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

ACÓRDÃO Nº: 388/2009
PROCESSO Nº: 2007/6040/503908
RECURSO VOLUNTÁRIO: 7459
RECORRENTE: REFRESCOS BANDEIRANTES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA: ICMS – Diferencial de Alíquota. Exigência Tributária em Aquisições de Mercadorias Oriundas de Outras Unidades da Federação, Destinadas a Uso, Consumo ou Ativo Fixo do Estabelecimento. Transferência de Mercadorias do Mesmo Contribuinte - *A ocorrência de conflito quanto ao destino das mercadorias, se para uso e consumo ou integração ao ativo imobilizado, acarreta nulidade do lançamento por imprecisão na determinação da matéria tributável.*

Multa Formal. Registro de Notas Fiscais sem Autorização da Secretaria da Fazenda do Tocantins. Incoerência Entre o Histórico do Auto de Infração e a Tipificação da Infração Anunciada - *É nulo o lançamento quanto apresenta incoerência entre a tipificação legal e os fatos narrados no histórico da infração. .*

ICMS – Substituição Tributária. Imposto Destacado nas Notas Fiscais. Não Recolhimento em Tempo Hábil - *Deve prevalecer a exigência fiscal não ilidida pelo contribuinte, comprovada a omissão de recolhimento do imposto.*

ICMS – Aproveitamento Indevido de Crédito do Imposto. Estorno a Menor do Crédito Apropriado nas Entradas por Transferência de Material de Uso, Consumo e do Ativo Fixo do Estabelecimento - *Deve prevalecer a exigência fiscal não ilidida pelo contribuinte, quando verificada a não realização de estorno de crédito conforme determinação legal.*

ICMS – Substituição Tributária. Imposto Destacado no Produto Água Mineral. Inobservância de Alteração da Classe do Produto. Exigência da Instrução Normativa nº 008/2006 - *Há que prevalecer a reclamação fiscal que exige imposto devido por substituição tributária, por inobservância quanto a alteração da classe do produto, prevista na legislação.*

ICMS. Omissão de Saídas de Mercadorias Tributadas. Registro sem Débito do Imposto no Livro de Saídas de Mercadorias - *É devido o ICMS relativo às saídas de mercadorias tributadas, registradas no livro fiscal próprio, sem débito do imposto, não sendo a exigência fiscal ilidida pelo contribuinte.*

DECISÃO: Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, rejeitar a preliminar de decadência, arguida pela Recorrente; e por unanimidade, acatar a preliminar de nulidade do lançamento por imprecisão na

determinação da matéria tributável em relação aos contextos 4 a 9, arguida pelo Presidente; e por unanimidade, acolher a preliminar de incoerência sobre a tipificação legal e os fatos narrados no histórico do auto de infração em relação aos contextos 14 a 19, arguida pelo relator. 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 2007/004840, na parte que condenou o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R$ 3.561,61 (três mil, quinhentos e sessenta e um reais e sessenta e um centavos), R$ 9.392,27 (nove mil, trezentos e noventa e dois reais e vinte e sete centavos), R$ 24.615,76 (vinte e quatro mil, seiscentos e quinze reais e setenta e seis centavos), R$ 9.377,03 (nove mil, trezentos e setenta e sete reais e três centavos), R$ 374,62 (trezentos e setenta e quatro reais e sessenta e dois centavos), R$ 1.745,91 (um mil, setecentos e quarenta e cinco reais e noventa e um centavos), R$ 3.550,90 (três mil, quinhentos e cinquenta reais e noventa centavos), R$ 4.906,83 (quatro mil, novecentos e seis reais e oitenta e três centavos) e R$ 7.070,45 (sete mil, setenta reais e quarenta e cinco centavos), referentes os campos 10.11 a 13.11 e 20.11 a 24.11, respectivamente, mais acréscimos legais. Os Srs. Daniel Almeida Vaz e Ricardo Shiniti Konya fizeram sustentações orais pela Recorrente e Fazenda Pública, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Juscelino Carvalho de Brito, Elena Peres Pimentel, Raimundo Nonato Carneiro e João Gabriel Spicker. Presidiu a sessão de julgamento do dia 21 de maio de 2009, o conselheiro Mário Coelho Parente.

CONS. RELATOR: Juscelino Carvalho de Brito

VOTO: A empresa, acima citada, foi autuada a recolher ICMS na importância de R$125.445,68 (cento e vinte e cinco mil e quatrocentos e quarenta e cinco reais e sessenta e oito centavos), referente a diferencial de alíquota de produtos destinados a uso, consumo ou para o ativo fixo da empresa, relativa ao período de 01.01.2002 à 30.06.2007, conforme constatado através do levantamento diferencial de alíquota, em anexo, contido nos contextos 4 à 9 dos autos.

Recolher ICMS na importância de R$37.554,40 (trinta e sete mil, quinhentos e cinqüenta e quatro reais e quarenta centavos), referente a substituição tributária, por não ter recolhido o imposto ou recolhido a menor, destacado nas notas fiscais, relativo ao período de 01.01.2006 à 30.06.2007, em anexo, contido nos contextos 10, 12 e 13 dos autos.

Recolher ICMS na importância de R$ 9.392,27 (nove mil, trezentos e noventa e dois reais e vinte e sete centavos), referente a aproveitamento indevido de crédito, relativo ao mês de janeiro/2002, originado do estorno a menor, apropriado nas

entradas por transferência de material de uso, consumo e ativo fixo, contido no levantamento do ICMS, em anexo.

Recolher Multa formal na importância de R$ 893.853,37 (oitocentos e noventa e três mil, oitocentos e cinqüenta e três reais e trinta e sete centavos), correspondente a 10% do total dos documentos registrados no livro registro de entradas, por registrar notas fiscais de entradas, não autorizadas pela SEFAZ-TO., relativo ao período de 01.01.2002 à 30.06.2007, conforme contida nos contextos14 à 19 dos autos.

Recolher ICMS na importância de R$ 17.648,71 (dezessete mil, seiscentos e quarenta e oito reais e setenta e um centavos), referente a saídas de mercadorias sem débito do imposto, no livro próprio, conforme levantamento em anexo, relativo ao período de 01.01.2002 à 31.12.2006, contido nos contextos 20 à 24 dos autos.

O contribuinte apresenta impugnação, tempestivamente, em 18/12/2007.

Via do despacho nº 033/2007, a Julgadora de Primeira Instância converte o processo em diligência, para que o sujeito passivo junte TVF relativo aos exercícios de 2002 à 2004 e das notas fiscais de transferências. Juntado TVF solicitado.

Novo despacho nº 10-3/2008, a Julgadora de Primeira Instância converte o processo em diligência, para que o autor do procedimento ou substituto reveja a infração aplicada e as penalidades, relativa aos campos 10.13 e 10.15 dos autos. Termo de aditamento foi lavrado, retificando os campos solicitados.

Sentença foi lavrada, diz que a demanda refere-se a ICMS diferencial de alíquota, substituição tributária, aproveitamento indevido de crédito, omissão de saídas de mercadorias tributadas e multas formais pelo registro de notas fiscais de entradas não autorizadas pela SEFAZ. Que as infrações dos contextos 1 à 6, não houve homologação expressa dos lançamentos fiscais, porque o TVF, anexado intempestivamente, informa que não houve procedimento fiscal e que o auto de infração refere-se às remessas recebidas em transferência da matriz. Que o contribuinte não comprovou o recolhimento de diferencial de alíquota, posto que é indevido, por se tratar de bens do ativo fixo transferidos entre matriz e filial. Que não comprovou através das notas fiscais, apesar de intimado. Quanto ao contexto 11, não ocorreu decadência, conforme dispõe o art. 173, inciso I do CTN.

Quanto aos contextos 11 à 16, a questão da homologação já falada no TVF citado nos itens anteriores. Quanto ao mérito, diz que não importa o destino das notas fiscais, se a devolução de mercadorias sujeitas à substituição tributária ou vendas, importa sim o fato de terem sido utilizados documentos fiscais sem a AIDF,

pois havia à época disposição legal no RICMS, art. 115, Decreto nº 462/97. Pois, se não foram autorizadas pela SEFAZ-TO, estas são inidôneas.

Quanto as infrações 7, 9, 10, 17, 18, 19, 20 e 21, os ilícitos fiscais descritos não foram impugnados, incorrendo em revelia, presumindo-se verdadeiras as matérias fáticas alegadas pelo autuante nos termos do art. 47 da Lei nº 1.288/2001. Conclui, julgando procedente no seu todo.

O contribuinte apresenta recurso voluntário, onde diz que o diferencial de alíquota sobre transferência é um equívoco do lançamento fiscal, pois, contraria a Lei Complementar nº 87/96. Alega ocorrência de decadência relativa ao lançamento de janeiro de 2002, conforme dispõe o § 4º do CTN. Quanto ao lançamento da multa formal, pela escrituração e registro nos livros fiscais de documentos fiscais sem AIDF, cujos documentos foram utilizados para acobertar a devolução de mercadorias sujeitas à substituição tributária, e cujo imposto já havia sido retido anteriormente na ocasião das entradas neste Estado, diz que não possui respaldo de legalidade na legislação tributária do Estado e possui características de confisco, vedado pela Constituição Federal, porque é de 10% do valor das operações e chega a ultrapassar R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Requer a improcedência do feito.

A Representação Fazendária diz sobre a decadência em relação aos itens do ano de 2002, que a ação fiscal ocorreu antes do prazo previsto no art. 173 do CTN. Quanto aos contextos 14 à 19 a recorrente diz que não houve prejuízo ao Erário Estadual, mas, não apresenta nenhuma prova que possa ilidir o feito. Recomenda a manutenção da sentença de primeira instância.

A nulidade do contexto 4, referente a diferencial de alíquota, embasado no § 4º do art. 150 do CTN, não se aplica no presente caso. Caso que requer a aplicação do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional – CTN, motivo que rejeito a preliminar requerida.

Os contextos 4 a 9 dos autos, referem-se a exigência fiscal de diferencial de alíquota, por entradas de outros estados da federação. Em sua defesa a autuada, argumenta que são produtos da própria empresa, ou seja, são transferência de uma unidade para outra do mesmo proprietário. Configurada a ocorrência de conflito se os produtos são para uso ou consumo do estabelecimento ou para ativo fixo da empresa. Face a isso, resolvi acatar a preliminar de nulidade do lançamento por imprecisão da matéria tributável, argüida pelo Presidente do COCRE.

Quanto aos contextos 14 a 19 dos autos, que tratam de multa formal por registrar documentos fiscais sem autorizo da Secretaria da Fazenda do Tocantins.

Ocorre que na tipificação da infração cometida, indicou o art. 50, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 1.287/2001, que discrimina falta de lançamentos nos livros fiscais. Face a isso, esta Relatoria resolveu argüir a preliminar de nulidade do lançamento por incoerência sobre a tipificação legal e os fatos narrados no histórico do auto de infração, em relação aos contextos supra.

Quanto aos contextos 10, 12 e 13, dos autos, que trata de ICMS substituição tributária, não foram impugnados, tornando-os revel. O contexto 11, que fala de aproveitamento indevido de crédito do imposto, pelo estorno a menor do crédito apropriado nas entradas por transferência de material de uso e consumo e ativo, não foram impugnados, tornando-se revel. Da mesma forma, os contextos 20 a 24, que tratam de saídas de mercadorias tributadas sem débito do imposto, não foram impugnados, tornando-os revéis.

Com estas considerações, entendo que os contextos 4 a 9 e 14 à 19, são nulos de plenos direito, para acatar as preliminares levantadas pelo Presidente do COCRE e por esta Relatoria. E os contextos 10 a 13 e 20 à 24 dos autos devem prevalecer.

De todo exposto, voto para rejeitar a preliminar de decadência, arguida pela Recorrente; e acatar a preliminar de nulidade do lançamento por imprecisão na determinação da matéria tributável em relação aos contextos 4 a 9, arguida pelo Presidente; e acolher a preliminar de incoerência sobre a tipificação legal e os fatos narrados no histórico do auto de infração em relação aos contextos 14 a 19, arguida pelo relator. No mérito, conheço do recurso e nego-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração nº 2007/004840, na parte que condenou o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R$ 3.561,61 (três mil, quinhentos e sessenta e um reais e sessenta e um centavos), R$ 9.392,27 (nove mil, trezentos e noventa e dois reais e vinte e sete centavos), R$ 24.615,76 (vinte e quatro mil, seiscentos e quinze reais e setenta e seis centavos), R$ 9.377,03 (nove mil, trezentos e setenta e sete reais e três centavos), R$ 374,62 (trezentos e setenta e quatro reais e sessenta e dois centavos), R$ 1.745,91 (um mil, setecentos e quarenta e cinco reais e noventa e um centavos), R$ 3.550,90 (três mil, quinhentos e cinquenta reais e noventa centavos), R$ 4.906,83 (quatro mil, novecentos e seis reais e oitenta e três centavos) e R$ 7.070,45 (sete mil, setenta reais e quarenta e cinco centavos), referentes aos campos 10.11 a 13.11 e 20.11 a 24.11, respectivamente, mais acréscimos legais.

É o voto.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos 30 dias do mês de julho de 2009.

Presidente

Cons. Autor do Voto

Representante Fazendário