civil de 2002. Vejamos:

“Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.”

Cumpre salientar que as disposições relativas a restituição de indébito tributário encontram-se positivadas no art. 166, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que institui o Código Tributário Nacional - CTN e reproduzidas no art. 172 da Lei nº 11.651/91 (CTE), exigindo-se, relativamente aos tributos, que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, a restituição somente deve ser feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Assim, se por um lado a obrigação de restituir o que recebeu indevidamente a título de tributo tem a finalidade de coibir o enriquecimento sem causa da Fazenda Pública, por outro lado, a exigência da prova do não repasse do ônus financeiro tem a finalidade de evitar o enriquecimento ilícito por parte do contribuinte de direito, evitando que o mesmo além de recuperar do contribuinte de fato o ônus relativo ao tributo pago indevidamente, ainda bata as portas da Fazenda Pública pleiteando a restituição, sendo, portanto, ressarcido duplamente relativamente ao um só pagamento indevido.

No caso vertente, não há falar em exigência de prova da não transferência do encargo financeiro, tendo em vista que os pagamentos indevidos ocorreram após a emissão dos documentos fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, momento em que ocorre a transferência do ônus financeiro relativo ao ICMS.

Assim, a análise do referido processo ficará restrita a questão do pagamento indevido, situação que, ao meu sentir, não comporta maiores questionamentos.

No dia 17 de julho de 2009 a requerente compareceu à repartição fiscal competente e solicitou, de forma espontânea, o parcelamento do valor de R\$ 16.031,09 (dezesesseis mil, trinta e um reais e nove centavos), relativamente ao ICMS normal apurado no mês de março de 2009, conforme faz prova o Parcelamento nº 138692-1 e Auto de Infração nº 3034831007436, lavrado para efeito de parcelamento espontâneo, sem atentar para o fato de que referido valor já havia sido objeto do Parcelamento nº 138006-0 relativamente ao Auto de Infração nº 2008875900077.

O Parcelamento nº 138006-0 foi integralmente quitado, conforme faz prova o extrato de fls. 77. Relativamente ao Parcelamento nº 138692-1, foram quitadas somente 11 (onze) das 12 (doze) parcelas. Totalizando um pagamento indevido na importância de R\$ 14.681,21 (quatorze mil, seiscentos e oitenta e um reais e vinte e um centavos), conforme cálculos de fls. 82, sendo R\$ 12.941,09 (doze mil, novecentos e quarenta e um reais e nove centavos), de ICMS e R\$ 1.740,12 (um mil, setecentos e quarenta reais e doze centavos) relativos aos acréscimos legais.

Assim, diante das provas inofismáveis no sentido de que a importância solicitada a título foi realmente paga indevidamente e da competência prevista no inciso II e da autorização prevista nos §§ 2º e 3º, do art. 6º, da Lei nº 16.469/09 que regula o Processo Administrativo Tributário, entendo que o pedido de parcelamento deve ser deferido, com os acréscimos legais a serem calculados a partir das seguintes datas:

Data do pagamento	Valor a ser restituído
23/09/09	R\$ 1.442,02
25/08/09	R\$ 1.457,69
25/09/09	R\$ 1.457,69
26/10/09	R\$ 1.457,69
25/11/09	R\$ 1.457,69
29/12/09	R\$ 1.489,64
25/01/10	R\$ 1.457,69
23/02/10	R\$ 1.457,69
25/03/10	R\$ 1.496,98
26/04/10	R\$ 1.504,43
Total a ser restituído	R\$ 14.681,21

À conta do exposto, defiro o pedido de restituição de indébito tributário no valor de R\$ 14.681,21 (quatorze mil, seiscentos e oitenta e um reais e vinte e um centavos), devendo os autos ser encaminhados ao Gabinete do Secretário da Fazenda para as providências subsequentes previstas no § 3º, do art. 42, da Lei nº 16.469/09.

Sala das sessões plenárias, em 19 de março de 2013.

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

Matéria: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - Recolhimento de ICMS maior que o devido no processo (Deferimento Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02231/13

Relator: Conselheiro David Fernandes de Carvalho

EMENTA: *Pedido de Restituição. Pagamento parcialmente indevido. Deferimento parcial. Decisão unânime.*

O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo e seus acréscimos, pago indevidamente, seja qual for a modalidade do seu pagamento (art. 172 da Lei nº 11.651/91 - CTE). Estando comprovada nos autos a ocorrência de pagamento indevido, deve ser deferido o pedido de restituição.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 17 de outubro de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do pedido e deferir parcialmente a restituição pretendida no valor de R\$ 22.922,84 (vinte e dois mil, novecentos e vinte e dois reais e oitenta e quatro centavos). Participaram do julgamento os Conselheiros David Fernandes de Carvalho, Rodolfo Ramos Caiado, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa, Victor Augusto de Faria Morato, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Lidilone Polizeli Bento, Nivaldo Carvelo Carvalho, Nislene Alves Borges, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

No presente processo o requerente AUTO [...] LTDA., inscrito no CNPJ/MF sob nº 01.378.314/0001-95 e inscrição estadual nº 10.010.857-1, requer a restituição de valores pagos a maior a título de ICMS, mais acréscimos legais, relativamente ao processo formalizado no auto de infração nº 4011201467078, de 03/04/2012.

Relatou que em data de 24 de janeiro de 2012, teve lavrado contra si um termo de apreensão de 3 (três) veículos novos encontrados em showroom para demonstração no endereço localizado na Av. Cristóvão Colombo, Qd. 5, Lt. 48, Jardim Aeroporto, na cidade de Jaraguá/GO, tendo sido lavrado posteriormente o auto de infração com exigência de ICMS, multa formal, mais acréscimos legais, por estarem as mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, mas que, importa destacar, que em se tratando de veículos novos o ICMS é recolhido antecipadamente pelo fabricante.

Que o contribuinte autuado, por ensejo de aplicação da Lei nº 17.817/2012, contendo anistia com redução significativa de multa formal e acréscimos legais, pagou o valor do ICMS mais acréscimos legais.

Porém, entende que lhe deve ser restituído a totalidade do valor pago no montante de R\$27.665,52, porquanto indevido, conforme razões expostas.

Junta cópia autenticada de DARE de recolhimento referente à autuação; extrato de Histórico de Pagamentos emitido pela SEFAZ; cópia de notas fiscais de faturamento emitidas pelo fabricante; e, notas fiscais de remessa, retorno e venda final a consumidor.

O presidente deste Conselho, por meio do Despacho nº 2299/2013-CAT admitiu o pedido de restituição conforme fls. 66/67, pois constatou que é cabível quando o contribuinte tenha realizado pagamento indevido, sendo os autos encaminhados ao Setor de Apoio a Segunda Instância para pautá-lo a julgamento pelo Conselho Pleno.

É o relatório.

DECISÃO

Neste feito, o pedido de restituição ampara-se na norma estabelecida no art. 172 da Lei nº 11.651/91 – CTE, que para clareza da decisão, transcrevo abaixo:

Art. 172. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo e seus acréscimos, pago indevidamente, seja qual for a modalidade do seu pagamento.

Deve-se destacar, ainda, que o § 2º do art. 6º da Lei nº 16.469/09, estabelece não poder ser objeto de apreciação, os casos em que haja confissão irretroatável da dívida, como no presente caso, SALVO se constatado erro de fato substancial que implique alteração total ou parcial do lançamento, e desde que o referido erro não tenha sido objeto de controvérsia ou de pronunciamento, também como no presente caso. Tal dispositivo aplica-se ao Processo de Restituição por força do § 3º do mesmo dispositivo legal retromencionado.

Os fatos em questão reportam-se a remessa pela empresa requerente, localizada em Ceres/GO, de três veículo, sendo, 1 - um VW Amarok CD 4x4 CHASSI WV1DB42H2CA009079; 2 - um VW FOX 1.0 GII, CHASSI 9BWAA05Z6C4102933; e, 3 - um VW/GOL 1.0 GIV, CHASSI 9BWAA05W6CP082025, para demonstração em showroom localizado em Jaraguá/GO.

É de se ressaltar que, apesar de no dia e horário da apreensão realizada a cabo pela fiscalização, as mercadorias encontravam-se realmente sem a documentação fiscal exigida pela legislação, a título de remessa para demonstração.

Nessa situação as mercadorias encontravam-se, portanto, em situação fiscal irregular.

Apesar disso, tratando-se de mercadorias infungíveis, identificáveis pelo chassi de cada veículo automotor, torna-se possível o rastreamento da circulação das mercadorias, devendo-se observar que a autoridade fiscal fez tal identificação no próprio termo de apreensão.

Nesse sentido, o requerente juntou ao presente feito cópias das NF-e emitidas pela montadora Volkswagen do Brasil – Indústria de Veículos Automotores Ltda., de São José dos Pinhais/PR, de fls. 19 e 27, 31 e 37, e 43, de venda dos citados veículos automotores zero quilômetro para o requerente. Também, anexou cópias das NF-e de sua emissão, de sucessivas remessas em demonstração dos veículos para o showroom em Jaraguá/GO, salvo, justamente, no dia e horário da apreensão dos mesmos, e de venda final realizada pela própria requerente, para consumidores finais (fls. 30, 42 e 56), comprovando toda a circulação de mercadorias, desde a aquisição junto à montadora e a venda a consumidor final feito pela requerente.

Ressalte-se que o ICMS de veículos novos é pago por substituição tributária pelas operações posteriores, promovida pela montadora, e que o ICMS-ST encontra-se devidamente destacado nos documentos de venda dos veículos feitos pela Volkswagen do Brasil Ltda de São José dos Pinhais/PR para a requerente.

Dessa forma, houve pagamento indevido a título de ICMS exigido no auto de infração 4011201467078, uma vez que o ICMS-ST já fora retido pela montadora.

Portanto, nos termos do art. 172 do CTE, deve ser restituído ao requerente os valores indevidamente pagos a título de ICMS, que abrangem os respectivos acessórios ligados ao imposto, que são: juros, correção monetária do valor pago a título de ICMS e multa qualificada (§ 9º do art. 71 do CTE).

Entretanto, não cabe restituição do valor pago a título de multa formal (art. 71, XII, “a”, 3, do CTE), pois as mercadorias estavam realmente, no momento de sua apreensão, desguarnecidas de documentação fiscal de remessa em demonstração.

Assim, deve-se restituir ao requerente: R\$21.328,00 (ICMS), R\$683,10 (multa qualificada), R\$49,21 (juros), R\$862,53 (atualização monetária do tributo), em um total no valor originário de R\$22.922,84 (vinte e dois mil, novecentos e vinte e dois reais e oitenta e quatro centavos).

Sala das sessões plenárias, em 12 de novembro de 2013.

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

Matéria: SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - Prestação de serviço medido de televisão por assinatura via satélite - tomador de outra Unidade da Federação (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02010/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Prestação de serviço medido de televisão por assinatura, via satélite, por prestador localizado em unidade federada diversa da do tomador do serviço. Imposto devido à unidade federada de situação do tomador do serviço. Procedência.

1. Nas prestações de serviço de comunicação, referente a recepção de som e imagem por meio de satélite, quando o tomador do serviço estiver localizado em unidade federada diferente da unidade de localização da empresa prestadora do serviço, o recolhimento do ICMS deverá ser efetuado em favor da unidade federada onde ocorrer a recepção da respectiva comunicação (Convênio ICMS 10/98, Cláusula primeira);

2. O recolhimento do imposto em partes iguais pra as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador (Lei Complementar nº 87/96, art. 11, § 6º e Convênio ICMS 52/05, Cláusula primeira) se aplica somente aos casos de serviços não medidos, situação que não se verifica no presente processo, onde restou provado que os serviços prestados de televisão por assinatura, via satélite, são passíveis de mensuração (ACÓRDÃO CONP Nº 00567/07);

3. Recurso da Fazenda Pública ao Conselho Pleno conhecido e provido para reformar a decisão cameral e considerar procedente o lançamento.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 24 de setembro de 2013, 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 Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Márcio Nogueira Pedra, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Rickardo de Souza Santos Mariano, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Nivaldo Carvelo Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Carlos Andrade Silveira, Allen Anderson Viana e José Luiz Rosa, que votaram conhecendo do recurso, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou improcedente o auto de infração.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco no presente processo é no sentido de que a atuada realizou prestação de serviço de comunicação via satélite a usuários localizados no território goiano, deixando de recolher o imposto devido ao Estado de Goiás nos períodos e valores indicados nos campos próprios do auto de infração.

Foram mencionados como infringidos os art. 63 e 64, da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 88, inciso II, do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso III, alínea "e", da Lei nº 11.651/91.

O lançamento foi instruído com o CD de fls. 22, contendo a relação das notas fiscais emitidas no período fiscalizado e com o demonstrativo de fls. 15, denominado COMPARATIVO DOS SERVIÇOS PRESTADOS X ICMS RECOLHIDO.

Na Nota Explicativa de fls. 06 a 10 os autores do procedimento informam que a empresa atuada presta Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite - DTH, que é uma modalidade de serviço especial regulamentado pelo Decreto nº 2.196/97, tendo como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação de serviços, sendo que os assinantes do serviço são os usuários finais da programação distribuída.

Após discorrerem sobre a modalidade do serviço prestado os autores do procedimento concluem, citando parecer do tributarista Marco Aurélio Greco, que o serviço em questão é passível de mensuração, sendo, portanto, devido o ICMS à unidade federada de localização do tomador do serviço, ou seja, o Estado de Goiás, nos termos dos artigos 11 e 12, da Lei Complementar nº 87/96 e do Convênio ICMS 10/98.

Devidamente intimada para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação à primeira instância a atuada compareceu ao processo por meio da peça de fls. 32 a 44 argumentando que efetuou o pagamento de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto devido para o Estado de São Paulo e 50% (cinquenta por cento) para o Estado de Goiás, com supedâneo no § 6º, introduzido no art. 11, da Lei Complementar nº 87/96, pela Lei Complementar nº 102/90.

Por meio da Sentença nº 1500/11, de fls. 104 a 108, a julgadora singular acolheu os argumentos da empresa atuada e considerou improcedente o lançamento afirmando que o serviço prestado não se enquadra no conceito de serviço medido.

Inconformada a Representação Fazendária interpôs o Recurso à Câmara Julgadora nº 217/2011, de fls. 109 a 110, pleiteando a reforma da decisão singular

por entender que se trata realmente de serviço medido conforme afirmam os autores do procedimento.

Na contradita de fls. 116 a 121 a empresa atuada reafirmou toda a argumentação expendida na impugnação no sentido de que o serviço em questão não é passível de mensuração, invocando em favor da sua argumentação o Ofício nº 216/2010, de fls. 96, da ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, concluindo que o serviço de televisão por assinatura não pode ser contabilizado em termos absolutos como medidos.

Na sessão realizada no dia 23/02/12 a Primeira Câmara Julgadora, por maioria de votos, negou provimento ao recurso fazendário e confirmou a decisão singular de considerou improcedente o lançamento.

Não se conformando com a decisão cameral a Representação Fazendária interpôs o recurso ao Conselho Pleno, objeto do presente julgamento, reafirmando a sua posição no sentido de que estamos diante de um serviço medido, invocando, em favor de sua argumentação, o ACÓRDÃO DO CONP Nº 00571/07, e pedindo a reforma do acórdão cameral e, conseqüentemente, da decisão singular.

Na contradita de fls. 145 a 150 pede a manutenção da decisão de improcedência do lançamento com base nos argumentos expendidos nas fases anteriores e acrescentando que a questão discutida no presente processo já foi submetida à apreciação do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás cujo entendimento da Segunda Câmara daquela corte de Justiça consubstanciado no Acórdão nº 514919-11.2007.8.09.0051, de 12/06/12, relativo ao Processo nº 2007.95149190 (decisão acostada ao processo), foi no sentido de que, nessa situação, deve ser aplicada a regra prevista no § 6º, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96.

No dia 17/09/13 a atuada promoveu a juntada de memoriais (fls. 178 a 182), reafirmando a sua posição no sentido da impossibilidade de mensuração dos serviços prestados.

É o relatório.

DECISÃO

No presente processo não se discute a ocorrência do fato gerador do ICMS. A discussão gira em torno da identificação do sujeito ativo da obrigação tributária decorrente da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão e retransmissão, repetição, ampliação e recepção.

Sobre a matéria, 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, estabelece o seguinte:

"Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

[...]

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão e retransmissão, repetição, ampliação e recepção;

b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão, ou semelhantes com que o serviço é pago;

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese e para os efeitos do inciso XIII do art. 12;

c-1) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite; (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos;

IV - tratando-se de serviços prestados ou iniciados no exterior, o do estabelecimento ou do domicílio do destinatário.

[...]

§ 6º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador. (Parágrafo incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)"

A Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, que instituiu o Código Tributário do Estado de Goiás, por turno, estabelece o seguinte:

"Art. 34. O local da prestação é:

[...]

II - no caso de prestação onerosa de serviço de comunicação:

a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção;

[...]

c) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite;

d) onde seja cobrado o serviço nos demais casos.

[...]

Art. 36. Na hipótese de utilização, por contribuinte, de serviço tributado, cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente, o local da prestação é o do estabelecimento destinatário do serviço.

Parágrafo único. Tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação não medido, que seja iniciado em outro Estado ou que o tenha como destino, cujo preço seja cobrado por período definido, o imposto é dividido em partes iguais com a unidade da Federação onde se encontrar o prestador ou o tomador."

Na 89ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, realizada no dia 20 de março de 1998, foi celebrado o Convênio ICMS 10/98, estabelecendo procedimentos referentes às obrigações principal e acessória relativas às prestações de serviço de comunicação por meio de satélite, cuja Cláusula Primeira, assevera o seguinte:

"Nas prestações de serviço de comunicação, referente a recepção de som e imagem por meio de satélite, quando o tomador do serviço estiver localizado em unidade federada diferente da unidade de localização da empresa prestadora do serviço, o recolhimento do ICMS deverá ser efetuado até o 10º dia do mês subsequente ao da prestação, através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNR, em favor da unidade federada onde ocorrer a recepção da respectiva comunicação."

Na 118ª reunião ordinária do Conselho de Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, realizada no dia 1º de julho de 2005, foi celebrado o Convênio ICMS 52/05, dispondo sobre os procedimentos para operacionalização do disposto no § 6º, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96, relativamente aos serviços não-medidos de televisão por assinatura, via satélite. Vejamos:

"Cláusula primeira. Na prestação de serviços não medidos de televisão por assinatura, via satélite, cujo preço do serviço seja cobrado por períodos definidos, efetuada a tomador localizado em unidade federada distinta daquela em que estiver localizado o prestador, a base de cálculo do ICMS devido a cada unidade federada corresponde a 50% (cinquenta por cento) do preço cobrado do assinante.

[...]

Cláusula décima. O disposto neste convênio não se aplica aos Estados do Amazonas, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e ao Distrito Federal, permanecendo aplicáveis a essas unidades federadas o Convênio ICMS 10/98, de 26 de março de 1998."

Da análise do presente processo, observa-se que nos meses de setembro, outubro e novembro de 2006 a empresa autuada, estabelecida no Estado de São Paulo prestou serviço de televisão por assinatura, via satélite, a assinantes localizados no território goiano e recolheu o ICMS a cada unidade federada correspondente a 50% (cinquenta por cento) do preço cobrado do assinante, nos termos do § 6º, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96 e da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 52/05, considerando, dessa formar, tratar-se de serviço não-medido.

O Estado de Goiás manifestou a sua discordância em relação à divisão do ICMS, entendendo ter direito à totalidade do imposto incidente sobre preço cobrado do assinante localizado em seu território, por se tratar de serviço medido, sendo, portanto, inaplicável a regra prevista no § 6º, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96 e na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 52/05, cuja Cláusula Décima assevera que o disposto neste Convênio não se aplica ao Estado de Goiás.

Pois bem, para solucionar a lide, valho-me da decisão plenária do dia 27 de fevereiro de 2007 que, por unanimidade de votos, reformou a decisão cameral e considerou procedente o lançamento do crédito tributário consubstanciado no Processo nº 3 0115964 098 95, tendo como sujeito passivo a própria empresa atuada em situação análoga relativamente ao ICMS incidente nas prestações de serviço do exercício de 2001, tendo o ACÓRDÃO DO CONP Nº 00567/07 ficado ementado da seguinte forma:

"ICMS. Obrigação principal. Prestação de serviços medidos de televisão por assinatura, via satélite, por prestador localizado em unidade federada diversa, a tomador localizado em território goiano. Procedimentos referentes às obrigações principal e acessórias estabelecidos pelo Convênio ICMS 10 de 20 de março de 1998, aplicáveis, no período atuado, às prestações de serviços de comunicação destinados a tomador do serviço localizado no Estado de Goiás, confirmados ou ratificados pelo Convênio ICMS 052 de 01 de julho de 2005. Aplicabilidade da alínea "c-1" do inciso III do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96. Reformada decisão cameral, para confirmar a total procedência do lançamento. Unanimidade de votos.

1. O Convênio ICMS 052 de 01 de julho de 2005 dispõe sobre os procedimentos da operacionalização do disposto na Lei Complementar nº 102/00, que introduziu alterações no inciso III, alínea "c-1" e § 6º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96. Não se aplica o Convênio ICMS 052 de 01 de julho de 2005 às unidades federadas Amazonas, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Tocantins e ao Distrito Federal, consoante suas Cláusulas décima e décima primeira, permanecendo aplicáveis a essas unidades federadas o Convênio ICMS 10/98, de 26 de março de 1998.

2. Nas prestações de serviço de comunicação, referente à recepção de som e imagem por meio de satélite, quando o tomador do serviço estiver localizado em unidade federada diferente da unidade de localização da empresa prestadora do serviço, aplica-se o disposto na alínea "c-1" do inciso III do art. 11 da Lei complementar nº 87/96. O recolhimento do ICMS deverá ser efetuado até o 10º dia do mês subsequente ao da prestação, através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNR, em favor da unidade federada onde ocorrer a recepção da respectiva comunicação, consoante Cláusula primeira do Convênio ICMS 10 de 20 de março de 1998."

No voto condutor do acórdão o eminente relator Cons. Manoel Antonio Costa Filho, fundamentou a decisão da seguinte forma:

"12. Quanto ao mérito, como razões de decidir, compulsei os autos, analisei a instrução processual, a legislação aplicável, as Leis Complementares nºs 87/96 e 102/00, a Lei nº 11.651/91 que instituiu o Código Tributário do Estado, e os Convênios ICMS nºs 10 de 20 de março de 1998 e nº 052 de 01 de julho de 2005, e considerei o seguinte:

13. Constatei que é objeto do lançamento a prestação de serviços medidos de televisão por assinatura, via satélite, por prestador localizado em unidade federada diversa, a tomador localizado em território goiano, no período de janeiro a dezembro de 2001, nos termos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, Art. 11, inciso III, alínea “c-1”, com a redação dada pela Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de 2000.

14. O Artigo 11 da Lei Complementar nº 87/96, com a redação alterada pela Lei Complementar nº 102/00, assim dispõe sobre os serviços objeto do presente lançamento, no útil:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto é definição do estabelecimento responsável, é:

[...]

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

[...]

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese e para os efeitos do inciso XIII do art. 12;

c-1) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite;” (acrescentado pela Lei Complementar nº 102/00, de 11 de julho de 2000);

[...]

§6º - Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.” (acrescentado pela Lei Complementar nº 102/00, de 11 de julho de 2000).;

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculado a operação ou prestação subsequente.”

15. Considerei que a Lei nº 11.651/91, que instituiu o Código Tributário do Estado, assim dispõe, no útil:

a) Das Disposições Gerais:

“Art. 11. O imposto incide sobre:

[...]

V - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

(Nova redação conferida ao art. 11 pelo art. 1º da Lei nº 12.976/96, c/ vigência a partir de 1º de janeiro de 1997).

[...]

§ 1º - O imposto incide, também, sobre:

[...]

VI - a utilização, por contribuinte, de serviço, cuja prestação tenha-se iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente.

(Acrescentado o inciso VI pelo art. 1º da Lei nº 12.972/96, c/ vigência a partir de 1º de janeiro de 1997).

b) Do Momento da Ocorrência do Fato Gerador:

“Art. 13. Ocorre o fato gerador do imposto, no momento:

[...]

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.”

[...]

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.

(Nova redação conferida ao art. 13 pelo art. 1º da Lei nº 12.972/96, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1997).

c) Do Local da Prestação:

“Art. 34. O local da prestação é:

[...]

II - no caso de prestação onerosa de serviço de comunicação:

a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação e recepção;

(Acrescentada a alínea “a” pelo art. 1º da Lei nº 12.972/96, c/ vigência a partir de 1º de janeiro de 1997)

[...]

c) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite;

(Nova redação conferida à alínea “c” pelo art. 1º da Lei nº 12.772/00, c/ vigência a partir de 1º de agosto de 2000 (DOE do dia 28/12/2000))

d) onde seja cobrado o serviço nos demais casos:

(Acrescentada a alínea “c” pelo art. 1º da Lei nº 12.972/96, com vigência de 1º de janeiro de 1997 a 31 de julho de 2000)

16. Considerarei que o Estado de Goiás pretende haver a totalidade do crédito tributário relativo ao período lançado, por força do que dispõe o Convênio ICMS 10 de 20 de março de 1998, celebrado em plena conformidade com a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, pelo qual foram estabelecidos procedimentos referentes às obrigações principal e acessórias relativas às prestações de serviço de comunicação por meio de satélite, sendo o Estado de Goiás um dos signatários, e do qual destaco a cláusula seguinte:

“Cláusula primeira. Nas prestações de serviço de comunicação, referente a recepção de som e imagem por meio de satélite, quando o tomador do serviço estiver localizado em unidade federada diferente da unidade de localização da empresa prestadora do serviço, o recolhimento do ICMS deverá ser efetuado até o 10º dia do mês subsequente ao da prestação, através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNR, em favor da unidade federada onde ocorrer a recepção da respectiva comunicação.”

17. Considerarei, também, que o Convênio ICMS 052 de 01 de julho de 2005 dispõe sobre os procedimentos para operacionalização do disposto no § 6º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, introduzido pelo Convênio nº 102/00, relativamente aos serviços não-medidos de televisão por assinatura, via satélite, comportando transcrição, em especial, da cláusula primeira, cláusula oitava, cláusula décima, e cláusula décima primeira, no útil, a seguir:

“Cláusula primeira. Na prestação de serviços não medidos de televisão por assinatura, via satélite, cujo preço de serviço seja cobrado por períodos definidos, efetuada a tomador localizado em unidade federada distinta daquela em que estiver localizado o prestador, a base de cálculo do ICMS devido a cada unidade federada corresponde a 50% (cinquenta por cento) do preço cobrado do assinante.

§ 1º Serviço de televisão por assinatura via satélite é aquele em que os sinais televisivos são distribuídos ao assinante sem passarem por equipamento terrestre de recepção e distribuição.”

“Cláusula oitava. Aplicam-se as normas tributárias da legislação da unidade federada de localização do tomador do serviço que não conflitem com o disposto neste convênio.”

“Cláusula décima. O disposto neste convênio não se aplica aos Estados do Amazonas, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Tocantins e ao Distrito Federal, permanecendo aplicáveis a essas unidades federadas o Convênio ICMS 10/98, de 26 de março de 1998.”

“Cláusula décima primeira. Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês

seguinte, não se aplicando às unidades federadas alcançadas pelas cláusulas primeira à nona deste convênio as regras previstas no Convênio ICMS 10/98.”

18. Considerarei ser inaplicável ao caso o disposto no § 6º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, segundo o qual, tratando-se de serviços não medidos, o ICMS devido é recolhido em partes iguais para as Unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador do serviço.

19. Para justificar esta tese, cabe primeiramente analisar o seguinte quesito: **O que se entende por serviço não medido?**

a)- Para se responder à presente pergunta, impende registrar, de início, que a nossa legislação faz referência a serviço não medido no art. 11, inc. III, § 6º, Lei Complementar n.º 87/96, já transcrito.

b)- O nosso ordenamento positivo não contempla a previsão de um conceito do que seja serviço não medido, significando, destarte, que este não é propriamente jurídico, mas um conceito de fato.

c)- Sendo, portanto, um conceito fático, para que seja revelado, mister se faz analisar a forma como o serviço é prestado, a fim de se constatar se indica uma prestação passível ou não de medição, de acordo com suas características.

d)- Nesse sentido, concorda-se com o seguinte trecho de um parecer, não anexo, acerca do assunto ora em exame, do eminente tributarista **Marco Aurélio Greco**, quando indica características fáticas capazes de revelar o que seja serviço medido:

“(…), entendo que ‘medido’ é conceito que leva em conta uma característica da forma de prestação do serviço de comunicação tal como contratado pelas partes; aquele serviço que é mensurado em unidades ou frações que podem ser de tempo (pulsos), de tráfego (megabytes), de objetos (mensagens), de condutas (inserções publicitárias) e outras que possam ser imaginadas”.

e)- Conclui-se, assim, pela ausência de um conceito definitivo e conclusivo sobre o que seja serviço não medido, sendo certo, por outro lado, que, para que se possa invocá-lo, o importante é analisar as características do próprio serviço.

f)- Cumpre notar, com o intuito de corroborar a conclusão adotada, a ausência de precedente jurisprudencial sobre a matéria, assim também a lacuna percebida na doutrina com relação especificamente ao tema do serviço não medido.

20. Cabe, agora, a seguinte indagação: No que diz respeito aos serviços de televisão por assinatura, prestados por meio de satélite, o ICMS deverá ser recolhido à unidade federada do estabelecimento ou domicílio do tomador (Lei Complementar n.º 87/96, art. 11, inciso III, alínea c-1) ou dividido em partes iguais pelas Unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador (§ 6º do mesmo artigo)?

a)- De acordo com a previsão da alínea "c-1" do inciso III do artigo 11 da Lei Complementar n.º 87/96, o local da prestação, para efeitos de cobrança do ICMS, nos casos de serviços de comunicação prestados, onerosamente, por meio de satélite, é o do estabelecimento ou domicílio do tomador.

b)- A indagação em comento tem lugar diante da previsão contemplada no § 6º, do artigo 11, do mesmo diploma, no sentido de que, na hipótese de prestação de serviços de comunicação não medidos, envolvendo localidades situadas em diferentes entes federados e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto deverá ser recolhido para as unidades onde estiverem localizados o prestador e o tomador.

c)- A norma é clara: tratando-se de serviços de comunicação prestados via satélite, a cobrança do ICMS realizar-se-á na unidade federada onde se encontrar o estabelecimento ou o domicílio do tomador.

d)- O parágrafo traz, na verdade, uma ressalva a essa regra, qual seja, mesmo diante de serviços de comunicação prestados via satélite, a cobrança do tributo far-se-á em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador, tratando-se de serviço não medido.

e)- Trata-se, com evidência, da aplicação da regra exegética segundo a qual a norma específica afasta a geral, merecendo destaque, sobre o processo sistemático de interpretação, a sempre brilhante lição de **Carlos Maximiliano**, em seu *"Hermenêutica e Aplicação do Direito"*, 18ª. edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 129. Confira-se:

"Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexó entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido".

f)- A questão que se coloca refere-se, portanto, à verificação da possibilidade de o serviço de televisão por assinatura, via satélite, ser ou não enquadrado como sendo serviço não medido, aplicando-se-lhe a disciplina legal do parágrafo sexto já transcrito.

g)- Ocorre que, como já visto, não existe definição conclusiva quanto ao que seja serviço não medido, sendo este um conceito de fato que exige, para ser revelado, a análise das características do serviço em si.

h)- Entende-se, pois, que, desde que seja factível a possibilidade de medição do serviço de televisão por assinatura, via satélite, é possível que a cobrança seja feita integralmente pela entidade federada do estabelecimento ou domicílio do tomador, nos termos da regra geral para as hipóteses de serviços de comunicação via satélite, prevista no inciso III, alínea "c-1", da Lei Complementar n.º 87/96.

21. Finalmente, vem a pergunta fatal: Considerando que é dada ao cliente de TV por assinatura a opção de escolha de quantos e quais canais/programas deseja contratar, poderia este tipo de controle vir a caracterizar uma forma de medição do serviço?

a)- Partindo-se da compreensão exposta no quesito anterior, no sentido de que, desde que seja factível a possibilidade de medição do serviço de televisão por assinatura, via satélite, é possível que a cobrança seja feita integralmente pela entidade federada do estabelecimento ou domicílio do tomador, tem-se como válido, em princípio, o critério da indicação da opção de escolha conferida ao cliente.

b)- Com efeito, não há na legislação nenhuma restrição ao estabelecimento de possibilidades de medição.

c)- Entende-se, assim, que o critério, efetivamente, poderia ser o do número de canais ou o do número de horas escolhidos pelo contratante do serviço.

d)- Conclui-se, destarte, diante da ausência de um conceito definitivo sobre o que seja serviço não medido, bem como da falta de restrição no nosso ordenamento positivo quanto ao estabelecimento de possibilidades de medição, o critério da opção de escolha de quantos e quais canais/programas o cliente de TV por assinatura deseja contratar poderia ser validamente aceito.

22. Do exposto nos três itens anteriores, resta demonstrado que, no que diz respeito aos serviços de televisão por assinatura, prestados por meio de satélite, o ICMS deverá ser recolhido à Unidade Federada do estabelecimento ou domicílio do tomador, conforme preceituado na alínea "c-1" do inciso III, do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96.

23. Observo que a conclusão exposta no item anterior está corroborada pelo disposto na cláusula décima do Convênio ICMS 52, de 01 de julho de 2005, que exclui o Estado de Goiás da aplicabilidade do disposto em sua cláusula primeira, quanto ao rateio, meio a meio, da base de cálculo do ICMS devido a cada unidade federada, mantido o inteiro teor do Convênio ICMS 10/98, de 26 de março de 1998.

24. Constatei, assim, que o presente lançamento do crédito tributário para haver o ICMS incidente sobre a prestação de serviços medidos de televisão por assinatura, no período de janeiro a dezembro de 2001, via satélite, a tomador situado neste Estado, está de plena conformidade com os procedimentos estabelecidos no vigente Convênio ICMS 10 de 20 de março de 1998, celebrado na vigência e em conformidade com a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

25. Constatei, também, sem quaisquer dúvidas, que o referido Convênio ICMS nº 10, de 20 de março de 1998, teve vigência ininterrupta até o período atuado, porque inalterado desde o momento de sua celebração, e por ter sido expressamente ratificado pelo Convênio ICMS 052, de 01 de julho de 2005,

celebrado para regulamentar as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 102/00, todavia excepcionando expressamente de seu alcance os Estados do Amazonas, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Tocantins e Distrito Federal, e confirmou aplicarem-se a essas unidades federadas os procedimentos do Convênio ICMS 10/98, de 26 de março de 1998, pelo que o lançamento deve prevalecer.

26. De conformidade com o demonstrativo da Auditoria do ICMS sobre a Prestação de Serviço de Comunicação, de fls. dos autos, a Fazenda Pública pretende haver o ICMS devido e não recolhido relativamente aos meses de janeiro a dezembro de 2001, no importe de R\$ 344.699,05 (trezentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e noventa e nove reais e cinco centavos).

Ante o exposto, conheço do Recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para reformar a decisão cameral e considerar procedente o lançamento do crédito tributário constante do auto infração."

Embora reconhecendo a relevância e a pertinência do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás manifestado no Acórdão nº 514919 - 11.2007.8.09.0051, de 12/06/12, relativo ao Processo nº 2007.95149190 (decisão acostada ao processo), no sentido de que, nessa situação, deve ser aplicada a regra prevista no § 6º, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96, sendo irrelevante a regra prevista no Convênio ICMS 10/98, opto pelo entendimento manifestado pelo Conselho Pleno no acórdão acima transcrito. Primeiro, porque o Convênio ICMS 10/98 está em plena vigência, não podendo, em consequência, ser ignorado, sob pena de malferir o disposto no § 4º, do art. 6º, da Lei nº 16.469, de 19 de janeiro de 2009 que assevera que no âmbito do Processo Contencioso fiscal não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade ou legalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária. Segundo, porque a jurisprudência que é permitida ser acatada, em julgamento, é somente aquela consolidada nos tribunais superiores, em suas composições unificadas (Lei nº 16.469/09, art. 6º, § 5º).

À conta do exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública ao Conselho Pleno, dou-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar procedente o lançamento.

Sala das sessões plenárias, em 22 de outubro de 2013.

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

Matéria: SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - Prestação onerosa do serviço de comunicação utilizando indevidamente a isenção (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02135/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Carlos Andrade Silveira

EMENTA: *Processual. Preliminar de nulidade da peça básica. Insegurança na determinação da infração. Arguição pela atuada. Rejeição. Preliminar de nulidade parcial do processo. Cerceamento do direito de defesa. Arguição pela atuada. Rejeição. Mérito. ICMS. Obrigação principal. Utilização indevida de isenção em prestação onerosa de serviço de telecomunicação. Procedência do auto de infração. Manutenção da decisão cameral. Alteração da base de cálculo do imposto e adequação da penalidade.*

I - Rejeita-se a arguição de insegurança na determinação da infração, estando a irregularidade fiscal claramente relatada e o auto de infração devidamente instruído;

II - Tendo o julgador singular apreciado regularmente as questões preliminares e meritórias apresentadas pelo sujeito passivo, inclusive o pedido de perícia contábil, rejeita-se a arguição de nulidade parcial do processo, por cerceamento do direito de defesa;

III - Declara-se procedente o auto de infração que exige o ICMS na locação de equipamentos que compõem a prestação de serviço de comunicação, não ofertado à tributação pelo sujeito passivo;

IV - Não comportando a prestação de serviço a cobrança do imposto por dentro, mas por fora, sendo feita a cobrança por dentro, a base de cálculo deve ser alterada para a cobrança por fora;

V - Acolhe-se a adequação da penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A, do CTE, sendo esta mais benéfica ao contribuinte.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 11 de setembro de 2012, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Também por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade parcial do processo, arguida pela atuada, por cerceamento do direito de defesa. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Manoel Antônio Costa Filho, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Aguinaldo Fernandes de Melo, 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. 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 Manoel Antônio Costa Filho, Heli José da Silva, Victor Augusto de Faria Morato, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Antônio Martins da Silva, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos e Aldeci de Souza Flor. Vencidos os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Álvaro Falanque, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Aguinaldo Fernandes de Melo, Allen Anderson Viana e Edson Abrão da Silva, que votaram conhecendo do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão cameral e considerar improcedente o auto de infração. Quanto ao montante do tributo devido, por maioria de votos, considerar o valor da base de cálculo de R\$ 3.716.814,39 (três milhões, setecentos e dezesseis mil, oitocentos e quatorze reais e trinta e nove centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 1.077.876,17 (um milhão, setenta e sete mil, oitocentos e setenta e seis reais e dezessete centavos). Foram vencedores os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Manoel Antônio Costa Filho, Álvaro Falanque, Alcedino Gomes Barbosa, Nivaldo Carvelo Carvalho, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Delcídes de Souza Fonseca, Allen Anderson Viana, Edson Abrão da Silva e Aldeci de Souza Flor. Vencidos os Conselheiros Heli José da Silva, Victor Augusto de Faria Morato, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Antônio Martins da Silva e Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, que votaram mantendo a procedência total do auto de infração. Por unanimidade de votos, acolher a adequação da penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A, do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Carlos Andrade Silveira, Manoel Antônio Costa Filho, Álvaro Falanque, Heli José da Silva, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, Nivaldo Carvelo Carvalho, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Aguinaldo Fernandes de Melo, 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

Em 30 de abril de 2008, o Fisco exige o ICMS no valor R\$ 1.518.135,46 (hum milhão, quinhentos e dezoito mil, cento e trinta e cinco reais e quarenta e seis centavos), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter realizado, no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, prestações onerosas de Serviço de Telecomunicação, utilizando indevidamente isenção do ICMS.

Citados como infringidos os artigos 11, V; 13, XII e 64 do Código Tributário Estadual (CTE) c/c art. 4, III; art. 6, XIV; art. 13, VI e art. 88 do Regulamento do Código Tributário Estadual (RCTE), tendo sido proposta a penalidade prevista no art. 71, VIII, alínea "c", do CTE, agravada pelo § 9º, I, do mesmo artigo e diploma legal.

O auto de infração foi instruído com os documentos a seguir: Ordem de Serviço nº 0021/2008 (fl. 04), cópia da Portaria nº 022/08-GSF (fl. 05), cópia da Notificação Fiscal nº 0049 (fl. 06), Nota Explicativa (fls. 07/10), Demonstrativo dos Serviços Não Tributados Pela Empresa - Sujeitos a Incidência do ICMS - Ano de 2007 (fls. 11/13), Comparativo dos Arquivos Analisados Com o Livro Registro de Saídas (fls. 14/17), cópia do Ofício nº 113/2006/SUE-Anatel, da lavra do Superintendente Executivo da Agência Nacional de Telecomunicações (fl. 18), INFORME nº 224/06 endereçado ao Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ (fls. 19/21), R01 - Resumo de Faturamento/Ano 2007 (fls. 22/23), Mídia Eletrônica/DVD (fl. 23-A), R02 - Resumo de Faturamento Por Código Serviço/Ano 2007 (fls. 24/73), R03 - Relação das Notas Fiscais Por Serviço/Ano 2007 (fls. 74/89), cópia do Livro de Registro de Saídas nº 011/Ano 2007 (fls. 90/283).

Intimada em 14/05/2008 (fls. 284/285), a autuada apresenta impugnação (fls. 287/296), arguindo, em preliminar, nulidade da peça básica, relacionando a hipótese de insegurança na determinação da infração, por não ter o auto de infração descrito precisamente o fato punível e os fatos concretos que justificariam a exigência do tributo (fls. 288).

No mérito, pede a improcedência do lançamento, afirmando que a locação de modem ou roteador é mera facilidade adicional oferecida ao usuário, sendo desvinculada da prestação dos serviços de comunicação propriamente ditos, não constituindo fato gerador do ICMS.

Sustenta que os serviços prestados no período da autuação não são serviços de comunicação propriamente dito, de modo que jamais poderiam ser tributados pelo ICMS.

Aduz que nos demonstrativos anexos ao auto de infração está indicada a atividade de aluguel/locação de modem/roteador, essa atividade "sequer constitui serviço de acordo com a jurisprudência do STF, é mera facilidade adicional oferecida ao usuário, sendo desvinculada da prestação dos serviços de comunicação propriamente ditos, e, portanto, impassíveis de tributação pelo ICMS".

Afirma que o serviço de comunicação prestado pela impugnante não está vinculado ao aluguel do modem ou roteador. Esses equipamentos podem ser adquiridos ou alugados por qualquer pessoa no mercado, conforme se verifica em simples consulta a sites Mercado Livre ou Boa Dica (fls. 332/348), podendo também ser importados pelo usuário.

Assim sendo, os usuários têm liberdade para alugar ou comprar o equipamento no mercado, conforme demonstrado nos contratos de prestação de serviço de comunicação celebrados entre a impugnante e seus clientes (fls. 300/325).

Cita que a Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº 9.472/97) não modificou o conceito de serviço de comunicação constante do art. 155, II, da Constituição Federal/88.

Alega que o Convênio 69/98 não pode aumentar o campo de incidência do ICMS. Nesse sentido, faz referência à jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal - STF.

Afirma que não há como considerar os serviços prestados nesse período como serviço de comunicação propriamente dito, tratando-se de serviços sobre os quais "*somente poderia incidir ISSQN*".

Alega ainda, que a multa tem caráter confiscatório e deve ser reduzida, conforme jurisprudência do STF, e que a cobrança concomitante de multa e juros de mora caracteriza bis in idem.

Pede que "*as intimações sejam feita na pessoa do Dr. Rodrigo Vieira Rocha Bastos, com endereço na Avenida T-9, Qd. 82, Lt. 13, nº 1.116, 2º andar, Setor Bueno, CEP 74.215-020, Goiânia -GO*".

Junta cópia de comprovante da data de recebimento da autuação (fls. 298/299), cópia de Modelo de Contrato de Prestação de Serviço de Comunicação (fls. 300/325), cópia de Notas Fiscais Referentes a Locação de Modem/Roteador (fls. 326/331) e Pesquisa nos Sites Mercado Livre e Boa Dica (fls. 332/348), dentre outros documentos.

Vindo o processo a julgamento em Primeira Instância, o julgador profere a Sentença nº 6415/08 (fls. 402/404), onde recusa o pedido anulatório do feito por falta de fundamentação, para, em seguida, decidir pela procedência da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação e na forma em que se encontra.

Fundamenta a decisão aduzindo que a Nota Explicativa (fls. 07/10), e a descrição do fato contido na peça basilar, para se perceber com facilidade a clareza da acusação fiscal, assim como, tem-se nas planilhas que detalham as prestações de serviços de telecomunicação e as NFSTs autuadas, observando-se, nessas últimas, os tipos de serviços prestados, os nomes dos tomadores dos serviços, que possibilitam a análise da inadequação da utilização de benefício fiscal indevidamente utilizados. Assim, afasta a suposta falta de clareza da imputação efetuada pelo fisco.

Justifica que na análise do Informe da Anatel, se extrai a conclusão de que os equipamentos envolvidos nessa parte da lide (modem/roteadores locados) "*são parte integrantes da prestação de serviços de telecomunicações*" (exemplo, roteadores, multiplexadores, circuitos, portas, etc), assim como, os serviços suplementares constantes da planilha juntada pelo fisco devem ser tributados pelo ICMS, o que vem a sepultar o argumento apresentado pela defesa.

Diante disso, devem ser consideradas as prestações de serviços relacionadas na planilha como prestações de serviços de comunicação, e, da mesma forma, como serviços prestados com utilização indevida do benefício fiscal da isenção, "*como esclarece a Nota Explicativa que deverá ser analisada em conjunto com as demais planilhas*".

Quanto ao suposto caráter confiscatório presente na multa e os juros terem caracterizado o *bis in idem*. Em ambos os casos este Conselho Administrativo Tributário não detém a competência legal. Devendo ser esses questionamentos dirigidos ao Poder Judiciário.

Por convicção, menciona que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não se aplica ao caso, "*pois os serviços descritos na planilha se enquadram na atividade-fim da impugnante*", qual seja, a prestação de serviços de comunicação e, portanto, não incidindo o ISSQN como cita à impugnante, imposto este que também não se demonstrou nos autos que fora recolhido aos cofres municipais, os quais, a impugnante também diz não ser àqueles devido.

Por derradeiro, frisa, que os demonstrativos juntados aos autos, não foram contestados suficientemente pela impugnante, assim, considera meras alegações, desprovidas de quaisquer provas e/ou fundamentação legal os argumentos produzidos pela defesa.

Intimada (fl. 405), a autuada apresenta recurso voluntário (fls. 407/417), onde reitera as razões formuladas na Impugnação de folhas 287 a 296.

Na oportunidade, afirma que a autuação deve ser julgada totalmente improcedente, merecendo a imediata reforma a decisão a quo, tendo em vista que as razões de mérito baseada nos julgados do STF e STJ.

Pede ao final, caso assim não entenda, que seja declarada nula a autuação em referência, de modo a desconstituir o lançamento fiscal, ou para determinar o imediato retorno à 1ª instância, para que seja "realizada a perícia contábil dos documentos anexados, a fim de comprovar efetivamente a descrição do serviço ora exigido".

Vindo o processo, a julgamento em Segunda Instância, a Quarta Câmara, em decisão unânime, materializada no Acórdão nº 1219/2012 (fls. 429/435), rejeita a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração e, quanto ao mérito, em decisão não unânime, confirma a sentença singular que considerou procedente o lançamento.

Entendeu o acórdão cameral que no aspecto formal o lançamento foi bem construído, com clareza no campo descrição da infração, e complemento adequado em notas explicativas e demonstrativos que permitem a perfeita determinação da infração supostamente cometida pelo sujeito passivo e a compreensão dos fundamentos e da natureza da exigência.

Quanto ao mérito, analisou-se a questão considerando definições estabelecidas pela Lei federal nº 9.472 de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações); e pela Resolução nº 426/2005, que regulamenta o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC.

Dessa forma, *"há, indubitavelmente, inequívoca relação de dependência entre a utilização do equipamento e a efetiva prestação de serviço de telecomunicação. Também os roteadores são essenciais à prestação de determinados serviços"*.

Nesse sentido, o Informe supracitado (fls. 19/21), registra que "de acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.472 - Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de comunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas etc) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações".

Menciona que é fácil estabelecer a diferença entre os serviços objeto do lançamento e as atividades meio e os serviços suplementares, sobre os quais versa a Súmula nº 83 do STJ.

Afirma ainda, que *"os fatos ora tributados resultam em preço pago mensalmente pelo usuário em contraprestação a um serviço. E os equipamentos, adquiridos ou locados, ao contrário de serem mera facilidade, são essenciais à prestação do serviço"*. E ainda, que na referida situação, pode haver redução ou não exigência de acréscimo por mora ou por infração no recebimento do recolhimento do ICMS incidente sobre a prestação de serviços de comunicação, conforme o Convênio ICMS nº 81/2011.

No que tange ao caráter eventualmente confiscatório da multa aplicada, frisa que, nesta esfera judicante, não cabe a apreciação sobre eventual inconstitucionalidade de norma, nos termos do § 4º do art. 6º da Lei nº 16.469/2009, como também, que nenhum dispositivo do art. 71 do CTE, teve sua inconstitucionalidade decretada, em controle concentrado.

Quanto a possibilidade de bis in idem na cobrança concomitante de multa e juros de mora, afirma que são modalidades diferentes, muito bem expressa no art. 161 do Código Tributário Nacional (CTN).

Conclui ser desnecessária qualquer perícia contábil, por estar perfeitamente descrito e quantificado o serviço objeto do lançamento.

Intimada (fl. 436), a autuada apresenta recurso ao Conselho Pleno (439/450), no qual, alega, resumidamente, que a decisão: 1) violou diretamente o artigo 11, inciso V, do CTE, ao entender que incide ICMS sobre serviços acessórios de comunicação quando a lei estadual fala tão somente na incidência do imposto sobre serviços de comunicação propriamente ditos; 2) afronta os artigos 2º e 50, V, da Lei nº 13.800/2001, ao ignorar o entendimento vinculante do STJ que afasta a incidência do ICMS sobre os serviços elencados na autuação, bem como por distorcer a hipótese de incidência para descumprir o entendimento já pacificado no Judiciário; 3) violou o entendimento deste mesmo Conselho de Contribuintes que já refutou expressamente a incidência do ICMS sobre valores recebidos por força de contrato de locação quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 227/2000 (acórdão nº 284/2000), devendo também por este motivo ser reformada a decisão recorrida.

Alega ainda que a decisão promoveu cerceamento ao direito de defesa ao negar o direito à perícia contábil, e, novamente, questiona que a cobrança concomitante de multa e juros de mora caracteriza *bis in idem*.

Reitera que "*o aluguel do roteador e o do modem constitui uma facilidade adicional dada pela concessionária*".

Sustenta que a locação de equipamentos não é nem nunca foi serviço, conforme já decidiu o Plenário do STF ao julgar o RE 116.121/SP. A decisão exclui a configuração de todo o gênero "prestação de serviços", pouco importa se a espécie é "de comunicação" ou não.

Aduz que não há prestação de serviço de telecomunicação dentre os serviços autuados. Qualquer tentativa de assim se entender implicará violação literal do artigo 108, § 1º, do CTN, conforme decisão emanada do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 949.884/GO.

Frisa que a Lei nº 16.469/2009, art. 6º, § 5º, estabelece "*que é pertinente ao órgão administrativo acatar jurisprudência consolidada dos tribunais superiores*".

Afirma que há inúmeros precedentes tanto no STF quanto no próprio TJ/GO no sentido da inconstitucionalidade dos incisos do art. 71 do CTE, inclusive pela Corte Especial do Tribunal de Justiça de Goiás.

Por fim, pede que seja recebido o presente recurso para afastar a decisão recorrida e reconhecer a nulidade da exigência fiscal, diante da manifesta violação aos artigos 50, V, e § 1º, da Lei 13.800/2001, e 11, inciso V, do CTE. Pede ainda, na eventualidade de ser julgada procedente a autuação, que o recurso seja provido para que a multa aplicada seja reduzida, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme entendimento dos Tribunais Superiores.

É o relatório.

DECISÃO

QUESTÃO PRELIMINAR

Apreciando a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por insegurança na determinação da infração, manifesto-me pela sua rejeição, pelo fato da irregularidade fiscal estar claramente relatada e o auto de infração devidamente instruído.

Apreciando a preliminar de nulidade parcial do processo, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa, manifesto-me pela sua rejeição, tendo em vista que o julgador singular apreciou regularmente as questões preliminares e meritórias apresentadas pelo sujeito passivo, inclusive o pedido de perícia contábil.

QUESTÃO MERITÓRIA

Dirigindo-me ao mérito, vejo que o auto de infração exige o ICMS no valor R\$ 1.518.135,46 (hum milhão, quinhentos e dezoito mil, cento e trinta e cinco reais e quarenta e seis centavos), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta ter realizado, no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, prestações onerosas de Serviço de Telecomunicação, utilizando indevidamente isenção do ICMS.

Segundo a Nota Explicativa (fls. 7 a 10), a irregularidade refere-se a não-tributação dos serviços de locação de equipamentos necessários à prestação do serviço de telecomunicações, constatada pela análise do faturamento segmentado dos serviços e locações, procedimento adotado pela autuada em seus arquivos magnéticos apresentados à fiscalização, em que deixou de tributar a locação de equipamentos que compõem a prestação de serviço.

Ressalta a Nota Explicativa que a irregularidade encontrada está fundamentada em entendimento da Agência Nacional de Telecomunicações, constante do Informe nº 224, de 31/03/2006, emitido em resposta a questionamento feito pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Prosseguindo no exame dos autos, o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por meio do Ofício nº 0260/2006/SE-CONFAZ, de 20/03/2006, solicitou à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) informações acerca dos aspectos regulamentares relacionados ao provimento de Serviços de Telecomunicações e da utilização da infra-estrutura de suporte à prestação dos serviços.

Dentre as informações solicitadas no mencionado ofício, consta a indagação se os equipamentos e a infra-estrutura necessários à prestação de serviço de telecomunicação, tais como roteadores, multiplexadores, circuitos e portas, fazem parte da prestação do serviço de telecomunicação.

A ANATEL, atendendo o Ofício nº 0260/2006/SE-CONFAZ, emite em 31/03/2006 o Informe nº 224 (fls. 19 a 21), informando no item 4.2, subitem 2, que, de acordo com o art. 60 da Lei nº 9.472 - Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infra-estrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas etc) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações. Vejamos a reprodução do art. 60 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT):

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Sendo os equipamentos roteadores, multiplexadores, circuitos, portas etc parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações, como consta no Informe nº 224 (fls. 19 a 21) emitido pela ANATEL, o valor de suas locações integra a base de cálculo do imposto, motivando a conclusão de procedência do auto de infração.

A despeito de todo o alegado da recorrente, exposto no relatório deste acórdão, a procedência do auto de infração declarada no acórdão cameral deve ser mantida, tendo em vista o Informe nº 224 emitido pela ANATEL que se fundamentou no art. 60 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações (LGT), e na Norma 04/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995, citadas no Informe nº 224 (fls. 20).

Entretanto, conforme conclusão do demonstrativo fiscal (fls. 13), os autores do lançamento fizeram integrar à base de cálculo do imposto o valor correspondente ao montante do próprio imposto, ou seja, cobraram o imposto por dentro, mas no caso não cabe essa hipótese, pois a base de cálculo do imposto é o valor da prestação do serviço de comunicação, ou seja, a cobrança do imposto deve ser por fora.

Nesse demonstrativo, quanto ao montante do imposto devido, apuraram o Total com ICMS = Total Global/071 de R\$ 5.234.949,85 (cinco milhões, duzentos e trinta e quatro mil, novecentos e quarenta e nove reais e oitenta e cinco centavos) e ICMS = Total com ICMS x 0,29 no valor de R\$ 1.518.135,46 (um milhão quinhentos e dezoito mil, cento e trinta e cinco reais e quarenta e seis centavos).

Eliminando a cobrança indevida do imposto por dentro à alíquota de 29% (vinte e nove por cento), apurada no referido demonstrativo (fls. 13), o valor da base de cálculo deve ser alterado para R\$ 3.716.814,39 (três milhões, setecentos e dezesseis mil, oitocentos e quatorze reais e trinta e nove centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 1.077.876,17 (um milhão, setenta e sete mil, oitocentos e setenta e seis reais e dezessete centavos).

Prosseguindo, acolho a adequação da penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A, do CTE, tendo em vista ser esta mais benéfica ao contribuinte.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela atuada, por insegurança na determinação da infração. Rejeito a preliminar de nulidade parcial do processo, arguida pela atuada, por cerceamento do direito de defesa. Quanto ao mérito, conheço do recurso do Contribuinte para o Conselho Pleno, nego-lhe provimento para manter a decisão cameral que considerou procedente o auto de infração. Quanto ao montante do tributo devido, considero o valor da base de cálculo de R\$ 3.716.814,39 (três milhões, setecentos e dezesseis

mil, oitocentos e quatorze reais e trinta e nove centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 1.077.876,17 (um milhão, setenta e sete mil, oitocentos e setenta e seis reais e dezessete centavos). Acolho a adequação da penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A, do CTE.

Sala das sessões plenárias, em 05 de novembro de 2013.

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

Matéria: SOLIDARIEDADE - Aquisição de mercadoria sem nota fiscal - Substituição Tributária pela Operação Posterior - sujeito passivo solidário não exercia a administração da empresa (Exclusão de Solidário)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01699/13

Relator: Conselheiro Washington Luis Freire de Oliveira

EMENTA: *Processual. Exclusão do solidário da lide. Pedido formulado pela Gerência de Recuperação de Crédito - GERC. Acolhido.*

Provado no Pedido de Revisão Extraordinária que o solidário não exercia a gerência da empresa autuada à época do fato gerador da obrigação tributária, mister se faz excluí-lo do polo passivo da lide.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de março de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária apresentado pela GERC, dar-lhe provimento para excluir da lide o solidário [...], devendo os autos serem encaminhados a SEJUR para apreciação do pedido de revisão extraordinária, posteriormente juntada aos autos pelo sujeito passivo solidário. Participaram do julgamento os Conselheiros Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa, Victor Augusto de Faria Morato, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Renato Moraes Lima, Delcides de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa e Alcedino Gomes Barbosa.

RELATÓRIO

Versa este lançamento fiscal sobre exigência do ICMS em relação à entrada de 341.697 litros de óleo diesel e 53.363,07 litros de gasolina "c" comum bem como 49.502,95 litros de álcool etílico hidratado carburante, mercadoria esta sujeita a substituição tributária, (combustível) sem documento fiscal, no período de 01.02.2009 a 30.11.2009. Em consequência, deverá arcar com o pagamento do imposto, mais as cominações legais.

Foram indicados como infringidos os arts. 45, XIII, 64 do CTE, c/c o art. 35, Anexo VIII, e art. 145 do RCTE. A penalidade proposta foi a do art. 71, VII, "I", § 9º, II do CTE c/ a nova redação da Lei 16.241/08.

Como coobrigados foram arrolados os Administradores da Sociedade [...] e [...], autuados com base no art. 45 do CTE, c/c o art. 35 do Anexo VIII do RCTE.

Para instrução do lançamento fiscal foram anexados os seguintes documentos: Ordem de Serviço fls. 09; Portaria de designação de auditores para proceder aos trabalhos de lançamento fls. 10/12; Notificação ao autuado para

apresentação dos documentos fls. 13/14; cópia de Termo de visita e trancamento de estoque fls. 15/16; Auditoria Específica de Combustíveis fls. 17/23; cópia Ato Cotepe/PMPF fls. 24/25; Livro de Movimentação de Combustíveis fls. 26/30; Cópia Livro Registro de Saídas fls. 31/62; Nota Fiscal fls. 63/145; Termo de Encerramento e Termo de Abertura acompanhado de Notas Fiscais fls. 146/656; cópia CDR Arquivo de Dados Auditoria Jan/08 a mar/10 fls. 657; Comprovante de Movimentação de /documentos fls. 658; Consulta Contribuinte Base Juceg fls. 659/661; Contrato Social da atuada fls. 662/682; cópias de acórdão julgado pelo Conselho Pleno de matéria idêntica com julgamento desfavorável ao recorrente fls. 683/685.

Foi expedida intimação via AR à atuada e aos sócios fls. 686/691. A atuada apresenta impugnação nas pessoas dos sócios administradores onde requerem a dilação do prazo para concluir a defesa administrativa fls. 694/695 e 700.

Sobreveio a Sentença singular de 705/706 pela qual a Julgador conhece da impugnação porém, nega-lhe provimento e julga procedente o lançamento fiscal.

Renovada as intimações para pagar e/ou apresentar recurso voluntário fls. 707/712 mantiveram inertes, motivo da lavratura do respectivo Termo de Perempção fls. 713.

Encaminhado o processo para inscrição em Dívida Ativa o mesmo foi submetido ao saneamento prévio que redundou em Pedido de Revisão Extraordinária por parte da Gerência de Recuperação de Crédito, esta, fazendo uso da prerrogativa instituída pela Lei 16.469/2009, inciso I do art. 43, que lhe dá poder para rever atos considerados lesivos a contribuintes fls. 714/720.

Tempestivamente, o sujeito passivo ingressa com Pedido de Revisão Extraordinária fls. 723/725 dirigido ao Presidente do Conselho Administrativo Tributário para arguir as preliminares de nulidade da peça básica por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração. Argumenta que, na descrição do fato, os autuantes afirmam que as irregularidades foram apuradas mediante a execução de duas auditorias, e, no entanto, junta-se somente os relatórios referentes à Auditoria Específica e o relatório de saídas pelo documentos emitidos, o que torna esta última, incompleta, face à inexistência de levantamento comparativo entre as operações. Assevera que no caso em tela os autuantes deveriam descaracterizar o referido livro, e imputar tão somente, multa formal.

Assevera que na Nota Explicativa há referencia a copiagem a partir da Memória Fiscal e Memória Fita Detalhe gerando arquivo, cuja cópia não foi entregue ao recorrente, contrariando o disposto na IN 916/08 e impedindo a conferência dos dados constantes dos relatórios. Entende que não foi considerada a perda em razão de manuseio e evaporação do combustível, no percentual de 0,6% nos termos da Portaria 26/92 da ANP. Na sequência, junta levantamento objetivando contrapor aos levantamentos dos autuantes e demonstrar a ocorrência de erro de fato substancial que implique na alteração do lançamento fiscal.

Finaliza, requerendo a admissão do presente pedido, a nulidade do lançamento em face da preliminar argüida e/ou improcedência do lançamento fiscal. Acompanham o recurso os documentos de fls. 165/181.

Em análise ao pedido da recorrente o Presidente do CAT resolve, converter o julgamento em diligência junto ao Setor de Preparo Processual a fim de intimar o sujeito passivo regularizar sua representação e juntar cópia autenticada de constituição da empresa fls.731/732.

Em atenção à determinação supra a recorrente fora intimada fls. 733, oportunidade em que apresenta os documentos exigidos fls. 737/754.

O Presidente do Conselho Administrativo vislumbrando a não existência de erro de fato substancial que implicaria alteração no lançamento fiscal, no pedido formulado pelo recorrente, manifesta-se às fls. 758/759, pela inadmissibilidade do Pedido de Revisão Extraordinária formulado pelo sujeito passivo, por entender que não fora trazido aos autos prova incontestada de erro de fato substancial no lançamento procedido pelo fisco.

E, quanto ao pedido formulado pela GERC o Presidente do CAT, admite o pedido de revisão extraordinária, com supedâneo no inciso II, § 4º, art. 43 da Lei 16.469/0, determinando o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que seja pautado a julgamento pelo Conselho Pleno, tão somente em relação à exclusão do solidário [...].

O sujeito passivo solidário [...], interpõe recurso extraordinário, onde alega que ao tempo da ocorrência do fato gerador o mesmo não possuía poderes para administrar a empresa conforme se verifica do contrato social acostado e no mais reitera as mesmas alegações já produzidas fls. 762/765. Acompanham o recurso os documentos de fls. 766/782.

É o relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e de plano acolho na íntegra a manifestação do preclaro Presidente do Conselho Administrativo Tributário deste Estado, que no Despacho de nº 2249/2012-CAT às fls. 758/759, manifestou-se pela admissão do pedido de revisão extraordinária, formulado pela Gerência de Recuperação de Créditos–GERC e cujo pleito trata da exclusão do solidário [...], em virtude da ocorrência de vício de legalidade no lançamento formalizado por meio presente Auto de Infração. Por esclarecedor transcrevo o trecho do manifesto exarado pelo douto Presidente do Conselho Administrativo Tributário, Domingos Caruso Neto e que adoto como razões de decidir, “in verbis”:

“Em suas alegações, em síntese, a GERC afirma que em 16/08/2010 o responsável solidário [...] foi autuado em conjunto com a empresa referida em razão de adquirir mercadoria sem documentação fiscal, conforme Auditoria realizada. Notícia que a

Administração Tributária do Estado de Goiás, através do Parecer Normativo nº 08/09-SAT fixou entendimento, dentre outros, de que a responsabilidade tributária do sócio se estabelece não pela sua condição de sócio, mas sim pelo fato de exercer função de administração na sociedade e agir com excesso de poder ou contrariamente à lei, contrato social ou estatuto e, assim, o sócio sem função de direção na sociedade limitada não responde pelos débitos tributários desta, não devendo seu nome ser incluído no lançamento, exceto quando demonstrado em processo regular que o mesmo tenha exercido administração de fato da sociedade. Pugna pela exclusão do solidário supra citado do polo passivo do presente processo pelos fundamentos acima apresentados.

[...]

Inicialmente, analisando o pedido de revisão extraordinária apresentado pela GERC, constata-se que restou demonstrado o vício de ilegalidade apontado em relação à inclusão do sócio solidário [...], o qual foi incluído indevidamente na polaridade passiva da presente autuação, conforme se verifica do Espelho de Dados da JUCEG anexado às fls. 715/717, o que também se confirma através das cópias do contrato social e de todas as alterações posteriores (fls. 739/754), todas devidamente registradas na JUCEG, onde se visualiza que à época da ocorrência do fato gerador, fevereiro a novembro de 2009 (fls.04/05), a administração da empresa se encontrava a cargo da sócia [...], de fls. 717 e 749/751). Outrossim, vê-se que o sócio citado veio a exercer a administração da empresa somente a partir da quinta alteração contratual, registrada na JUCEG em 15/02/2012 (fls. 751/754).

[...]

Diante do exposto, e com amparo no que dispõe o inciso II, § 4º do art. 43 da Lei nº 16.469/09, ADMITO o pedido de revisão extraordinária formulado pela GERC (...)”

Em vista do acima exposto, nada mais devo acrescentar.

E, por último, mas não menos importante, quanto ao pedido de revisão extraordinária de fls. 762 a 765, formulado pelo Sr. [...], não devo manifestar-me antes de sua apreciação pelo Setor de Apoio Jurídico à Presidência – SEJUR, tal como previsto na lei processual que rege o contencioso tributário nesta Casa.

Dessarte, voto conhecendo do Pedido de Revisão Extraordinária, apresentado pela Gerência de Recuperação de Créditos – GERC, dando-lhe provimento para excluir da lide o solidário [...].

Sala das sessões plenárias, em 17 de setembro de 2013.

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

Matéria: SOLIDARIEDADE - Sujeito passivo solidário não compunha o quadro societário da empresa (Exclusão de Solidário)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01630/13

Relator: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE REVISÃO EXTRAORDINÁRIA. SOLIDÁRIO QUE SE RETIROU DA SOCIEDADE EM PERÍODO ANTERIOR AO DE OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES. VÍCIO DE LEGALIDADE PROVADO NOS AUTOS. EXCLUSÃO DO SOLIDÁRIO.

1. O vício no lançamento, passível de ser retificado, foi perfeitamente identificado nas considerações feitas na manifestação às fls. 82/ 84 dos autos, subscrita pelo Gerente da Gerência de Recuperação de Créditos da Superintendência da Receita. Com efeito, o Sr. [...] já não integrava a sociedade quando da ocorrência dos fatos geradores aqui descritos, sendo patente, neste particular, o vício de legalidade, o que impõe sua exclusão da lide.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 23 de maio de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária, dar-lhe provimento para excluir da lide o sujeito passivo solidário [...]. Participaram do julgamento os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Álvaro Falanque, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Paulo Diniz, Aguinaldo Fernandes de Melo, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

1. DESCRIÇÃO DO PEDIDO DE REVISÃO/DESCRIÇÃO DO FATO

O sujeito passivo apresentou Pedido de Revisão Extraordinária com fundamento no item 1, alínea "a", inciso I, art. 43 da Lei nº 16.469/09, pela qual a Gerência de Recuperação de Créditos - GERC apontou a ocorrência de vício de legalidade no lançamento formalizado por meio do Auto de Infração nº. 4 0111046 463 38 (fls. 85).

2. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO PRE

A GERC afirmou que o responsável solidário [...] retirou-se do quadro societário da empresa em 08.12.2005, portanto, antes da ocorrência dos fatos geradores, que se deram no ano de 2006. Desse modo, solicitou a exclusão do sujeito solidário da lide.

3. DILIGÊNCIAS DETERMINADAS PELA PRESIDÊNCIA

Não houve.

4. DESPACHO DO PRESIDENTE

O Presidente deste Conselho, por meio do Despacho nº 0685/2013 - CAT, admitiu o Pedido de Revisão Extraordinária (fls. 85), pois constatou que restou demonstrado o vício de legalidade apontado no pedido de revisão extraordinária, uma vez que os fatos geradores do presente auto de infração ocorreram no ano de 2006 e o sujeito passivo solidário [...] se retirou do quadro societário da empresa atada em 08/12/2005, conforme documento fls. 80-81. Os autos foram encaminhados ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno, para apreciação.

É o relatório.

DECISÃO.

Importante ressaltar que, não obstante tenha havido parcelamento total do presente crédito tributário, fato que retiraria deste Conselho competência para julgamento do presente trabalho fiscal, que deixaria de tramitar sob o rito de contenciosidade, uma vez que importa em renúncia a recurso eventualmente interposto, tal efeito não se opera em relação aos solidários.

Com efeito, a recomendação da Procuradoria Tributária Estadual é no sentido de que tais processos sejam julgados, conforme se depreende da transcrição do Parecer nº 4600/2007, expedido por aquele órgão e aprovado sem ressalvas pelo Despacho “AG” nº 8037/2007-1 da PGE, cujo trecho transcrevemos:

“A confissão não pode transcender a pessoa (jurídica ou física) do confitente. A confissão praticada pelo contribuinte não impede o responsável de discutir a dívida, independentemente de sua participação, ou oportunidade de participação, no processo administrativo tributário. Mesmo porque cada qual responde sob título distinto e em razão de circunstância pessoal diante da obrigação tributária: ambos são sujeitos passivos, mas enquanto um é contribuinte o outro é responsável tributário”.

Perdura, portanto, o direito ao contencioso tributário aos solidários aqui arrolados.

A presente revisão foi deflagrada por iniciativa da própria Administração, nos termos do art. 43, I “a” 1, *in verbis*:

“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) 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;”

Um dos pilares do controle da legalidade do ato administrativo é o poder-dever imputado à Administração de rever seus próprios atos quando se apure ilegalidade em qualquer etapa de sua formação. Tal prerrogativa vem, muito apropriadamente, descrita na Lei Estadual nº 13800/01, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás, cuja aplicação é subsidiária ao Processo Administrativo Tributário, nos seguintes termos:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Tal dispositivo constitui reprodução de normativa que já é amplamente aceita em doutrina e jurisprudência pátrias, inclusive com previsão sumular, editada pelo STF, cuja ementa é a seguinte:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Súmula 473.

O vício no lançamento, passível de ser retificado, foi perfeitamente identificado nas considerações feitas na manifestação às fls. 82/ 84 dos autos, subscrita pelo Gerente da Gerência de Recuperação de Créditos da Superintendência da Receita. Com efeito, o Sr. [...] já não integrava a sociedade quando da ocorrência dos fatos geradores aqui descritos, sendo patente, neste particular, o vício de legalidade.

Sob tais fundamentos, dou provimento ao pedido de revisão extraordinária para excluir da lide o solidário [...].

Sala das sessões plenárias, em 10 de setembro de 2013.

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

Matéria: SOLIDARIEDADE - Utilização indevida de benefício fiscal (Reinclusão de Solidário)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01615/13

Autora do Voto Vencedor: Conselheira Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes

Autor do Voto Vencido: Conselheiro Álvaro Falanque

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Exclusão da sujeição passiva do responsável solidário.

O sócio administrador é solidariamente responsável com o contribuinte pelo pagamento do imposto devido, nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 23 de abril de 2013, decidiu, por maioria de votos, acatar a preliminar de reinclusão do sujeito passivo solidário [...] na lide, arguida pela Fazenda Pública. Foram vencedores os Conselheiros Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Antônio Martins da Silva, Célia Reis Di Rezende, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Luis Antônio da Silva Costa, Washington Luis Freire de Oliveira e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Álvaro Falanque, Paulo Diniz, Edson Abrão da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo, Nivaldo Carvelo Carvalho e Carlos Andrade Silveira.

RELATÓRIO

Em 22 de setembro de 2005, o Fisco exige o ICMS no valor de R\$ 137.969,67 (cento e trinta e sete mil, novecentos e sessenta e nove reais e sessenta e sete centavos), multa e acréscimos legais da autuada, na condição de contribuinte, em razão desta, estando impedida de usufruir de benefício fiscal, por ter débito tributário inscrito em dívida ativa, ter, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, utilizado do crédito outorgado previsto no art. 11, III, do Anexo IX, do Decreto nº4.852/97.

Identificada com sujeito passivo solidário a pessoa física [...], na condição de sócio e administrador da firma autuada (fl. 4).

Intimada em 03 de outubro de 2005 (fl. 25), a empresa autuada apresentou impugnação (fls. 27 a 39), formulando em preliminar arguição de nulidade da peça básica, relacionando a hipótese de cerceamento do direito de defesa. No mérito, pediu a improcedência do lançamento, alegando que o valor exigido é exorbitante e ilegal, sendo que a multa aplicada não encontra amparo em lei complementar; que se utilizou de taxa de juros incompatível com a norma

constitucional e que não se respeitou a regra constitucional da capacidade contributiva do sujeito passivo.

Intimado em 12 de abril de 2006 (fl. 45), o solidário apresentou impugnação (fls. 48 a 56), pedindo a improcedência do auto de infração ou, alternativamente, a determinação de perícia técnica, alegando que a autuação está amparada em levantamento precário que não demonstra a ocorrência do fato gerador e que há erro na base de cálculo e que a multa e os juros, bem como a inclusão do administrador na lide, são ilegais.

O julgador singular, após ler, conferir e analisar os autos, apreciando as razões das defesas apresentadas, decidiu pela procedência do lançamento, inclusive mantendo na lide o solidário, consoante a Sentença n° 3585/06 (fls. 60 a 62).

Inconformados, os sujeitos passivos apresentaram conjuntamente recurso voluntário (fls. 69 a 77), alegando, preliminarmente, a indevida responsabilidade do sócio solidário, por não ter o administrador participação direta na infração cometida. Alegaram ainda a precariedade do levantamento fiscal realizado, uma vez que não foram anexados mapas ou demonstrativos à auditoria ou a forma em que foi feita, resultando em deficiente conhecimento dos fundamentos do lançamento. Quanto ao mérito, pediram a improcedência do lançamento, alegando que a multa imposta é inaceitável, pois, não tem fundamentação legal, que os juros são abusivos e que há flagrante erro de cálculo no processo.

A Quarta Câmara, em decisão não unânime, acolheu a preliminar de nulidade da peça básica, arguida pela autuada, por cerceamento do direito de defesa, em razão da falta de elementos que comprovem os valores apresentados pelo fiscal autuante, declarando nulo "ab initio" o processo (fls. 86).

A Fazenda Pública apresentou recurso ao Conselho Pleno (fls. 91 a 92), pedindo o afastamento da nulidade declarada no acórdão cameral e o retorno dos autos à Segunda Instância para apreciação do mérito. Argumentou que o auto de infração encontra-se devidamente instruído com a Auditoria da Conta Corrente do ICMS (fls. 14 e 15) e com a Consulta ao Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) n° 001-0211/2000 (fl. 23), revogado, revelando a existência de 24 processos inscritos em dívida ativa, atualizado pela Portaria n° 01099/001.

Intimados, os sujeitos passivos apresentaram conjuntamente contradita (fls. 96 a 100).

Por meio da Resolução n° 121/2007 (fl. 102), o Conselho Pleno sobrestou o julgamento do processo para aguardar o prazo concedido ao sujeito passivo pela Lei n° 16.150/07 e o disposto no art. 8° da Instrução Normativa n° 884/07, para que este cumpra as obrigações impostas pela legislação tributária, podendo então usufruir do benefício fiscal estornado pelo Fisco.

O sujeito passivo foi intimado da Resolução n° 121/2007, conforme fls. 103 e 104.

Juntou-se ao processo o documento de fl. 108, que contém a informação de que não foi localizado nenhum processo referente a Requerimento de Extinção de Crédito Tributário (Lei nº 16.150/07) do sujeito passivo.

O Conselho Pleno, em decisão unânime, acatou o pedido da Fazenda Pública e determinou o retorno dos autos à Câmara Julgadora para apreciação do mérito (fls. 109 a 112).

Intimados, os sujeitos passivos não se manifestaram acerca da decisão plenária.

A Primeira Câmara Temporária do Conselho Administrativo Tributário decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar o pedido de diligência formulado pela atuada. E, por maioria de votos, acatar a preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário [...] da lide, arguida pela atuada. Quanto ao mérito, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

A Fazenda Pública intimada (fls. 124) apresentou recurso ao Conselho Pleno, fls.125-127, insurgindo contra a exclusão do solidário da lide. Afirmou que o solidário é sócio com poderes de administração, portanto, possui responsabilidade solidária pelo adimplemento do crédito tributário em discussão.

Os sujeitos passivos foram intimados (fls. 129-138), tendo sido lavrado termo de perempção em relação ao sujeito passivo principal.

O solidário apresentou contradita ao recurso da Fazenda Pública, fls. 142-146, argumentando que o simples fato de ser sócio com poderes de administração não o legitima como solidário do débito da empresa. Asseverou que para responsabilizar o sócio-administrador, este tem que ter agido contra a lei ou contrato social. Aduziu que a responsabilidade solidária não pode ser atribuída por presunção. Citou julgado do STF que embasou sua tese. Ao final, requereu a manutenção da decisão, no que tange a exclusão do solidário da lide.

DECISÃO

Como se vê a única controvérsia que ainda remanesce nos autos está relacionada à responsabilidade solidária do sócio da empresa. A sua condição de sócio administrador decorre da Cláusula Sexta do Contrato Social da Empresa, devidamente registrado na Junta Comercial de sua circunscrição, conforme fls. retro dos autos.

Por força do art. 45, inciso XII, da Lei 11.651/91 - CTE, conforme indicado às fls. 4, é confirmada, dessa forma, na sujeição passiva a pessoa do sócio administrador [...], senão vejamos:

Art. 45. São solidariamente obrigadas ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, especialmente:

[...]

XII - com o contribuinte, os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis;

O fundamento de validade do referido art. 45 do CTE é o art. 124 do Código Tributário Nacional, único que dispõe sobre solidariedade, nos seguintes termos:

CAPÍTULO IV

Sujeito Passivo

[...]

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Não pairam dúvidas que a redação do *caput* do art. 45 do Código Tributário Estadual ao expressar “*pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”, processa uma relação umbilical com o disposto no inciso I do art. 124 da Lei 5.172/66.

Porquanto, não é a situação de que a redação do inciso XII do art. 45 da Lei 11.651/91, tenha tomado expressão utilizada no art. 135 do Código Tributário nacional, que conduz a sua validade àquele dispositivo, dado que se cuida de responsabilidade de terceiros.

São coerentes com a melhor doutrina as definições oferecidas pelos art. 35 e 37 do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás, Decreto 4.852/97, corroborando o entendimento dado, ou seja, não há como confundir institutos distintos, assim:

Art. 35. Solidariedade é o vínculo que se estabelece entre mais de uma pessoa, natural ou jurídica, por meio do qual cada uma responde pelo total da obrigação tributária.

....

Art. 37. Responsabilidade é a atribuição conferida à terceira pessoa de assumir a obrigação tributária, excluindo a do contribuinte, exceto quando este tenha concorrido para a prática da infração à legislação tributária.

Vê tratar-se de uma sujeição passiva solidária decorrente de lei específica aplicável ao caso concreto, fundada pelo Código Tributário Nacional.

Desse modo, não acolhido o pedido de exclusão da sujeição passiva dos responsáveis solidários indicados.

Em relação às demais questões decididas na câmara não há manifestação contrária, haja vista o silêncio do sujeito passivo.

Posto isso, voto conhecendo do Recurso da Fazenda Pública ao Conselho Pleno, dando-lhe provimento, para manter na sujeição passiva, como responsável solidário, o sócio administrador identificado às fls. 4 dos autos.

Sala das sessões plenárias, em 10 de setembro de 2013.

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

Matéria: SUBFATURAMENTO - Prestação de serviço de beneficiamento (descaroçamento de algodão) com valor subfaturado (Procedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00828/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: PRELIMINAR. Exclusão do solidário da lide. Rejeitada. ICMS. Subfaturamento do valor do serviço. Procedência com adequação da penalidade.

1. Deve ser mantido na lide a pessoa natural que, comprovadamente, exercia o cargo de administrador da empresa autuada à época da ocorrência dos fatos;

2. A base de cálculo do imposto, no retorno de mercadoria, ou de sua resultante, remetida para industrialização ou outro tratamento, é o valor a ela agregado no respectivo processo, assim entendido o preço efetivamente cobrado, nele se incluindo o valor do serviço prestado e dos demais insumos não fornecidos pelo encomendante (Lei nº 11.651/91, art. 19, X);

3. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao da sua prática (CTN, art. 106, II, "c");

4. Confirmada a decisão singular que considerou procedente o lançamento, porém, com a adequação da penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A, da Lei nº 11.651/91.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 19 de março de 2013, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de exclusão do sujeito passivo solidário [...] da lide, arguida pela autuada. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Ismael Madlum, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Elias Alves dos Santos, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Paulo Diniz, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Aguinaldo Fernandes de Melo, Alcedino Gomes Barbosa e Allen Anderson Viana. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração. Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Diniz, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Ismael Madlum, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo, Elias Alves dos Santos, Alcedino Gomes Barbosa, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco no presente processo é no sentido de que a autuada omitiu pagamento de ICMS em razão da utilização de base de cálculo inferior a prevista na legislação para o serviço de descarçamento de algodão, conforme faz prova as Notas Fiscais nº 731, 732 e 733.

O lançamento foi instruído com as cópias das notas fiscais de prestação de serviços e de retorno de beneficiamento.

Foram mencionados como infringidos o art. 19, inciso e art. 64, da Lei nº 11.651/91, c/c o art. 1º, § 1º, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, alínea "b", c/c o § 9, inciso I, da Lei nº 11.651/91.

Foi indicado como solidário nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91 o sócio-administrador [...].

O não comparecimento dos sujeitos passivos para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação à primeira instância ou à câmara julgadora encontra-se registrado nos termos de revelia e perempção de fls. 31, 32 e 38, culminando com a inscrição do crédito tributário na dívida ativa conforme certidão de fls. 39.

Por meio do Despacho nº 1351/2008-CAT, de fls. 87 e 88 o Presidente do Conselho Administrativo Tributário admitiu o pedido de revisão extraordinária e determinou nova intimação dos sujeitos passivos com reabertura dos prazos para pagamento do crédito tributário ou apresentação de impugnação.

Intimada a empresa autuada apresentou a impugnação de fls. 92 a 97, afirmando que o objeto da autuação é compra de arame para enfardamento do algodão e que se creditou do ICMS porque na nota fiscal de prestação de serviços foi cobrado a mão-de-obra, o arame e a tela.

Em sessão realizada no dia 08 de abril de 2009 a Segunda Câmara Julgadora, por maioria de votos, rejeitou o pedido de diligência formulada pelo sujeito passivo e rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, bem como o pedido de exclusão do solidário da lide e considerou procedente o lançamento. Por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Inconformada a empresa autuada interpôs o recurso ao Conselho Pleno, objeto do presente julgamento, pedindo a exclusão do solidário da lide e a reforma do acórdão cameral para considerar improcedente o lançamento.

É o relatório.

DECISÃO

1. DA PRELIMINAR DE EXCLUSÃO DO SOLIDÁRIO DA LIDE:

A cláusula 8ª do Contrato Social de fls. 23 assevera que *"a administração da sociedade será exercida por um sócio gerente, em cuja função fica investido o sócio Wilson Marchesi que usará dos poderes permitidos em lei, para o normal desempenho de suas funções, ficando a política da empresa."*

É cediço que a pessoa jurídica como ficção legal que é, não tem vontade própria, assim, os verdadeiros protagonistas de suas relações jurídicas, inclusive aquelas relacionadas ao cumprimento das obrigações tributárias, são os seus administradores, situação que justifica a previsão insculpida no art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, no sentido de que 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 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, entendo que a indicação do sócio-administrador como solidário atende ao disposto na legislação tributária de regência, situação que impõe a rejeição da preliminar de sua exclusão da lide.

2. DO MÉRITO:

Da análise dos documentos que instruem o presente lançamento, verifica-se, logo de início, que a empresa atuada recebeu mercadoria (algodão em caroço) para beneficiamento (descaroçamento), remetido pelos produtores rurais [...], [...] e [...].

Findo o beneficiamento, a atuada emitiu as Notas Fiscais Mod. 1, Série 1 nº 640, 641 e 642, com a natureza da operação: RETORNO DE BENEFICIAMENTO - CFOP 703, devolvendo aos remetentes o produto resultante do beneficiamento, ou seja, algodão em pluma e caroço de algodão, sem destaque do imposto.

Emitiu, ainda, as Notas Fiscais Mod. 1, Série 1 nº 731, 732 e 733, também destinadas aos produtores remetentes, com a natureza da operação: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CFOP 5101, discriminando os produtos utilizados no serviço de industrialização, ou seja, arame e tela utilizados para enfardamento do algodão, bem como a mão-de-obra relativa ao beneficiamento do algodão, com destaque do imposto calculado com a utilização da alíquota de 17% (dezessete por cento), obviamente com supedâneo na Lei nº 11.651/91 que estabelece que no retorno de mercadoria, ou de sua resultante, remetida para industrialização ou outro tratamento, a base de cálculo é o valor a ela agregado no respectivo processo, assim entendido o preço efetivamente cobrado, nele se incluindo o valor do serviço prestado e os demais insumos não fornecidos pelo encomendante (art. 19, X).

Nenhum reparo a fazer sobre o procedimento adotado pela empresa autuada, exceto em relação ao valor da prestação do serviço de industrialização do algodão que o boletim informativo de preço da Secretaria da Fazenda indicava ser de R\$ 2,00 (dois reais) por arroba de algodão e o valor utilizado para emissão das notas fiscais foi de apenas R\$ 0,20 (vinte centavos) por arroba de algodão, ou seja, um valor correspondente a apenas 10% (dez por cento) do valor do boletim informativo de preço.

Para agravar a situação, a empresa autuada ainda deixou de registrar as notas fiscais no livro Registro de Saída.

Diante da situação, o autor do procedimento elaborou o demonstrativo de fls. 09, multiplicando a quantidade de arrobas de algodão beneficiado pelo valor do beneficiamento de cada arroba de algodão, encontrando, assim, o valor R\$ 671.914,80 (seiscentos e setenta e um mil, novecentos e quatorze reais e oitenta centavos), relativo a prestação do serviço de beneficiamento do algodão, sobre o qual foi calculado o ICMS omitido com a aplicação da alíquota interna de 17% (dezesete por cento), conforme cálculo abaixo:

$335.957,40 \text{ arrobas de algodão} \times \text{R\$ } 2,00 = \text{R\$ } 671.914,80 \times 17\% = \text{R\$ } 114.225,52.$

Nesse ponto, cumpre ressaltar, que o benefício fiscal da isenção do ICMS na saída interna de algodão, produzido no Estado de Goiás, em retorno ao estabelecimento encomendante da industrialização, inclusive o valor agregado, previsto no art. 6º, inciso XCV, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 é decorrente da Lei Estadual nº 13.453/99, portanto, condicionado a que o contribuinte esteja em dia com suas obrigações tributárias, assim entendido, a inexistência de crédito tributário inscrito em dívida ativo, ou, existindo, esteja com sua exigibilidade suspensa, inclusive em razão de parcelamento, nos termos do § 1º, do art. 1º, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, portanto, não há falar em utilização do referido benefício fiscal, tendo em vista a existência do Processo nº 2004698600090, de responsabilidade da empresa autuada inscrito na dívida ativa, conforme faz prova o extrato de fls. 14.

Assim, nos termos do art. 19, § 4º, do Decreto nº 4.852/97 que instituiu o Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário, ratifico a decisão recorrida consubstanciada no ACÓRDÃO DA II CJUL Nº 2673/2009, de fls. 102 a 111, tendo em vista que a empresa autuada não contestou o mérito do lançamento na impugnação dirigida à câmara julgadora e tampouco trouxe qualquer fato novo no recurso ao Conselho Pleno, objeto do presente julgamento.

Finalizando, cumpre ressaltar, que o autor do procedimento indicou como infringido o inciso VIII, do art. 71, da Lei nº 11.651/91, vigente à época da ocorrência dos fatos, que previa uma penalidade específica para a situação em comento, ou seja, a aplicação de multa correspondente a 15% (quinze por cento) do valor da diferença entre o valor da base de cálculo do imposto que deveria ter sido utilizada e o valor da base de cálculo efetivamente utilizada na operação ou prestação, combinada, obviamente, com o disposto no § 9º.

Verifica-se, no entanto, que a Lei nº 17.519, de 29 de dezembro de 2011, revogou o inciso VIII, acima referido e, ao mesmo tempo, acresceu ao art. 71, o inciso IV-A, que prevê a aplicação de multa correspondente a 80% (oitenta por cento) do valor do imposto omitido em decorrência da utilização de carga tributário inferior à aplicável à operação ou prestação, sendo, portanto, uma penalidade menos gravosa do que a originalmente prevista.

Com essas considerações e em homenagem ao princípio da retroatividade benigna da lei que comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração, insculpido no art. 106, alínea "c", do Código Tributário Nacional - CTN, promovo a adequação da penalidade proposta pelos autores do procedimento para a prevista no art. 71, inciso IV-A, da Lei nº 11.651/91.

À conta do exposto, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para confirmar a decisão cameral que considerou procedente o lançamento, adequando, no entanto, a penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A, da Lei nº 11.651/91 com redação da Lei nº 17.519/11.

Sala das sessões plenárias, em 30 de abril de 2013.

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

Matéria: SUBFATURAMENTO - Prestação de serviço de transporte com valor subfaturado (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00622/13

Relator: Conselheiro José Luiz Rosa

EMENTA: ICMS. Subfaturou o valor da prestação de serviço ao emitir os conhecimentos rodoviários de cargas com valor inferior ao efetivamente cobrado na prestação. Improcedente.

Deve ser mantida a decisão cameral que julgou improcedente o trabalho exordial, quando a instrução processual apontar que o polo passivo agiu de conformidade com a orientação contida na norma legal.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 19 de fevereiro de 2013, decidiu, por unanimidade 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. Participaram do julgamento os Conselheiros José Luiz Rosa, Ismael Madlum, José Paixão de Oliveira Gomes, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Carlos Andrade Silveira, Heli José da Silva, Allen Anderson Viana e Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes.

RELATÓRIO

Descreve a exordial que o polo passivo, em epígrafe, subfaturou o valor da prestação de serviço, ao emitir os Conhecimentos de Transportes Rodoviários de Cargas nºs 20484, 20486, 20493, 20494, 20495, 20497, 20498, 20501, 20502, 20503, com valor inferior ao estabelecido na pauta do Estado, conforme documentos que se encontram acostados ao processo com escopo de instruí-lo em sua fase cognitiva. Por esse motivo, foi-lhe imputada a obrigatoriedade de recolher multa formal.

São dados como infringidos os arts. 15, II e 64 da Lei 11.651/91. A penalidade é a prevista na Lei original 11.651/91 art. 71 inciso XII alínea "a" item 4 § 9º I Redação lei 15.505/05.

Instrui o auto de infração os seguintes documentos: cópia da ordem de serviço, fl.04; Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas. fls.05/13; relação de notas fiscais quanto ao subfaturamento de frete, fl.15.

A autuada foi intimada em 08/02/08 através de AR às fls.16/17 a pagar a importância exigida ou apresentar impugnação à Primeira Instância. E ao quedar – se silente, motiva o termo de revelia de fl. 18.

Novamente foi intimada em 19/05/08 às fls.20/21 a pagar a importância exigida ou apresentar impugnação à Segunda Instância.

Impugnando o lançamento o polo passivo se dirige à Segunda Instância às fls.23/24, trazendo a alegação de que "os valores do referido Auto de Infração, relativo a diferença de ICMS não procede, haja vista que o valor contratado entres as partes, a impugnante e a empresa [...] do Brasil S/A, podem ser (sic) comprovados através de documentos de Fatura emitida pela impugnante e também os comprovantes de pagamentos através de transferências bancárias, de toda operação, que comprova que, o que foi realmente acordado entre as partes foi emitido nos CTCRC, não havendo assim suposto subfaturamento da operação de prestação de serviço de transporte, conforme alegação da autoridade fiscal. "Informa que os valores de ICMS, destacados nos CTCRC, foram devidamente recolhidos no ato da emissão dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas - CTCRC, isto é, antecipadamente, que podem ser comprovados através de cópias de Documentos de Arrecadação - DARE 2.1." Junta documentos para comprovar e pede que seja declarada a descaracterização da não contenciosidade e por fim, pede a improcedência da vestibular.

Instrui a peça impugnatória os seguintes documentos: faturas e cópias das respectivas notas fiscais, fls. 25/35; de comprovante de operações junto ao Banco Itaú de fls.36/38; da alteração contratual, fls.39/43; de documentos pessoais, fl.44.

A egrégia Segunda Câmara Julgadora, por meio do Acórdão de nº0348/09, fls. 46/49, decide, por maioria de votos, conhecer da impugnação, dar-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração.

A Representação fazendária foi intimada à fl.50, a interpor recurso ao Conselho Pleno com relação ao acórdão cameral.

A Fazenda Pública Estadual, às fls.51/53, na pessoa de seu Representante Fazendário, discorda da decisão recorrida por entender que, muito embora, não conste da exordial os dispositivos legais infringidos, resta comprovado que o sujeito passivo infringiu as disposições da legislação tributária, ao declarar valores de prestações de serviço notoriamente inferiores ao praticado no mercado, devendo, neste caso, a autoridade fiscal arbitrar a base de cálculo do imposto, mediante a utilização da pauta de valores elaborada pela Secretaria da Fazenda, de acordo com os arts. 17 e 18 do RCTE.

A atuada foi intimada via AR em 15/05/09 às fls.54/55, para apresentar Contradita para o Conselho Pleno, contra o pedido de Reforma do Acórdão Cameral e não se manifesta, fls. 54/56.

É o relatório.

DECISÃO

Reafirmo a decisão cameral que, majoritariamente, julgou improcedente este lançamento e o faço após detida análise das peças formalizadoras deste volume, onde verifiquei que o polo passivo não cometeu o ilícito fiscal denunciado na exordial, fato aliás, reconhecido pelo nobre julgador cameral Conselheiro Relator que ao fundamentar a sua decisão o fez, amparando-se na orientação contida no inciso II do artigo 15 da Lei nº 11.651/91, que será transcrito na seqüência, e também na instrução processual, onde o autuado demonstra de forma precisa que valores de ICMS, destacados nos CTCs, foram devidamente recolhidos no ato da emissão dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas - CTC, isto é, antecipadamente, conforme pode ser aferido pela leitura de cópias de documentos acostados a este volume, com destaque para DAREs 2.1.

“Art. 15. A base de cálculo do imposto é:

[...]

II - nas prestações de serviços de transporte e de comunicação, o valor da prestação.”

Além do que destacado está também neste tomo, em sede de defesa, que houve um acordo entre as partes, emitido nos CTCs, não havendo assim suposto subfaturamento da operação de prestação de serviço de transporte, portanto, o autuado agiu no estrito cumprimento da lei, e ainda respaldado pelo princípio geral do direito, e da própria legislação comercial, que o contrato faz lei entre as partes, “portanto o que foi livremente acordado, deve ser em nome da justiça ser respeitado”.

Assim, voto 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.

Sala das sessões plenárias, em 09 de abril de 2013.

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

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Aquisição de mercadoria destinada ao uso e consumo (Improcedência)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00041/13

Relator: Conselheiro Elias Alves dos Santos

EMENTA: ICMS. Obrigação principal. Recurso do contribuinte para o Conselho Pleno. Reforma de decisão cameral que julgou procedente o auto de infração. Recurso conhecido e provido por unanimidade.

Provado nos autos que o sujeito passivo atende aos requisitos previstos na legislação tributária, não deve recolher o ICMS diferencial de alíquota incidente na operação de aquisição de mercadorias para incorporação em ativo imobilizado destinado à produção de açúcar e álcool. Improcedente é o auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 02 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 Elias Alves dos Santos, José Pereira D'abadia, 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 e Edson Abrão da Silva.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que o sujeito passivo recusou-se a pagar o ICMS referente ao diferencial de alíquotas na operação de aquisição de mercadorias para uso ou consumo final, submetidas ao regime de substituição tributária pelas operações posteriores, antecipadamente, quando do ingresso no território goiano em razão de estar bloqueado, referente às mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais n°s 049662 e 049660, no valor total de R\$402.457,93 (quatrocentos e dois mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais e noventa e três centavos), conforme documentos anexos. Em consequência, deverá pagar o tributo na importância de R\$40.245,79 (quarenta mil, duzentos e quarenta e cinco reais e setenta e nove centavos), juntamente com as cominações legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 51, §3º e 63 da Lei 11.651/91, combinado com o artigo 53, inciso I, alínea "a", do Anexo VIII, do Decreto 4.852/97 e artigo 5º, §2º, inciso I, da Instrução Normativa n° 428/00, tendo sido proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso III, alínea "a", da Lei 11.651/91, com redação da Lei 11.750/92.

O Auto de Infração veio instruído com a cópia da Ordem de Serviço nº 0122/2007 (fl. 04), cópia do Termo de Apreensão nº 1100094602-2 (fl. 05), cópia do Extrato de Termo de Apreensão (fls. 06/07), cópia do Termo de Liberação e Doação (fls. 08/09), cópia das Notas Fiscais (fls. 10/12), cópia da Carteira Nacional de Habilitação do motorista (fl. 13), cópia dos Certificados de Registro e Licenciamento de Veículo (fls. 14/15), cópia das Consultas p/ fiscalização (fls. 16/18), cópia do Memorando - Parecer nº 661/2005-GOT (fl. 19) e cópia das Consultas p/ fiscalização (fls. 20/30).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documentos de fls. 31/32.

Às fls. 34/37, o sujeito passivo ingressa com Impugnação à Primeira Instância, onde alega que os bens relacionados nas notas fiscais nºs 049662 e 049660 de remessas, emitidas pela Empresa [...] do Brasil Ltda., por ordem da [...] Caldeiraria e Montagens Ind. Ltda., foram destinados ao ativo imobilizado da impugnante, não podendo ser fato gerador de tributação. Acrescenta que o artigo 6º, inciso XCII, do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual prevê a isenção do diferencial de alíquotas do ICMS para os bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial. Pugna pelo cancelamento do Auto de Infração.

Instrui a peça defensiva a cópia do Demonstrativo de operação triangular: [...] [...] (fl. 38), cópia da Procuração (fl. 39), cópia do Pedido de Compra nº 3800 (fls. 40/41) e cópia das Notas Fiscais (fls. 42/43).

Conforme o Despacho nº 1007/07 - COJP de fl. 45, exarado pelo Julgador Singular e suas considerações, converteu o julgamento dos presentes autos em diligência junto à Delegacia Regional de Fiscalização de Rio Verde para que o seu titular determine que agente do fisco verifique o destino dado às mercadorias objeto da autuação, esclarecendo circunstanciadamente se os mesmos foram destinados à integração de bens do ativo imobilizado do sujeito passivo, como máquinas e equipamentos, ou destinaram-se a outros fins.

Em atendimento ao Despacho nº 1007/07 de fl. 47, a Autoridade Fiscal atuante declara, em documento de folha 55, que os ditos materiais não integrarão o ativo imobilizado da empresa.

Foram anexados aos autos Termo de Vistoria (fl. 48), cópia do Memorando - Parecer 661/2005-GOT (fl. 49) e Protocolo de Remessa de Documentos e Descrição dos Documentos retidos (fl. 50).

O sujeito passivo foi intimado para tomar conhecimento da diligência realizada à fl. 55, conforme documentos de fls. 62/63, sendo que o mesmo aduz que o entendimento do agente fiscal não merece prosperar, pois o fato de que os bens sofreram desgastes ao longo de sua utilização não lhes retira a qualidade de ativo imobilizado. Além do mais, foi designado um agente fiscal para constatar "in loco" o destino dos materiais em referência, sendo que ao invés de assim proceder, insiste em apenas e tão-somente analisar os documentos fiscais. Pede designação de perícia para solucionar o impasse.

Juntou cópia da Procuração (fl. 56) e cópia dos Documentos pessoais do Procurador da empresa autuada (fl. 57).

O Julgador Singular proclama a Sentença nº 6626/08-COJP de fls. 59/61, decidindo pela Procedência do Auto de Infração.

Fundamenta sua decisão aduzindo que ao adquirir materiais para uso, consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento, em operações interestaduais, a legislação prevê a obrigatoriedade do pagamento do ICMS diferencial de alíquotas, conforme consta do artigo 11, §1º, inciso II, da Lei 11.651/91. Além do mais, as mercadorias de que trata o presente processo não podem ser consideradas na definição de bem do ativo imobilizado, à vista do acórdão nº 03090/06 que diz: "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 entrou no estabelecimento e que, sob tal condição, pode ser objeto de nova saída, qualquer que seja a forma". Portanto, resta comprovado que as mercadorias não foram integradas ao ativo imobilizado do impugnante, motivo pelo qual este fica obrigado ao pagamento do ICMS diferencial de alíquotas, mais acréscimo legais.

O sujeito passivo foi intimado da Decisão Singular, conforme se vê às fls. 62/63.

O sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário de fls. 65/73, onde alega que os bens relacionados nas notas fiscais nºs 049662 e 049660 de remessas, emitidas pela Empresa [...] do Brasil Ltda., por ordem da [...] Caldeiraria e Montagens Ind. Ltda., foram destinados ao ativo imobilizado da recorrente, não podendo ser fato gerador de tributação. Sustenta que os tubos de inox descritos nas notas fiscais nºs 049662 e 049660 são componentes dos fechos tubulares que estão sendo montados para o Evaporador, Cozedor e Trocador de calor da sua nova unidade industrial, sendo equipamentos industriais indispensáveis para produção de açúcar e álcool, conforme se constata do Pedido de Compra nº 3800, no qual se verifica a compra e venda dos referidos equipamentos junto à [...] Caldeiraria e Montagens Industriais Ltda. Cita o Acórdão nº 03090/06 da IV Câmara do Conselho Administrativo Tributário (fl. 70). Acrescenta que artigo 6º, inciso XCII, do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual prevê a isenção do diferencial de alíquotas do ICMS para os bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial. Por fim, solicita o cancelamento do Auto de Infração.

Acosta cópia da Procuração (fl. 74) e Subestabelecimento (fl. 75).

A Terceira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, por meio do Acórdão nº 2851/2010 de fls. 77/80, decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso, negar-lhe provimento para confirmar a sentença singular que considerou procedente o auto de infração.

O sujeito passivo foi intimado para apresentar Recurso ao Conselho Pleno, conforme se vê às fls. 81/82.

O sujeito passivo interpõe Recurso ao Conselho Pleno de fls. 85/92, alegando que os bens relacionados nas notas fiscais n.ºs 049662 e 049660 de remessas, emitidas pela Empresa [...] do Brasil Ltda., por ordem da [...] Caldeiraria e Montagens Ind. Ltda., foram destinados ao ativo imobilizado da impugnante, não podendo ser fato gerador de tributação. Sustenta que os tubos de inox descritos nas notas fiscais n.ºs 049662 e 049660 são componentes dos fechos tubulares que estão sendo montados para o Evaporador, Cozedor e Trocador de calor da sua nova unidade industrial, sendo equipamentos industriais indispensáveis para produção de açúcar e álcool, conforme se constata do Pedido de Compra n.º 3800, no qual se constata a compra e venda dos referidos equipamentos junto à [...] Caldeiraria e Montagens Industriais Ltda. Cita o Acórdão n.º 03090/06 da IV Câmara do Conselho Administrativo Tributário (fl. 89) e trecho do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (fl. 90).

Acrescenta que o artigo 6.º, inciso XCII, do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual prevê a isenção do diferencial de alíquotas do ICMS para os bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial. Entende pela ocorrência de caráter confiscatório da multa aplicada, visto que superior ao próprio valor do tributo, sendo expressamente vedado pelo artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal. Por fim, requer que seja cancelado o presente Auto de Infração.

Foram anexados aos autos cópia da Procuração (fl. 93), Subestabelecimento (fl. 94), cópia da Intimação (fl. 95) e cópia do Acórdão n.º 1894/2010 (fls. 96/97).

É o Relatório.

DECISÃO

Passo a decidir e, de plano, considero que o feito não deve prosperar. De fato, a mesma questão foi apreciada quando do julgamento do auto de infração n.º 3 0254802 003 45, por este Conselho Pleno, que trata do mesmo fato gerador e praticamente das mesmas mercadorias adquiridas para integração ao ativo fixo da empresa, sem o qual esta ficaria impedida de realizar sua função social, que é a da produção de açúcar e álcool destinada ao mercado consumidor. O que diferencia o auto anterior deste, é apenas a numeração da documentação fiscal glosada e de pequena alteração nas peças adquiridas.

Compulsando os autos, verifico na documentação de fls. 10/11 (Notas Fiscais n.ºs 49.662 e 49.660) que a empresa adquiriu respectivamente 8.415 (oito mil quatrocentos e quinze) e 9.945 (nove mil novecentos e quarenta e cinco) metros de tubos inox com as seguintes medidas : 38,10 x 1,50 x 7500 – AISI 304 – ASTM A – 269. Pois bem senhores, no caso citado anteriormente, a nota fiscal n.º 52.521 aponta a aquisição de 13.078 (treze mil e setenta e oito) metros de tubos inox cujas medidas são 38,10 x 1,50 x 400 – AISI 304 – ASTM A – 269. Nos dois

casos, toda a documentação fiscal foi expedida pelo fornecedor de nome [...] do Brasil Ltda, situada no Estado de Santa Catarina.

Observemos agora, a título de comparação, qual foi a manifestação do agente autuante quando da realização de diligência realizada nas instalações físicas do sujeito passivo e constante às fls. 55 do feito relativo ao auto de infração nº 3 0254802 003 45, citado em linhas pretéritas, “*in verbis*”:

“nas diligências realizadas na empresa [...] Açúcar e Álcool S/A, em cumprimento a resolução cameral nº 024/2009, foram observados os seguintes fatos em relação as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 52.521:

- 1) Os tubos Inox 38,10 x 1,50 x 400 – AISI 304 – ASTM A-269 descritos na nota fiscal nº 52.521, não são componentes dos fechos tubulares que compõem a unidade do Evaporador descrito nas fls. 26, mas sim partes e peças do componente Aquecedor Vertical de 400 m2, conforme planta descritiva em corte DD, escala 1:15, e declaração do Gerente de Implantação de Projeto, anexos.
- 2) Que os tubos em questão compõem como parte e peças para montagem do Aquecedor Vertical, integrante do Ativo Imobilizado da Empresa [...] Açúcar e Álcool S/A., no momento de execução do projeto, conforme data apresentada no rodapé da planta descritiva (26/02/2007).”

Após a breve e necessária digressão, verifico através da documentação acostada aos autos que os citados tubos inox discriminados nas notas fiscais nºs 49.662 e 49.660 são componentes dos fechos tubulares que estão sendo montados para o Evaporador, Cozedor e Trocador de Calor da unidade industrial da impugnante conforme se constata do Pedido de Compra nº 3800 (fls. 40/41) e da ordem de serviço, que evidenciam a compra dos equipamentos pela recorrente junto à [...] Caldeiraria Ind. Ltda.

Devo dizer ainda que ambas as notas fiscais registram em sua parte superior esquerda a informação de que se trata de remessa por venda e ordem de [...] Caldeiraria e Montagens Ind. Ltda. Dito isto, é de se entender que houve uma operação triangular para a aquisição de equipamentos industriais voltados para a fabricação de açúcar e álcool ([...] Açúcar e Álcool x [...] x [...] Caldeiraria).

Assim é forçoso concluir que os referidos tubos de inox foram vendidos pela Marcegália ao recorrente para compor o seu equipamento industrial em sua nova usina de açúcar e álcool na cidade de Quirinópolis-GO, ou seja, para compor o evaporador, o cozedor de açúcar e o trocador de calor fabricados pela [...] Caldeiraria e Montagens Ltda., equipamentos necessários para a produção de açúcar e álcool conforme já mencionado em linhas pretéritas.

Este tipo de evento hoje é bastante comum em todo o território nacional, pois com a expansão da lavoura canavieira, grandes usinas estão sendo montadas país afora. Visto que os equipamentos que integram este tipo de indústria são em geral de grandes dimensões, há necessidade de serem montados no próprio local da unidade industrial, tal como os navios e embarcações de grande porte nos estaleiros. O transporte dessas máquinas é inviável e praticamente impossível com

a infraestrutura que hoje temos. Face ao exposto estou convencido de que a aquisição dessa mercadoria não se destina a uso ou consumo final, mas a indispensável integração no ativo imobilizado da empresa.

Em adição, devo dizer que no Pedido de Compra nº 3800, retromencionado, datado de 02/03/2007, em que a recorrente fez à GBA Caldeiraria e Montagens Industriais Ltda., está registrado que o evaporador, o cozedor e o trocador tubular deveriam vir equipados com “feixe tubular em inox 304”, que é justamente o material objeto das notas fiscais impugnadas pela fiscalização. Em vista destas características, não há dúvida de que os referidos tubos inox adquiridos pela Recorrente da empresa Marcegália são componentes indispensáveis ao funcionamento desses equipamentos e não se destinam a outros fins. Assim, desnecessário dizer que fazem sim, parte do ativo imobilizado da recorrente, aliás já dito.

É oportuno destacar que, ao contrário do que sustentou o agente fiscal, os tubos de inox usados na construção desses equipamentos não são materiais de uso e consumo simplesmente porque sofrem desgaste ao longo do tempo e, assim teriam que ser necessariamente trocados. Se pensarmos desta forma, as próprias chapas de inox que revestem o evaporador, o cozedor e o trocador também teriam que ser tidas como bens de consumo, o que é inadmissível, posto que tal raciocínio acabaria por fragmentar os equipamentos, pois, no fundo, mais cedo ou mais tarde, todo o material se deteriora com o tempo.

Outrossim, devo acrescentar que a diligência executada pela fiscalização não conseguiu comprovar que a tubulação de inox faz parte do equipamento maior pois foi realizada mais de um ano após ter sido instalado na unidade industrial da Recorrente, já que quando a diligência ocorreu o sujeito passivo encontrava-se em plena safra canavieira. Para que se comprovasse que a tubulação de inox faz parte dos citados equipamentos, haveria necessidade de demonstrá-los, com o desmonte de todos os equipamentos e identificação de cada peça unitária em consonância com a documentação fiscal que lhe deu origem, o que era e é inviável, pois a empresa já se encontrava em plena operação. Nenhum empresário iria parar sua operação de produção de açúcar e álcool para fazer uma auditoria no ativo imobilizado, deste porte.

Relendo o incomparável Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações de autoria da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras – FINECAFI, e editado pela Editora Atlas, edição de 1985, páginas 203/204, encontrei a seguinte orientação:

“As partes e peças de uso específico e vida útil comum, muitas vezes, na compra de certos equipamentos de porte, as empresas adquirem no mesmo momento uma série de peças ou conjuntos importantes e vitais ao seu funcionamento, normalmente produzidas e montadas pelo próprio fornecedor do equipamento. Essas peças sobressalentes são de uso específico para tal equipamento e necessárias para que o equipamento não fique paralisado por longo tempo, no caso de substituição (preventiva ou corretiva). Nesse caso, tais peças devem ser classificadas no Imobilizado e, na verdade, tem vida útil do próprio equipamento.”

Assim, face ao exposto e considerando-se o que está estatuído no art. 6º, inciso XCII, do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, do Regulamento do Código Tributário Estadual, abaixo transcrito, entendo que razão assiste ao recorrente pois o comando transcrito pelo citado dispositivo não deixa dúvidas de que é isento de aplicação do diferencial de alíquotas do ICMS na aquisição interestadual de bem destinado ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial ou agropecuário. No mais, as exceções relativas a isenção do diferencial de alíquotas do imposto estão ali também estatuídas e consagram a aquisição de veículos automotores de transporte de passageiros ou de carga e de passeio, inclusive motocicleta. Ademais, o bem destinado ao ativo imobilizado não pode ser utilizado dentro de 24 meses contados de sua aquisição, em atividades alheias à do estabelecimento industrial ou agropecuário e, de resto, tal não foi comprovado pelo fisco goiano.

“Art. 6º - São isentos do ICMS:

[...]

XCII - relativamente à aplicação do diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de bem, exceto veículos automotor de transporte de passageiros ou de carga e de passeio, inclusive motocicleta, destinado ao ativo imobilizado de estabelecimento industrial ou agropecuária, vedada sua utilização, dentro de 24 (vinte e quatro) meses contados a partir da data de aquisição do bem, em atividades alheias à do estabelecimento, inclusive locação, empréstimo ou alienação a qualquer título (Lei nº 13.453/99, art. 2º IV).”

Neste sentido também labora o Parecer de nº 661/2005, da Gerência de Orientação Tributária – GOT, cuja conclusão transcrevo abaixo, “*verbatim*”:

“III – Conclusão

2 – As partes e peças destinadas à montagem de caldeiras, moendas e outros equipamentos que integrarão o ativo imobilizado da consulente estarão isentadas do ICMS diferencial de alíquota, nos termos do art. 6º, XII, Anexo IX, do RCTE, quando adquiridas em outras unidades da federação e for possível identificar nas notas fiscais de aquisição das mercadorias a finalidade das mesmas, ou seja, quando constar na nota fiscal, por exemplo, a seguinte expressão: “aquisição de uma moenda, de um tanque de armazenagem de álcool ou de uma caldeira, composta de tais e tais itens. Neste caso restará provado de plano que a aquisição em questão destina-se ao ativo imobilizado da consulente.

3 – Por outro lado, não sendo possível a comprovação de que as partes e peças adquiridas em outras unidades da federação destinam-se a montagem de máquinas ou equipamentos que integrarão o ativo imobilizado da consulente, será devido o ICMS diferencial de alíquota, visto que as mercadorias serão consideradas como materiais destinados ao uso e consumo da empresa, não dando sequer direito ao crédito do ICMS.

Entretanto, uma vez concluída a montagem dos equipamentos e máquinas, poderá a consulente apresentar-se junto à Agência Fazendária de sua circunscrição, munida das notas fiscais de aquisição das referidas partes e peças e de documentos que comprovem a montagem do equipamento ou máquina e requerer autorização para apropriação integral do crédito do ICMS, inclusive do ICMS diferencial de alíquota, nos termos do artigo 46, § 4º, do RCTE, visto que a entrada

das mercadorias não foram contempladas com a isenção prevista no art. 6º, XCII, Anexo IX, RCTE.”

Penso que já tenha me estendido demais acerca da questão e por isso devo concluir que a documentação anexada aos autos demonstram que a tubulação de inox adquirida da empresa Marcegaglia faz parte do ativo imobilizado da Recorrente e que, portanto, não está sujeita ao pagamento do ICMS diferencial de alíquotas ou de quaisquer outro tipo de acréscimos legais.

Mal não há em que se repita novamente que estas mercadorias foram entregues ao sujeito passivo autuado para que servissem de complemento ou de peças e partes destinadas a integrar seu ativo imobilizado. Sem estas peças, que formam um todo, seria impossível ao sujeito passivo cumprir com sua finalidade social, que é precipuamente a produção de açúcar e álcool. Face ao exposto, deita-se por terra o aludido crédito tributário reclamado pela Fazenda Pública em virtude do não recolhimento do diferencial de alíquotas incidentes na operação de aquisição de mercadorias para uso ou consumo final.

Ante o exposto considero que o sujeito passivo não praticou a infração estampada na basilar, motivo pelo qual acompanhado da unanimidade do voto de meus pares, é que 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 15 de janeiro de 2013.

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

Matéria: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Omissão de recolhimento do ICMS - ST quando da saída das mercadorias do estabelecimento (Improcedência)

ACÓRDÃO DA II CJUL N.º 00803/13

Relator: Conselheiro Alcedino Gomes Barbosa

EMENTA: Processual. Nulidade do auto de infração. Cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração. Preliminares arguidas pelo sujeito passivo e não apreciadas. Ocorrência dos requisitos do art. 18, § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo e Tributário.

Quando puderem decidir sobre o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, os Conselheiros não a pronunciarão nem mandarão repetir o ato ou suprir a falta.

ICMS. Obrigação principal. Omissão na retenção do ICMS-ST na condição de substituto tributário. Saída de mercadorias internas. Improcedência.

É improcedente o auto de infração quando a lei determinar que o regime de substituição tributária pelas operações posteriores não se aplica a mercadorias que são utilizadas no processo de recauchutagem de pneus.

ACÓRDÃO - A Segunda Câmara do Conselho Administrativo Tributário, em sessão realizada no dia 20 de fevereiro de 2013, 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, 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 Alcedino Gomes Barbosa, Luis Antônio da Silva Costa e Jorge Antônio Bezerra Oliveira.

RELATÓRIO

O presente crédito tributário refere-se a débito de imposto, substituição tributária pelas operações posteriores, originário por na condição de substituto tributário deixar de fazer a retenção do imposto no momento em que promoveu a saída das mercadorias, constantes das notas fiscais 016200 e 016435, para o território goiano, conforme documentos anexos.

A autoridade lançadora indicou como infringida as disposições dos artigos 45 e 51, §3º do Código Tributário Estadual - CTE (Lei nº 11.651/91) combinado com os artigos 35 e 52, §1º, anexo VIII do Decreto nº 4.852/97. Proposta a aplicação da penalidade prevista no artigo 71, III, "a" do CTE, com redação da Lei 11750/92.

O auto de infração foi instruído com os seguintes documentos: anexo estruturado - detalhamento do crédito tributário, histórico pagamentos, consulta CPF/CNPJ e notas fiscais (fls. 03-12).

O sujeito passivo foi intimado, conforme documento de fls. 13-14.

O sujeito passivo apresentou impugnação em primeira instância, fls.16-18, onde requereu a improcedência do lançamento fiscal, pois as mercadorias constantes das notas fiscais 016200 e 016435 foram produtos utilizados na recauchutagem de pneus usados, destinados a [...] Point Ltda para esta utilização, e não se enquadram na definição de pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, sujeitos à substituição tributária prevista na cláusula primeira do Convênio nº 85/93"; que o produto constante da nota fiscal em questão, (banda anel), embora classificado com o mesmo código numérico dos protetores de borracha, não se confunde com os demais.

Juntamente com as razões de impugnação foram trazidos aos autos os seguintes documentos: 21ª Alteração Contrato Social, procuração, cópia documento pessoal sócio, cópia do auto de infração, cópia intimação, cópia notas fiscais, cópia folder (fls. 19-49).

O julgador singular prolatou sentença 9478/09, onde conheceu da impugnação, negou-lhe provimento, para decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação legal. Destacou que "a impugnante não trouxe a comprovação do pagamento do imposto reclamado, antes do início do procedimento fiscal e os seus argumentos não foram suficientes para ilidir a acusação inicial".

O sujeito passivo foi intimado da decisão singular, conforme documentos de fls. 53-54.

O Sujeito Passivo apresentou pedido de revisão extraordinária, fls. 56-68, requerendo a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração e o reconhecimento do erro de fato substancial cometido pela autoridade lançadora ao não citar qual inciso do artigo 45 do CTE a autuada teria infringido e por ter incluído no convênio ICMS 85/93 os produtos anel e banda de rodagem, produtos estes que efetivamente não se encontram ali nominados. No mérito, requereu a improcedência do auto de infração, afirmando que a autuada não é substituta tributária.

Aduziu que a empresa é sediada no Estado de Minas Gerais, sendo o entendimento daquele Estado que os produtos anel e banda de rodagem não estão alcançados pela substituição tributária implantada pelo Convênio ICMS 85/93. Citou diversos julgados e teceu comentários acerca do Convênio anteriormente citado. Anexou ao recurso os seguintes documentos: cópia intimação, comprovante de inscrição estadual e DAPI, procuração e contrato social, decisão do Conselho do Estado da Bahia, decisões do CAT/GO e instrução normativa SRF 99/01 (NMB/SH) (fls. 69-109).

DECISÃO

Passo a decidir e de plano, acompanhado pela unanimidade do voto de meus pares, deixo de apreciar as preliminares de nulidade do auto de infração argüida pelo pólo passivo por entender que no mérito é possível decidir pela improcedência do lançamento, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 18 do Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário - CAT, aprovado pelo Decreto nº 6.930/2009.”*In verbis*”:

“Art. 18.Omissis

[...]

§ 3º Quando puderem decidir sobre o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, os Conselheiros não a pronunciarão nem mandarão repetir o ato ou suprir a falta.

No mérito considero que o auto de infração não deve prosperar pois tal questão encontra-se pacificada em diversos julgados exarados por órgãos desta Casa. De fato, o conteúdo de todas as peças processuais as quais tive acesso são unânimes em considerar que o produto “banda de rodagem” não está sujeita ao ICMS no regime da Substituição Tributária pelas operações posteriores porque sua natureza é diferente de produtos similares tais como pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, como também não está em nenhuma das posições descritas na cláusula primeira do Convênio ICMS 85/93. Melhor dizendo, de acordo com o art. 32, inciso I, § 6º do Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, o regime de substituição tributária não se aplica à operação que destine mercadoria sujeita à retenção na fonte a estabelecimento que irá utilizá-la em processo de produção ou industrialização, inclusive de manipulação.

Na sequência, devo acrescentar que na entrada estadual de insumos adquiridos para utilização em processo industrial de recauchutagem de pneumático usado não se aplica o regime de substituição tributária pela operação posterior.

Diante do exposto e considerando-se que a mesma matéria foi devidamente apreciada com a devida propriedade pelo douto Conselheiro Relator Washington Luís Freire de Oliveira, que no lapidar Acórdão de nº 01345/08, relativo ao auto de infração nº 3 0247497 250 80, manifestou-se pela improcedência do feito, devo acolhê-lo como razão de decidir. Por esclarecedor, transcrevo trecho da decisão exarada pelo insigne julgador, e sua respectiva Ementa e que adoto como razões de decidir, “*in verbis*”:

“EMENTA: Obrigação principal. Substituição Tributária. Operação interestadual. Improcedente. Decisão unânime.

I – O regime de substituição tributária não se aplica à operação que destine mercadoria sujeita à retenção na fonte a estabelecimento que irá utilizá-la em processo de produção ou industrialização, inclusive de manipulação (artigo 32, inciso I, parágrafo 6º, Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97;

II – Na entrada estadual de insumos adquiridos para utilização em processo industrial de recauchutagem de pneumático usado não se aplica o regime de substituição tributária pela operação posterior.

[...]

“Verifica-se no espelho cadastral que o sujeito passivo está enquadrado na atividade econômica de industrial - reforma de pneumáticos usados.

O processo de recauchutagem de pneumático usado é tipicamente de industrialização, caracterizado como um condicionamento do pneu usado, que é renovado com a utilização de determinados materiais que são aquecidos até se obter a galvanização; não se aplica o regime de substituição tributária pela operação posterior na aquisição desses insumos.

No presente caso, as mercadorias adquiridas são bandas, colas e extrusado para conserto em carretel classificadas respectivamente nos códigos 4012-9090, 3506 e 4005 NBM/SH (Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado) e são utilizadas como insumos no processo industrial de recauchutagem de pneumático usado.

A impossibilidade de se exigir o ICMS substituição tributária nas aquisições que o industrial realizar está determina no inciso I, parágrafo 6º, do artigo 32, Anexo VIII, do Decreto nº 4.852/97, Regulamento do Código Tributário Estadual, abaixo 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 subsequente, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso (Lei nº 11.651/91, art. 51).

(...)

§ 6º O regime de substituição tributária não se aplica:

I - à operação que destine mercadoria sujeita à retenção na fonte a estabelecimento que irá utilizá-la em processo de produção ou industrialização, inclusive de manipulação, exceto quando a mercadoria for destinada.”

Pelo exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento para considerar improcedente o auto de infração. “

Por outro lado, e sob outro enfoque, também não pode ser exigido o ICMS/ST referente aos produtos questionados, pois inexistente operação posterior com os mesmos alcançados pela incidência do ICMS.

Partindo-se da legislação que deu origem a esta questão, conclui que o Convênio ICMS 85/93 não instituiu a substituição tributária para produtos classificados sob o código numérico 4012.90.90, aliás, tal convênio não instituiu a substituição tributária para os produtos classificados nesta ou naquela posição ou código. O citado diploma instituiu a substituição tributária apenas nas operações

com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000.

No caso em comento, os produtos constantes das notas fiscais objeto da autuação são Anel de Rodagem e Banda de Rodagem, que não podem ser confundidos com protetores de borracha, não obstante tenham a mesma classificação fiscal na NBM/SH.

É muito importante argumentar que o próprio Convênio destacou os produtos que queria alcançar, utilizando-se de critérios diferentes para sua identificação. Ao mencionar os produtos classificados na posição 4011 ele alcançou todos os pneumáticos descritos nas subposições daí decorrentes, exceção expressa feita aos pneus para bicicletas. Do mesmo modo procedeu para os produtos classificados na posição 4013 (câmaras de ar de borracha). Ao mencionar a posição 4013 ele alcançou todas as câmaras de ar de borracha descritas nas subposições daí decorrentes, exceção para câmara de ar de pneus de bicicletas. Já para os produtos classificados na posição 4012 (pneumáticos recauchutados ou usados, de borracha, protetores, bandas de rodagens para pneumáticos e flaps de borracha) ele apenas pinçou a subposição 4012.90.0000 que corresponde à atual subposição 4012.90. Não obstante as bandas de rodagem e os flaps estejam também classificados nesta mesma subposição, são produtos diferentes e não foram alcançados pelo Convênio.

Disso decorre, e não custa repisar, que o Convênio 85/93 não incluiu no regime da substituição tributária, os produtos classificados nas posições 4011 e 4013 e na subposição 4012.90.0000. Ele incluiu na sistemática da substituição os pneumáticos, câmaras de ar e os protetores de borracha, ali classificados. São situações bem diferentes. Devo dizer que, em momento algum, o Convênio mencionou Anel ou Banda de Rodagem.

Por oportuno, transcrevo abaixo, parte da decisão exarada pelo douto julgador singular Fábio Eduardo Bezerra Lemos e Carvalho, que na apreciação do auto de infração nº 3 0291139 630 11, cujo sujeito passivo é o mesmo que ora ocupa a posição de recorrente, manifestou-se pela sua improcedência, pelos mesmos fatos e razões e cujo teor também segue no mesmo diapasão e o adoto também como razão de decidir, “in verbis”:

“PROCESSO: 3 0291139 630 11

SUJEITO PASSIVO: [...]

INSCRIÇÃO ESTADUAL :00.000.000-0

CNPJ : 02.551.474/0001-57

MUNICÍPIO : LAGOA SANTA – MG

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Analisando as preliminares de nulidade previstas no artigo 19 da Lei n.º 13.882/01, constatamos 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.

A questão que exige solução resume-se na verificação de que os produtos consignados nas notas fiscais apreendidas estão ou não sujeitos ao ICMS-ST.

A citada Nomenclatura Brasileira de Mercadorias classifica os produtos em questão da seguinte forma:

4011	Pneumáticos novos de borracha
(...)	(...)
4012	Pneumáticos recauchutados ou usados de borracha; protetores, bandas de rodagem amovíveis para pneumáticos e "flaps", de borracha:
4012.10.0000	Pneumáticos recauchutados
4012.20.00	Pneumáticos usados:
0100	Com blindagem de lâminas de aço
9900	Outros
4012.90.0000	Outros
4013	Câmaras-de-ar de borracha
(...)	(...)"

O Convênio ICMS 85/93 dispõe dessa forma:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo dos produtos mencionados nesta cláusula.

A descrição das mercadorias autuadas utiliza o termo "BANDA".

Observa-se que o produto "banda de rodagem" não está classificado no NBM-SH 4012.90.00, mas no 4012. Também, que o texto da cláusula primeira do Convênio ICMS 85/93 diz primeiramente que "pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha" estão sujeitos à substituição tributária, e que não são todos dessas espécies, mas somente os "classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH".

Dessa forma "BANDA" não estaria sujeita ao ICMS-ST, tanto porque é diferente de "pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha" como não está em nenhuma das posições descrita na cláusula primeira do Convênio ICMS 85/93.

Como esses argumentos justifico minha decisão de improcedência do lançamento."

Para não ficarmos restritos apenas ao Estado de Goiás, verifico que o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, manifestou-se pela procedência de pedido de restituição de ICMS/ST, em 22/08/2011, formulado pelo contribuinte [...] Indústria e Comércio de Borrachas e Polímeros, no recurso de revisão nº 40.060132773-96 (Auto de Infração nº 16.000427904-05), em virtude de ter promovido o recolhimento indevido relativamente à Nota Fiscal Eletrônica nº 002421, de 09 de setembro de 2010.

Este sujeito passivo mineiro comercializa o produto “Banda de Rodagem” para o Estado de Minas e Gerais e não obstante tenha efetuado consulta à fazenda pública mineira na qual esta assegurou-lhe que o produto não estaria submetido ao regime da substituição tributária, assim mesmo ao ser autuado, acabou recolhendo indevidamente ao tesouro mineiro o valor do imposto e das multas. Ocorre que, ao apreciar a questão, o conselho de contribuintes daquele estado concluiu que razão lhe assistia e assim determinou a devolução do que lhe fora pago indevidamente. Reproduzo abaixo, o trecho do Recurso de Revisão, “ipsis litteris”:

“Demonstra a Recorrente, que em relação à primeira resposta a sua Consulta n.º 025/11, ficou claro e inquestionável que a substituição tributária prevista no subitem 4.5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 aplica-se aos protetores de borracha classificados no código 4012.90.90 da NBM/SH, não se aplicando às “Bandas de Rodagem” classificadas no mesmo código, que é o produto específico da ora Recorrente.

Veja-se a ementa da referida resposta:

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA -INAPLICABILIDADE - BANDAS DE RODAGEM- O regime de substituição tributária previsto no subitem 4.5 da Parte 2 da Anexo XV do RICMS/02 aplica-se aos protetores de borracha classificados no código 4012.90.90 do NBM/SH, não se aplicando às bandas de rodagem classificadas no mesmo código.

Ademais, em um trecho da resposta a esta mesma consulta é destacado que:

A aplicação da substituição tributária estabelecida no Anexo XV do RICMS/02 tem por condições cumulativas encontrar-se o produto classificado em um dos códigos NBM/SH relacionados na Parte 2 desse Anexo e enquadrar-se na descrição contida no respectivo subitem.

[...]

Considerando-se os produtos classificados no código 4012.90.90, a substituição tributária aplica-se apenas aos protetores de borracha, em respeito à descrição do subitem 4.5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, não se aplicando às bandas de rodagem para pneumáticos.

Com isto, ficou claro que a Autoridade Fazendária exigiu tributo indevido, motivo pelo qual, a Contribuinte apresentou os pedidos próprios de restituição do que pagou indevidamente que, como já relatado, foram indeferidos pelo Fisco.

Importa frisar que, em relação à resposta a consulta não há divergência entre as partes do processo e nem mesmo na decisão recorrida.

Neste sentido, transcreve-se parte do acórdão recorrido, a saber:

DE FATO, O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SEF/MG, CONFORME EVIDENCIA A CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 25/11, REFORMULADA EM 24/03/11, CUJA CONSULENTE É A PRÓPRIA AUTUADA, É DE QUE O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO SE APLICA ÀS BANDAS DE RODAGEM CLASSIFICADAS NO MESMO CÓDIGO NBM/SH DOS PROTETORES DE BORRACHA, DE ACORDO COM A EMENTA ACIMA TRANSCRITA.

Contudo, na mesma linha adotada pelo Fisco, a decisão recorrida, chega à conclusão que não é possível determinar se as mercadorias transportadas no momento da autuação seriam bandas de rodagem, tendo em vista a descrição na nota fiscal.

Claro é, portanto, que as bandas de rodagem amovíveis, também chamadas de bandagens ou pneus maciços, sendo produtos distintos dos protetores de borracha, embora estivessem classificadas, à época em que foi celebrado o referido Convênio, no mesmo código da NCM/SH em que estavam classificados estes últimos (4012.90.000), não são alcançadas, no entendimento da própria SUTRI, pelo regime de substituição, por não estarem mencionados de forma expressa na Cláusula Primeira do Convênio ICMS n.º 85/93, como ocorre com demais produtos.

Caso fosse a intenção do legislador submeter ao regime de substituição tributária outros produtos classificados na posição 4012.90.90, com certeza os teria nomeado, já que a posição que alberga "outros" obviamente refere-se a vários, ou todos os demais produtos.

Com efeito, se os Estados, ao celebrarem o referido convênio, tivessem a intenção de atingir todos os produtos classificados no código NCM/SH 4012.90.0000, tais como protetores, bandas de rodagem para pneumáticos e "flaps" de borracha, teriam mencionado cada um deles individualmente, ou então referir-se de forma genérica, aos produtos classificados no código 40.12.900011.

Cingindo-se então, o convênio, a incluir pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, incontestavelmente excluiu todos os outros, como é o caso das bandas de rodagem amovíveis ou sólidas.

Para chegar este raciocínio, importante verificar o conteúdo da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 85/93, a saber:

Nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado- NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo dos produtos mencionados nesta cláusula.

Conforme se pode verificar, a Cláusula Primeira do Convênio acima transcrito, refere-se de forma clara às operações realizadas com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema

Harmonizado-NBM/SH (atual código 4012.90.90 da Nomenclatura Comum do Mercosul – Sistema Harmonizado - NCM/SH).

Assim, as Bandas de Rodagem Amovíveis, também chamadas de bandagens ou pneus maciços, sendo produtos distintos dos Protetores de Borracha, embora estivessem classificadas no mesmo código da NCM/SH em que classificados estes últimos, não são alcançadas pela exigência do recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Em relação à discussão posta quanto aos produtos transportados no momento da autuação e se estes seriam exatamente aqueles objeto da resposta à consulta, crucial verificar que a Recorrente, por ocasião da providência determinada pela Câmara a quo, demonstrou a diferença entre protetores de borracha e bandagens amovíveis ou sólidas anexando aos autos vasto material.

Confrontando-se o material juntado pela Recorrente (fls. 85/111) com os produtos descritos na NFE n.º 002421 de fl. 12, que motivou o pagamento do ICMS/ST ora discutido, verifica-se que a descrição dos produtos está em consonância com os catálogos da empresa que demonstram tratarem-se de bandas de rodagem amovíveis.

Veja-se os produtos descritos na citada nota fiscal, todos enquadrados na NCM/SH 4012.90.90:

- “band solido k2 branco” (600x9 ou 650x10 ou 700x12 ou 28,9x15);
- “band solido k2 preto” (650x10 ou 700x12 ou 28,9x15);
- “band solido SC preto” (500x8 ou 600x9 ou 650x10 ou 700x12 ou 28,9x15);
- “band solido SC branco” (700x12); e
- “band solido DM preto” (600x9 ou 650x10 ou 700x12 ou 700x15 ou 28,9x15).

Desta forma, deve ser deferida a restituição pleiteada uma vez ter restado comprovado nos autos que os produtos transportados não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 30/11/12. ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros André Barros de Moura e Maria de Lourdes Medeiros, que lhe negavam provimento, nos termos do acórdão recorrido. Participaram do julgamento, além das signatárias, e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha

(Revisor), Antônio César Ribeiro e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 07 de dezembro de 2012.

Maria de Lourdes Medeiros

Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão

Relatora”

E, por último, mas não menos importante, devo trazer à colação que a posição defendida pelas autoridades lançadoras diverge da orientação emanada do Órgão Consultivo da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, constante do “site” oficial da Secretaria, que ao ser consultado sobre o assunto assim se manifestou, “in verbis”:

46 – Como tratar as mercadorias utilizadas no processo de recauchutagem de pneus?

O regime de substituição tributária pela operação não se aplica a mercadorias que são utilizadas no processo de recauchutagem de pneus. (g.n.)

O processo de recauchutagem de pneumático usado, é tipicamente de industrialização, caracterizado como um condicionamento do pneu usado, que é renovado com a utilização de alguns materiais abaixo descritos e que são aquecidas até se obter a galvanização

Entre os materiais utilizados na recauchutagem, citamos:

4006-1000 Camelback

4005-9190 – Borracha de ligação

4008-2100 – Manchão/Remendo

4012-9090 – Bandas (mesma classificação fiscal dos protetores de borracha-produto do Apêndice II, do Anexo VIII do RCTE e sujeito ao regime de ST – ressalta-se que a banda, mesmo fazendo parte do mesmo código, não está sujeita ao regime da ST, porque é utilizada no processo de industrialização).

4016-9590 – Sacos de Ar

4016-9990 – Envelope de borracha

3209-1010 – Tinta para pneus Vulk”

Face a todo o exposto, estou convencido de que a Banda de Rodagem, sobre a qual o fisco constituiu indevidamente o presente crédito tributário, mesmo fazendo parte do mesmo código de mercadorias, não está sujeita ao regime da substituição tributária porque é utilizada no processo de industrialização, motivo pelo qual, 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 25 de abril de 2013.

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

Matéria: ZONA FRANCA DE MANAUS - Falta de comprovação do internamento - condição para usufruir do benefício fiscal (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 01695/13

Relator: Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato

EMENTA: ICMS. RECURSO DA FAZENDA PÚBLICA PARA O CONSELHO PLENO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE INTERNAMENTO DE MERCADORIAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS. RETIFICAÇÃO DE ALÍQUOTA. REFORMA PARCIAL DA DECISÃO CAMERAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A atividade de internamento da mercadoria na Zona Franca de Manaus, para o efeito de fruição do benefício fiscal, é composta de duas fases distintas, a saber, o internamento e a sua formalização (parágrafo único do art. 36 do Anexo XII do RCTE, redação com vigência até 31/05/08). Tal exigência decorre do fato de ser o benefício descrito no art. 6º XVII do Anexo IX do RCTE condicionado à comprovação inequívoca da efetiva entrada dos produtos no estabelecimento destinatário, comprovação que se realiza mediante o atendimento das normas previstas nos arts. 35 e seguintes do Anexo XII do RCTE.

2. Os vícios no lançamento, passíveis de serem retificados, foram perfeitamente identificados na Revisão às fls. 110/ 121 dos autos e excluídos do lançamento. Retificação que se faz necessária ao teor da revisão é tão-somente a adequação da alíquota aplicável para 12%, uma vez a presente acusação não trata de desvio de mercadorias com aplicação da presunção de operação interna às mesmas, suscetível à alíquota de 17%.

3. Necessária a aplicação da retroatividade benigna quanto à penalidade, decorrente da revogação do inciso VIII e concomitante criação do inciso IV-A do art. 71 do CTE, por força da lei nº 17.519, de 29.12.11.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 14 de maio de 2013, decidiu, por unanimidade 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\$ 567.876,06 (quinhentos e sessenta e sete mil, oitocentos e setenta e seis reais e seis centavos), cujo ICMS a recolher é de R\$ 68.145,13 (sessenta e oito mil, cento e quarenta e cinco reais e treze centavos), com adequação da penalidade à prevista no art. 71, inc. IV-A do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Victor Augusto de Faria Morato, Paulo Diniz, Olinta Maria Savini Rezende de Oliveira e Santos, Edson Abrão da Silva, Antônio Martins

da Silva, Cláudio Henrique de Oliveira, Célia Reis Di Rezende, Delcídes de Souza Fonseca, Jorge Antônio Bezerra Oliveira, Nivaldo Carvelo Carvalho, Luis Antônio da Silva Costa, Alcedino Gomes Barbosa, Heli José da Silva e Allen Anderson Viana.

RELATÓRIO

1. DESCRIÇÃO DO FATO

Consta que o sujeito passivo realizou, no período de janeiro a dezembro de 2002, saídas de produtos com destino a estabelecimento situado na Zona Franca de Manaus, 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 R\$103.261,78 (cento e três mil duzentos e sessenta e um reais e setenta e oito centavos).

Consta, ainda, na descrição do fato, que o remetente foi notificado a apresentar documentos comprobatórios do internamento no destino, mas não o fez, e que foi efetivada consulta ao SUFRAMA/ SINTEGRA.

2. TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO E PENALIDADE PROPOSTA

Informa o documento de lançamento do crédito tributário que houve infração às disposições dos artigos 43 e 64 do Código Tributário Estadual – CTE, do art. 6º, XVII do Anexo IX, e art. 37, Anexo XII do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE. Foi proposta a aplicação da penalidade prevista no art. 71, VIII, "c", § 9, I, do CTE.

3. COMPLEMENTAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO POLO PASSIVO

Nomeou-se um solidário para compor o litígio às fls. 05 dos autos: [...], com fundamento no art. 45, XII do CTE.

4. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO AUTO DE INFRAÇÃO

Instruem o auto de infração os seguintes documentos: cópia da Ordem de Serviço (fls.08); da notificação expedida para o contribuinte apresentar documentos fiscais (fls.09); do demonstrativo do cálculo do ICMS devido, relativo a cada uma das notas fiscais cujo internamento no destino não foi comprovado (fls.10/11); cópias das notas fiscais relativas às operações questionadas (fls.12/36).

5. INTIMAÇÕES / REFERÊNCIA À REVELIA

As partes foram intimadas em 17/12/07 a pagar ou apresentar impugnação à Primeira Instância (fls.37/40).

6. ALEGAÇÕES DE IMPUGNAÇÃO

Em sua impugnação de fls.42/44, o sujeito passivo requer preliminarmente a nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa e insegurança na determinação da infração, pelo fato de que o não-internamento na Zona Franca ter sido presumido.

No mérito, alega que foi solicitada a documentação comprobatória da realização da operação isenta.

7. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DA IMPUGNAÇÃO

Instruem a peça impugnatória os seguintes documentos: cópia de intimação (fls.45); cópia do auto de infração (fls.46); identificação da autoridade fiscal (fls.47); Registro de Entradas (fls.49/59); Procuração (fls.60/61); cópia de do documentos pessoais (fls.62); cópia de intimação (fls.63); identificação do sujeito coobrigado (fls.64); cópia do auto de infração (fls.65); cópia de Procuração (fls.67/72).

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 prola a sentença de nº 1318/08 às fls.75/77 e decide pela Procedência do lançamento.

Fundamenta sua decisão no sentido de que, no caso em apreço, o contribuinte foi notificado a apresentar os comprovantes de internamento de mercadorias remetidas para a Zona Franca de Manaus, através das notas fiscais relacionadas às fls.10/11, providência esta não cumprida pelo sujeito passivo, fato este inclusive reconhecido pela impugnante na defesa apresentada, ao expor textualmente que *"os documentos que comprovam a remessa para a Zona Franca de Manaus e a entrega da mercadoria naquele destino já foram solicitados e estamos aguardando a resposta para instruir adequadamente este processo"*.

Diante destas circunstâncias, vê como correto o procedimento do Fisco, devendo, em consequência, ser inteiramente ratificada a atuação.

Juntou-se aos autos os seguintes documentos: Procuração de fls.78/79; cópia de documentos pessoais de fls.80.

12. INTIMAÇÕES / REFERÊNCIA À PEREMPÇÃO

A atuada foi intimada em 20/06/08, por AR, a pagar ou apresentar recurso voluntário à Segunda Instância (fls.81/82).

13. ALEGAÇÕES DE RECURSO (VOLUNTÁRIO OU EX-OFFICIO) / MANIFESTAÇÃO DE CONCORDÂNCIA DA FPE / IMPUGNAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA / CONTRADITA DO SUJEITO PASSIVO

Inconformados com a decisão supra, as partes ingressam com recurso voluntário às fls.84/92 e expendem as mesmas razões impugnatórias em relação às preliminares suscitadas, de cerceamento ao direito de defesa e por insegurança na determinação da infração.

No mérito, alegam que a responsabilidade pelo internamento das mercadorias é também do Estado de acordo com o art. 38 do Anexo XII do RCTE.

Ressaltam que pelo fato de haver decorrido muito tempo após a realização das operações não têm como comprovar o ocorrido. Citam que apenas duas empresas enviaram cópias do Livro de Entrada, fazendo prova do recebimento das mercadorias.

Requerem a improcedência do auto de infração e, posteriormente, juntam aos autos o Termo Aditivo de fls 97/98, onde alegam que diversas notas relacionadas no auto de infração foram efetivamente canceladas. Acompanham o Termo Aditivo os seguintes documentos: Registro de Saídas de fls.99/108.

14. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO RECURSO/IMPUGNAÇÃO/CONTRADITA

Instruem a peça recursal os seguintes documentos: Procuração (fls.93); cópia de documentos pessoais (fls.94).

15. RELATO DE RESOLUÇÕES DA CÂMARA JULGADORA

Pela Resolução nº 071/09, a Primeira Câmara do Conselho Administrativo Tributário, acatando proposição do Conselheiro Relator, resolve, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Coordenação do Comércio Exterior da Superintendência da Administração Tributária para que se proceda à revisão fiscal em vista da alegação do sujeito passivo às fls.97/98 onde foi informado de que teria cancelado 13 notas fiscais.

A resolução (fls.109) determina que se verifique se houve o cancelamento mencionado e, sendo o caso, que se proceda à adequação do valor da autuação.

16. RELATO DE DILIGÊNCIAS REALIZADAS

Em resposta, foi elaborado o relatório diligencial nº 0180/09, detalhado às fls 110/111, seguido dos documentos às fls.112/115, informando que não houve a efetiva comprovação da maioria das notas fiscais tidas por canceladas, tendo sido comprovada a internação de apenas duas notas fiscais. Por este motivo, a Autoridade Fiscal Revisora propõe como novo valor para o lançamento R\$ 96.538,92 de ICMS devido.

O sujeito passivo anexou aos autos (fls.117/120) cópia das quatro vias da nota fiscal nº 477722. Apesar de notificado às fls.122/123 do resultado da revisão, não apresentou nenhuma manifestação a respeito.

A Primeira Câmara do CAT converte o julgamento novamente em diligência à GEPRO para que o sujeito passivo anexe aos autos os comprovantes de depósito para atestar o internamento das mercadorias na zona franca de Manaus, ou parte deles, nos termos da Resolução nº 236/2009 às fls.125/126.

17. RELATO DA INTIMAÇÃO E MANIFESTAÇÃO DO(S) SUJEITO(S) PASSIVO(S) QUANTO À DILIGÊNCIA

O pólo passivo não se manifesta após regularmente intimado às fls.127.

18. RELATO DA DECISÃO CAMERAL

Pela Certidão de julgamento (fls.129), sucedida pelo acórdão nº 2008/10 (fls.135/140), a Terceira Câmara, decide por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa.

Por maioria de votos, acolher a preliminar de exclusão dos solidários da lide, arguida pelo sujeito passivo.

E por maioria de votos, acolher a preliminar de mérito e decadência do crédito tributário, extinguindo o processo.

19. INTIMAÇÕES

A FPE foi intimada na pessoa de seu representante em 22/11/10 a interpor recurso ao Conselho Pleno, com relação ao acórdão cameral.

20. ALEGAÇÕES DE RECURSO (DO CONTRIBUINTE OU DA FPE) / CONTRADITA DO(S) SUJEITO(S) PASSIVO(S)

A Fazenda Pública Estadual às fls.142/143, inconformada com a decisão da Terceira Câmara Julgadora, apresenta Recurso ao Conselho Pleno de nº 331/10.

Das razões de recorrer, a Representação Fazendária discorda da exclusão do solidário, uma vez o mesmo foi incluído na lide na condição de administrador da empresa autuada, nos termos do art. 45 inciso XII do CTE.

Discorda também do acolhimento da preliminar de decadência, vez que o crédito tributário se refere ao exercício de 2002, tendo sido dada a ciência do auto de infração ao sujeito passivo em 17/12/2007, (doc. fl. 48) constatando ainda, a existência da notificação fiscal às fls. 09, de 02/09/2007.

Dessa forma, torna-se patente a não-ocorrência da decadência do presente crédito tributário, uma vez que o mesmo foi constituído antes de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ao final, requereu a Fazenda Pública a reforma do acórdão recorrido, para que fosse reincluído na lide o solidário, afastando-se a preliminar de decadência, e retornando-se os autos à fase cameral para julgamento do mérito.

Depois de intimado às fls. 145 e 146, o sujeito passivo apresenta às fls.149/160 Recurso Voluntário e Contradita ao Recurso da Fazenda Pública Estadual.

Reitera a exclusão do solidário no pólo passivo da lide, com base no art.135 inciso III do CTN; argumenta não estar demonstrado pelo fisco a pratica de atos com excesso de poderes, infração de Lei, contrato social ou estatutos; cita diversos julgados de outras cortes e desta Casa que corroborariam seu entendimento.

Reitera a decadência do crédito tributário; que o Acórdão 2008/2010 reconheceu tal decadência uma vez que os fatos se deram em 2002, porém o auto de infração foi lavrado no dia 10/12/2007, e a ciência foi dada no dia 17/12/2007.

No mérito, argumenta não ter praticado a infração estampada na basilar, pois as mercadorias foram internadas junto às empresas destinatárias na zona franca de Manaus, cita julgados desta Casa e de outras cortes tributárias; que não tem obrigação e nem dispõe de meios legais para obrigar a transportadora responsável pelo envio das mercadorias a fornecer comprovantes de internamento.

Por fim, requer manutenção da decisão cameral no que diz respeito à exclusão do sócio administrador, pois o Art.135, III do CTN admite a responsabilidade solidária do administrador pelo não recolhimento de tributos quando o ilícito for resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contratos ou estatuto, o que não ocorreu no presente caso, bem como seja mantida a decisão que reconheceu a ocorrência da decadência. Pede, por fim, a improcedência do lançamento.

Acompanham a peça recursal os seguintes documentos: cópia de documento pessoal de fls.161 e cópia da ATA da Assembléia Geral Extraordinária de fls.162/172.

Pela Certidão às fls.174, consubstanciada pelo acórdão de nº 787/11 às fls.175/181, o Conselho Pleno deste CAT, decidiu por maioria de votos, acolher a preliminar de reinclusão do solidário, arguida pela Representação Fazendária. Também, por maioria de votos, conheceu do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno e lhe deu provimento para não acolher a preliminar de mérito de decadência e retornar os autos à fase cameral para apreciação do mérito.

Quanto à prejudicial de mérito da decadência, entendeu não ocorrida. O convencimento expresso em voto foi firmado porque a notificação que deu ciência da reclamação fiscal ocorreu em 17/12/2007 (fls. 39-A), aperfeiçoando a constituição do crédito tributário. Como os fatos geradores ocorreram no exercício de 2002, dentro do prazo estabelecido no Art.173 do CTN, e ainda devido à existência de notificação expedida pelo fisco (fls. 09) e recebida pelo sujeito passivo em 02/09/07, não haveria que se falar em pagamento parcial para se pretender, portanto a aplicação do Art. 150 do CTN a providência do Fisco Estadual.

As partes foram intimadas em 09/05/11 às fls.182/183 a tomar conhecimento da Decisão Plenária, acórdão nº 787/11 e, querendo manifestar-se.

As partes comparecem com manifestação às fls.186/199, onde requerem seja reformado o Acórdão nº 787/11, mantendo a decisão do acórdão proferido em 2ª instância no que diz respeito a exclusão do sócio e a decadência, visto que o período da autuação é de janeiro a dezembro de 2002, ou seja, constatou-se que o ato de lançamento de ofício foi praticado depois de transcorrido o prazo decadencial, (quinquênio) fixado no art. 173 do CTN, bem como seja julgado totalmente improcedente o auto de infração no que diz respeito ao mérito.

Juntou-se aos autos os seguintes documentos: cópia da ATA da Assembléia Geral Extraordinária de fls.200/210 e cópia de documento pessoal de fls.211.

Pela Certidão às fls.214, sucedida pelo acórdão nº 207/12 às fls.215/219, a Quarta Câmara deste CAT decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade da peça básica, arguida pelo sujeito passivo, sendo, a primeira, por cerceamento do direito de defesa e, a segunda, por insegurança na determinação da infração.

Quanto ao mérito, por maioria de votos, conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar a sentença singular e considerar improcedente o auto de infração.

Entendeu que 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, não seriam passíveis de acolhimento, tendo em vista a ausência de subsunção às hipóteses de nulidade dos atos processuais, insertas nos incisos III e IV do artigo 20 da Lei nº 16.469/09.

A FPE, após intimada às fls.220, apresenta recurso ao Conselho Pleno de nº 456 às fls.221/223, onde clama pela reversão do julgamento cameral a fim de que possa fixar o valor originário do ICMS exigido.

As partes foram intimadas em 13/12/12, por AR, a apresentarem contradita ao recurso formulado pela Representação Fazendária contra o Acórdão proferido por Câmara Julgadora (fls.225/227).

Na Contradita às fls.230/235, os sujeitos passivos comparecem ao feito, em peça conjunta, alegando, preliminarmente, que já foram juntados aos autos provas de que 13 (treze) das Notas Fiscais reclamadas foram canceladas e este fato era de conhecimento do fisco há mais de 5 anos, conforme informado em DPI's e registrado em seus livros fiscais.

Portanto, entende que sequer poderiam ter sido autuadas tendo como motivo "falta de internamento na Zona Franca de Manaus"; que se o Fisco entende que poderia haver alguma ilicitude no ato de cancelamento das Notas Fiscais apontadas, este fato deveria ter sido objeto de auto de infração distinto, haja vista a existência de penalidade específica para reprimi-lo, prevista no art. 71, VII, "d" do CTE.

Quanto aos demais documentos, obtempera que ao mesmo tempo em que o nobre Representante Fazendário reconhece, nos autos, a presença de prova material inconteste do ingresso das mercadorias na Área incentivada, também aduz que ela não comprova o internamento, pois somente seriam prova deste fato as Declarações emitidas pela SUFRAMA.

Cita Acórdãos deste Conselho para sustentar seus argumentos e alega que a penalidade sugerida pelo autuante foi a prevista no inciso VIII, "c" do art. 71 do CTE, qualificada pelo § 9º; que este dispositivo encontra-se revogado desde 29/12/11, por força do disposto no art. 2º da Lei 17.519/11.

Por fim, solicita que se mantenha a decisão cameral que, acolhendo o conjunto probatório oferecido nos autos, acertadamente julgou Improcedente a inicial. Juntou-se aos autos os seguintes documentos: Procuração de fls.236/237 e cópia de documento pessoal às fls.238.

É o relatório.

DECISÃO

A acusação fiscal gravita em torno do não atendimento de obrigações acessórias que, se cumpridas, assegurariam ao Fisco a efetiva entrada das mercadorias na Zona Franca de Manaus e, por via direta, a fruição, pelo sujeito passivo, do benefício fiscal descrito no inciso XVII do art. 6º do Anexo IX do RCTE. As obrigações acessórias previstas para a operação encontram-se descritas no Capítulo IX do Anexo XII do RCTE. Para o deslinde da matéria objeto dos autos, mister a transcrição dos seguintes dispositivos, ali localizados:

Do Anexo XII do RCTE:

"Art. 36. A SUFRAMA e a SEFAZ/AM devem promover ação integrada de fiscalização e controle das entradas de produtos industrializados de origem nacional remetidos a contribuinte do imposto localizado no município de Manaus, Rio Preto da Eva e Presidente Figueiredo com isenção do ICMS, com vistas à comprovação do internamento de mercadorias naquelas áreas de exceção fiscal (Convênio ICMS 36/97, Cláusulas primeira, parágrafo único, e segunda).

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 31.05.08.

Parágrafo único. O processo de internamento da mercadoria é composto de 2 (duas) fases distintas:

I - ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas;

II - formalização do internamento.”

“Art. 37. A constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas deve ser feita mediante a realização de sua vistoria física pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM, de forma simultânea ou separadamente, sendo que (Convênio ICMS 36/97, Cláusula terceira):

NOTA: Redação com vigência de 01.01.98 a 31.05.08.

I - a vistoria realizada separadamente deve ser informada ao outro órgão com repasse dos dados coletados;

II - a SUFRAMA e a SEFAZ/AM devem manter sistemas integrados de informação das vistorias realizadas, assim como da situação cadastral dos destinatários.

§ 1º A vistoria da mercadoria, preparatória à formalização do internamento, deve ser realizada com a apresentação da 1ª, 3ª e 5ª vias da nota fiscal e do conhecimento de transporte, na remessa para a Zona Franca de Manaus, emitida nos termos do artigo anterior (Convênio ICMS 36/97, Cláusula quarta).

§ 2º No ato da vistoria a SUFRAMA e a SEFAZ/AM devem reter, respectivamente, a 5ª e a 3ª vias da nota fiscal e do conhecimento de transporte para fins de processamento eletrônico desses documentos e ulterior formalização do processo de internamento, não se constituindo prova do ingresso da mercadoria a aposição de qualquer carimbo, autenticação, visto ou selo de controle pela SUFRAMA ou SEFAZ/AM, nas vias dos documentos apresentados para vistoria (Convênio ICMS 36/97, cláusula quarta, §§ 1º e 2º).

[...]

§ 6º A formalização do internamento consiste na análise, conferência e atendimento dos requisitos legais referentes ao documento fiscal retido por ocasião da vistoria, nos termos do § 2º deste artigo, por meio do qual foi acobertada a remessa de mercadoria para a área incentivada (Convênio ICMS 36/97, cláusula oitava).

[...]

§ 10. Inexistindo a demonstração detalhada na nota fiscal do abatimento a que se refere a alínea “b” do inciso XVII do caput do art. 6º do Anexo IX deste decreto, a disponibilização via INTERNET prevista no parágrafo anterior e a inclusão em arquivo magnético prevista no § 3º deste artigo somente deve ocorrer após sanada a irregularidade (Convênio ICMS 36/97, cláusula sexta, § 3º).

NOTA: Redação com vigência de 14.07.00 a 31.05.08.”

“Art. 40. 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, alternativamente, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da notificação, a apresentação (Convênio ICMS 36/97, cláusula décima terceira):

I - da Certidão de Internamento referida no § 6º do art. 40, que se apresentada, o fisco de Goiás deve remetê-la à SUFRAMA que, no prazo de 30 (trinta) dias de seu recebimento, deve prestar informações relativas ao internamento da mercadoria e à autenticidade do documento, hipótese em que constatada sua falsificação ou simulação, devem ser adotadas as providências previstas na legislação tributária;

II - da comprovação do pagamento do imposto e, se for o caso, dos acréscimos legais, que se apresentada, deve ser de imediato arquivado o procedimento;

III - de parecer exarado pela SUFRAMA e SEFAZ/AM em pedido de Vistoria Técnica, que se apresentado, deve ser arquivado o procedimento, fazendo juntada da cópia do parecer enviada pela SUFRAMA.

Parágrafo único. Esgotado o prazo previsto no caput sem que tenha sido atendida a notificação, o crédito tributário deve ser constituído mediante lançamento de ofício.”

Depreende-se, do exposto, que a atividade de internamento da mercadoria na Zona Franca de Manaus, para o efeito de fruição do benefício fiscal, é composta de duas fases distintas, a saber, o *internamento* e a sua *formalização*.

Tal exigência decorre do fato de ser o benefício descrito no art. 6º XVII do Anexo IX do RCTE condicionado à comprovação inequívoca da efetiva entrada dos produtos no estabelecimento destinatário, comprovação que se realiza mediante o atendimento das normas previstas nos arts. 35 e seguintes do já mencionado Anexo XII do RCTE.

Em reprodução à regra insculpida nos convênios ICM nº 65/88 e 6/90, o inciso XVII do art. 6º do Anexo IX do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997 assim dispunha:

“Art. 6º São isentos do ICMS:

[...]

XVII - 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):

[...]

b) a isenção é condicionada a que o estabelecimento remetente deduza, do valor da operação constante da nota fiscal, o montante equivalente ao ICMS que seria devido se não houvesse o benefício (Convênio ICM 65/88, cláusula primeira, § 2º);

c) o benefício somente prevalece com a comprovação inequívoca da efetiva entrada dos produtos no estabelecimento destinatário (Convênio ICM 65/88, cláusula segunda);

[...]

e) a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, em conjunto ou não com a Secretaria da Fazenda, Economia ou Tributação de cada um dos Estados destinatários do produto, deve exercer o controle sobre a entrada do produto industrializado nas regiões mencionadas (Convênio ICM 65/88, cláusula sexta);”

Bom alvitre lembrar que o exegeta, na interpretação de dispositivos que confirmam benefício fiscal, somente tem ao seu dispor a interpretação literal, nos moldes do art. 111 do CTN, *in verbis*:

“CTN: Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

[...]

II - outorga de isenção;”

De outra monta, um dos pilares do controle da legalidade do ato administrativo é o poder-dever imputado à Administração de rever seus próprios atos quando se apure ilegalidade em qualquer etapa de sua formação. Tal prerrogativa vem, muito apropriadamente, descrita na Lei Estadual nº 13800/01, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás, cuja aplicação é subsidiária ao Processo Administrativo Tributário, nos seguintes termos:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Tal dispositivo constitui reprodução de normativa que já é amplamente aceita em doutrina e jurisprudência pátrias, inclusive com previsão sumular, editada pelo STF, cuja ementa é a seguinte:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Súmula 473.

Os vícios no lançamento, passíveis de serem retificados, foram perfeitamente identificados na Revisão às fls. 110/ 121 dos autos. O Revisor, com efeito, produziu as seguintes retificações:

1) Exclusão da nota fiscal nº 477722, cancelada pelo remetente.

2) Exclusão das notas fiscais nº 377513 e 397592, ante a comprovação posterior do internamento das mercadorias na Zona Franca de Manaus.

Ponderou a Autoridade revisora que o sujeito passivo foi notificado a apresentar as notas fiscais que afirmou terem sido canceladas, tendo sido apresentada apenas cópia da nota fiscal nº 477722.

Feitas tais exclusões, o ICMS, calculado à alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R\$ 567.876,06, passou a ser o valor de R\$ 96.538,92.

Devo obter, entretanto, que a acusação presente não discute a possibilidade de a mercadoria não haver transposto as fronteiras Goianas. Ao contrário. O que se pretende é a não-aplicação da isenção da operação interestadual pelo simples não-atendimento de condições expressas no dispositivo que confere o benefício.

Diante disso, merece guarida a solicitação do sujeito passivo, no sentido de se aplicar a alíquota interestadual à operação aqui tratada.

Disso, o valor originário de ICMS passa a R\$ 68.145,13, calculado sobre a mesma base de cálculo apurada em revisão fiscal, no valor de R\$ 567.876,06.

Finalmente, conforme se reiterou na parte final do acórdão recorrido, as questões afetas à decadência do crédito tributário e solidariedade foram superadas em manifestação anterior deste Plenário, se encontrando preclusas, conforme acórdão nº 787/2011, fls. 175 a 181.

Sob tais fundamentos, sendo patentes as irregularidades descritas na inicial e aditadas/ retificadas em revisão fiscal, passíveis de reduzir o *quantum* originário do imposto, conheço e dou parcial provimento ao presente recurso, para declarar a parcial procedência deste lançamento, no valor de ICMS de R\$ 68.145,13, calculado à alíquota interestadual de 12%, valendo-me da mesma base de cálculo apurada em revisão fiscal.

Aplico, ademais, quanto à penalidade descrita na inicial, a retroatividade benigna decorrente da revogação do inciso VIII e concomitante criação do inciso IV-A do art. 71 do CTE, por força da lei nº 17.519, de 29.12.11.

Sala das sessões plenárias, em 17 de setembro de 2013.

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

Matéria: ZONA FRANCA DE MANAUS - Falta de comprovação do internamento - condição para usufruir do benefício fiscal (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 02011/13

Autor do Voto Vencedor: Conselheiro Antônio Martins da Silva

EMENTA: PROCESSUAL: Recurso da Fazenda Pública. Pedido de reinserção na lide do solidário [...]. Acolhido. ICMS. Obrigação principal. Omissão de pagamento de ICMS. Falta de comprovação do ingresso de mercadorias nas áreas de livre comércio ou Zona Franca de Manaus. Procedência parcial.

1. Deve ser reinserida na lide a pessoa natural que comprovadamente exercia função de administrador da empresa atuada à época da ocorrência dos fatos;

2. A fruição do benefício fiscal da isenção do ICMS na saída de mercadoria para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus está condicionada à comprovação inequívoca da efetiva entrada dos produtos no estabelecimento do destinatário que deve ser feita por meio da Declaração do Ingresso, obtida no sistema eletrônico e disponibilizada pela SUFRAMA (Decreto nº 4.852/97, Anexo IX, art. 6º, XVII e Anexo XII, art. 39);

3. É lícita a exigência de ICMS incidente sobre mercadorias cujo ingresso na Zona Franca de Manaus não foi comprovado;

4. A penalidade proposta deve ser readequada para a prevista no novel dispositivo legal que comina pena menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração (CTN, art. 106, II, "c").

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 24 de setembro de 2013, decidiu, por maioria de votos, acolher a preliminar de reinclusão do solidário [...] na lide, arguida pela Fazenda Pública. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Márcio Nogueira Pedra, David Fernandes de Carvalho, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Rickardo de Souza Santos Mariano, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Rodolfo Ramos Caiado, Alcedino Gomes Barbosa, Cláudio Henrique de Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo e José Luiz Rosa. Também, por maioria de votos, conhecer do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dar-lhe provimento para reformar a decisão cameral e não acolher a decadência parcial referente aos meses de janeiro a novembro de 2003 e, ainda, considerar procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS a recolher é de R\$ 34.433,78 (trinta e quatro mil, quatrocentos e trinta e três reais e setenta e

oito centavos), nos termos da revisão de fls. 409 a 414. Foram vencedores os Conselheiros Antônio Martins da Silva, Manoel Antônio Costa Filho, Márcio Nogueira Pedra, David Fernandes de Carvalho, Washington Luis Freire de Oliveira, Heli José da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, Victor Augusto de Faria Morato e o Sr. Presidente, Conselheiro Domingos Caruso Neto, que proferiu voto de desempate. Vencidos os Conselheiros Rickardo de Souza Santos Mariano, José Pereira D'abadia, Delcídes de Souza Fonseca, Rodolfo Ramos Caiado, Alcedino Gomes Barbosa, Cláudio Henrique de Oliveira, Aguinaldo Fernandes de Melo e José Luiz Rosa, que votaram conhecendo do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, negando-lhe provimento para manter a decisão cameral que acolheu a decadência parcial referente aos meses de janeiro a novembro de 2003 e considerou procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS a recolher é de R\$ 747,46 (setecentos e quarenta e sete reais e quarenta e seis centavos), relativo ao período de dezembro de 2003. E, por unanimidade de votos, adequar a penalidade para a prevista no art. 71, inciso IV-A, do CTE. Participaram do julgamento os Conselheiros Rickardo de Souza Santos Mariano, Antônio Martins da Silva, José Pereira D'abadia, Manoel Antônio Costa Filho, Delcídes de Souza Fonseca, Márcio Nogueira Pedra, Rodolfo Ramos Caiado, David Fernandes de Carvalho, Alcedino Gomes Barbosa, Washington Luis Freire de Oliveira, Cláudio Henrique de Oliveira, Heli José da Silva, Aguinaldo Fernandes de Melo, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Luiz Rosa e Victor Augusto de Faria Morato.

RELATÓRIO

A acusação formulada pelo fisco e de que a empresa realizou saídas de mercadorias com destino a estabelecimento situado na Zona Franca de Manaus ou Área de Livre Comércio, com a utilização do benefício fiscal da isenção do ICMS, sem comprovar o ingresso das mercadorias nas áreas incentivadas, ficando, em consequência, sujeita ao pagamento do ICMS mais as cominações legais.

Foram indicados como infringidos os artigos 43 e 64 da Lei nº 11.651/91 c/c artigo 6º, inciso XVII, do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97 e proposta a penalidade prevista no artigo 71, inciso VIII, alínea "c", c/c § 9º, inciso I, da Lei nº. 11.651/91.

Foram indicados como solidários nos termos do art. 45, inciso XII, da Lei nº. 11.651/91 os administradores: Walterci de Melo e Ítalo Nogueira Alves de Melo.

O lançamento foi instruído com os seguintes documentos:

1 - Notificação fiscal solicitando da empresa autuada a apresentação dos comprovantes de ingresso das mercadorias na Zona Franca de Manaus (fls. 17 e 18);

2 - Cópias das notas fiscais (fls. 21 a 180);

3 - Cópia da pesquisa feita no sitio da SUFRAMA relativamente ao ingresso das mercadorias nas áreas incentivadas (fls. 181);

4 - Planilha denominada Relação de Notas Fiscais Sem Comprovação de Internamento na SUFRAMA ou Áreas de Livre Comércio (fls. 19).

O não comparecimento dos sujeitos passivos para pagamento da quantia exigida ou apresentação de impugnação encontra-se registrado no Termo de Revelia de fls. 185.

Novamente intimada a empresa autuada e o solidário [...] compareceram ao processo por meio da impugnação de fls. 191 a 205, alegando o seguinte:

1 - Decadência nos termos do art. 150, 4º, do Código Tributário Nacional - CTN;

2 - Im procedência tendo em vista que as mercadorias foram internadas na zona franca, conforme comprovam os protocolos juntados ao processo.

O solidário [...], compareceu ao processo por meio da peça de fls. 236 a 250, repetindo os mesmos argumentos dos demais sujeitos passivos.

Por meio da Resolução nº. 223/2009, de fls. 407 e 408 a Terceira Câmara Julgadora, por unanimidade de votos, converteu o julgamento em diligência e encaminhou o processo à Coordenação de Comércio Exterior com solicitação de análise dos documentos juntados pelos sujeitos passivos e elaboração de novos demonstrativos, caso necessário.

Por intermédio do Relatório Diligencial nº. 0429/2009, de fls. 409 a 414, o auditor fiscal designado para o cumprimento da diligência informou que promoveu a exclusão das notas fiscais cujo internamento na zona franca foi comprovado por meio de declarações de ingressos, reduzindo o valor do crédito tributário para R\$ 34.433,78 (trinta e quatro mil, quatrocentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos), conforme demonstrativo de fls. 413 e 414.

Intimados do resultado da revisão os sujeitos passivos não se manifestaram.

Em sessão realizada no dia 12 de novembro de 2010 a Quarta Câmara Julgadora, por maioria de votos excluiu o solidário [...] da lide e por unanimidade de votos excluiu o solidário [...]. Por maioria de votos considerou procedente o lançamento no valor de R\$ 747,46 (setecentos e quarenta e sete reais e quarenta e seis centavos) relativamente ao mês de dezembro de 2003, considerando decadente o período de janeiro a novembro de 2003.

Inconformada a Fazenda Pública Estadual interpôs o recurso ao Conselho Pleno de fls. 435 a 437, objeto do presente julgamento, pleiteando a reinclusão na lide do solidário [...] e a procedência do lançamento nos termos da revisão, afastando, conseqüentemente, a decadência relativa ao período de janeiro a novembro de 2003, nos termos do voto vencido na fase cameral.

Intimados os sujeitos passivos compareceram ao processo pedindo a manutenção da decisão cameral.

É o relatório.

DECISÃO

1. DO PEDIDO DE REINCLUSÃO DO SOLIDÁRIO [...] NA LIDE:

A fundamentação fática para a inclusão do solidário na lide foi o fato de o mesmo exercer função de administração na empresa autuada à época da ocorrência dos fatos geradores na qualidade sócio-administrador.

A fundamentação legal mencionada pelos autores do procedimento foi o art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.6551/91, 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;"

É cediço que a pessoa jurídica é fruto de uma ficção legal, embora possuindo personalidade jurídica, não tem vontade própria, sendo representada em todos os seus atos pelos administradores que são os verdadeiros protagonistas das relações jurídicas, inclusive aquelas decorrentes do cumprimento das obrigações tributárias, razão pela qual são eleitas como solidárias com empresa a qual representam e administram, pelo pagamento do imposto devido na operação ou prestação que constitua o fato gerador da obrigação principal, nos exatos termos do art. 124, do Código Tributário Nacional - CTN e do art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91.

Assim, as decisões majoritárias do Conselho Administrativo Tributário tem sido no sentido de manter na lide os administradores da empresa autuada. Nesse sentido, podemos citar como paradigma o Acórdão nº 00545/12, brilhantemente relatado pelo Conselheiro Victor Augusto de Faria Morato, cuja ementa ficou assim redigida:

"ICMS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NÃO RECOLHIDO. PRELIMINAR DE EXCLUSÃO DE SOLIDÁRIOS REJEITADA. NÃO-UNÂNIME. PROCEDÊNCIA. DECISÃO UNÂNIME. I - As decisões da empresa - ente destituído de vontade própria - se personificam na pessoa do sócio-administrador. As reiteradas decisões do STJ não são no sentido de se excluir irrefletidamente todos os sócios-administradores e em quaisquer hipóteses. Com efeito, se houver violação de lei a responsabilidade será

do sócio com poderes de administração. Há, dessarte, interesse da Fazenda em tal inclusão, visto que havendo necessidade de redirecionamento da ação executiva por ausência ou insuficiência de bens da pessoa jurídica, a presunção de liquidez e certeza de que goza a certidão de dívida ativa abarcará o nome de todos quantos nela forem arrolados."

Referida decisão, conforme afirmação do relator no voto condutor do mencionado acórdão, teve como fundamento o art. 45, inciso XII, da Lei nº 11.651/91, bem como a decisão do Superior Tribunal de Justiça consubstanciada no AgRg no Ag 677730/RJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2005/0072325-5. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE - ART. 135 DO CTN - CDA - PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE LIQUIDEZ E CERTEZA - ÔNUS DA PROVA - SÚMULA 83/STJ.

1. Depreende-se do artigo 135 do CTN, que a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade.

2. A Primeira Seção, no julgamento do EREsp 702.232/RS, de relatoria do Ministro Castro Meira, assentou entendimento segundo o qual: 1) se a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN; 2) se a execução fiscal foi promovida contra a pessoa jurídica e o sócio-gerente, cabe a este o ônus probatório de demonstrar que não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no mencionado art. 135; 3) se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, o ônus da prova também, compete ao sócio, em virtude da presunção juris tantum de liquidez e certeza da referida certidão.

3. Na hipótese dos autos a Certidão de Dívida Ativa não incluiu o sócio-gerente como co-responsável tributário, cabendo ao recorrente comprovar a presença dos requisitos do art. 135 do CTN.

4. Qualquer conclusão no sentido de afirmar ter ou não o sócio agido com abuso de poder dependeria de reexame de aspectos fáticos e probatórios, o que é inviável pela via eleito do especial, a teor da Súmula 7 do STJ."

Assim, diante da previsão legal acima mencionada no sentido de que os acionistas controladores, os diretores, gerentes, administradores ou representantes da pessoa jurídica, são solidariamente obrigados com o contribuinte, ao pagamento do imposto devido relativamente à operação ou prestação decorrente dos atos que praticarem, intervirem ou pela omissão de que forem responsáveis, bem como a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça - STJ, acolhi o pedido de Fazenda Pública Estadual para reinserir na lide o solidário [...].

2. DO MÉRITO:

Cumprе ressaltar, inicialmente, que a autuada remeteu mercadorias com destino a empresas situadas na Zona Franca de Manaus com a utilização do benefício fiscal isenção do ICMS previsto no art. 6º, inciso XVII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97, que estabelece o seguinte:

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 Eitaciolândia, 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):

a) a isenção não alcança a saída de arma e munição, perfume, fumo e seus derivados, bebida alcoólica, automóvel de passageiro e açúcar de cana (Convênio ICM 65/88, cláusula primeira, § 1º; e Convênio ICMS 1/90, cláusula primeira);

b) a isenção é condicionada a que o estabelecimento remetente deduza, do valor da operação constante da nota fiscal, o montante equivalente ao ICMS que seria devido se não houvesse o benefício (Convênio ICM 65/88, cláusula primeira, § 2º);

c) o benefício somente prevalece com a comprovação inequívoca da efetiva entrada dos produto no estabelecimento destinatário (Convênio ICM 65/88, cláusula segunda);"

A formalização do ingresso de mercadorias na Zona Franca de Manaus está regulada no Capítulo IX, do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97, mais precisamente no art. 37, cuja redação que vigorou no período de 01/01/98 a 31/05/08, estabelecia o seguinte:

"Art. 37. A constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas deve ser feita mediante a realização de sua vistoria física pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM, de forma simultânea ou separadamente, sendo que (Convênio ICMS 36/97, Cláusula terceira):

I - a vistoria realizada separadamente deve ser informada ao outro órgão com repasse dos dados coletados;

II - a SUFRAMA e a SEFAZ/AM devem manter sistemas integrados de informação das vistorias realizadas, assim como da situação cadastral dos destinatários.

III - previamente ao seu ingresso na Zona Franca de Manaus, os dados pertinentes aos documentos fiscais de mercadoria nacional incentivada devem ser informados à SUFRAMA, em meio magnético ou pela INTERNET, pelo transportador da mercadoria, conforme padrão conferido em software específico disponibilizado pelo órgão.

III - previamente ao seu ingresso na Zona Franca de Manaus, os dados pertinentes aos documentos fiscais de mercadoria nacional incentivada, inclusive os dados dos respectivos remetentes, devem ser informados à SUFRAMA, em meio magnético ou pela INTERNET, pelo transportador da mercadoria, conforme padrão conferido em software específico disponibilizado pelo órgão.

§ 1º A vistoria da mercadoria, preparatória à formalização do internamento, deve ser realizada com a apresentação da 1ª, 3ª e 5ª vias da nota fiscal e do conhecimento de transporte, na remessa para a Zona Franca de Manaus, emitida nos termos do artigo anterior (Convênio ICMS 36/97, Cláusula quarta).

§ 2º No ato da vistoria a SUFRAMA e a SEFAZ/AM devem reter, respectivamente, a 5ª e a 3ª vias da nota fiscal e do conhecimento de transporte para fins de processamento eletrônico desses documentos e ulterior formalização do processo de internamento, não se constituindo prova do ingresso da mercadoria a aposição de qualquer carimbo, autenticação, visto ou selo de controle pela SUFRAMA ou SEFAZ/AM, nas vias dos documentos apresentados para vistoria (Convênio ICMS 36/97, cláusula quarta, §§ 1º e 2º).

§ 3º A SUFRAMA deve comunicar o ingresso da mercadoria ao fisco do Estado de Goiás e ao fisco federal, mediante remessa de arquivo magnético, até o 60º (sexagésimo) dia de sua ocorrência, que deve conter, no mínimo, os seguintes dados (Convênio ICMS 36/97, cláusula quinta):

I - nome e números de inscrição, estadual e no CGC, do remetente;

II - nome e número de inscrição no CGC do destinatário;

III - número, valor e data de emissão da nota fiscal;

IV - local e data da vistoria.

[...]

§ 6º A formalização do internamento consiste na análise, conferência e atendimento dos requisitos legais referentes ao documento fiscal retido por ocasião da vistoria, nos termos do § 2º deste artigo, por meio do qual foi acobertada a remessa de mercadoria para a área incentivada (Convênio ICMS 36/97, cláusula oitava).

[...]

§ 8º Decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados do ingresso da mercadoria, devidamente informado nos termos do inciso I do caput deste artigo, sem que o destinatário tenha sanado as pendências que impeçam a conclusão do processo de internamento junto a SUFRAMA, previsto no § 7º, a SEFAZ/AM deve iniciar procedimento fiscal mediante notificação exigindo alternativamente, no prazo de 30 (trinta) dias, a apresentação (Convênio ICMS 36/97, cláusula oitava, parágrafo único):

I - da comprovação da resolução das pendências previstas no parágrafo anterior, que impeçam a formalização do internamento;

II - da comprovação do pagamento do ICMS devido ao Estado do Amazonas e, se for o caso, dos acréscimos legais.”

Com o advento do Convênio ICMS 23/08 e da nova redação dada aos art. 37, do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97 pelo Decreto nº 6.776/08, com vigência a partir de 01/06/08, a formalização e a comprovação do ingresso de mercadorias nas áreas incentivadas passou a ser regulado da seguinte forma:

“Art. 37. A formalização do ingresso nas áreas incentivadas dar-se-á no sistema de controle eletrônico mediante os seguintes procedimentos (Convênio ICMS 23/08, Cláusulas quarta e quinta):

I - registro eletrônico, pelo remetente, antes da saída do seu estabelecimento, dos dados da nota fiscal no sistema de controle eletrônico, para geração do PIN-e;

II - registro eletrônico, pelo transportador, antes do ingresso nas áreas incentivadas, dos dados do conhecimento de transporte e do manifesto de carga, para complementação do PIN-e, referido no inciso I;

III - apresentação à SUFRAMA, pelo transportador, para fins de retenção, análise, conferência documental, vistoria do produto industrializado ingressado e processamento eletrônico, dos seguintes documentos:

a) PIN-e, para autenticação eletrônica e homologação pela SUFRAMA;

b) 1ª e 5ª vias da Nota Fiscal ou do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE;

c) cópia do Conhecimento de Transporte ou Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico - DACTE;

d) Manifesto de Carga;

IV - confirmação pelo destinatário, no sistema de controle eletrônico, do recebimento dos produtos em seu estabelecimento, após procedimento do inciso III.

§ 1º A 1ª via da Nota Fiscal deve ser apresentada na SEFAZ, para fins de comprovação do desembaraço.

§ 2º O registro eletrônico prévio dos dados da Nota Fiscal, do Conhecimento de Transporte e do Manifesto de Carga, no sistema de controle eletrônico, é de responsabilidade dos respectivos estabelecimentos emitentes.

§ 3º Fica dispensada a apresentação à SUFRAMA do Conhecimento de Transporte, ou Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte eletrônico (DACTE), nos seguintes casos:

I - no transporte executado pelo próprio remetente ou destinatário (carga própria), desde que sejam disponibilizados à SUFRAMA os dados do veículo transportador e do seu respectivo condutor, no caso de transporte rodoviário e, nos demais casos, os dados do responsável pelo transporte da carga;

II - no transporte efetuado por transportadores autônomos, conforme o disposto no Convênio ICMS 25/90, de 13 de setembro de 1990;

III - no transporte realizado por via postal, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, desde que o destinatário apresente o documento probatório da realização deste transporte;

IV - na hipótese de emissão de Nota Fiscal para fins de simples faturamento, de remessa ou devolução simbólica, ou em razão de complemento de preço.

§ 4º Na hipótese do inciso II do § 3º, o transporte deve ser acompanhado do documento de arrecadação do imposto referente ao serviço de transporte.

Art. 38. A Nota Fiscal, emitida para empresas localizadas nas áreas incentivadas, deve conter no campo "Informações Complementares" as seguintes informações (Convênio ICMS 23/08, cláusula oitava):

I - número de inscrição na SUFRAMA do destinatário;

II - indicação do valor do abatimento relativo ao ICMS, no que couber;

III - dispositivo legal referente à isenção ou suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, no que couber;

IV - número e ano do Programa Especial de Exportação da Amazônia - PEXPAM, somente quando for destinada à industrialização de produtos para atendimento específico de programa de exportação aprovado pela SUFRAMA.

Art. 39. A regularidade da operação de ingresso, para fins do gozo do benefício previsto no inciso XVII do art. 6º do Anexo IX, por parte do remetente, deve ser comprovada pela Declaração do Ingresso, obtida no sistema eletrônico e disponibilizada pela SUFRAMA (Convênio ICMS 23/08, cláusula sexta)."

Resumindo, no período de 01/01/98 a 31/05/08 a comprovação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas (Zona Franca de Manaus) era feita por meio de arquivo magnético enviado pela SUFRAMA à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, nos termos do § 3º, do art. 37, do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97. A partir de 01/06/08 a regularidade do ingresso, para fins de gozo do benefício fiscal da isenção, por parte do remetente, passou a ser feita por meio da Declaração de Ingresso, obtida no sistema eletrônico e disponibilizada pela SUFRAMA, nos termos do art. 39, do Anexo XII, do Decreto nº 4.852/97.

No caso vertente, verifica-se que como medida preparatória os autores do procedimento notificaram a empresa atuada para apresentar as comprovações de internamento das mercadorias nas áreas de livre comércio (SUFRAMA), conforme faz prova a Notificação Fiscal de fls. 49 e 50 e face ao silêncio da empresa atuada foi lavrado o auto de infração. No decorrer do processo os sujeitos passivos apresentaram os documentos de fls. 253 a 405, resultando na exclusão do lançamento das Notas Fiscais nº 184027, 184028, 185991, 186079, 186080, 188670, 188671, 189097, 189574, 200613, 201169, 201553 e 203963, resultando em redução do valor original do crédito tributário para R\$ 34.433,78 (trinta e quatro mil, quatrocentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos), conforme relatório de revisão de fls. 409 a 414.

Com essas considerações e diante da falta de apresentação de comprovante relativo ao internamento das mercadorias constantes das notas fiscais remanescentes, entendo que deve ser reformada a decisão cameral para considerar procedente o lançamento no valor do voto vencido que acolheu o resultado da revisão, rejeitando, em consequência a decadência relativa ao período de janeiro a novembro de 2003 reconhecida pela decisão cameral, tendo em vista que o lançamento é relativo ao exercício de 2003, tendo o prazo decadencial começado a fluir no dia 1ª de janeiro de 2004, findando, de pleno direito no dia 31 de dezembro de 2008, nos termos do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN, após, portanto, a intimação do lançamento que ocorreu no dia 16/12/08, conforme intimações de fls. 182 a 184.

Observo, no entanto, que a penalidade prevista no art. 71, inciso VIII, alínea "c" da Lei nº 11.651/91, proposta pelos autores do procedimento, foi revogada pela Lei nº 17.519, de 29 de dezembro de 2011 que, para essa modalidade de infração, introduziu a penalidade prevista no art. 71, inciso IV-A, que deve ser aplicada ao caso vertente, por força do princípio da retroatividade benigna da Lei, previsto no art. 106, inciso II, alínea "c" do Código Tributário Nacional - CTN que determina que seja aplicada a ato ou fato pretérito a lei que comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

À conta do exposto, conheço do recurso da Fazenda Pública para o Conselho Pleno, dou-lhe provimento, para reformar a decisão cameral e considerar procedente o lançamento no valor de R\$ 34.433,78 (trinta e quatro mil, quatrocentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos), conforme relatório de revisão de fls. 409 a 414.

Sala das sessões plenárias, em 22 de outubro de 2013.

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

Matéria: ZONA FRANCA DE MANAUS - Falta de comprovação do internamento de mercadoria na Zona Franca de Manaus (Procedência Parcial)

ACÓRDÃO DO CONP N.º 00119/13

Relator: Conselheiro Allen Anderson Viana

EMENTA: *ICMS. Pedido de Revisão Extraordinária. Saída de mercadorias com destino à áreas incentivadas. Descumprimento dos requisitos essenciais à obtenção de isenção fiscal. Procedência parcial. Decisão unânime.*

Provado no Pedido de Revisão Extraordinária que o sujeito passivo deixou de comprovar o ingresso e conseqüente internamento de parte das mercadorias remetidas para a Zona Franca de Manaus, procedente em parte é o auto de infração.

ACÓRDÃO - O Conselho Administrativo Tributário, em sessão plenária realizada no dia 13 de dezembro 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\$ 97.487,60 (noventa e sete mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e sessenta centavos), considerando o pagamento de fls. 227 para fins de extinção do crédito tributário. Participaram do julgamento os Conselheiros Allen Anderson Viana, Elias Alves dos Santos, Edson Abrão da Silva, Marlene Maria da Silva Ruguê Bernardes, José Pereira D'abadia, Renato Moraes Lima, José Luiz Rosa, José Paixão de Oliveira Gomes, Alcedino Gomes Barbosa, Victor Augusto de Faria Morato, 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 apresentado com fundamento no item 1, alínea "a", inciso II, art. 43 da Lei nº 16.469/09, pelo qual o sujeito passivo [...] LTDA solicitou a desconstituição do crédito tributário formalizado por meio do Auto de Infração n.º 4 0110012 242 01, referente à exigência de ICMS devido nas operações de saída de mercadorias com destino a estabelecimento situado na Zona Franca de Manaus ou área de livre comércio sem comprovar o ingresso e o conseqüente internamento das mesmas.

Em suas alegações, o autuado afirmou que 06 (seis) das notas fiscais autuadas foram devidamente internadas pela SUFRAMA. Em relação às demais 29 (vinte e nove) notas fiscais, noticiou que se encontram registradas nos livros de registros de entradas dos destinatários, fazendo jus ao benefício. Teceu comentários quanto a não incidência constitucional das remessas para a Zona Franca, e esclareceu que a atuação se deu em razão da ausência de documentação cuja liberação é de domínio da SUFRAMA, pugnando pela improcedência parcial da autuação. Acostou aos autos Declaração de Ingresso

(fls.90), Protocolos de Ingresso de Mercadoria Nacional - PIN (fls.91/101), cópias de Livros de Registros de Entradas (fls.102/122), cópias de Livros de Registros de Saídas (fls.124/165), cópias de cadastros junto a SUFRAMA (fls.166/179), cópia de procuração, documentos de constituição da empresa e documentos dos procuradores (fls.180/191).

Posteriormente retornou ao feito (fls.194/195) noticiando ter efetuado o pagamento integral do auto de infração com os benefícios da Lei 17.817/12 - RECUPERAR II, requerendo urgência em sua análise, sob pena de sofrer a suspensão dos atos de concessão de tais benefícios, pugnando pelo arquivamento do feito. Juntou cópia do DARE e do respectivo comprovante de pagamento bancário (fls.196/197) e cópia de notificação de Certidão de Débito Inscrito em Dívida Ativa (fls.198).

Novamente nos autos (fls.200/203), esclareceu que o valor recolhido através do programa RECUPERAR II excluiu os débitos constantes de 6 (seis) notas fiscais com comprovação de internamento da SUFRAMA, que totalizam R\$ 16.064,15, quais sejam 118815, 118865, 118866, 118867, 118886 e 118938. Entende que o cálculo do imposto relativo às notas fiscais não internadas deveria ter como aplicação a alíquota de 12%, e não de 17% como pretende o autuante, pugnando pela procedência do pedido e a confirmação das deduções aplicadas. Acostou aos autos documentos às fls. 204/220.

O Presidente do Conselho Administrativo Tributário através do DESPACHO 2038/2012 admitiu o pedido de revisão extraordinária e determinou o encaminhamento dos autos ao Setor de Apoio à Segunda Instância, para que sejam pautados a julgamento pelo Conselho Pleno, para apreciação.

Destacou que "examinando a documentação ora trazida ao processo constatou a existência de erro de fato substancial que implica alteração parcial no lançamento procedido pelo Fisco, uma vez que ficou provado o internamento das notas fiscais autuadas nºs 118815, 118865, 118866, 118867, 118886 e 118938, que se encontram relacionadas às fls.12vº, conforme se deduz, de forma incontestada, da análise da Declaração de Ingresso emitida pela Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA (fls.90)".

DECISÃO

Compulsando-se os autos verifico que razão assiste em parte ao sujeito passivo, pois demonstrado está que descumpriu parte da obrigação tributária a que está vinculado por disposição de lei. De fato, examinando-se toda a documentação acostada aos autos é de se concluir que ocorreu erro de fato substancial que implicou na alteração parcial no lançamento procedido pelo Fisco.

Com efeito, o sujeito passivo demonstrou com a devida propriedade o internamento na Zona Franca de Manaus, das mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais autuadas nºs 118815, 118865, 118866, 118886 e 118938, que se encontram relacionadas às fls. 12 destes autos, conforme deduz-se de forma

inconteste, da análise da Declaração de Ingresso emitida pela Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, colacionada às fls.90 destes autos.

Face ao exposto, voto em uníssono com meus pares, para conhecer do Pedido de Revisão Extraordinária encaminhado ao Conselho Pleno desta Casa, para dar-lhe parcial provimento para considerar procedente em parte o auto de infração no valor do ICMS de R\$ 97.487,60 (noventa e sete mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e sessenta centavos), considerando-se, entretanto, o pagamento de fls. 227 para fins de extinção do crédito tributário.

Sala das sessões plenárias, em 22 de janeiro de 2013.

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

Matéria: Falta de escrituração no livro próprio da nota fiscal de entrada - Multa Formal (Procedência Parcial)

Julgador: Francisco Délio de Oliveira Martins

SENTENÇA N.º 00040/13 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O Fisco acusa o sujeito passivo de omitir a escrituração, no livro Registro de Entrada, das Notas Fiscais Eletrônicas nºs 634007, 727831, 32699, 188405, 15225, 33679 e 2503, no valor total de R\$ 589.283,38 (quinhentos e oitenta e nove mil, duzentos e oitenta e três reais e trinta e oito centavos), como consequência exige o pagamento de multa formal no valor de R\$ 147.320,85 (cento e quarenta e sete mil, trezentos e vinte reais e oitenta e cinco centavos) correspondente a 25 % (vinte e cinco por cento) do valor da operação. A infração foi comprovada, entre outros documentos, com a relação das notas fiscais de aquisição de mercadorias e com cópias dos livros Registro de Entradas.

Foi indicado como infringido o art. 64 da Lei nº 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE, conjuntamente com o art. 308 do Decreto nº 4.852/97, que regulamenta o CTE – RCTE. Propõe a aplicação da penalidade prevista no art. 71, VII, “c”, do CTE, com redação da Lei nº 13.446/99.

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresenta impugnação alegando que as Notas Fiscais nºs 634007, 727831 e 33679 foram devidamente registradas, conforme docs. fls. 72 e 75. Reconhece o não registro das Notas Fiscais nºs 188405, 2503, 32699 e 15225, porém, em relação às duas últimas justifica a falta de registro ao desconhecimento da existência das mesmas, aduz que a falta de registro não trouxe nenhum prejuízo ao erário. Assevera que tratam de operações de remessa para industrialização por conta e ordem de terceiros, incluídas no campo da não incidência. Pede a exclusão das Notas Fiscais nºs 634007, 727831 e 33679 por estarem registradas bem como dos valores das operações com as Notas Fiscais nºs 32699 e 15225 por estarem fora do campo de incidência do ICMS e a aplicação da forma privilegiada prevista no art. 71, § 8º, do CTE.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Não se verifica nos autos nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no art. 20 da Lei nº 16.469/09.

Os documentos de fls. 72 e 75 comprovam de fato o registro da Notas Fiscais Eletrônicas nºs 634007, 727831 e 33679 no livro Registro de Entrada do sujeito passivo, devendo, portanto, as mesmas serem retiradas do levantamento apresentado pela acusação.

A alegação de que não tinha conhecimento das Notas Fiscais Eletrônicas nºs 32699 e 15225, assim como a natureza dessas operações não se justifica para se livrar da acusação de falta de registro no livro Registro de Entrada.

A obrigatoriedade do registro das notas fiscais de entrada no estabelecimento do sujeito passivo está prevista no art. 308 do RCTE não se fazendo exceção quanto à natureza da operação.

O desconhecimento da existência da referida nota fiscal também não pode ser oposto à exigência fiscal, pois conforme dispõe o art. 136 do CTN "...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". No mesmo sentido ocorre com as alegações de que não houve prejuízo ao Estado porque as operações não incidem o ICMS.

Examinando as notas fiscais que não foram registradas no livro Registro de Entrada verifica-se que de fato, da omissão desses registros não ocorreu ainda que indiretamente falta de pagamento do imposto o que autoriza a aplicação da forma privilegiada prevista no art. 71, § 8º do CTE.

Destarte, a exigência do crédito tributário deve persistir em relação a omissão de registro das Notas Fiscais nºs 32699, 188405, 15225 e 2503, ficando o sujeito passivo condenado ao pagamento do crédito tributário no valor originário de R\$ 131.460,00 (cento e trinta e um mil e quatrocentos e sessenta reais), mais acréscimos legais, devendo ser aplicada a forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do CTE.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe parcial provimento, para declarar PROCEDENTE EM PARTE o lançamento do crédito tributário em julgamento, condenar o sujeito passivo ao pagamento da multa formal no valor originário de R\$ 131.460,00 (cento e trinta e um mil e quatrocentos e sessenta reais), com os devidos acréscimos legais, devendo ser aplicada a forma privilegiada prevista no § 8º do artigo 71 do CTE e considerado o pagamento de fls. 90/91.

À Representação Fazendária. Após, intime-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos dias do mês de janeiro de 2013.

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

Matéria: Omissão do pagamento do ICMS. Apuração do ICMS pelo Simples Nacional por não optante (Procedência)

Julgador: Zenewton Rimes de Almeida

SENTENÇA N.º 00152/13 – JULP

DO RELATÓRIO

O crédito tributário reclamado à lide se refere à exigência de imposto e multa de caráter formal, acrescida das cominações legais, devido à detecção de omissão de pagamento do ICMS, em razão da empresa ter sido enquadrada e os autuados terem utilizado indevidamente os benefícios e a sistemática de apuração de tributos do regime diferenciado do SIMPLES NACIONAL, quando de fato deveria se sujeitar às normas gerais de tributação, conforme detalham documentos e planilhas anexas. Segue Termo Descritivo Complementar de Ocorrência.

Os sujeitos passivos compareceram em conjunto ao feito, tempestivamente, questionando, em síntese, a não concessão pelo autor do benefício da redução da base de cálculo do ICMS prevista no inciso VIII, do art. 8º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97, tendo em vista não ter descumprido as condições do art. 1º desse Anexo e Decreto, pois a empresa não possuía débito inscrito na Dívida Ativa.

Alegam, ainda, que não teria havido administração por interposta pessoa, motivo pelo qual teria acarretado no desenquadramento do SIMPLES NACIONAL, que a multa teria caráter confiscatório e que inexistiria responsabilidade dos procuradores arrolados no polo passivo.

DA DECISÃO

Primeiramente, sem nos aprofundarmos sobre a existência dos indeferimentos contidos nas fls. 51 e 70 e no Termo de Exclusão de fls. 41, que sepulta desde o início os argumentos defensórios, cujo processo originário ofereceu a oportunidade aos sujeitos passivos de contestar a respectiva exclusão desse regime, pela análise pura e simples da Procuração de fls. 10 se permite concluir pela existência de administração interposta pessoa.

Nesse sentido, então, considero como correta a exclusão e suficientemente demonstrado pelos requerentes (docs. de fls. 12 a 30) em seu relatório o motivo que levou a esta.

Tenho que manifestar ainda sobre minha discordância quanto ser somente o Contra Social o meio idôneo para comprovar que a administração seria realizada por pessoa interposta, e, com isso, acolho apenas essa procuração como prova inequívoca disso.

Essa procuração, inclusive, se presta suficientemente para sustentar as respectivas solidariedades, pois são os administradores que possuem o interesse comum mencionado no caput do art. 45 do CTE, especialmente quanto ao inciso XII.

Encerrada essa discussão, também, coaduno com os argumentos dos autores explicitados no Anexo Estruturado (docs. fls. 05 e 06), tendo em vista que não existe somente a condição quanto a ausência de débito inscrito na Dívida Ativa, mas outras, previstas no inciso II do § 3º do art. 1º do Anexo IX do Decreto nº 4.852/97 e que não se tem provas de seus cumprimentos e nem os impugnantes a esse dispositivo fizeram menção.

Com relação ao suposto caráter confiscatório presente no valor total da exigência, na multa, nas respectivas correções ou nos juros exigidos, o § 4º da Lei nº 16.469/09 não nos permite apreciar esse tipo de questionamento, diante da existência das respectivas prescrições legais em plena vigência, quais sejam, o art. 167 do CTE que oferece arrimo à cobrança dos juros de mora, o art. 168 à atualização monetária do tributo exigido, o art. 170 à atualização da multa imputada e o art. 171 que é o único dispositivo que prevê a redução desta.

Sendo assim, não questionado o demonstrativo fiscal, o considero correto e, com isso, suficiente para sustentar a exigência, friso, sobre todos os sujeitos passivos apontados na primeira folha.

CONCLUSÃO

Diante destes fatos, conheço da impugnação, nego-lhe total provimento no mérito e na forma, para, em seguida, decidir pela PROCEDÊNCIA da pretensão inicial do fisco, nos termos de sua fundamentação.

INTIMEM-SE, observada a Lei nº 17.917/12, tendo em vista a retroatividade benigna aplicável ao caso, prevista na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos dias do mês de fevereiro de 2013.

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

Matéria: Omissão de pagamento do ICMS. Utilização de crédito outorgado inexistente (Procedência parcial)

Julgador: Gilmar Rodrigues de Almeida

SENTENÇA N.º 00270/13 – JULP

RELATÓRIO

O fisco, considerando infringido o artigo 63, da lei n.º 11.651/91, c/c o artigo 75, do Decreto n.º 4.852/97; artigo 2.º da IN n.º 155/94 – GSF; e IN n.º 493/01 – GSF, impôs ao sujeito passivo, nos termos do artigo 71, I, “a”, da lei n.º 11.651/91, c/redação da lei n.º 14.058/01, a obrigação de pagar ICMS no valor de R\$ 48.728,33 (quarenta e oito mil, setecentos e vinte oito reais e trinta e três centavos), mais acréscimos legais, pela omissão do pagamento do ICMS, em razão da adoção do procedimento irregular de utilização, no período de Novembro de 2005 a Maio de 2007, de SALDO INEXISTENTE DE CRÉDITO OUTORGADO DE AEAC – álcool etílico anidro combustível, apurado em AUDITORIA DO CRÉDITO OUTORGADO.

Instrui o lançamento, dentre outros, com os seguintes documentos/demonstrativos: 1) Anexo Estruturado de Detalhamento do Crédito Tributário; 2) Relatórios de Auditoria do Crédito Outorgado de AEAC; e 3) Cópias de DPI'S.

Regularmente intimada, a autuada pede a descaracterização da não contenciosidade do crédito tributário, apontando erros de fato nos levantamentos que subsidiaram o lançamento. No mérito, alega não ter havido utilização irregular de crédito outorgado, porquanto se refiram principalmente a direitos de crédito sobre exportações de AEAC.

Junta procuração, parecer técnico e farta documentação.

Autoridade julgadora desta JULP solicita diligências (fls.502).

Autoridade fiscal da GECOM – Gerência de Combustíveis (fls.504/506) corrige os erros materiais do lançamento, concluindo que o valor originário do crédito outorgado de ICMS irregularmente apropriado importa em R\$ 32.474,78.

Manifestando-se sobre a revisão do lançamento (fls.521/529), o sujeito passivo reitera os mesmos pedidos, com os mesmos fundamentos expendidos na impugnação, quais sejam: 1.) a preliminar de descaracterização da não contenciosidade, embasado em erros de fato nos períodos que especifica; e, 2) no mérito, a exclusão do crédito tributário, mediante a consideração como legal e correta a inclusão das saídas para exportação e outras saídas não incentivadas pelo FOMENTAR no cômputo do crédito outorgado do ICMS.

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 de ICMS em razão da adoção do procedimento irregular de utilização, no período de Novembro de 2005 a Maio de 2007, de SALDO INEXISTENTE DE CRÉDITO OUTORGADO DE AEAC – álcool etílico anidro combustível, apurado em AUDITORIA DO CRÉDITO OUTORGADO.

Embora não alegadas, não se verificam hipóteses de nulidades previstas no artigo 20 da lei n.º 16.469/09.

Os erros materiais especificados, além de outros referidos pelo impugnante de forma genérica, foram corrigidos pela autoridade fiscal revisora, modificando o valor originário do ICMS lançado de R\$ 48.728,33 para R\$ 32.474,78.

Concordo com o impugnante no sentido de descaracterizar a não contenciosidade do lançamento, para torná-lo, nos termos do inciso II do § 1.º do artigo 38 da lei n.º 16.469/09, CONTENCIOSO EM DUPLO GRAU, haja vista o fato de não se enquadrar nas situações de característica não contenciosa (artigo 36, V, da lei n.º 16.469/09), não se tratando, portanto, de imposto que, tendo sido regularmente registrado e apurado em livro próprio ou declarado em documento de informação e apuração do imposto, inclusive o relativo à entrada de produto importado e ao diferencial de alíquotas, não fora recolhido (penalidade proposta no artigo 71, I, “a”, da lei n.º 11.651/91).

À vista da infração descrita, modifico de ofício, nos termos do inciso IV do § 1.º do artigo 38 da lei n.º 16.469/09, por tratar-se de apropriação irregular de crédito outorgado de ICMS, a penalidade do lançamento para a do artigo 71, IV, “a”, da lei n.º 11.651/91.

Quanto ao mérito, não assiste razão ao impugnante, pois a legislação, roborada pelos Pareceres da GOT coligidos, demonstra sobejamente a impossibilidade da inclusão das saídas para exportação e outras saídas não incentivadas pelo FOMENTAR no cômputo do crédito outorgado do ICMS.

a) 140% (cento e quarenta por cento) do valor do imposto, pela omissão do seu pagamento;

Portanto, pela escrituração indevida de valores a título de crédito do imposto, modificamos ex officio a penalidade proposta do artigo 71, I, “a”, da lei n.º 11.651/91 para a penalidade do artigo 71, IV, “a”, da mesma lei.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conheço da impugnação, dou-lhe parcial provimento, no sentido de modificar o rito processual para CONTENCIOSO EM DUPLO GRAU

e reduzir o valor originário do ICMS do crédito tributário para R\$ 32.474,78 (trinta e dois mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e setenta e oito centavos). Modifico de ofício a penalidade proposta no artigo 71, I, "a", para a penalidade do artigo 71, IV, "a", da lei n.º 11.651/91.

Por tratar-se de decisão parcialmente contrária aos interesses da Fazenda Pública, remetam-se os autos à Representação Fazendária.

Depois, sigam-se os ulteriores trâmites, inclusive quanto à atualização dos cálculos pela GEPRO.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia (GO), aos 08 dias do mês de março de 2013.

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

Matéria: Extravio de Nota Fiscal - Não apresentação no prazo legal contado da data da publicação da portaria de suspensão do cadastro estadual por desaparecimento do contribuinte (Improcedência)

Julgador: Lidilone Polizeli Bento

SENTENÇA N.º 00295/13 – JULP

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo extraviou 125 notas fiscais modelo 1, série 1, em razão de não ter apresentado, no prazo legal, contado da publicação da portaria de suspensão por desaparecimento, os referidos documentos à repartição fiscal, razão pela qual o fisco exige multa formal no valor de R\$ 267,07 por documento, perfazendo a quantia originária de R\$ 33.383,75, mais acréscimos legais.

Indica como dispositivos legais infringidos o art. 64 da Lei nº 11.651/91 e art. 109 do Decreto nº 4.852/97.

A penalidade proposta corresponde à tipificada no art. 71, inciso XVI, alínea 'a', da Lei nº 11.651/91 com a redação conferida pela Lei nº 12.806/95.

Para instrução processual, juntou-se ao feito o Anexo Estruturado-Detalhamento do Crédito Tributário e extrato cadastral indicando a suspensão, fls. 03/04.

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece aos autos, documentos de fls. 08/09, e impugna a ação fiscal alegando que a empresa não encerrou suas atividades e está em plena atividade. Que no momento em que a fiscalização visitou seu estabelecimento, o titular estava recolhendo material para ser comercializado e como não tem funcionários o estabelecimento estava fechado, mas que pode ser feita nova verificação que será observado que a empresa continua em plena atividade. Aduz, ainda, que a multa é exorbitante.

Junta aos autos documentos de fls. 10/30, contendo formulário de requerimento de empresário junto à JUCEG, cópias do RG, Habilitação e Extratos do Simples Nacional, indicando movimentação nos meses de janeiro a setembro de 2010.

Requer, ao final, o cancelamento e posterior arquivamento do presente auto de infração.

Por meio do Despacho nº 503/2012-JULP, fl. 32, este órgão julgador determinou diligência junto à Delegacia Regional de Fiscalização de Goianésia, no sentido de que fosse efetuada visita 'in loco' com a finalidade de averiguar a

veracidade das informações da impugnante, bem como para fazer juntada aos autos de outras provas que julgasse necessárias.

Por meio do documento de fl. 34, auditor fiscal da Delegacia Regional de Fiscalização de Goianésia, comparece aos autos e informa que realmente a inscrição da autuada foi suspensa de forma equivocada, que as informações prestadas pela impugnante são verídicas e que tendo o presente auto de infração como causa principal o desaparecimento do contribuinte, verificado por meio de portaria publicada no Diário Oficial do Estado, fica sem respaldo diante de provas incontestas apresentadas pelo contribuinte e confirmadas pela diligência concluída por aquela auditoria.

Intimado do resultado da diligência, o sujeito passivo manifesta-se concordando com seu resultado e solicita o arquivamento do presente processo.

É o relatório.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Preliminarmente, verifico que não estão presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 20 da Lei nº 16.469/09, portanto, nulidade não há no presente processo.

No que tange ao mérito, ante as argumentações do sujeito passivo de que não encerrou suas atividades e de que houve equívoco na suspensão de sua inscrição por desaparecimento, o presente processo foi enviado em diligência para que fosse verificada a veracidade das informações, oportunidade em que o auditor fiscal responsável pela diligência confirmou as informações e verificou que o presente auto de infração perdeu seu fundamento de validade, tendo em vista que o extravio dos livros fiscais apoiava-se na suspensão por desaparecimento do contribuinte e que esta não foi confirmada pela conclusão da diligência.

Tendo em vista as informações constantes dos autos, documentos de fls. 08/09 e 34, verifica-se restar provado que o contribuinte não encerrou suas atividades, não mudou de endereço, portanto, equivocada a portaria de suspensão por desaparecimento, bem como a autuação por extravio de livros fiscais, decorrente deste desaparecimento, motivo pelo qual entendo que o presente lançamento não preenche os requisitos do art. 160 da Lei nº 11.651/91, não podendo, dessa forma, prosperar.

CONCLUSÃO

Posto isso, conheço da impugnação constante dos autos, dou-lhe provimento e julgo IMPROCEDENTE o presente o auto de infração.

Nos termos do art. 40 da Lei nº 16.469/09, encaminho os presentes autos à Representação Fazendária, após intime-se.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos dias do mês de março de 2013.

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

Matéria: Omissão de pagamento do ICMS. Utilização de carga tributária inferior a estabelecida pela legislação tributária (Procedência)

Julgador: Mário Nunes Cedro

SENTENÇA N.º 00330/13 – JULP

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo omitiu o recolhimento de ICMS, através de saída de mercadorias com a utilização de carga tributária inferior a estabelecida pela legislação tributária, conforme apurado e demonstrado em Auditoria Básica do ICMS, planilhas e relatórios em anexo. Em consequência, devera pagar o ICMS omitido, mais as cominações legais.

Informa os autores do procedimento fiscal que foram gravados em CD relatórios da diferença de carga tributária tipo 54 (nota fiscal) e 60i (cupom fiscal), analítico e sintético.

Foram citados como dispositivos legais infringidos o arts. 11, I, 27, I, 40 e 64 do CTE.

Propôs-se a aplicação da penalidade tipificada no art. 71, inciso IV-A, da Lei nº 11.651/91 com a redação conferida pela Lei nº 17519/2011.

Para instrução processual, a autoridade fiscal autuante anexa ao feito mídia CD-R (fls. 11), Auditoria Básica do ICMS (FLS. 08/10).

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece ao processo e impugna a ação fiscal (fls. 25 a 43) alegando o seguinte:

a) que houve violação ao principio da ampla defesa, alegando, de forma indireta que houve cerceamento do direito de defesa, em vista do auto de infração em comento não possuir todos os elementos essenciais para a formalização da exigência do crédito tributário, vez que a análise fiscal partiu de equívoco e considerações da realizada da impugnante, acarretando com isso exigência indevida e sensivelmente majorada em decorrência de vícios e falhas de apuração no trabalho de fiscalização e autuação, pedindo que seja aplicado ao presente caso o instituto previsto no art. 112 do CTN, ou seja, em caso de dúvida, a norma deve ser interpretada em favor do contribuinte e em face disso, argüi a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa e com insegurança na determinação e, nos termos dos incisos III e IV do art. 20 da Lei 16.469/09;

b) No meio dos emaranhados de alegações, pede, alternativamente, em caso de não acolhimento das nulidades argüidas, a juntada de laudo Pericial

Complementar e ainda a conversão dos autos em diligência para que a fiscalização revise todo o lançamento realizado;

c) Que houve equívocos quanto à classificação de produtos e aplicação da carga tributária superior à prevista na legislação tributária;

d) Reclama da multa aplicada, entendendo ser a mesma exorbitante e confiscatória;

e) Finalmente pede seja declarado nulo do auto de infração, requer deferimento da prova pericial, consubstanciada no Laudo Pericial Contábil Complementar que será oportunamente apresentado, a conversão dos autos em diligência, para reformulação do crédito tributário, requerendo ainda que a multa a ser aplicada sobre eventuais valores remanescentes seja reduzida;

f) Solicita o prazo de 60 dias para a juntada da análise final e complementar, em face do exíguo tempo (30 dias) para o levantamento de dados e documentos para a análise descritas em sua peça de defesa, que seria em respeito ao princípio da ampla defesa.

Junta aos autos instrumento de substabelecimento, procurações e 55ª alteração do contrato social, Laudo Pericial Contábil (fls. 69 a 79)

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Por este contencioso o fisco exige do sujeito passivo o pagamento de ICMS, mais acréscimos legais, devido e não pago em virtude de tributação de mercadorias relacionadas na mídia CD-R, anexada aos autos, em percentual inferior ao fixado pela legislação tributária.

O processo encontra-se devidamente instruído com o relatório de totalização das divergências entre as cargas tributárias informadas pelo contribuinte e as calculadas de acordo com a legislação, consoante descrição feita na mídia CD-R, que traz o cálculo da diferença de tributação, por mercadoria e por operação.

Dessa forma, os autos encontram-se devidamente instruídos, com prova contundente da infração perpetrada pelo autuado, visto que na planilha contida na mídia CD-R consta o cálculo de ICMS devido por mercadoria.

Inicialmente, descarto a ocorrência das nulidades processuais argüidas pelo impugnante, com cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, sob a alegação de que houve violação ao princípio da ampla defesa, em vista do auto de infração em comento não possuir todos os elementos essenciais para a formalização da exigência do crédito tributário, vez que a análise fiscal partiu de equívoco e considerações da realizada da impugnante, acarretando com isso exigência indevida e sensivelmente majorada em decorrência de vícios e falhas de apuração no trabalho de fiscalização e autuação, pedindo que seja aplicado ao presente caso o instituto previsto no art.

112 do CTN, ou seja, em caso de dúvida, a norma deve ser interpretada em favor do contribuinte.

Quanto à relação entre a descrição dos fatos e os dispositivos legais infringidos, não vislumbro conflitos ou impropriedades. De fato, ao citar o art. 27, I, do CTE, dispõe-se sobre a alíquota de 17%, utilizada pela autoridade autora do procedimento fiscal para cálculo do ICMS devido ao erário, por isso, mantendo correlação necessária com a descrição dos fatos. Como trata-se de diferenças de carga tributária, a planilha contida na mídia CD-R já traz os cálculos relacionados com o ICMS a pagar, inclusive alíquota e base de cálculo. Dessa forma, não há prejuízo para a defesa, nem insegurança na determinação da infração, a ausência destes no Anexo Estruturado – Detalhamento do Crédito Tributário do auto de infração.

Portanto, não acolho as nulidades com cerceamento do direito de defesa ou insegurança na determinação da infração.

No mérito, a planilha contida na mídia CD-R é suficiente para a determinação dos valores de ICMS omitidos pelo sujeito passivo. Trata-se de demonstrativo de fácil entendimento, cujo conteúdo traz a carga tributária utilizada pelo sujeito passivo em relação às mercadorias comercializadas e paralelamente demonstra-se a carga tributária devida conforme a legislação tributária do Estado de Goiás, calculando-se a diferença ao final, completando-se com auditoria básica do ICMS, para documentar a omissão de pagamento do ICMS, na situação em apreço.

O famigerado Laudo Pericial Contábil Complementar, juntado aos autos pela impugnante, a despeito da devesa, não trouxe nenhum fato novo que pudesse ser reavaliado pela fiscalização ou por essa instância.

Desse modo, impõe-se ressaltar decisão deste Conselho Administrativo Tributário, no Acórdão da III CJUL nº 02717/06 (Seleção de Acórdãos – 2006- pág. 199/200), que, apesar de não tratar especificamente da auditoria em tela, é válido para apreciação das provas, do qual faço destaque de parte da ementa, e transcrevo abaixo:

“II – 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;”

Observa-se que o impugnante não trouxe ao feito qualquer elemento de oposição ao trabalho desenvolvido pelo fisco, deixando passar a instrução processual de defesa “in albis”. Nesse sentido, prevalece a pretensão fazendária, porquanto não houve sequer a apresentação de demonstrativo contraditório, o que implica em sustentação do trabalho do fisco, que pudesse justificar a conversão dos autos em diligência. Desse modo, indefiro o pedido, por não configurar nos autos nenhuma das hipóteses elencadas no § 3º, do art. 19 da Lei 16.469/09.

Verifica-se que o sujeito passivo não cumpriu a obrigação tributária de destaque correto da alíquota correspondente à carga tributária do imposto nos documentos fiscais emitidos, incorrendo em omissão do pagamento do tributo, motivo pelo qual fica obrigado ao pagamento do imposto, além do pagamento da penalidade com seus acréscimos.

Quanto às questões suscitadas em relação à multa aplicada, sob a alegação de ser a mesma exorbitante e confiscatória, deixo de pronunciar sobre a matéria tendo em vista o que determina o § 4º, do art. 6º, da Lei 16.469/09, salientando que o fisco sugeriu a penalidade mais específica e mais benéfica ao sujeito passivo, qual seja a prevista no art. 71, inciso IV-A, do CTE, não havendo como reduzi-la.

Quanto à solicitação do prazo de 60 dias para a juntada da análise final e complementar, em face do exíguo tempo (30 dias) para o levantamento de dados e documentos para a análise descritas em sua peça de defesa, que seria em respeito ao princípio da ampla defesa, o sujeito passivo atuado poderá se valer da segunda instância para a apresentação das provas achadas em direito, inclusive, representando suas argumentações.

Alfim, podemos afirmar, da análise dos autos, que a autoridade fiscal valeu-se de consistentes informações, sendo o trabalho desenvolvido com rigor técnico, e o sujeito passivo não apresentou impugnação capaz de ilidir com sucesso o trabalho de fiscalização.

CONCLUSÃO

Isso posto, não acolho as alegações de nulidade, indefiro o pedido de diligência, 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, mais os acréscimos legais.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos dias do mês de fevereiro de 2013.

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

Matéria: Omissão de saída de mercadoria tributada - Auditoria do Movimento Financeiro - déficit financeiro (Nulo)

Julgador: Zenewton Rimes de Almeida

SENTENÇA N.º 00422/13 – JULP

DO RELATÓRIO

O crédito tributário reclamado à lide se refere à detecção de omissão de registro de saída de mercadorias tributadas, referente ao déficit financeiro apurado em Auditoria do Movimento Financeiro, consoante demonstrativo em anexo.

O sujeito passivo, depois de devidamente intimado, compareceu ao feito de forma tempestiva, através de seu representante legal, alegando, fundamentalmente, que a empresa possuiria escrita contábil no período em questão, além da apresentação de outros argumentos que acarretariam em conversão dos autos em diligência.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Primeiramente, devemos observar que a Instrução de Serviço n° 08/05 – SGAF prescreve que a Auditoria do Movimento Financeiro é aplicável a empresas que não mantenham escrituração contábil regular, prestando apenas a colher subsídios à realização de auditorias na escrita contábil do sujeito passivo se a empresa a mantiver, o que vem a ser o caso em análise, diante da constatação desse fato através do relatório em anexo.

Verifica-se, em seguida, que a constatação de que a empresa possui escrita contábil regular encerra na forma toda a discussão, observado o fato de se tratar de filial o que faz necessária a realização de uma auditoria mais ampla.

Sendo assim, concluo que a demonstração financeira em questão não tem condição, por si só, de oferecer a mínima sustentação ao feito e, por consequência, a exigência apontada na inicial, necessitando, para o caso em análise, portanto, da realização de uma Auditoria das Disponibilidades baseada na escrituração contábil regular da empresa autuada e nos demais documentos que lhe dariam respaldo.

Finalmente, não serão aqui apreciados os demais questionamentos, pois agora se tornaram irrelevantes diante da decisão que aqui será tomada.

DA CONCLUSÃO

Diante dos fatos narrados, conheço da impugnação, dou-lhe provimento na forma, e, com isso, decido pela NULIDADE da pretensão inicial do fisco, por insegurança na determinação da infração.

À CRF-SAT, para análise e providências subsequentes.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos dias do mês de abril de 2013.

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

Matéria: IPVA - omissão de recolhimento (Nulidade)

Julgador: Luís Fernando Corrêa Rigo

SENTENÇA N.º 00511/13 – 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 sobre propriedade de veículos automotores – IPVA, referente ao veículo e período informados nos autos e que não foi recolhido tempestivamente pelo polo passivo.

A defesa, instaurando o contraditório, via Revisão Extraordinária, alega que teria vendido o veículo bem antes de ser atuada recolhido antes de ser atuado, logo, quer a improcedência da exordial.

É o relatório. Decido.

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 e demais elementos de prova, em especial, a Decisão Judicial, às folhas 08/14, em que ficou demonstrado que o sujeito passivo referente aos valores do recolheu o débito referente ao IPVA é [...], CPF n.º 493.747.881-87, desde 01/07/2007, data em que foi efetivada a alienação do referido veículo RENAULT CLIO 1.0 16V, placa DDF-6249, sendo que contra ele é que deve ser redirecionada a autuação para exigência dos referidos impostos devidos, antes de ser atuado, dessa forma, concluo que houve a descaracterização da não contenciosidade, uma vez que foram juntadas provas materiais de erro substancial de fato que implicou em vício de legalidade pois a atuada não é a infratora no caso em questão.

Frise-se que pelo fato do erro de sujeição passiva os autos devem ser refeitos, no prazo decadencial, para o verdadeiro devedor do IPVA O Sr. [...], CPF n.º 493.747.881-87 que, desde 01/07/2007, alienou o referido veículo RENAULT CLIO 1.0 16V, placa DDF-6249

Posto isto, concluo estar inteiramente descaracterizada a não contenciosidade em nome de Priscilla Bittencourt Pererira, passando a responder

pelos débitos referente ao IPVA desde 01/07/2007 o SR. [...], CPF n.º 493.747.881-87, possuidor do veículo RENAULT CLIO 1.0 16V, placa DDF-6249.

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 em nome de Priscilla Bittencourt Pererira, devendo responder em seu lugar o Sr. [...], CPF n.º 493.747.881-87. Nesse sentido, conheço da Impugnação, dou-lhe provimento, para decidir pela ILEGITIMIDADE PASSIVA DA autuada.

NOTICIE-SE à Coordenação da Representação Fazendária - CRF sobre a responsabilidade pelos débitos referente ao IPVA, desde 01/07/2007, do SR. [...], CPF n.º 493.747.881-87, possuidor do veículo RENAULT CLIO 1.0 16V, placa DDF-6249, conforme documento de folhas 10.

ENCAMINHE-SE para as providências legais.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - JULP, em Goiânia, aos 15 dias do mês de novembro de 2013.

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

Matéria: Extravio de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF.
Encerramento de atividades do estabelecimento (Improcedência)

Julgador: Gilmar Rodrigues de Almeida

SENTENÇA N.º 00563/13 – JULP

RELATÓRIO

O fisco, considerando infringidos os artigos 64 e 146, parágrafo único, da lei n.º 11.651/91, c/c os artigos 121 e 124, do Anexo XI, do Decreto n.º 4.852/97, exige do sujeito passivo multa de natureza formal, nos termos do artigo 71, XIII, “a”, da lei n.º 11.651/91, c/redação da lei n.º 13.194/97, pelo extravio de 02 (dois) equipamentos Emissores de Cupom Fiscal – ECF (descritos na inicial), em virtude do encerramento das atividades do estabelecimento, sem solicitar a cessação de uso do referido equipamento.

Instrui o processo, dentre outros documentos, com anexo estruturado de detalhamento do crédito tributário.

Intimada, a autuada pede a desconstituição do crédito tributário, alegando que os equipamentos não foram extraviados, que se encontram sob sua guarda, mediante pedidos de cessação de uso acatados pela Delegacia Fiscal de Luziânia.

Junta documentos.

Solicitei diligências (fls.76) com o escopo de se comprovar os pedidos e a efetiva cessação de uso dos equipamentos.

Autoridade fiscal da DRF de LUZIÂNIA (GO) comprova a existência de pedidos, no dia 24/04/2012, de cessação de uso dos ECF's objeto da lide.

Relatados, decido.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Trata-se de exigência de multa formal em decorrência da não solicitação, por ocasião do encerramento das atividades do estabelecimento, da cessação de uso de 02 (dois) equipamentos Emissores de Cupom Fiscal – ECF.

Embora não alegado, não verificamos hipóteses de nulidades do artigo 20 da lei n.º 16.469/09.

No mérito, em decorrência do encerramento das atividades, verifica-se pela legislação abaixo transcrita, que, dentre outras obrigações, o contribuinte deve solicitar a cessação de uso do equipamento ECF que fora autorizado a utilizar.

Do Anexo XI do Decreto n.º 4852/97:

Da Cessação de Uso do ECF

Art. 121. O contribuinte deve solicitar a cessação de uso do equipamento de ECF à agência fazendária a que estiver vinculado, mediante o preenchimento do formulário Pedido de Uso, de Alteração de Uso e de Cessação de Uso de ECF, constante do Apêndice VII, indicando tratar-se de cessação de uso, especialmente quando (Convênio ICMS 85/01, cláusula setuagésima quinta):

I - for encerrar suas atividades;

[...]

Art. 124. O ECF autorizado para o contribuinte que tenha o seu cadastro suspenso por desaparecimento, se não atendida a notificação de regularização da situação cadastral, será presumido desaparecido, destruído, extraviado, inutilizado ou perdido.

De fato, o sujeito passivo descumpriu obrigação acessória de fazer, qual seja, comunicar à repartição fazendária, quando do encerramento das atividades do estabelecimento, a cessação de uso de equipamento ECF. A não observância (omissão) por parte da autuada desta obrigação acessória comissiva 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.

Considerando-se, porém, que é relativa a presunção de extravio dos ECF's requestados, os pedidos de cessação de uso, acompanhados dos **COMPROVANTES DE CESSAÇÃO DE USO** (fls.78 e 79), pelo sujeito passivo constitui prova inequívoca de que o equipamento não fora extraviado.

Apesar de haver comprovado junto ao fisco, com mais um ano de atraso, a cessação de uso dos ECF's, considero que o sujeito passivo beneficia-se do previsto no artigo 169, inciso I, da lei 11.651/91, verbis:

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;

Portanto, a comprovação, mesmo extemporânea, da cessação de uso dos ECF's que fora autorizado a utilizar, evidencia, a meu ver, que deve ser afastada a presunção de extravio dos equipamentos em questão, porquanto o atuado faz prova inequívoca em sentido contrário da pretensão fiscal.

CONCLUSÃO

Ex positis, conheço da impugnação e dou-lhe provimento, no sentido de julgar IMPROCEDENTE o auto de infração.

Por tratar-se de decisão totalmente contrária à Fazenda Pública Estadual, encaminhem-se os autos à Coordenação de Representação Fazendária (CRF/SAT).

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia (GO), aos 19 dias do mês de abril de 2013.

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

Matéria: Omissão de saída de mercadoria tributada - Auditoria do Movimento Financeiro - déficit financeiro (Procedência)

Julgador: Lidilone Polizeli Bento

SENTENÇA N.º 00579/13 – JULP

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo omitiu registro de saída de mercadoria não tributada, na importância de R\$ 37.192,19, referente a déficit financeiro apurado em Auditoria do Movimento Financeiro. Em consequência, exige-se o pagamento de multa formal, juntamente com os acréscimos legais, consoante demonstrativo e documentos anexos.

Observa a autoridade fiscal que as informações contidas na Auditoria do Movimento Financeiro foram extraídas exclusivamente da DPI, haja vista o contribuinte, não ter apresentado os livros e documentos fiscais exigidos na notificação fiscal nº 59-2009, de 12.02.2009, tendo sido autuado por descumprimento da mesma por meio do auto de infração nº 4.0109.029209.35.

Indica como dispositivos legais infringidos os artigos 25, § 1º, IV, § 2º, e 64 da Lei nº 11.651/91, c/c art. 141 do Decreto nº 4.852/97. Propõe aplicação da penalidade prevista no art. 71, VII, 'I', § 8º da Lei nº 11.651/91, c/ redação da Lei nº 13.446/99.

Para instrução processual, juntou-se aos autos Anexo Estruturado-Detalhamento do Crédito Tributário, cópia de Notificação Fiscal nº 59/2009 e Auditoria do Movimento Financeiro, fls.03/05.

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece aos autos e impugna a ação fiscal alegando que no período autuado existem receitas de prestação de serviços de montagens industriais CFOP 5949 ou 6949, no valor de R\$ 263.913,40, conforme Livro de Prestação de Serviços anexo, bem como cópias das notas fiscais do período, e que a DPI da época não contemplava campo próprio para apuração desses valores. Ao final, aduz que fica demonstrado claramente que o valor não reconhecido pela DPI é muito superior à suposta omissão de receita, motivo pelo qual requer o arquivamento do presente auto de infração.

Ante a análise das alegações da defesa e dos documentos juntados, este órgão julgador encaminhou os autos em diligência para que autoridade fiscal notificasse novamente o sujeito passivo a fim de que apresentasse os livros e documentos necessários à realização da auditoria fiscal, bem como para suprir instrução processual, determinando que, ao final, fosse dado ciência do resultado da diligência ao sujeito passivo para que, desejando, pudesse novamente se manifestar, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Notificado para cumprimento da diligência solicitada pelo Despacho nº 113/201, fl. 94, documentos de fls. 95/98, os sócios constantes do quadro societário do sujeito passivo, apesar de localizados, recusaram-se a assinar a notificação constante de fl. 96, conforme relatório de diligência, fl. 95.

Tal circunstância acarretou na notificação via edital, conforme documento de fl.102, sendo que por descumprimento de notificação fiscal, o sujeito passivo teve contra ele lavrado novo auto de infração por embaraço à fiscalização, documento de fl. 103.

Por meio do documento de fl. 105, a autoridade fiscal responsável pela diligência, comparece aos autos e informa que notificado para cumprimento da diligência constante do Despacho nº 113/2010-JULP, o sujeito passivo recusou-se a assinar a notificação, sendo a empresa por este motivo notificada via edital, não tendo cumprido a notificação no prazo legal, foi autuada por embaraço. Ao final, pela impossibilidade de obter os documentos alegados pela defesa, fls. 17/92, ratifica a acusação fiscal em sua íntegra.

Por meio do documento de fl. 109, os autos são encaminhados a este órgão julgador para as providências cabíveis, com a informação de que o sujeito passivo, notificado para manifestar-se sobre o resultado da diligência supracitada, deixou transcorrer o prazo sem que se manifestasse.

É o relatório.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Da análise da documentação acostada aos presentes autos é possível afirmar que: a infração está determinada com segurança, o crédito tributário foi lançado por autoridade competente e o sujeito passivo foi regularmente intimado, garantindo o contraditório e a ampla defesa, portanto, nulidade não há, nos termos do art. 20 da Lei nº 16.469/09.

Trata o presente processo de exigência de multa formal, decorrente de omissão de saída de mercadoria não tributada, apurada mediante Auditoria do Movimento Financeiro, que utilizou de informações constantes da DPI, visto que o sujeito passivo notificado para apresentar livros e documentos necessários à realização da Auditoria, quedou-se inerte, motivo pelo qual teve contra si lavrado o auto de infração nº 4.01.09.029209.35.

Intimado na forma legal, o sujeito passivo apresenta impugnação alegando que nas DPI's relativas ao período autuado não constam receitas oriundas de prestações de serviços e que estas superam em muito o valor tido como suposta omissão de saída.

Considerando as alegações e documentos juntados pela defesa, este órgão julgador encaminhou os autos em diligência para que o sujeito passivo apresentasse, nos termos do art. 19, § 3º, inciso I, da Lei nº 16.469/09, os

documentos e livros necessários à realização da auditoria, não obstante, o sujeito passivo recusou-se a assinar a primeira notificação, conforme relatório de diligência de fl. 95, bem como quedou-se inerte no cumprimento da notificação fiscal expedida, via edital, deixando, assim, mais uma vez de atender a notificação da fiscalização, motivo pelo qual teve lavrado contra si novo auto de infração por embaraço à fiscalização.

Verifica-se dos fatos constantes dos autos que o sujeito passivo, embora alegue que possui receitas oriundas de prestações de serviços capazes de suprimir a alegada omissão de saída objeto do presente auto de infração, em todos os momentos em que foi chamado a comprovar suas alegações optou por não provar de forma efetiva as suas razões, ao não cumprir a primeira notificação para apresentação dos documentos solicitados, ao recusar-se a assinar a notificação solicitada pelo Despacho nº 113/2010-JULP, bem como ao não cumprir a notificação expedida por via editalícia.

Consta de forma expressa da notificação de fl. 96, que os documentos ali solicitados são necessários para apuração e instrução processual referente ao processo nº 4.0109.041220.09. Significa dizer que uma vez notificado para apresentar documentos necessários à instrução do referido processo e recusando-se de forma explícita ao cumprimento da notificação, não resta outra opção a este órgão julgador a não ser concluir pela aplicação do disposto no art. 19, § 3º, inciso I, da Lei nº 16.469/09.

Cumpram ressaltar que tal conclusão decorre do fato de que ao sujeito passivo foram conferidas três oportunidades para apresentação dos livros e documentos solicitados pela fiscalização, conforme se verifica da documentação constante dos autos, sendo a primeira recusa objeto de autuação, AI nº 4.01.09.029209.35, a segunda objeto de recusa de assinatura na notificação, documento de fl.95, e a terceira objeto do auto de infração nº 4.01.12.044189.06, por deixar de cumprir notificação publicada no Diário Oficial do Estado, fl. 103.

Por outro lado, a fiscalização juntou aos autos documentos que comprovam de forma necessária e suficiente a acusação fiscal, demonstrando por meio de Auditoria do Movimento Financeiro que o sujeito passivo omitiu saídas de mercadorias não tributadas no período objeto da autuação, infringindo os dispositivos legais indicados no auto de infração e tornando possível a aplicação da penalidade proposta.

Dessa forma, verifico que o presente lançamento do crédito tributário cumpriu as exigências do artigo 160 do CTE, motivo pelo qual entendo que a pretensão fazendária deve prosperar.

CONCLUSÃO

Posto isso, conheço da impugnação constante dos autos, nego-lhe provimento, e JULGO PROCEDENTE o presente lançamento, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário exigido na inicial com seus respectivos acréscimos legais.

INTIME-SE.

SALA DOS JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos dias do mês de abril de 2013.

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

Matéria: Omissão de pagamento do ICMS - ST. Aquisição interestadual de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária (Procedência)

Julgador: Mário Nunes Cedro

SENTENÇA N.º 00625/13 – JULP

Após lido, conferido e analisado, passa-se à seguinte decisão:

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo, durante o exercício de 2005, adquiriu em operação interestadual mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, sem efetuar a retenção do ICMS substituição tributária pelas operações posteriores, conforme documentos anexos e em consequência, deveria pagar o imposto na importância de R\$521.940,98, (quinhentos e vinte e um mil, novecentos e quarenta reais e noventa e oito centavos), juntamente com as cominações legais.

Foram citados como dispositivos legais infringidos o art. 45, 51, § 3º, e 63 do CTE e os arts. 32, § 1º, e 35 do Anexo VIII, ambos do RCTE.

A penalidade proposta é a tipificada no art. 71, inciso III, alínea “a”, do CTE com a redação conferida pela Lei nº 11.750/92.

Para instrução processual, juntou-se ao feito planilha denominada de “Apuração do ICMS Substituição Não Recolhido” (fls. 04/09).

Intimado na forma legal, o sujeito passivo comparece tempestivamente ao processo e impugna a ação fiscal alegando, em preliminares, nulidade processual por cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, entendendo que a ação fiscal prejudicou a possibilidade de defesa da impugnante, posto que é *“ininteligível a forma da redação do auto de infração”* e também por entender que o *“ato de lançamento é um requisito imprescindível para sua validade, pois dela depende que o sujeito passivo conheça os motivos de fato e legais em que foi baseado o ato e possa formular sua defesa”*.

Transcreve decisões administrativas e judiciais versando sobre o objeto da autuação.

Suscita, outrossim, a preliminar de mérito de decadência, com base tanto no art. 150, quanto no art. 173, ambos do CTN – Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), tendo em vista que o fato gerador refere-se ao exercício de 2005, porém, tomou ciência do auto de infração somente em 27/05/2011. Cita decisões de Tribunais Tributários que julga tratar-se do assunto.

Quanto ao mérito, alega apenas que não teria ofendido a nenhum dispositivo da legislação tributária estadual, citando somente julgados do CAT, não

juntando aos autos nenhuma contestação real dos levantamentos realizados pelo fisco.

Reclama também da multa aplicada, alegando que a mesma tem caráter confiscatório, o que teria ofendido os princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco. Cita também julgados de Tribunais Superiores.

Junta ao feito espelho instrumento de procuração e fotocópias dos atos constitutivos da sociedade.

Submetido a julgamento nesta instância o auto de infração foi julgado improcedente em face de ter sido constatada a decadência do crédito tributário.

A Representação Fazendária recorre da decisão, alegando que a ação fiscal decorre de reatuação do auto infração nº 4010903986069, anulado por insegurança na determinação da infração, através do Acórdão nº 2374/2010, da IV CJUL e em face disso pede a reforma da decisão de 1ª Instância, para julgar procedente o auto de infração, entendendo que, desse modo, não se verifica a decadência pretendida pelo sujeito passivo autuado. Junta cópia do ofício nº 203/2010-SAT/CRF, que sugere a reatuação.

O auto de infração foi submetido a julgamento na I CJUL, tendo essa decidido pela reforma da sentença singular, devendo os autos retornarem à Primeira Instância para apreciação de toda a matéria, rejeitada a tese da decadência, conforme fls. 79 a 83 dos autos.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Nestes autos o fisco exige o pagamento de ICMS, mais acréscimos legais, por ter o sujeito passivo, durante o exercício de 2005, adquirido em operação interestadual mercadorias submetidas ao regime de substituição tributaria, sem efetuar a retenção do ICMS substituição tributaria pelas operações posteriores.

O processo foi encaminhado à esta Instância para apreciação de toda a matéria em face da decisão da 1ª Câmara deste Conselho, que assim se pronunciou, conforme Acórdão nº 02682/12, cuja ementa transcrevo abaixo:

“ICMS. Obrigação Principal. Improcedência do auto de infração sob o fundamento de ter ocorrido a decadência do lançamento tributário. Não ocorrência da decadência. Reforma da decisão singular. I - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. (CTN, art. 173, II e CTE, art. 182, II). II - Com a rejeição da preliminar de decadência do lançamento tributário, os autos devem ser encaminhados à primeira instância a fim de ser submetido a novo julgamento”.

Os autos encontram-se devidamente instruídos com demonstrativo que relaciona as notas fiscais e oferece o cálculo do valor exigido no auto de infração.

Descarto a ocorrência de nulidade processual pelos motivos aventados pela defesa.

Tanto as preliminares de cerceamento, quanto a de insegurança na determinação da infração alegadas porque a ação fiscal teria prejudicado a possibilidade de defesa da impugnante, posto que “*ininteligível a forma da redação do auto de infração*” e também por entender que o “ato de lançamento é um requisito imprescindível para sua validade, pois dela depende que o sujeito passivo conheça os motivos de fato e legais em que foi baseado o ato e possa formular sua defesa”, vai de encontro às provas anexadas ao feito pela autoridade fiscal, que cuidou de realizar minuciosos demonstrativos em planilhas que deixam evidente a omissão de pagamento do ICMS-ST, à vista de toda a documentação comprobatória anexada ao feito nesse sentido. Demonstrativos esses que o sujeito passivo sequer contestou.

A responsabilidade tributária do sujeito passivo decorre diretamente do fato de ser o autor e o beneficiário da infração. Com efeito, ao não pagar o ICMS-ST na entrada interestadual de mercadoria destinada a comercialização, omitiu pagamento do imposto, de que foi o único beneficiário.

Destarte, não há que se falar em nulidade processual 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).

Quanto à preliminar de mérito de decadência, deixo de pronunciar sobre a matéria, tendo em vista que a mesma foi afastada na câmara julgadora.

No mérito, o impugnante não trouxe nenhum fato novo que pudesse ser avaliado, são meras alegações, não servindo para ilidir a ação fiscal.

Por fim, constata-se que o trabalho inicial da fiscalização encontra respaldo junto à legislação tributária e às provas anexadas ao processo pela autoridade fiscal autuante, sendo que a defesa apresentada pelo sujeito passivo não é eficaz no sentido de ilidir com sucesso a ação fiscal.

Quanto às questões suscitadas em relação à multa aplicada, de que a mesma tem caráter confiscatório e que teria ofendido os princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco, deixo de pronunciar sobre a matéria tendo em vista o que determina o § 4º, do art. 6º, da Lei 16.469/09.

CONCLUSÃO

Isso posto, não acolho as alegações de nulidade processual, deixo de pronunciar sobre a decadência alegada, em face de já ter sido rejeitada no julgamento cameral, 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
17 dias do mês de abril de 2013.

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

Matéria: Omissão de saída de mercadoria tributada - Auditoria do Movimento Financeiro - déficit financeiro (Nulo)

Julgador: Nislene Alves Borges

SENTENÇA N.º 00808/13 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o pagamento de imposto e multa formal em razão da omissão de registro de saída de mercadoria tributada, apurada em Auditoria do Movimento Financeiro. São indicados, para sustentar a acusação, o art. 25, §§1º, IV, e 2º, e art. 64 da Lei n.º 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE -, e o art. 141 do Decreto 4.852/97 - RCTE. Propõe a imputação da multa prevista no artigo 71, inciso VII, alínea “I”, com o §9º, do CTE, com redação da lei n.º 13.446/1999 e da lei 16.241/2008. A acusação comprova a infração com os papéis de trabalho da Auditoria do Movimento Financeiro, com base nas informações declaradas na Declaração Periódica de Informações - DPI.

Regularmente intimado, o sujeito passivo impugna o lançamento, pedindo a declaração de nulidade, com o argumento de que a empresa fiscalizada mantém escrita contábil regular e, em razão disso, é inadequada a aplicação da Auditoria do Movimento Financeiro. A defesa traz aos autos, para sustentar suas alegações, cópias de livros contábeis, autenticados pela JUCEG.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Analisando as preliminares de nulidade previstas no artigo 20 da Lei n.º 16.469/09, constatamos que as autoridades fiscais atuantes são competentes para realização do procedimento e para lançamento do crédito tributário, mas que a infração não está perfeitamente identificada e comprovada, embora possa ter sido regularmente identificado e intimado o sujeito passivo, conforme justificarei.

A Instrução de Serviço n.º 15/2009-SAT, que dispõe sobre o roteiro da Auditoria do Movimento Financeiro, veda a aplicação desse levantamento na apuração de omissão de saídas nas empresas que mantêm escrituração contábil regular.

Nesse sentido tem se alinhado as decisões desta Casa, a exemplo do Acórdão n.º 4.648/08, da 3ª Câmara Julgadora, cuja ementa assim diz:

ICMS. Obrigação principal. Déficit financeiro apurado em Auditoria do Movimento Financeiro. Espécie de auditoria inadequada para empresa com filiais e que mantém escrita contábil. Preliminar de nulidade "ab initio" por insegurança na determinação da infração, acolhida. Decisão unânime.

O Sujeito Passivo comprovou manter escrita contábil do exercício autuado, fls. 40/51. Portanto, torna-se imprópria para a apuração de omissão de saída a execução da Auditoria do Movimento Financeiro na fiscalização de empresa que mantém escrituração contábil regular.

Dessa forma, decido pela nulidade do lançamento ab initio, por insegurança na determinação da infração.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento e declaro NULO o auto de infração por insegurança na determinação da infração.

À Representação Fazendária.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 08 dias do mês de maio de 2013.

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

Matéria: Omissão do registro de nota fiscal de entrada no livro Registro de Entrada e na Escrituração Digital - EFD (Procedência)

Julgador: Nislene Alves Borges

SENTENÇA N.º 00902/13 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O fisco acusa o sujeito passivo de deixar de escriturar notas fiscais no Livro Registro de Entradas, no período de dezembro de 2010 a dezembro de 2011 e na Escrituração Fiscal Digital – EFD, em campo próprio, as notas fiscais referentes ao exercício de 2012, exigindo o pagamento na quantia de R\$7.951.647,55 (sete milhões, novecentos e cinquenta e um mil, seiscentos e quarenta e sete reais e cinquenta e cinco centavos), correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do valor das operações de entradas no estabelecimento autuado, conjuntamente com acréscimos legais.

Foi indicado como infringido o art. 64 da Lei nº 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE, conjuntamente com o art. 308 do Decreto nº 4.852/97, que regulamenta o CTE. Propõe a multa de ofício prevista no art. 71, VII, “c”, do CTE, com redação da Lei nº 13.446/99.

A infração é comprovada com os demonstrativos de fls. 52/66, bem como com cópias de notas fiscais, fls. 63/112, do Livro Registro de Entradas, fls. 113/244 e cópia dos arquivos da EFD, fls. 244/286 dos autos: .

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresenta impugnação, tempestivamente, fls. 300/310 e alega:

- que a multa foi injustificada, visto que não houve falta de recolhimento do imposto;

- que a capitulação da penalidade foi equivocada, pois não se trata da penalidade mais específica, sugere outras penalidades mais brandas, aduzindo serem mais específicas, fls. 304/307;

- que a multa aplicada ao caso tem caráter confiscatório, ferindo os preceitos constitucionais, fls. 307/309;

- solicita realização de diligências à empresa, para juntada de documentos probatórios da infração, fls. 310;

Ao final, propugna pela improcedência do feito.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Não se verifica nos autos nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no art. 20, da Lei nº 16.469/09.

Compulsando os autos verifica-se que realmente o sujeito passivo não registrou as notas fiscais de entrada supracitadas no Livro Registro de Entradas e na EFD, em campo específico, bem como restou evidenciado na própria defesa da autuada a ocorrência da omissão de registro.

Cumpra esclarecer que o contribuinte do ICMS no desempenho de suas atividades sujeita-se ao cumprimento de duas obrigações, a principal de pagar o tributo e a acessória de fazer ou deixar de fazer algo que a legislação determina, sendo que no caso de descumprimento da última, esta se converte em obrigação pecuniária.

Sendo assim, a alegação de que a acusação fiscal não prospera, por não ter havido prejuízo não é harmônica com a legislação tributária vigente, visto que sempre que o contribuinte descumpra uma obrigação acessória ou principal, prejuízo existirá ao Erário ou ao ordenamento jurídico que teve sua norma transgredida.

No que tange a validade, exigibilidade, constitucionalidade e justiça da aplicação da multa pecuniária, este órgão julgador não deve se manifestar, visto que, nos termos do art. 6º, § 4º da Lei nº 16.469/09, no âmbito do processo administrativo tributário, não pode haver decisões que impliquem apreciação ou declaração de inconstitucionalidade de lei, decreto ou ato normativo expedido pela Administração Tributária. Dessa forma, entendo que todas estas questões não devem ser apreciadas nesta esfera, mas sim na esfera que possui competência própria para declarar a validade e constitucionalidade das leis, qual seja, a esfera judicial.

A autoridade fiscal indica como dispositivos legais transgredidos o art. 64 da Lei nº 11.651/91, combinado com o art. 308 do Decreto nº 4.852/97, e propõe a aplicação da penalidade prevista no art. 71, inciso VII, 'c' da Lei nº 11.651/91, com redação da Lei nº 13.446/99, a seguir transcritos:

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. 308. O livro Registro de Entradas destina-se à escrituração da (Convênio SINIEF SN/70, art. 70):

I - entrada, a qualquer título, de mercadoria no estabelecimento;

II - utilização de serviço pelo estabelecimento.

§ 1º Deve ser também escriturado:

I - o documento fiscal relativo à aquisição de mercadoria:

a) que não transitar pelo estabelecimento adquirente, ainda que por meio de título que a represente;

b) para o ativo imobilizado, cuja escrituração deve ser feita de forma individualizada;

c) para uso ou consumo;

II - o documento fiscal relativo à destinação da mercadoria produzida pelo próprio estabelecimento, para o ativo imobilizado ou para uso e consumo;

III - o montante de eventual diferença verificada em relação à operação ou à prestação já escriturada.

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;

Da análise da legislação supracitada, entendo correta a aplicação dos dispositivos, visto se tratar da penalidade mais específica, totalmente aplicável ao caso concreto. Inclusive, confirmando tratar-se especificamente de falta do cumprimento de obrigações acessórias, pois, do contrário, caso a autoridade responsável pelo procedimento verificasse ainda falta de pagamento de imposto, por certo que aplicaria a forma qualificada à multa formal, incluindo à capitulação da penalidade o disposto no §9º, inciso I, do art. 71, que trata da aplicação das multas de infração, no Código Tributário Estadual - CTE. Assim descrita:

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:

I - 60% (sessenta por cento), observado o disposto no inciso seguinte;

Nego ainda o pedido de diligência, sob a afirmativa de que a acusação encontra-se clara e suficientemente demonstrada pela autoridade fiscal que procedeu ao lançamento, por meio de vasta e robusta documentação acostada aos autos.

A defesa apresentada pela atuada não elide a acusação fiscal, visto que a infração está comprovada, por intermédio dos documentos constantes dos autos, e o fato se amolda perfeitamente aos dispositivos legais supracitados, posto isso,

entendo que o presente lançamento cumpre com fidelidade as exigências do art. 160 do Código Tributário Estadual e da lei do Processo Administrativo Tributário.

CONCLUSÃO

Posto isso, conheço da impugnação constante dos autos, nego-lhe provimento, nego o pedido diligência, e JULGO PROCEDENTE o lançamento.

Intime-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 20 dias do mês de maio de 2013.

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

Matéria: ITCD. Omissão de pagamento. Doação de valor em moeda corrente declarado no Imposto de Renda para aquisição de veículo (Procedência)

Julgador: Jeovalter Correia Santos

SENTENÇA N.º 01009/13 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o ITCD não pago quando do recebimento da doação de valor em moeda corrente para aquisição de veículo. A penalidade proposta foi a do art. 89, inciso II, da Lei n.º 11.651/91, com redação da Lei n.º 13.772/00.

A acusação comprova a infração com Nota Explicativa e cópia da Declaração do Imposto de Renda.

Foi indicada como coobrigada [...], nos termos do art. 82, inciso I, do CTE, por ter concorrido com a prática da infração tributária.

Regulamente intimada, a Impugnante comparece aos autos e impugna o lançamento sob a alegação de que o direito da Fazenda lançar o crédito tributário decaiu nos termos do § 4º do art. 150 do CTN em face de que a doação se deu em 19/04/2006 e caso a operação fosse alcançada pela incidência do imposto, na data da intimação do auto de infração, em 08/06/2011, já havia decorrido o prazo decadencial. 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, conforme justificarei.

Quanto à alegação de que o crédito tributário lançado já foi extinto por decurso do prazo estipulado no art. 150, § 4º, do CTN, o entendimento do impugnante é equivocado em face de que o dispositivo em questão trata da extinção em caso de pagamento do tributo por meio do autolancamento, no lançamento em comento a operação estava oculta e o fisco somente tomou conhecimento quando da Declaração do Imposto de Renda em 2007 do ano base de 2006 conforme a Nota Explicativa de fls. 6 e Declaração de Ajuste Anual 2007 de fls 07/10.

Nesse sentido, a atuação tem o amparo legal do art. 173, I, do CTN que fixa em 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o prazo para que a Fazenda Pública constitua o crédito, sob pena de sua extinção, no caso, quando tomou conhecimento da doação.

Dessa forma, a doação que ocorreu no exercício de 2006, o prazo para a sua extinção por decadência contaria a partir de 1º de janeiro de 2007 e encerraria em 1º de janeiro de 2012, portanto a lavratura do auto de infração em 08/06/2011 (data da intimação) está dentro do período em que a Fazenda Pública poderia constituir-lo. Logo os argumentos de decadência do crédito tributário são insubsistentes. Não há que se falar em improcedência por este fato.

Tendo em vista que não há outro argumento ou documento para refutar a acusação, entendo que o lançamento cumpriu os requisitos do art. 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.

Intimem-se.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos ___ dias do mês de maio de 2013.

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

Matéria: Omissão de apuração e pagamento do ICMS - ST, no momento das saídas para o território goiano de mercadorias descritas no Convênio ICM 81/93 (Procedência)

Julgador: Gerluce Castanheira Silva Pádua

SENTENÇA N.º 01477/13 – JULP

Após lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo, na condição de substituto tributário, deixou de fazer a apuração e pagamento do ICMS-ST de mercadorias descritas no Convênio ICMS 81/93, no momento em que promoveu as suas saídas para o território goiano, no decorrer do exercício de 2012, sujeitando-se, em consequência, ao pagamento do tributo devido juntamente com os acréscimos legais.

Foram arrolados como dispositivos legais infringidos o art. 51, § 3º, do CTE c/c art. 32, §1º do Anexo VIII do RCTE.

Propôs-se a aplicação da penalidade tipificada no art. 71, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 11.651/91 com a redação conferida pela Lei nº 17.917/2012.

Para instrução processual, a autoridade fiscal autuante juntou ao feito 01 (uma) mídia DVD-R (fls. 08) contendo planilha, totalizada mês a mês, que relaciona as notas fiscais eletrônicas emitidas pela impugnante e que destinam mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária a Goiás, identificadas por número e data de emissão, o número da chave de acesso, descrição do produto, unidade, quantidade, valor unitário, valor total, base de cálculo do ICMS, alíquota e valor do ICMS devido à unidade federada de origem. Informa, para cálculo do imposto retido devido para produtos não sujeitos a pauta: o valor do IVA, a base de cálculo da substituição adicionada do IVA e o ICMS retido. E para cálculo do imposto retido devido para produtos sujeitos a pauta (bebidas): o valor unitário do produto na pauta, a base de cálculo da substituição calculada pelo valor da pauta para ser comparada com a base de cálculo da substituição calculada pelo IVA a fim de demonstrar o valor do imposto que deveria ter sido retido na fonte para Goiás, observando que a comparação visa atender o § 11 do art. 40, do Anexo VIII, do RCTE.

Juntou-se aos autos, ainda, Descritivo Complementar da Ocorrência, Resumo da Omissão de Recolhimento de ICMS ST e Instruções Normativas de n.º 295/12-SAT, n.º 277/11-SAT e n.º 285/12-SAT que estabelecem valores a serem considerados como base de cálculo para efeito de pagamento de ICMS devido por substituição tributária pelas operações posteriores.

O sujeito passivo recebeu cópia de mídia com entrega de relatórios digitais, por meio de Aviso de Recebimento – AR, conforme se vê às fls. 32 dos autos.

Intimado na forma legal (por AR), conforme fls. 34, o sujeito passivo comparece ao processo (fls. 36 a 66) e impugna a ação fiscal alegando o seguinte:

a) preliminarmente, aduz nulidade processual por cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que a ação fiscal não apresenta a motivação do ato administrativo, considerando que os procedimentos adotados decorreram de vários dispositivos legais, sem que se demonstrasse na mídia estes dispositivos com os textos legais respectivos;

b) alega, ainda, nulidade processual por cerceamento do direito de defesa, ao considerar o Convênio ICMS 81/93

c) pede nulidade da autuação por erro de identificação do sujeito passivo, por entender que o Estado de Goiás não pode atribuir ao contribuinte do Distrito Federal a condição de contribuinte substituto tributário, que o imposto deveria primeiramente ser exigido dos contribuintes goianos adquirentes, e que estes deveriam ser intimados e arrolados como co-responsáveis;

d) no mérito, afirma, também, que, não consta nos autos de forma discriminada os cálculos de como a autoridade fiscal apurou o valor do imposto, e ainda, que para a fixação da base de cálculo da substituição foram adotados vários critérios e que estes não foram discriminados nos demonstrativos;

e) assevera, ainda, que a multa proposta não traduz plena sintonia com o fato descrito na peça básica;

f) por fim, afirma que a multa apresenta caráter confiscatório.

Cita e transcreve ementas de acórdãos de julgamentos administrativos e judiciais, e pede que se reconheça a nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa e erro na identificação do sujeito passivo ou que se julgue pela improcedência do feito, por ilegalidade na determinação da base de cálculo do imposto, bem como que se reduza a penalidade por apresentar percentual confiscatório.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

A presente autuação tem por fundamento o fato de o sujeito passivo estabelecido no Distrito Federal, não inscrito como substituto tributário em Goiás, remeter mercadorias, no decorrer de 2012, para contribuintes localizados no Estado de Goiás, sem promover o pagamento antecipado do ICMS retenção na fonte dos produtos sujeitos a tal regime de tributação.

A fiscalização relaciona, na planilha que compõe a mídia eletrônica – DVD-R - de fls. 8 dos autos, uma por uma as notas fiscais de saídas de

mercadorias do estabelecimento do sujeito passivo com destino ao território goiano, procedendo o cálculo do ICMS substituição tributária pelas operações posteriores, de acordo com cada produto sujeito à retenção do ICMS na fonte que ingressou no Estado de Goiás sem o efetivo pagamento do imposto devido ao erário.

Não procede a arguição de nulidade processual por cerceamento de direito de defesa sob alegação de omissão da legislação estadual aplicada ao caso, pois, consta na inicial, de forma discriminada, os dispositivos legais infringidos e a penalidade proposta. A própria impugnante demonstra conhecimento da legislação estadual, ao mencionar e transcrever às folhas 07 e 08 artigo do Anexo VIII do RTCE, ademais, estabelece o art. 3º. da Lei de Introdução ao Código Civil, o princípio de que ninguém pode alegar o desconhecimento de lei regularmente publicada, ainda mais quando tal questionamento é efetuado por operadores do direito, advogados, procuradores da autuada.

Com relação ao Convênio ICMS 81/93, este determina que aos Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, concernentes ao ICMS e que se refiram ao regime de substituição tributária, serão aplicados os procedimentos consignados neste convênio, portanto, o Convênio ICMS 81/93 prescreve normas gerais a serem aplicadas ao regime de substituição tributária, bem como define o modelo básico a ser seguido quando da celebração de convênio ou protocolo específico, não constituindo “norma impositiva em branco” como afirmado na defesa, além de que, tais normas gerais deverão ser observadas pelos contribuintes do Distrito Federal, pois através do Protocolo ICMS 49/92 o DF confirma sua adesão ao Protocolo 11/91, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água, energéticos, etc. e os Protocolos ICMS nº14/93, nº48/92, n.º 47/02, nº48/02, nº49/02, nº26/04 e nº85/12 ratificam a participação do DF quanto aos demais produtos relacionados nas planilhas.

Consta cláusula específica nestes protocolos que nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

O sujeito passivo, ao remeter mercadorias com ICMS já retido para destinatários contribuintes do imposto em Goiás, assume a condição de substituto tributário, e nesse caso está obrigado ao pagamento do ICMS substituição tributária pelas operações posteriores, conforme prescreve a alínea “a”, do inciso II, do parágrafo único do art. 34 do Anexo VIII do RCTE, que para clareza da decisão, transcrevo abaixo:

“Art. 34.

[...]

Parágrafo único. Assume a condição de substituto tributário, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso:

[...]

II - em relação à mercadoria constante do Apêndice II:

a) o contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação que promover saída de mercadoria com imposto já retido, com destino a contribuinte do ICMS estabelecido no Estado de Goiás (Convênio ICMS 81/93, cláusula segunda);”

Assim, a referência feita pelo impugnante ao art. 35 do Anexo VIII do RCTE, apenas confirma a opção da fiscalização em proceder à autuação nomeando o remetente como sujeito passivo, visto que o mesmo assume a posição de substituto tributário. O fisco não nomeou os destinatários como tal, tendo em vista a multiplicidade deles, o que tornaria contraproducente a indicação de cada um dos destinatários como solidários. Dessa forma, trata-se de faculdade da fiscalização acrescentar cada destinatário como solidário, nos termos do art. 35 do Anexo VIII do RCTE, de acordo com a possibilidade viável para cada caso.

Por fim, dispõe o art. 52 do Anexo VIII do RCTE, o que segue:

“Art. 52. O substituto tributário estabelecido em outra unidade da Federação deve fazer a retenção do imposto no momento em que promover a saída da mercadoria para o território goiano, efetuando a apuração e o seu pagamento nos períodos e prazos previstos na legislação tributária, mediante a utilização da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais-GNRE.

§ 1º Se não for concedida a inscrição cadastral ao substituto tributário ou se esse não tiver providenciado a sua inscrição no Cadastro de Contribuintes deste Estado, o mesmo deve, em relação a cada operação, efetuar o pagamento do imposto devido ao Estado de Goiás, por ocasião da saída da mercadoria de seu estabelecimento, por meio de GNRE distinta para cada um dos destinatários, devendo (Convênio ICMS 81/93, cláusula sétima, §§ 2º e 3º):

I - anexar uma via desta à nota fiscal para acompanhar o transporte da mercadoria;

II - constar no campo informações complementares o número da nota fiscal a que se refere o respectivo recolhimento.

§ 2º A forma de pagamento prevista no parágrafo anterior aplica-se, também, ao contribuinte de outra unidade da Federação que assumir, nos termos de convênio ou protocolo, a condição de substituto tributário em razão de promover saída de mercadoria mencionada no Apêndice II com imposto já retido, com destino a contribuinte localizado no Estado de Goiás, salvo se autorizado, por regime especial, a apurar e pagar o imposto por período.”

Portanto, o sujeito passivo estava obrigado a cada remessa de mercadoria sujeita a retenção do ICMS na fonte para destinatário contribuinte do ICMS em Goiás, a realizar o pagamento do ICMS-ST, mediante GNRE, o que não foi realizado, incorrendo o mesmo em infração à legislação tributária. Diante do exposto, não acato pedido de nulidade por erro de identificação do sujeito passivo da obrigação.

Inicialmente, não há que se falar em nulidade processual por cerceamento do direito de defesa, nos moldes aventados pelo impugnante, visto que os procedimentos adotados em relação ao exercício fiscalizado para fixação da base de cálculo do ICMS-ST decorreram de apenas dois critérios: para os demais produtos, exceto bebidas, foi utilizado o IVA (que consta da planilha, para cada produto remetido ao Estado de Goiás) conforme dispostos em Convênio e Protocolos, e que estão consolidados no Apêndice II do Anexo VIII do RCTE; e para as bebidas (energéticos e isotônicos) foram utilizados para fixação da base de cálculo do ICMS – ST o valor constante em pauta fiscal ou o IVA agregado ao valor da operação, tendo em vista o disposto no §11 do artigo 40 do Anexo VIII do RCTE.

Logo, não há dificuldade em identificar o cálculo do ICMS-ST relativamente a cada produto constante de planilha da mídia.

Em relação a bebidas, inclusive energéticos e isotônicos, cumpre esclarecer que, como regra geral para obtenção da base de cálculo do ICMS – ST é utilizado o Índice de Valor Agregado – IVA, porém esta regra geral pode ser substituída por regra especial, ou seja, utilizando-se os valores constantes em pauta elaborada pela Secretaria da Fazenda, que representa o preço a consumidor final usualmente praticado pelo varejista, o que normalmente ocorre para as bebidas relacionados no inciso I do Apêndice II do Anexo VIII do Regulamento. Entretanto, o § 11º do art. 40, do Anexo VIII do RCTE impõe restrição no sentido de que a utilização do valor contido em pauta fiscal (regra especial) somente poderá ser utilizado em substituição a regra geral de utilização do IVA, se o valor da pauta superar o valor da operação própria em percentual que corresponda a no mínimo 70% (setenta por cento) do IVA previsto para a mercadoria.

Concluindo, se o valor da pauta for inferior ao valor da operação própria acrescido de 70% do IVA previsto para a mercadoria, não poderá ser utilizado para efeito de base de cálculo da substituição tributária o valor constante na pauta fiscal. Nas planilhas apresentada pelas autoridades fiscais, nas colunas BC ST (Pauta) e BC ST (IVA), fica evidente que os cálculos foram elaborados utilizando-se os dois critérios, a pauta e o IVA, a fim de atender a restrição contida no §11 do artigo 40 do Anexo VIII do RCTE e apurar o imposto retido devido em consonância com o mencionado dispositivo.

Portanto, não se verifica a ocorrência de nulidade processual por insegurança na determinação da infração, uma vez que os documentos carreados aos autos, em especial a planilha que traz o cálculo do ICMS-ST devido em relação a cada produto, são bastante como instrução processual de acusação. Não há 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 n.º 16.469/09).

A defesa do sujeito passivo não se sustenta, pois o mesmo tem o ônus da prova fundamentada, 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.

Ressalte-se que a autoridade fiscal fundamentou a autuação em prova material, consistente nos demonstrativos presentes na mídia DVD-R de fls. 08 dos autos e demais elementos probatórios que instruem o processo, demonstrando de forma cabal que o sujeito passivo omitiu o pagamento do ICMS-ST dos produtos sujeitos a tal regime de tributação, conforme discriminados nas notas fiscais citadas nas planilhas.

Dessa forma, não se trata de presunção legal, mas de fato devidamente documentado nos autos, que o impugnante não logrou impugná-lo de forma satisfatória, pois não contestou de forma objetiva, à vista dos elementos de convicção presentes aos autos.

A penalidade proposta está de acordo com a infração perpetrada, não há meio de reduzir a penalidade para o percentual de 30%, porquanto não há previsão legal para tanto.

Deixo de manifestar sobre o alegado caráter confiscatório da penalidade tendo em vista que é vedado, em julgamento administrativo, analisar ou manifestar sobre inconstitucionalidade de norma da legislação tributária.

Ao fim, depreende-se que o auto de infração encontra fundamentação fática, por meio dos demonstrativos e levantamentos anexados ao mesmo pelo autuante, e encontra-se calcado em previsão da legislação tributária. De outra forma, a defesa apresentada pelo impugnante não é eficaz no sentido de ilidir com sucesso o trabalho do fisco, motivo pelo qual a pretensão fazendária se impõe.

CONCLUSÃO

Isso posto, não acolho as alegações de nulidade arguidas pela defesa, conheço da impugnação, nego-lhe provimento e julgo PROCEDENTE o auto de infração, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário exigido neste processo.

INTIME-SE.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 02 dias do mês de julho de 2013.

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

Matéria: Omissão de pagamento de ICMS-ST. Falta de fornecimento de informação ao contribuinte substituto de remessa de gasolina para contribuinte deste Estado, nos termos do Convênio nº 110/2007 (Improcedência)

Julgador: Jeovalter Correia Santos

SENTENÇA N.º 01771/13 – 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-ST em razão de não repasse ao Estado de Goiás do imposto relativo à remessa de gasolina para contribuintes deste Estado por falta de fornecimento de informação ao contribuinte substituto nos termos do Convênio nº 110/2007, nos meses de outubro/2008 a abril/2009, junho/2009, setembro/2009 e novembro/2011, apurado em Auditoria de Substituição Tributária. Propõe a imputação da multa de ofício prevista no artigo 71, inciso III, alínea “g” da Lei n.º 11.651/91.

O Auditor comprova a infração com papéis de trabalho de auditoria fiscal de substituição tributária do ICMS, com notas explicativas, demonstrativo do recolhimento do ICMS substituição tributária, com extratos das notas fiscais e com cópias dos relatórios das operações interestaduais com derivados de petróleo.

Regularmente intimado o sujeito passivo apresenta impugnação alegando que as notas fiscais eletrônicas objetos da auditoria foram canceladas e por motivos técnicos no sistema nacional de NF-e não houve a modificação de seu status. Informa que os cancelamentos foram demonstrados no Livro Registro de Saída, conforme cópia que faz anexar, e por ofício expedido pela autuada e protocolado em 07/02/2012 junto ao setor competente da Secretaria da Fazenda do DF conforme documento anexo. Alega que em face de não ter havido o fato gerador da obrigação, não houve o descumprimento da obrigação tributária.

Dessa forma, pede em preliminar, a nulidade do feito por insegurança na determinação da infração e, conseqüentemente, cerceamento do direito de defesa, em face do não cumprimento dos requisitos do art. 142 do CTN já que os fatos narrados na inicial não se subsumem a previsão legal.

Alega ilegitimidade passiva da impugnante para estar no passivo do lançamento em função de que não houve a promoção da saída das mercadorias pelos motivos acima já informados e, dessa forma, não houve o fato gerador da obrigação e sem fato gerador não há crédito tributário, explica.

No mérito, invoca o princípio federativo para alegar ilegitimidade ativa do fisco goiano para exigir tributo de contribuintes inscritos em outro estado da federação cujo fato gerador teria ocorrido no Distrito Federal, já que segundo o seu entendimento, a legislação do Estado de Goiás não produz efeitos extraterritoriais.

Alega que a multa no patamar de 150% tem caráter confiscatório e desproporcional em face do seu valor elevado. Pede a sua redução para o percentual de 30% caso a exigência fiscal venha a ser mantida.

Apresenta como provas cópias do requerimento junto à Secretaria da Fazenda do DF comunicando o cancelamento das notas fiscais eletrônicas, cópias de correspondências trocadas com a SEFAZ/DF sobre os problemas no sistema nacional de notas fiscais eletrônicas, cópias do Livro Registro de Saída de Mercadorias, onde constam as notas fiscais escrituradas como canceladas. Pede a nulidade e incidentalmente a impropriedade do lançamento.

Tendo em vista a alegação da defesa de que as notas fiscais que deram origem ao lançamento não surtiram efeito por terem sido canceladas, por meio do Despacho nº 824/2012 – JULP, fls. 365/366, os autos foram convertidos em diligência para apurar as alegações da defesa.

Em manifestação às fls. 368/369, a fiscalização relata que teve dificuldades para notificar algumas empresas destinatárias das mercadorias, porém as empresas notificadas ratificaram que não houve entrada das mercadorias, inclusive com as cópias dos livros fiscais de registros entrada de mercadorias. Dessa forma, conclui que assiste razão à defesa em suas alegações, não havendo que se falar no crédito tributário lançado pelo auto de infração em comento.

Intimada do resultado da diligência, a autuada, como era de se esperar, concordou com a manifestação da fiscalização.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Analisando as preliminares de nulidade previstas no artigo 20 da Lei nº 16.469/09, constatamos que a autoridade fiscal autuante é competente para realização do procedimento e para lançamento do crédito, que a infração está perfeitamente identificada, demonstrada e comprovada e que foram regularmente identificado e notificado o sujeito passivo.

Quanto às arguições de nulidade, inclusive por ilegitimidade passiva, do auto de infração, em face do § 3º do art. 18 do Decreto nº 6.930/2009 que institui o Regimento Interno deste Conselho, deixo de apreciá-las em face de que vislumbro que razão assiste à defesa em suas alegações no julgamento de mérito.

A motivação fática para o lançamento está na descrição do fato estampada na peça básica, omissão de informação, a qual revela, claramente, a infração cometida e, além dela, os papéis de trabalho de auditoria detalham fartamente a mesma, bem como o valor do imposto não repassado. A fundamentação legal, especialmente o art. 62-A do Anexo VIII do RCTE, descrito abaixo, não deixa dúvida de que os fatos narrados na inicial subsumem-se a hipótese legal, sendo que a penalidade sugerida coaduna-se com os fundamentos fáticos.

Art. 62-A. A utilização do programa de computador aprovado pela COTEPE/ICMS de que trata o § 2º do art. 62 é obrigatória, devendo o sujeito passivo por substituição tributária e o contribuinte substituído que realizar operações interestaduais destinadas ao Estado de Goiás, com combustíveis derivados de petróleo em que o imposto tenha sido retido anteriormente, com AEAC ou com B100, proceder a entrega das informações relativas às mencionadas operações por transmissão eletrônica de dados (Convênio ICMS 110/07, cláusula vigésima quarta).

Quanto à tese central da defesa que consiste no cancelamento das notas fiscais eletrônicas descritas nos papéis de trabalho de Auditoria Fiscal de Substituição Tributária do ICMS de fls. 04-B/06, o sujeito passivo comprovou com os documentos de fls. 144/363 que houve o cancelamento das referidas notas fiscais, ou seja, foi caracterizado o cancelamento alegado com a não circulação das mercadorias por meio das mesmas.

Fato que foi ratificado pela manifestação da fiscalização às fls. 368/369, que, atendendo ao pedido de revisão, em concordância com as alegações da defesa, entendeu que não houve circulação de mercadorias, pois as empresas destinatárias notificadas informaram que não houve entrada das mercadorias, inclusive com as cópias dos livros fiscais de registros entrada de mercadorias conforme os documentos de fls. 370/459, motivo pelo qual concluiu pela inexistência do crédito tributário lançado.

A legislação tributária tem regras claras sobre o cancelamento de notas fiscais eletrônicas. O sujeito passivo comprovou que cumpriu os requisitos estabelecidos em Ajuste SNIEF nº 07/2005, entre os quais, a solicitação do cancelamento no prazo estipulado, comprovação de que não houve circulação de mercadorias, entre outros. Dessa forma, entendo que a exigência fiscal não deve prosperar.

Assim sendo, diante da conclusão da própria fiscalização de que inexistente o crédito tributário resultante do lançamento, entendo que a argumentação da defesa foi suficiente para refutar as razões do auto de infração em julgamento, decidido por improceder a exigência fiscal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, dou-lhe provimento, para declarar IMPROCEDENTE a exigência fiscal em comento.

À Representação Fazendária.

SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos ___ dias do mês de setembro de 2013.

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

Matéria: Omissão de saída de mercadoria tributada - Auditoria Específica de Mercadorias (Procedência)

Julgador: Francisco Délio de Oliveira Martins

SENTENÇA N.º 02238/13 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

O auto de infração em julgamento exige do sujeito passivo o ICMS não pago em razão de ter realizado a operação de saída de mercadoria tributada sem emissão de nota fiscal, no período compreendido entre 01/01/2009 e 30/06/2009, conforme apurado pela Auditoria Específica de Mercadorias.

A infração é comprovada com os documentos da auditoria, fls. 04/27, e arquivos constantes do CD-R, fl. 05, anexo.

São indicados como infringidos os arts. 63 e 64 da Lei n.º 11.651/91, que institui o Código Tributário Estadual – CTE -, e o art. 141 do Decreto n.º 4.852/97, que regulamenta o CTE – RCTE.

Foi imposta a multa prevista no art. 71, VII, “L”, com o §9º, I, do CTE, com redação das Leis n.º 13.446/99 e n.º 16.241/08.

Regularmente intimado, o sujeito passivo impugna o lançamento.

Em preliminar indica a existência de insegurança na determinação da infração com o argumento de que não há como identificar no procedimento administrativo, assim como no auto de infração, a infração constatada e imputada pela acusação à empresa impugnante, alega, ainda em preliminar, cerceamento ao direito de defesa, pelas seguintes razões: falta de anuência da Impugnante com os critérios e metodologia utilizada na apuração das omissões de saídas; falta de trancamento de estoque, conversão de mercadorias e apuração do valor; que o CD-R não obedece às normas de segurança e garantia da integralidade das informações na forma prevista na IS nº 005/2008-SGAF combinada com os arts. 2º e 3º, da IN nº 916/2008-GSF, pois inexistente chave de codificação digital e assinatura digital da autoridade fiscal responsável pelo lançamento.

Na narrativa dos fatos a Impugnante afirma que a empresa autuada pauta sempre pela seriedade e pelo adimplemento in totum de suas responsabilidades fiscais e tributárias

No mérito, alega que recolheu o ICMS devido quando da emissão da Nota Fiscal de Saída e nunca comercializou quaisquer produtos sem o adimplemento das obrigações tributárias e que os equívocos e incorreções na emissão das Notas

Fiscais foram retificados através de carta de correção, não havendo prejuízo para o erário estadual.

Pede a nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa, ao final a improcedência do lançamento.

A defesa não trouxe aos autos nenhum documento para comprovar suas alegações.

Por meio do Despacho nº 496/2011-JULP, fl. 60, objetivando trazer aos autos outros documentos que embasaram a acusação determinei a realização de diligência para juntada dos arquivos digitais que originaram as informações utilizadas na auditoria.

Os autos retornaram da diligência com as informações contidas no documento de fls . 62/63.

Intimada do resultado da diligência a Impugnante apresenta manifestação informando que tomou conhecimento do Despacho nº 496/2011-JULP e o contesta por vício no preenchimento com a alegação de que o auto de infração apresenta defeitos que contraria requisitos básicos e obrigatórios para a validade do mesmo e que a omissão desses requisitos torna nulo o auto por cerceamento ao seu direito à ampla defesa.

A Impugnante alega ainda que promoveu ação anulatória de débitos fiscais com pedido de antecipação de tutela e, por isso, com base no art. 151, incisos III e V, do CTN, a exigência do crédito tributário em julgamento está suspensa.

A Impugnante ratifica todos os termos da impugnação protocolizada no dia 17/06/2011 e requer sem efeito o Despacho nº 496/2011-JULP para ser julgado improcedente o auto de infração, e nulo os efeitos do referido despacho em razão suspensão da exigibilidade enquanto pendente de apreciação judicial.

A Impugnante não traz aos autos nenhum documento para sustentar suas alegações.

Compulsando os autos em exame verifiquei que o Despacho nº 496/2011-JULP não foi completamente atendido pelo atuante, por essa razão, expedi o Despacho nº 206/2012-JULP, fls. 77/78, determinando a complementação da instrução processual na forma requisitada por este Órgão Julgador.

Intimado do resultado da diligência requisitada por meio do Despacho nº 206/2012-JULP o sujeito passivo não se manifestou.

Os autos retornaram da diligência requisitada com a complementação da instrução processual com cópia dos arquivos apresentados pelo sujeito passivo ao Fisco gravados na mídia (CD), fls. 83.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Inicialmente, consultando o sistema informatizado desta Secretaria de Fazenda, por maior esforço que fiz, não consegui comprovar as afirmações da impugnante de que empresa autuada pauta-se sempre pela seriedade e pelo adimplemento in totum de suas responsabilidades fiscais e tributárias, menos ainda de que nunca comercializou quaisquer produtos sem o adimplemento das obrigações tributárias.

Analisando as preliminares de nulidade previstas no artigo 20 da Lei n.º 16.469/2009, constatamos que a autoridade fiscal autuante é competente para realização do procedimento e para lançamento do crédito, que foi regularmente identificado e intimado o sujeito passivo, e que a infração foi perfeitamente identificada e demonstrada, conforme justificarei.

A infração está perfeitamente identificada na peça básica do auto de infração e demonstrada no formulário Conclusão da Auditoria Específica de Mercadoria, fls. 10/26, bem como nos demais formulários gravados no CD-R anexo ao auto de infração em comento, fl. 5.

O procedimento utilizado pela fiscalização para evidenciar a omissão de registro de saída de mercadoria tributada sustenta-se numa equação matemática de cognição fácil, segundo a qual a quantidade de determinado item existente no estoque no final do período deve ser o resultado da soma da quantidade desse item existente no estoque inicial com a quantidade das suas aquisições, subtraindo-se dessa soma a quantidade das vendas realizadas desse item.

A fiscalização tributária não está obrigada a submeter o procedimento fiscal nem os critérios e a metodologia utilizada na apuração do tributo à anuência do sujeito passivo, pois se assim fosse, não teria sentido a existência de processo administrativo tributário, mas apenas demonstrar nos autos os meios e critérios utilizados para a apuração do tributo, e isso estão demonstrados por meio dos arquivos contidos no CD-R, fls. 05.

A garantia de integridade das informações, prevista na Instrução Normativa nº 916/2008-GSF, interessa, neste caso específico, somente à fiscalização tributária, pois as informações foram extraídas da escrituração fiscal do próprio contribuinte.

A oposição do acusado à autenticidade e integridade das informações pela falta de chave de codificação digital e de assinatura digital de arquivos somente se justifica quando as informações que embasarem o auto de infração forem obtidas de arquivos digitais apreendidos pela fiscalização, o que não é o caso.

Além disso, os valores contidos nos relatórios dos arquivos gravados no CD-R, fl. 05, são os mesmos informados na conclusão da Auditoria Específica de Mercadoria, fls. 10/26.

A complementação da instrução processual determinada nos despachos expedidos por este Órgão Julgador visa somente dar autonomia aos autos do processo a fim de que aqueles que o manuseiam, especialmente os órgãos julgadores, possam confrontar o lançamento com as informações fornecidas pelo sujeito passivo ao Fisco para a perfeita e completa verificação de sua regularidade ou não.

A ausência de juntada ao auto de infração em comento, das informações apresentadas pelo sujeito passivo ao Fisco não maculou o lançamento por falta de atendimento aos requisitos do art. 160 do CTE, muito menos cerceou seu direito à ampla defesa, mormente porque tais informações foram geradas pelo próprio sujeito passivo que as apresentou ao Fisco e poderia a qualquer momento confrontá-las com o resultado da auditoria.

Pelo exposto, não se vislumbra nos autos elementos que possam inferir que o lançamento foi realizado com insegurança na determinação da infração ou com cerceamento ao direito de defesa.

No mérito, a defesa alega que recolheu o ICMS devido quando da emissão da Nota Fiscal de Entrada e que os equívocos e incorreções na emissão das Notas Fiscais foram retificados através de carta de correção, não apresenta nenhum documento capaz de comprovar suas afirmações.

Como não há outros argumentos para refutar a acusação e por entender que o lançamento cumpriu o disposto no art. 160 do CTE decido pela sua manutenção.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação, nego-lhe provimento e declaro PROCEDENTE a exigência fiscal.

Rejeito as preliminares de nulidade por insegurança na determinação da infração e por cerceamento ao direito de defesa arguidas pelo sujeito passivo.

Intime-se.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos dias do mês de novembro de 2013.

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

Matéria: Omissão de saída de mercadorias tributadas - Auditoria das disponibilidades - Saldo Credor na Conta Caixa (Nulo)

Julgador: Gerluce Castanheira Silva Pádua

SENTENÇA N.º 02323/13 – JULP

Vistos e analisados, passa-se à decisão a seguir:

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que o sujeito passivo omitiu registro de saída de mercadorias tributadas, no período de 02/2003 a 12/2003, referente a existência de saldo credor na verificação da regularidade das contas representativas do disponível, conforme auditoria das Disponibilidades e documentos anexos. Em consequência, exige-se ICMS juntamente com penalidade e acréscimos legais.

Faz constar observação de que trata-se de reatuação sugerida pelo Ofício n.º 124/2011-GRF/SR, auto anulado n.º 3027031067512.

Indica como dispositivos infringidos os artigos 25, § 1º, inciso I e 64 da Lei n.º 11.651/91, c/c art. 141 do Decreto n.º 4.852/97. Propõe a aplicação da penalidade prevista no art. 71, inciso VII, 'I', § 9º, inciso I, da Lei n.º 11.651/91 c/ redação da Lei n.º 13.446/99.

Junta aos autos Anexo Estruturado - Detalhamento do Crédito Tributário, Identificação dos Sujeitos Passivos Coobrigados, Nota Explicativa, Auditoria das Disponibilidades e demais documentos que comprovam o levantamento fiscal, tais como extratos bancários, livros contábeis razão e diário e livros fiscais: registro de Apuração do ICMS e registro de Saídas.

Regularmente intimados, o sujeito passivo e os solidários apresentam impugnação conjunta, alegando em suma que os sócios administradores não possuem responsabilidade pelo descumprimento de obrigações contidas no presente auto de infração, visto que não podem ser responsabilizados por não estar demonstrado no processo, o dolo dos sócios administradores, nos termos do Código Tributário Nacional.

Pugna pela extinção do crédito tributário, entende que ocorreu a decadência do direito do Fisco em constituí-lo, sendo equivocado o entendimento do CAT quanto ao efeito da decisão que declara a nulidade do lançamento, fundamentada no disposto no artigo 173, inciso II do CTN e no artigo 20, inciso I a IV da Lei n.º 16.469/09, consoante o qual haveria devolução do prazo decadencial para a Fazenda Estadual realizar novo lançamento, a contar da data em que se tornar definitiva aquela decisão. Discorre que, da interpretação sistemática das disposições dos incisos I a IV do artigo 20 e seu 2º, e artigo 21 da Lei n.º 16.469/09, extrai-se a conclusão de que as hipóteses de nulidades dispostas nos incisos acima mencionados, não contemplam vício formal de lançamento.

No mérito, argumenta ausência de provas da existência de saldo credor na conta "Caixa", que os valores depositados em conta corrente bancária não configuram desembolsos não contabilizados.

Junta aos autos cópias de documentos pessoais, procurações, alterações de contrato social, bem como cópia do auto de infração originalmente anulado e Acórdão da III CJUL n.º 03616/10.

Ao final, requer a exclusão do polo passivo dos sócios administradores, a extinção do crédito tributário pela decadência e a improcedência da pretensão inicial do Fisco.

É o relatório.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Preliminarmente, cumpre a este órgão julgador, enquanto órgão do Conselho Administrativo Tributário, nos termos dos artigos 2º e 3º, inciso I, da Lei n.º 16.469/09, efetuar o controle da legalidade do presente lançamento, motivo pelo qual passo ao julgamento do presente processo, iniciando pela análise das hipóteses de nulidades previstas no art. 20 da lei supracitada.

Inicialmente, observa-se que o lançamento foi efetuado por autoridade competente e não impedida, não houve erro de identificação dos sujeitos passivos, sendo estes regularmente intimados, não obstante, identifica-se no presente lançamento a hipótese prevista no inciso IV do art. 20 da Lei n.º 16.469/09, devendo ser extinto sem julgamento de mérito, motivo pelo qual passo a fundamentar minha convicção.

Trata o presente processo de exigência de ICMS e acréscimos legais, decorrente de omissão de vendas, apurada mediante Auditoria das Disponibilidades, em que restou configurada existência de saldo credor, após reconstituição de conta representativa do ativo circulante disponível - conta "Caixa".

Compulsando os autos, verifica-se que a base de cálculo da importância exigida, origina-se de valores extraídos da Auditoria das Disponibilidades - "Reconstituição", documentos de fls.10 a 13, onde fica demonstrado que o sujeito passivo nos meses de fevereiro a dezembro de 2003 apresentou omissões de vendas, sendo estas provenientes de desembolsos não contabilizados, como demonstra documentos de fls. 14 a 56.

Sobre a matéria em análise, cumpre observar o disposto no artigo 25 da Lei n.º 11.651/91, transcrito abaixo:

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;

Verifica-se da legislação supratranscrita, que é hipótese de presunção de operação ou prestação tributada não registrada, o valor apurado, em procedimento fiscal, correspondente ao saldo credor apurado na conta “Caixa”.

Essa presunção advém do fato de que a conta “Caixa”, tem natureza devedora, portanto seu saldo é sempre devedor ou nulo, logo, em termos contábeis, essa conta não pode apresentar saldo credor, quando tal fato ocorre chamamos de “insuficiência ou estouro de Caixa”.

O termo “Caixa” muitas das vezes pode apresentar conceito amplo, como sinônimo de “disponibilidades”, neste sentido pode conter mais de uma conta representativa do ativo circulante disponível, uma conta particular identificada como “Caixa”, e outras contas identificadas como “Banco conta Movimento” ou ainda “Investimentos”, dentre outras.

Preliminarmente cumpre esclarecer, que a impugnante apresenta apenas uma conta “Caixa” em sua escrituração contábil, fato claramente extraído de um verificação aos livros Razão e Diário anexados aos autos, bem como mencionado pela autoridade fiscal nas Notas explicativas quando assim descreve: ...”Apesar do plano de contas registrar a conta contábil CAIXA (1.1.1.1.001) e conta contábil BANCO C/ MOVIMENTO B/BRASIL (1.1.1.2.001), a escrituração foi realizada somente na conta contábil centralizadora: CAIXA”. Cumpre observar, que a conta “Caixa” na escrituração contábil da autuada não é conta centralizadora ou transitória, mas conta única, visto que nesta não há registro de movimentação de qualquer outra conta de ativo disponível, principalmente, conta “Banco c/ Movimento”. Para ser considerada como conta centralizadora, todos os ingressos ou desembolsos auferidos pelo contribuinte devem estar nela registrados, o que não se verifica. No caso ocorre uma movimentação bancária não contabilizada.

O presente lançamento está fundamentado basicamente em omissões de lançamento a crédito de “Caixa”, relativos a desembolsos considerados pela fiscalização como efetuados pelo sujeito passivo e não contabilizados.

Desembolsos não contabilizados consiste, de modo geral, no pagamento com valores extra caixa de uma despesa, um bem, uma mercadoria, serviços, encargos, tributários ou não, que podem ou não terem sido contabilizados anteriormente. A presunção legal deriva do fato de que o contribuinte possuía recursos extra caixa, proveniente de venda de mercadorias tributadas, com o qual efetuou os respectivos pagamentos. A presunção deve ser comprovada com a identificação do objeto sobre o qual se deu o respectivo desembolso, em outras palavras, não basta presumir, tem que apontar o documento ou o fato contábil responsável pelo desembolso extra caixa.

O termo “desembolsar” significar gastar, por consequência, o desembolso efetuado via conta bancária só seria possível nas seguintes situações: emissão de cheque para pagamento, saque, pagamento direto no caixa ou caixas eletrônicos ou on line via internet, débito autorizado e outros. Notoriamente todas as situações descritas representam saída de numerário de conta bancária, logo, é equivocado considerar como desembolso depósitos efetuados em conta bancária.

Observa-se, no caso em questão, a transferência para a Auditoria das Disponibilidades como desembolso não contabilizado, os valores registrados como “depósito em cheque liberado” ou “depósito on line” na conta bancária da autuada, numa evidente distorção do que seja um desembolso ou gasto. Para ser considerado um desembolso não contabilizado, deveria ser exatamente ao contrário, ou seja, verificar a saída de dinheiro do banco nas situações descritas acima, cujo objetivo seria o pagamento de uma despesa não contabilizada. Situação diametralmente oposta a descrita nos autos.

Se o Fisco apenas considerar que os recursos provenientes dos depósitos em cheque ou depósitos on line na conta bancária, são provenientes de vendas não contabilizadas, estes, ao serem transferidos para a conta “Caixa”, importaria em ingresso de numerário, o que viria acrescer o saldo devedor desta conta de disponibilidade.

Ao que parece, pela descrição contida no demonstrativo auxiliar - Desembolsos Não Contabilizados – documentos de fls. 14 a 56 , os desembolsos não contabilizados foram interpretados pelo agente autor do procedimento fiscal, como recursos oriundos da conta “Caixa”, que foram depositados na conta “Banco c/ Movimento” ...”*sem o devido registro contábil a crédito na conta “Caixa”,* e cujos pagamentos das despesas e/ou encargos efetuados através da conta bancária com estes recursos não foram contabilizados em nenhuma dessas duas contas do ativo circulante disponível. Neste caso haveria a necessidade de comprovar que os recursos objetos do depósitos bancários tiveram como origem a conta “Caixa”, e ainda, demonstrar quais despesas não contabilizadas foram pagas, através de seus respectivos documentos contábeis. Para corroborar a infração narrada é IMPRESCINDÍVEL, que a conta “Caixa” e a conta “Banco c/ Movimento” estejam regularmente registradas na escrituração contábil da empresa, para que fossem apreciados conjuntamente todo ingresso ou desembolso efetuados, e principalmente para efetuar o exigido “registro contábil a crédito na conta “Caixa”.

Observa-se das cópias do livros Diários anexados aos autos, que o Balanço Patrimonial representa unicamente como conta do ativo circulante disponível a conta “Caixa”, documentos de fls. 355, 386, 418 e 458.

Se escrituradas contabilmente as duas contas, seria possível verificar a ocorrência de duas infrações: primeira, se houve o correspondente lançamento a crédito na conta “Caixa” do valor transferido para a conta “Banco c/ Movimento”, em caso negativo, a infração seria Suprimento Indevido de Caixa, pois o valor transferido para o banco e não creditado no caixa estaria contido no saldo devedor das duas contas; segundo, se comprovado o pagamento, via banco, de

despesas não contabilizadas em nenhuma das duas contas, indiscutivelmente a infração seria Desembolso não Contabilizado.

Concluo, da análise da auditoria e demais documentos que sustentam a exigência fiscal, que o entendimento outorgado pela autoridade lançadora acerca do que seja “Desembolso Não Contabilizado”, não corresponde ao conceito descrito no item 5.2 do Roteiro 6 – Auditoria das Disponibilidades constante no Manual de Auditoria Fiscal e Procedimentos fiscais, que o mesmo conferiu àquele, pela descrição contida no demonstrativo auxiliar, uma das hipóteses de suprimento ilegal de caixa, nos termos do item 5.3.20 do Roteiro 6 – Auditoria das Disponibilidades constante no citado manual.

A tempo, é importante relembrar, que no caso em concreto, não caberia recapitular a infração como “Suprimento Indevido de Caixa”, pelo simples fato de que a conta “Banco c/ Movimento” não compunha os registros contábeis da impugnante no exercício de 2.003 (fato comprovado pelo Balanço Patrimonial e afirmado pelo agente do fisco autor da inicial), o que torna impraticável exigir o lançamento a crédito na conta “Caixa”, dos valores relativos aos depósitos efetuados na conta bancária, sem o correspondente lançamento a débito na conta “Banco c/ Movimento”, posto que esta é inexistente na escrituração contábil da impugnante. Cumpre ainda advertir, que a reconstrução da escrita contábil, no presente momento, está impossibilitada pelo instituto da decadência que alcançou os fatos ocorridos em 2.003.

Não obstante, entendo que o presente lançamento não cumpre com fidelidade os requisitos do artigo 160 do Código Tributário Estadual, visto que não transmite com segurança elementos suficientes para suportar a exigência do crédito tributário, ao tratar como “Desembolso Não Contabilizado” valores depositados em conta corrente bancária, sem o correspondente registro a crédito na conta “Caixa”, e ainda, pela ausência de quaisquer documentos ou fatos contábeis assinalados nos autos que importem em provar o pagamento destes com recursos, presumidos pela fiscalização, extra-caixa, por consequência, provocando insegurança na determinação da infração, nos termos do art. 20, inciso IV da Lei n.º 16.469/09.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço da impugnação do sujeito passivo, dou-lhe provimento, e DECLARO NULO ‘ab initio’ o presente auto de infração, por insegurança na determinação da infração, nos termos do art. 20, inciso IV da Lei n.º 16.469/09.

À Representação Fazendária nos termos do artigo 40 da Lei n.º 16.469/2009.

JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, em Goiânia, aos 08 dias do mês de novembro de 2013.

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

Matéria: Omissão do registro de nota fiscal de entrada no livro Registro de Entradas e na Escrituração Digital - EFD (Procedência)

Julgador: Luís Fernando Corrêa Rigo

SENTENÇA N.º 02517/13 – JULP

Lido, conferido e analisado passa-se à seguinte decisão:

DO RELATÓRIO

Trata-se de um crédito tributário, formalizado pela fiscalização, em razão do não registro nos livros fiscais de diversas notas fiscais de aquisição, nos períodos e valores indicados, conforme relatório, livros e demais documentos juntados aos autos para fundamentação da acusação fiscal, em mídia digital, em formato PDF, com todos os demonstrativos e planilhas, com ciente do autuado, às folhas 04/09.

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”, com aplicação da atenuante prevista pelo § 8.º do CTE.

O sujeito passivo foi regularmente intimado a pagar ou apresentar defesa na forma e no prazo legal.

O sujeito passivo, por meio de seu representante legalmente constituído, instaurando o contraditório, depois de descrever o lançamento com infração e penalidade, alega a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração, uma vez que o procedimento fiscal foi realizado sem a observância das normas internas da SEFAZ/GO, com penalidade indevida, violando, por fim, o seu direito a retificação dos arquivos magnéticos EFD até 30/04/2013. Como razões de mérito entende que a infração deveria ser com a penalidade do artigo 71, XXII do CTE falta de entrega e/ou com informações incompletas dos arquivos magnéticos, assim como teve seu direito de retificar as EFD's ignorados pelo artigo 356-O do RCTE e assim entende não haver razão para manutenção da autuação. Pede pelo acolhimento da preliminar de nulidade e no mérito pela improcedência e alternativamente pela mudança da penalidade para a do artigo 71, XII do CTE, pois a multa aplicada é ímpagável.

DA NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA

O livre convencimento do julgador é princípio fundamental de qualquer decisão soberana e, dessa forma, jamais poderá sofrer qualquer influência das partes em litígio, razão porque qualquer solicitação das partes deve vir, obrigatoriamente, acompanhada de uma demonstração cabal da sua necessidade sem o que não se mostra um meio válido para conversão do feito em diligência, a menos que o julgador tenha dúvidas a esclarecer nos autos, o que é o caso em

razão da retificação dos seus arquivos em 06/03/2013, portanto, em data anterior ao seu ciente nos autos.

Então, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa e para conferir maior segurança jurídica aos atos praticados no presente feito, considerando que a empresa apresenta comprovantes de registro de documentos que teriam sido realizados, em atraso, mas dentro do prazo estabelecido pelo legislador, posto que a escrituração fiscal digital – EFD, de início, foi conferido um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para sua retificação, tornou-se importante verificar se o cumprimento das obrigações tributárias de natureza instrumental foram feitos na sua totalidade e antes do início da ação fiscal e, também, se foram feitos nos termos da legislação em vigor.

Nesse sentido, os autos foram encaminhados à Delegacia Regional de Fiscalização de Morrinhos a fim de que seu ilustre titular, por obséquio, determinasse que auditores fiscais pudessem, de forma clara e objetiva, averiguar se todos os registros efetuados em EFD pelo sujeito passivo, ainda que em atraso, foram feitos, de forma espontânea, isto é, antes do início da ação fiscal, com notificação e ciente do atuado nesse sentido e/ou se não houver esse marco regulatório passará a valer o ciente do atuado no auto de infração em questão, possibilitando, assim, verificar se os registros dos documentos em questão foram todos feitos antes ou depois da ação fiscal, assim como, analisar as demais teses apresentadas pela da defesa, ressaltando a existência do Parecer n.º 1580/2012-GEOT.

A diligência foi cumprida juntando aos autos a notificação fiscal, às folhas 76, que deu início a ação fiscal, em 16/01/2013 nos termos da lei processual em vigor e desta forma entende que o marco regulatório da ação fiscal se deu em 21/01/2013 e ressaltando que a origem da autuação foi a solicitação de celebração do Termo de Credenciamento para dispensa do pagamento antecipado do ICMS, conforme processo n.º 2 01200004062431, protocolado na Repartição Fiscal em 07/12/2012, lembrando que para concessão desse benefício era imperioso que o sujeito passivo tivesse registrado corretamente todos os documentos fiscais referente aos últimos seis meses da data da última safra, nos termos da IN n.º 119/07 da SGAF e assim ratifica que a empresa ao protocolar este pedido conhecia dos critérios a serem utilizados para sua concessão e, tacitamente deu início a ação fiscal.

Depois de cumprida as determinações acima e antes de devolver a esta instância para julgamento, o sujeito passivo foi cientificados do resultado da revisão fiscal.

Em manifestação, às folhas 86/92, o representante legal do atuado, retorna aos autos para alegar que o auditor fiscal deveria se ater exclusivamente ao comando da IN citada pelo revisor e que direciona os procedimentos a serem realizados para liberação do referido Termo de Credenciamento e extrapolando suas funções passou a efetuar auditoria nos livros digitais da empresa sem a devida intimação e consignação do registro de início da ação fiscal no livro RUDFTO e não se pode perder de vista também que durante a auditoria estava em

vigor o Ajuste SINIEF n.º 11/12 que assegurava o prazo de até abril de 2012 para os contribuintes retificassem seus arquivos magnéticos ou sanassem suas irregularidades e quer a manutenção da nulidade por insegurança na determinação da infração e caso ultrapassada a mudança na penalidade para a do artigo 71, XXII do CTE, mantendo os demais pedidos.

Em seguida, os autos foram distribuídos por meio de sorteio eletrônico, atendendo aos princípios: Da Administração Pública, Da Transparência e Da Imparcialidade, a um dos julgadores da Primeira Instância do CAT que, deverá analisar e decidir todas as questões apresentadas pelas partes que compõe a relação jurídico processual tributária.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO (O LIMITE DA LIDE)

O objeto da lide é decidir sobre todas as questões apresentadas pelas partes que compõem a relação jurídico tributária, sejam elas de natureza: preliminares, incidentais e de mérito, verificando se procede o entendimento da defesa de que não houve infração no caso ora em julgamento e/ou a da fiscalização pela ocorrência da infração formal.

DO ASPECTO FORMAL DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO (pedidos e nulidade)

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 teoria das nulidades tem aplicação bastante diferenciada no campo do direito, privado e público, isso ocorre porque no direito privado predominam os interesses individuais com a finalidade de restabelecer um equilíbrio entre as partes de forma individualizada, já no direito público os interesses são coletivos ou difusos em que a finalidade passa a ser de toda a coletividade.

A nova Lei Processual nº 16.469/09, como a anterior Lei 13.882/01, que definem o Processo Administrativo Tributário seguindo o caminho do Direito Processual Penal, adotando a posição de que nulo só será o ato se a lei expressamente, vem por meio dos incisos do artigo 20 definir, de forma clara e objetiva, quais seriam as nulidades absolutas e, ainda, pelo § 3.º do referido artigo reiterar 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, precisa 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.

Ao elaborar sua defesa, o representante legal do polo passivo apresenta como questão de natureza prejudicial, numa tentativa de que fosse declarado nulo o referido auto de infração, a insegurança na determinação da infração, uma vez que o procedimento fiscal foi realizado sem a observância das normas internas da SEFAZ/GO, com penalidade indevida, violando, por fim, o seu direito a retificação dos arquivos magnéticos EFD até 30/04/2013.

Não acolho a nulidade em questão pelo fato da fiscalização, no histórico da acusação, assim como pelas provas juntadas aos autos, ter reunido elementos suficientes e indispensáveis para determinar com segurança a infração e o infrator, nos termos da Lei 16.469/09, art. 20, §3.º e, ainda, disponibilizou a empresa autuada a mídia digital com todos os relatórios necessários a demonstrar a acusação fiscal.

Então, o lançamento tributário, sob o aspecto formal, ao contrário do que alega a parte passiva, atendeu a todos os requisitos tanto do artigo 8.º da Lei 16.469/09, quanto do artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, isto é, foi identificado e cientificado corretamente o sujeito passivo da obrigação tributária, aplicada a norma legalmente vigente no período de ocorrência do fato gerador que se subsumiu a descrição fática da infração fiscal, tendo sido proposta a penalidade específica ao caso. Em seguida, foi assegurado à recorrente, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, em face ao princípio jurídico do contraditório, conseqüência lógica do devido processo legal, garantindo, portanto, às partes litigantes o amplo direito de defesa.

DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO (SOBRE A INFRAÇÃO PRATICADA)

As questões, na parte meritória, referem-se a saber se houve a demonstração do descumprimento de diversas obrigações tributárias de natureza instrumentais, relacionadas ao não registro de notas fiscais eletrônicas – NF-e em seus livros fiscais digitais e decidir sobre a penalidade específica caso exista a infração de natureza formal.

DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD E SUA ESPONTANEIDADE

Nos termos do artigo 356-C do RCTE a escrituração fiscal digital - EFD compõe-se da totalidade de informações, em meio magnético, necessárias à apuração do imposto devido, nesse sentido, inexistente diferença significativa em relação a escrituração fiscal em papel como quer fazer crer a defesa, posto que seja a escrituração realizada em papel ou em meio magnético as infrações oriundas do não registro de notas fiscais, em papel ou eletrônicas, devem ser consideradas infrações formais de mesma natureza, tendo como única diferença significativa o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para retificação espontânea da escrituração fiscal digital - EFD.

Importante, destacar ainda que a retificação pode ser feita no prazo acima, desde que a empresa não esteja sob ação fiscal como no caso em questão demonstrado pela revisão fiscal, fato que impede o contribuinte de proceder a correção nos seus livros e documentos fiscais sejam eles em papel e/ou digital.

Frise-se que por força desta autuação foi exarado pela Gerência de Orientação Tributária o Parecer n.º 881/2013-GEOT, às folhas 93/96, em nome do mesmo autuado e para a mesma situação ora em julgamento e que em uma das suas conclusões, assim foi afirmado:

“Em relação ao contribuinte que tenha apresentado a EFD “zerada”, tem-se duas possibilidades: realmente não ocorreram operações no período ou elas ocorreram mas não foram informadas na EFD. Neste último caso, embora exista diferença formal (jurídica) entre a situação em que o contribuinte não apresenta EFD (não cumpre obrigação de fazer) e aquela em que ele a apresenta “zerada” (cumprir a obrigação de fazer de forma imperfeita), não identificamos diferença material (de conteúdo), vez que nos dois casos a administração tributária não recebe as informações a que tem direito.

[...]

Importante observar que a apresentação ou a retificação da EFD, após iniciada a ação fiscal, não produzirá efeitos em relação aos fatos objeto da referida ação fiscal (art. 7.º, inciso I e §1.º da Lei n.º 16.469/09, combinado com o art. 356-O, §5.º, inciso I do RCTE). Assim, se o contribuinte não apresenta EFD ou a apresenta “zerada”- mesmo que no período tenham sido realizadas operações de interesse fiscal – após formalizado o início da ação fiscal, as informações ofertadas não terão a força jurídica (eficácia) para invalidar o resultado da ação fiscal. Neste caso, após o encerramento da ação fiscal e eventual autuação, a autoridade fiscal deve notificar o contribuinte a apresentar ou a retificar a EFD, inserindo todas as informações omitidas (art. 356-O, § 3.º do RCTE).”

DA IRREGULARIDADE E SOBRE A ESPONTANEIDADE FISCAL

O sujeito passivo apresentou a escrituração fiscal digital – EFD dos meses autuados zerado e de setembro com algumas notas fiscais escrituradas e que não foram autuadas, conforme documentos, às folhas 97/101 e mesmo que tivesse retificado sua EFD, ainda dentro do prazo previsto de 180 (cento e oitenta) dias, já estava sob ação fiscal, com autuação que não deixa dúvida sobre as notas fiscais eletrônicas não registradas, conforme relação na mídia eletrônica juntada aos autos, às folhas 05/09.

Nesse linha de raciocínio, conforme definido no Parecer interpretativo em nome do próprio autuado e juntado aos autos às folhas 93/96, não existe o benefício da espontaneidade fiscal, pois a fiscalização trabalhou com base na escrituração fiscal digital – EFD informada a época da solicitação do seu Termo de Credenciamento, em que a fiscalização deve verificar se existia regularidade na escrituração fiscal (entrada, saída e apuração do ICMS), conforme relatório da revisão, às folhas 76/81, sendo que houve a demonstração pela fiscalização da infração do não registro de diversas notas fiscais eletrônicas nos livros fiscais, constantes da relação de folhas 05/09 juntadas aos autos, em mídia digital e, também, entregue ao autuado.

Nesse diapasão, deve-se concluir 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 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, aquisição ou utilização de mercadorias devem ser punidos com a multa formal aqui estipulada e que foi a proposta pela fiscalização, portanto, com acerto.

Nessa linha de raciocínio, estamos diante de uma infração de natureza instrumental instantânea, sendo imperioso que o sujeito passivo a regularize antes de dar o ciente no auto de infração que vem exigindo a multa formal por essa infração tributária (descumprimento de uma obrigação tributária de natureza instrumental) ou de qualquer outro marco regulatório do início da ação fiscal como no caso em questão demonstrado pela revisão fiscal, pois que somente sua correção antes da autuação daria direito a possível dispensa da penalidade pelo benefício fiscal da espontaneidade, que como se afirmou não ocorreu no caso em questão.

Outrossim, a tese defensiva, ainda que judiciosos os seus motivos, não é válida para a descaracterização da infração de natureza instrumental, devidamente comprovada pela fiscalização, posto que as notas fiscais eletrônicas, relação

juntadas aos autos em mídia digital, realmente não foram escrituradas nos seus livros fiscais e são diferente das que já haviam sido registradas quando enviou a sua EFD, sendo assim, deve ser punido com a infração formal do artigo 71, VII, "c" do CTE e não com a do artigo 71, XXII como quer.

SOBRE AS INFRAÇÕES FORMAIS (permanentes e instantâneas)

Deve ser ressaltado que o legislador estadual de Goiás ao elaborar o Código Tributário Estadual CTE (Lei 11.651/91) privilegiou a infração de natureza formal (obrigação tributária acessória) e em decorrência, desse descumprimento, se houvesse falta do pagamento do imposto, agravar-se ia a situação com a exigência do imposto, em caso contrário, não existindo possibilidade, direta e/ou indireta de falta de recolhimento do imposto e sendo as penalidades das hipóteses previstas dos incisos V ao XII do artigo 71 do mencionado código poder-se-ia aplicar uma atenuante prevista no § 8.º. Desta forma, o descumprimento de uma obrigação tributária de natureza instrumental deve ser primeiro punido com a multa formal devida e no caso de não haver prejuízo (falta de recolhimento do imposto) a legislação apenas permite a utilização de uma atenuante que seria a redução da penalidade, ainda assim, se a penalidade aplicada estiver enquadrada entre os incisos de V a XII do referido artigo, nunca a sua dispensa.

Como o sujeito passivo deixou de proceder a escrituração de diversas notas fiscais eletrônicas, às folhas 05/09, nos seus livros fiscais digitais e disponibilizados ao sujeito passivo em mídia digital, referente aos meses e valores informados e sabendo que a nota fiscal eletrônica – NF-e é um documento virtual cercada de segurança e a princípio não pode ser utilizada para contribuintes que, não efetuaram a operação, dado as características de documento emitido e armazenado eletronicamente e de existência apenas digital, cuja validade jurídica é documentada e garantida por meio de assinatura digital, conforme pode ser observado a seguir:

"Art. 167-A. Nota Fiscal Eletrônica - NF-e é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operação e prestação, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e pela autorização de uso, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 7/05, cláusula primeira, parágrafo único).

[...]

Art. 167-C. A NF-e deve ser emitida, conforme leiaute estabelecido no "Manual de Integração - Contribuinte", por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária, observadas as seguintes formalidades (Ajuste SINIEF 7/05, cláusula terceira):

[...]

Art. 167-D. O arquivo digital da NF-e só pode ser utilizado como documento fiscal, após (Ajuste SINIEF 7/05, cláusulas quarta e quinta):

I - ser transmitido eletronicamente à administração tributária, via internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, com utilização de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária;

II - ter seu uso autorizado por meio de Autorização de Uso da NF-e.

§ 1º A transmissão do arquivo digital da NF-e implica em solicitação de concessão de Autorização de Uso da NF-e.

§ 2º Ainda que formalmente regular, não é considerado documento fiscal idôneo a NF-e que tiver sido emitida ou utilizada com dolo, fraude, simulação ou erro que possibilite, mesmo que a terceiro, o não-pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem indevida.

§ 3º A concessão da Autorização de Uso da NF-e:

I - é resultado da aplicação de regras formais especificadas no Manual de Integração - Contribuinte e não implica a convalidação das informações tributárias contidas na NF-e;

II - identifica de forma única uma NF-e por meio do conjunto de informações formado por CNPJ do emitente, número, série e ambiente de autorização.

§ 4º É de responsabilidade do destinatário verificar a validade e autenticidade da NF-e e a existência da Autorização de Uso da NF-e (Ajuste SINIEF 7/06, cláusula décima, § 1º).

§ 5º. O destinatário deve comunicar o fato à unidade fazendária do seu domicílio se no prazo de 30 dias do recebimento da mercadoria não puder confirmar a existência da Autorização de Uso da NF-e (Ajuste SINIEF 7/06, cláusula décima primeira, § 2º, "b").

[...]

Art. 167-L. O emitente e o destinatário devem manter a NF-e em arquivo digital, sob sua guarda e responsabilidade, pelo prazo decadencial, mesmo que fora da empresa, devendo ser disponibilizado para a Administração Tributária quando solicitado (Ajuste SINIEF 7/05, cláusula décima, caput). (grifou-se o principal)

Outrossim, a tese defensiva de que não teria condição de se defender, deve ser refutada na medida que a nota fiscal eletrônica e a escrituração fiscal digital - EFD são realizadas em meios digitais e antes ainda da mercadoria ser transportada ao local de entrega por meio de DANFE, logo, o destinatário ora autuado e localizado em Goiás já recebeu, via código de segurança, a transmissão eletrônica com todos os dados da operação em questão, indicado os dados do destinatário, dos produtos e os valores, lembrando que se trata de produtos por ele comercializado e assim tais alegações não se prestam para ilidir a pretensão inicial do fisco.

De outro lado, no Processo Administrativo Tributário vigora o Princípio da Verdade Material, nesse sentido, meras alegações destituídas de provas materiais concretas não tem força para ilidir a pretensão inicial do fisco, calcada numa acusação material concreta, com provas devidamente juntadas ao feito, em que trazem segurança a infração e ao infrator.

O Conselho Administrativo Tributário no julgamento do Recurso Voluntário n.º 02509/2000 proferiu a seguinte decisão, pertinente a este assunto e que retrata este entendimento aqui mencionado:

“EMENTA: ICMS. Obrigação Tributária Acessória. Falta de registro de nota fiscal de entrada. Procedente. Decisão por maioria.

I - Não registrar notas fiscais de entrada é descumprimento de obrigação acessória, devidamente prevista na nossa legislação, logo possível ao fisco exigir multa formal neste caso.

II - A simples alegação de que não adquiriu as mercadorias, quando a empresa consta nas notas fiscais como destinatária das mercadorias, pelo Princípio da Presunção de legitimidade do lançamento de ofício, não é suficiente para ilidir a pretensão do fisco devidamente comprovada nos autos.” (grifo nosso)

DA ALTERAÇÃO DA PENALIDADE

Como mencionado acima 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 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, aquisição ou utilização de mercadorias devem ser punidos com a multa formal específica aqui estipulada e que foi a proposta com acerto pela fiscalização.

Portanto, a tese defensiva, ainda que judiciosos os seus motivos, não é válida para a descaracterização da infração de natureza instrumental, devidamente comprovada pela fiscalização, posto que as notas fiscais, em papel ou eletrônicas, juntadas aos autos, realmente não foram escrituradas nos seus livros fiscais (em papel ou em mídia digital), sendo assim, deve realmente ser punido com a penalidade formal do artigo 71, VII, “c” do CTE que é a mais específica ao caso ora em julgamento, não podendo ser acolhida a tese da defesa de alteração para uma outra mais genérica e que difere do caso em questão do artigo 71, XXII 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 subsídio 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 é a do inciso VII, alínea “c” do CTE, portanto, dentro das hipóteses mencionadas pelo legislador para aplicação desse benefício, poderia, caso não tenha gerado prejuízo imediato, relacionado com a falta de pagamento de imposto, ser aplicada.

Dessa forma, a própria fiscalização entendendo os dispositivos acima mencionado e verificando todas as hipóteses mencionadas corretamente atenuou a penalidade com a proposta no próprio lançamento do §8.º, art.71 do CTE.

Posto isto, concluo pela legalidade do crédito tributário formalizado pelo lançamento tributário, por ser originado de uma obrigação tributária nascida de um fato gerador concreto e de uma Lei em abstrato.

DA CONCLUSÃO

Em síntese, considerando tudo que constam dos autos e, em especial, pelos fundamentos fáticos e jurídicos, 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.

aos SALA DE JULGADORES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - JULP, em Goiânia,
dias do mês de de 2013.