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

ACÓRDÃO Nº: 425/2009
PROCESSO: 2008/6040/503033
RECURSO VOLUNTÁRIO: 7.548
RECORRENTE: MAXIMA COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA: ICMS. Substituição Tributária. Falta de recolhimento. Levantamento que não suprime vendas beneficiadas com isenção. Vendas à Órgãos da Administração Pública Estadual. *Apresenta nulidade o lançamento que exige recolhimento do ICMS antecipado por substituição tributária quando constatada a não ocorrência do fato gerador presumido tributado.*

Operações Tributadas. Registros sem Destaque e Recolhimento do Imposto - *Lícita a exigência quando a venda de mercadorias tributadas encontra-se registrada sem o devido recolhimento do imposto.*

DECISÃO: Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais por maioria, acatar a preliminar de nulidade do lançamento por não estornar do imposto devido, o valor debitado pelas operações ocorridas fora do campo da incidência do ICMS-ST, arguida pelo Presidente, e julgar extinto o contexto 5 sem julgamento de mérito. Voto contrário da conselheira Elena Peres Pimentel. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o valor de R$ 21.499,14 (vinte e um mil, quatrocentos e noventa e nove reais e quatorze centavos), referente o campo 4.11, mais acréscimos legais. Os Srs. Omar Balbino Queiroz e Ricardo Shiniti Konya fizeram sustentações orais pela Recorrente e Fazenda Pública, respectivamente. A REFAZ sugere que sejam refeitos os trabalhos de auditoria, lavrando-se outro auto com relação ao contexto 5, se for o caso. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros João Gabriel Spicker, Juscelino Carvalho de Brito, Elena Peres Pimentel e Raimundo Nonato Carneiro. Presidiu a sessão de julgamento do dia 19 de maio de 2009, o conselheiro Mário Coelho Parente.

CONS. RELATOR: João Gabriel Spicker

VOTO: A empresa foi autuada em dois contextos. No campo 4.1, por deixar de recolher ICMS na importância de R$ 21.499,14 (Vinte um mil, quatrocentos e noventa e nove reais e quatorze centavos), referente a parcela por imposto devido pelas saídas de mercadorias tributadas, lançadas no livro próprio, porém, sem o devido lançamento de débito de ICMS correspondente, relativo ao exercício de 2007, conforme levantamento de ICMS e demonstrativo de débito. No campo 5.1, por deixar de recolher ICMS no valor de R$ 132.475,47 (Cento e trinta e dois mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e quarenta e sete centavos), referente a parcela

de imposto devido por substituição tributária sobre mercadorias adquiridas por intermédio das notas fiscais constantes do levantamento substituição tributária, relativo ao exercício de 2007, deixando assim de cumprir a cláusula quarta do TARE 1.642/05.

A autuada foi intimada, apresentou impugnação tempestiva.

A julgadora de primeira instância conheceu da impugnação, negou-lhe provimento e julgou o auto de infração procedente, condenando o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários conforme exigidos na inicial, mais acréscimos legais.

Devidamente intimado da sentença de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário, argüiu preliminar de nulidade do auto de infração, pela inocorrência entre a infração denunciada e a imputação da penalidade, uma vez que a autoridade enquadrou a infração no campo 4.13, no artigo 44, II c/c art. 46 e art. 10, I, todos da Lei 1287/01 e indicou como penalidade o art. 48, III, “f” da Lei 1287/01, alega que a empresa efetuou o lançamento de todas as suas operações, que no demonstrativo de débito auxiliar ao levantamento do ICMS 2007 está cristalino o fato, que a agente fiscal transportou do livro de apuração do ICMS o valor das operações do CFOP código 5.102 e tributou tais valores e que não houve apuração a menor, pois não há tributação em tais operações.

No mérito, diz discordar da decisão em toda sua extensão, devido à falta de enfrentamento dos argumentos expostos e ora ratificados e que para provar suas alegações trás uma nota fiscal de entrada que consta do levantamento fiscal, onde se exige o ICMS/ST, e uma nota fiscal de saída, para órgãos públicos, que consta a mesma mercadoria, onde se exige o mesmo imposto pelas saídas; que sobre a mesma mercadoria a empresa foi autuada pelas entradas, exigindo-se ICMS/ST e sobre as saídas das mesmas mercadorias, isentas pela legislação do Estado do Tocantins. Que o procedimento adotado pela agente fiscal retrata por si só a incoerência de interpretação da legislação, pois exige imposto pela entrada e como pode exigir imposto pela saída da mesma mercadoria. Ao final, requer a nulidade do auto de infração e, se não for esse o entendimento, pede pela improcedência do mesmo.

A Representação Fazendária, em sua manifestação, recomendou a manutenção da sentença de primeira estância e julgar procedente o auto de infração.

Analisando os autos, em relação ao contexto 5 percebe-se que a empresa comercializa em sua maioria produtos sujeitos a Substituição Tributária, e que as

vendas efetuadas em sua maioria se destinam a órgãos públicos estaduais e que a mesma concede o desconto referente ao valor do ICMS, portanto, tais operações não estão no campo da incidência do ICMS/ST, percebe-se, também, que ao lavrar o auto de infração os valores do imposto a que se referem tais vendas não são estornados, fato este que torna o auto de infração passível de nulidade. Portanto, entendo que deve prevalecer a preliminar de nulidade do lançamento por não estornar do imposto devido o valor debitado pelas operações ocorridas fora do campo de incidência do ICMS-ST, argüida pelo presidente.

Quanto ao contexto 4, resta claro que o contribuinte efetuou o lançamento das vendas de mercadorias tributadas nos livros fiscais próprios, porém, não efetuou o lançamento e não recolheu o ICMS correspondente.

Pelo exposto, acato a preliminar de nulidade do lançamento por não estornar do imposto devido, o valor debitado pelas operações ocorridas fora do campo da incidência do ICMS-ST, arguida pelo Presidente, e julgar extinto o contexto 5 sem julgamento de mérito. No mérito, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o valor de R$ 21.499,14 (vinte e um mil, quatrocentos e noventa e nove reais e quatorze centavos), referente o campo 4.11, mais acréscimos legais.

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

Presidente

Cons. Relator

Representante Fazendário