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

ACÓRDÃO Nº:426/2009
PROCESSO: 2008/6040/503032
RECURSO VOLUNTÁRIO: 7.546
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.*

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 processo sem julgamento de mérito. Voto contrário da conselheira Elena Peres Pimentel. 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 processo, 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 por deixar de recolher ICMS na importância de R$ 305.940,81 (trezentos e cinco mil, novecentos e quarenta reais e oitenta e um 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 2006.

A autuada foi intimada, apresentou impugnação tempestiva.

Às folhas 222/423, o contribuinte junta memorial de cálculo de ICMS Substituição Tributária, Instrução Normativa nº. 010/2006, 01/2008 e 02/2008, anexo XII do regulamento de ICMS, Termo de Acordo de Regime Especial, notas fiscais e demais documentos.

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.

Intimado da sentença de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário, argüiu a preliminar de nulidade da sentença, uma vez que na impugnação a alegação de nulidade por imprecisão na determinação da infração denunciada é cristalina e a julgadora, nas folhas 03 de sua decisão, diz que nenhuma preliminar foi argüida; argüiu também a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa por não haver decisão sobre o pedido de diligência constante da inicial, cita, também, preliminar de nulidade do auto de infração por determinação incorreta da infração cometida, uma vez que a agente fiscal alega que a empresa deixou de recolher ICMS devido por Substituição Tributária, pois a empresa realiza operações destinadas a consumidor final, pessoas jurídicas.

No mérito, alega que a empresa adquire mercadorias, basicamente com a finalidade de revendê-las aos órgãos públicos e que a legislação do ICMS prevê que tais operações são isentas, conforme Decreto 462/97, em seu artigo 4º, inciso LXXXIX, que recepcionou o convenio ICMS 26/03, e que as operações da empresa obedecem na integra aos preceitos do referido artigo, neste caso qual é a razão para que a empresa calcule e recolha o imposto, sabendo da isenção. O argumento da empresa é que baseado em provas trazidas aos autos e que devem ser consideradas, é de que, suas operações são destinadas ao órgão publico, e que no momento da autuação, tais fatos já estavam consolidados, ou seja, as mercadorias já haviam sido vendidas e emitidos os documentos ficais, sendo que tais operações eram isentas; e que o artigo 47, inciso X, do RICMS, diz que não se aplica a substituição tributária na hipótese de aquisição de mercadorias por distribuidoras estabelecidas neste estado.

Ao final, requer a nulidade da sentença de primeira instância e que seja acatado o pedido de diligência, ou que seja julgado nulo o auto de infração e, se ultrapassada esta fase, que seja julgado improcedente.

A Representação Fazendária, em sua manifestação, recomendou a manutenção da sentença de primeira instancia que julgou o auto de infração procedente.

Analisando os autos, 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.

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 processo sem julgamento de mérito.

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

Presidente

Cons. Relator

Representante Fazendário