



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº: 737/2007

PROCESSO Nº: 2006/7130/500061

RECURSO VOLUNTARIO: 6730

RECORRENTE: COTONORTE COMÉRCIO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA: I. Cerceamento ao Direito de Defesa. Impugnação apresentada em desacordo com a legislação e intempestivamente. Revelia. Nulidade da sentença. Preliminar rejeitada. II. ICMS recolhido à menor, de acordo com a pauta do Estado do Tocantins. Falta de comprovação da alegada diferença da pauta. Auto de Infração Procedente.

DECISÃO: Decidiu, o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença de primeira instância por cerceamento ao direito de defesa pela suposta revelia incorrida, argüida pela Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração nº 2006/000416 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário nos valores de R\$ 230.662,34 (duzentos e trinta mil, seiscentos e sessenta e dois reais e trinta e quatro centavos) e R\$ 19.658,35 (dezenove mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e trinta e cinco centavos), referente os contextos 4.1 e 5.1, respectivamente, mais acréscimos legais. Os Srs. Paulo Idelano Soares Lima e Ricardo Shiniti Konya fizeram sustentações orais pela Recorrente e Fazenda Pública, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcelo Azevedo dos Santos, João Gabriel Spicker, Elena Peres Pimentel e Rubens Coelho Sardinha. Presidiu a sessão de julgamento do dia 06 de dezembro de 2007 o conselheiro Juscelino Carvalho de Brito.

CONS. RELATOR PARA O ACÓRDÃO: Marcelo Azevedo dos Santos

VOTO: A empresa foi autuada no valor total de R\$ 250.320,69 (duzentos e cinquenta mil trezentos e vinte reais e sessenta e nove centavos), referente a 02 (duas) infrações relativas aos exercícios de 2005 e 2006, descritas nos campos 4.1 e 5.1 do auto de infração, fls. 02 e 03. Juntou cópias dos levantamentos de ICMS, dos demonstrativos de créditos e das notas fiscais.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

A autuada foi intimada, por ciência direta, para impugnar o auto de infração ou pagar o crédito tributário reclamado, em 24.03.2006, onde a mesma não compareceu, incorrendo em revelia.

Em 17.05.2006, fls. 101, a julgadora de primeira instância emitiu despacho solicitando alterações no auto de infração, por meio do Termo Aditivo, para sanear irregularidades.

Em 22.05.2006, a empresa apresentou impugnação intempestiva ao auto de infração, a qual foi juntada aos autos, fls. 102 e 117.

Em 23.08.2006, foi emitido Termo Aditivo, alterando os campos 4.1, 5.1, 4.13 e 5.13, do auto de infração, sendo devolvido ao sujeito passivo o prazo para pagamento ou impugnação, o qual tomou ciência do referido Termo Aditivo em 26.09.2006.

Em 10.10.2006, a empresa apresentou impugnação tempestiva, não destacou preliminar, e no mérito, requer a improcedência do auto de infração, tendo em vista as nulidades absolutas postadas no auto de infração.

As solicitações de improcedência do auto de infração estão baseadas nas seguintes alegações:

- que o auto deve ser considerado nulo, tendo em vista que o Fisco desobedeceu as obrigações tributárias, utilizando-se de procedimento tributário desordenado;

- com relação ao período compreendido entre 01.10.2005 a 31.12.2005 e 01.01.2006 a 03.03.2006, alega que a base legal da infração diverge da tipificação legal, o período de referência campo 4.6, 4.7 e 5.7, não obedece ao art. 35, inciso I, alínea "c", da Lei 1.287/2001, assim, a penalidade está aplicada com valor superior ao devido e que na saída de mercadorias, a legislação tributária assegura que a base de cálculo é o preço das mercadorias e não o da pauta fiscal, pois o valor da pauta é aplicado somente quando a mercadoria está em situação fiscal irregular, que não é o caso, pois não ficou comprovada nenhuma hipótese prevista nos incisos do art. 41 da Lei 1.287/2001;

- com relação especificamente ao período compreendido entre 01.01.2006 a 03.03.2006, alega que a legislação tributária estabelece que o período de



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

apuração não poderá exceder a um mês, dessa forma, o auto não poderia ter sido lavrado antes de terminar o mês de março de 2006, pois a apuração não estava encerrada, bem como, a ordem de serviço 018/2006 só autoriza e intima o contribuinte para apresentar os livros e documentos fiscais até o dia 31 de janeiro de 2006, sendo assim, o auditor não tinha autorização para fiscalizar o mês de fevereiro e parte do mês de março;

- ao final, a autuada alega que inexistente o fato gerador, informando que as operações mercantis da autuada, não se harmonizam como disposto na instrução normativa nº 10 de 10.10.2005 e em nenhuma das hipóteses previstas para o caso de documentação inidônea.

Às folhas 180, a julgadora de primeira instância emitiu despacho solicitando alterações no campo 4.6 do auto de infração, por meio de Termo Aditivo, o qual foi atendido, sendo emitido Termo Aditivo alterando o período de referência para 01.10.2005 a 31.12.2005.

A julgadora após conhecimento dos fatos julgou procedente o auto de infração nº 2006/000416, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário campo 4.11, no valor de R\$ 230.662,34 (duzentos e trinta mil seiscentos e sessenta e dois reais e trinta e quatro centavos) e campo 5.11, no valor de R\$ 19.658,35 (dezenove mil seiscentos e cinquenta e oito reais e trinta e cinco centavos), os dois valores acrescidos das cominações legais.

Ciente da decisão prolatada em primeira instância, a empresa apresentou recurso voluntário a este conselho, usando as mesmas alegações apresentadas na impugnação.

É o relatório.

Em sede de preliminar, entendo que não merece prosperar a nulidade da sentença, que julgou o Recorrente revel.

E isso porque a Impugnação do Recorrente, de fato, não fora apresentada na forma regulamentar.

Determina a Lei 1.288/01, em seu artigo 45:

Art. 45. A impugnação ao lançamento de ofício:



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS
(...)

II - é apresentada ao órgão preparador indicado no instrumento de formalização do crédito tributário;

De uma simples análise perfunctória dos autos, verifica-se que a Impugnação fora apresentada ao Supervisor Fiscal, Sr. Isaque Cairo Guimarães, AFA – 692913-3, no dia 17/04/2006.

Em tese, o termo final estaria de acordo com a legislação em vigor. Entretanto, fora-lhe lavrado Termo de Revelia, aos 18/04/2006, posto que não se houvera juntado a referida impugnação aos autos, a qual só veio a ser anexada no dia 22/05/2006.

Tal juntada intempestiva, frise-se, deu-se por culpa exclusiva do Recorrente, que não atendeu ao disposto na legislação, deixando de protocolar a sua peça contestatória do AI no *órgão preparador indicado no instrumento de formalização do crédito tributário*, conforme disposto na legislação em vigor.

Nesta esteira, por analogia, é de salientar-se, também, o art. 49, I, da Lei 1.288/01, que dispõe: *ocorre a preclusão quando o Recurso Voluntário for entregue em local diferente do indicado no ato da intimação.*

Em que pese a Recorrente, haver entregado a sua impugnação ao fiscal supramencionado, a referida peça deveria ser protocolada na **COLETORIA DE DIANÓPOLIS**, conforme disposto no item 8, do Auto de Infração, que determina o Local para pagamento ou apresentação da impugnação.

Assim, não merece ser acolhida a preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento ao direito de defesa, argüida pela Recorrente.

No mérito, melhor sorte não assiste ao Recorrente.

Isso, porque toda a auditoria foi baseada nas melhores e legais técnicas de apuração de débito de ICMS.

Alega a Recorrente, que a pauta fiscal utilizada pelo Estado não estria de acordo com o real valor da venda da mercadoria, que é baseada na oscilação do mercado, de acordo com bolsas internacionais.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Entretanto, em momento algum trouxe aos autos qualquer prova sobre a diferença da pauta utilizada pelo Estado do Tocantins.

De acordo com a fiscalização efetuada, o Recorrente houvera recolhido ICMS à menor, e que isso refletira no frete da mercadoria, motivo pelo qual fora autuado para recolher a diferença. Para tanto, juntou o valor de pauta utilizado pelo Estado que, em momento algum fora refutado. Cingiu-se, a Recorrente, em aduzir que utilizou o real valor da venda.

A fundamentação utilizada pelo agente, está de acordo com a Legislação em vigor, eis que, de fato, o Recorrente deixou de escriturar as operações realizadas, com fidedignidade, determinado no art. 44, constituindo a infração determinada no art. 46, da Lei 1.287/01.

Não se verifica o erro na tipificação, já que fora comprovada a irregularidade na inscrição dos livros da Recorrente.

Também não procede a alegação de que o Fiscal houvera anulado créditos de ICMS da autuada.

Não há nenhuma inconstitucionalidade, ao contrário do que alega o Recorrente, em razão de suposta bi-tributação, com infração às normas do Direito Tributário.

Isso porque se trata de simples cálculo matemático.

Ou seja, na saída da mercadoria do estabelecimento o Recorrente optou pela redução da base de cálculo no percentual de 29,41%, por ser-lhe mais vantajoso.

Por outro lado, caso não houvesse o estorno proporcional com relação ao creditamento do ICMS nas entradas, o Recorrente geraria sucessivos superávits de crédito.

Neste caso, aplica-se, na integralidade, o art. 155, § 2^a, inciso I, da Constituição Federal, que trata da não cumulatividade.

Ora, o referido artigo é cristalino, ao estabelecer que se compensa o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O Período de apuração do ICMS, de acordo com a legislação em vigor, também atende todos os requisitos, sendo irretocável o AI que ensejou o presente Processo Administrativo.

Assim, não merecem guarida as alegações argüidas pela Recorrente.

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade da sentença de primeira instância por cerceamento ao direito de defesa pela suposta revelia incorrida, argüida pela Recorrente e, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração nº 2006/000416 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do credito tributário nos valores de R\$ 440.001,31 (quatrocentos e quarenta mil, um real e trinta e um centavos) e R\$ 219.645,21 (duzentos e dezenove mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e vinte e um centavos), referente os contextos 4.1 e 5.1, respectivamente, mais acréscimos legais.

É o voto

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos
18 dias do mês de dezembro de 2007.

Presidente

Cons. Relator

Representante Fazendário