

PROCESSO - A. I. Nº 147323.0051/08-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LINDE GASES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0157-02/08
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 07/11/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0316-12/08

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. Em face da regra do parágrafo único, I, “a”, 1, do art. 624 do RICMS, que reproduz disposição do Convênio ICMS 19/91, não há incidência do ICMS na saída do estabelecimento remetente, tratando-se de bem do ativo permanente, com mais de um ano de uso no próprio estabelecimento. Lançamento indevido. 2. VENDAS FORA DO ESTABELECIMENTO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. OPERAÇÕES EFETUADAS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. Falta dos requisitos de certeza e liquidez. Lançamento nulo. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2.ª Junta de Julgamento Fiscal contra a R. Decisão pela mesma proferida, que decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Cinge-se o aludido Recurso de Ofício à análise e apreciação das seguintes infrações:

3. falta de recolhimento de ICMS em virtude de ter realizado operações tributáveis como se fossem não tributáveis – transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado sem destaque do imposto nos documentos, operações não caracterizadas como desincorporação, não compreendidas na não-incidência de que cuida o art. 6º, VIII, do RICMS –, sendo lançado imposto no valor de R\$77.439,83, com multa de 60%;
10. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de ter realizado operações tributáveis como se fossem não tributáveis – realização de operações fora do estabelecimento efetuadas em desacordo com o previsto na legislação –, sendo lançado imposto no valor de R\$884.945,59, com multa de 60%.

O sujeito passivo apresentou defesa, através da qual contestou o débito do item {{, alegando, como preliminar, a ausência de fundamentação do lançamento, e pedindo a declaração de sua nulidade, sob o argumento de que os fiscais consideraram que as operações não se enquadrariam na hipótese de não-incidência do art. 6º, VIII, do RICMS, pois não se caracterizariam como desincorporação, porém não demonstraram por qual razão as transferências interestaduais efetuadas pela empresa não podem ser tidas como tal. Argumentou que, se as operações se enquadraram na previsão legal, não tendo sido questionado que as transferências ocorreram entre

estabelecimentos do mesmo contribuinte e que se trata de bens do ativo fixo, cumpriria ao fisco demonstrar por qual razão foi afastada a aplicação da norma ao caso concreto. Protestou que o trabalho fiscal foi efetuado de maneira incompleta e superficial, culminando em acusação genérica e abstrata. Citou doutrina acerca da nulidade do procedimento fiscal em situações como esta. Transcreveu ementas de acórdãos do TIT e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Pediu o reconhecimento da nulidade do lançamento.

Quanto ao mérito, relativamente ao 3º item, sustentou a tese de que não incide o ICMS na transferência de bens do ativo fixo, pois essa operação está fora do campo de incidência do imposto, seja por envolver bens não enquadrados no conceito jurídico de mercadoria, seja porque não se trata de atividade costumeira ou habitual do contribuinte. Citou doutrina. Chamou a atenção para a regra do art. 36 do RICMS, segundo a qual contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços sujeitos ao referido tributo. Concluiu que, não havendo habitualidade ou não se caracterizando os bens como mercadorias, a operação está à margem da tributação pelo ICMS.

A defesa argumentou que, no caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não é exigível o ICMS, porque não há circulação jurídica, mas apenas circulação física, e esta é a situação do caso em exame. Aduziu que não foram vendidos os ativos fixos para suas filiais, pois o que houve foi mera transferência dos aludidos bens. Transcreveu trecho de doutrina nesse sentido. Invocou a Súmula 166 do STJ. Argumentou que a não-incidência não se limita apenas às transferências dentro de uma mesma unidade da Federação. Transcreveu a ementa de acórdão da primeira turma do STJ no REsp 772.891/RJ, sendo relator o min. Luiz Fux.

Quanto ao item 10, a defesa alegou que na operação apontada pela fiscalização não há ocorrência de fato gerador. Transcreveu os dispositivos do RICMS que regulam as vendas fora do estabelecimento sem destinatário certo. Fez uma síntese das obrigações acessórias em tais operações, relativamente à saída das mercadorias do estabelecimento, às vendas efetuadas fora do estabelecimento e ao retorno das mercadorias não vendidas. Argumentou que o valor lançado no livro de apuração por ocasião da saída das mercadorias é estornado no momento do retorno das mercadorias não vendidas, de modo que o efeito fiscal é nulo, haja vista que o valor do ICMS que é debitado na saída é o mesmo que é estornado na entrada. Considerou que não parece ter sido essa a conclusão dos fiscais, já que a diferença autuado corresponde ao valor da Nota Fiscal de saída das mercadorias, menos o valor das Notas Fiscais de vendas e menos o valor das Notas Fiscais de entrada para reposição das mercadorias no estoque, conforme demonstrativo 7 do Auto.

Aduziu que não discute que a diferença apontada não deveria existir, e esclareceu que tal diferença teve origem no equívoco cometido na emissão da Nota Fiscal de entrada das mercadorias, pois, ao invés de consignar na referida Nota Fiscal a diferença entre o valor da Nota Fiscal de saída e o das Notas Fiscais de venda, a empresa consignou o valor unitário das mercadorias constante na Nota Fiscal de saída e multiplicou pelo número de mercadorias não vendidas. Admitiu que esse procedimento estaria correto somente se a empresa vendesse todas as mercadorias exatamente pelo mesmo preço unitário indicado na Nota Fiscal de saída, sendo que, como prevê a legislação, esse preço é apenas indicativo e não corresponde, na maioria das vezes, ao valor das vendas efetuadas, mas argumenta que, não obstante isso, o procedimento adotado não poderia ter qualquer impacto na apuração do ICMS devido, já que o imposto destacado na Nota Fiscal de saída deve ser estornado na Nota Fiscal de entrada das mercadorias não vendidas.

Passou a descrever a forma como a empresa faz o controle das vendas fora do estabelecimento, visando demonstrar que não houve recolhimento do imposto a menos. Descreveu cada uma das etapas: *a) é feito o carregamento do veículo; b) na saída das mercadorias, é emitida Nota Fiscal com a quantidade total e o valor unitário, destacando o imposto; c) nas operações efetuadas fora*

do estabelecimento, o valor de cada venda varia de acordo com a quantidade vendida, de modo que o valor unitário pode ser maior ou menor do que aquele que constou na Nota Fiscal de saída, e o motorista-vendedor emite uma “nota de romaneio” para cada venda efetuada e, posteriormente, é emitida a correspondente Nota Fiscal; *d)* o motorista-vendedor retorna ao estabelecimento, sendo então emitida Nota Fiscal de entrada das mercadorias não vendidas, indicando a diferença entre as quantidades de produtos que saíram e as daqueles que efetivamente retornaram ao estabelecimento; *e)* na ocasião da entrada, por equívoco, foi registrado como valor de entrada das mercadorias o mesmo valor unitário constante na Nota Fiscal de saída, e isso foi o que levou o fisco a apurar uma diferença considerada tributável.

O autuado reiterou que procedeu em desacordo com o que determina a legislação, porém argumentou que isso não pode autorizar a exigência do imposto na forma como pretendem os autuantes. Comentou os “problemas” apontados pelos autuantes no anexo à fl. 85. Com relação à alegação dos fiscais de que seria impossível certificar a emissão das Notas Fiscais referentes ao romaneio, a defesa disse que, de fato, em algumas situações, são emitidas “notas de romaneio” documentando as vendas, porém posteriormente são emitidas as correspondentes Notas Fiscais de vendas, as quais podem ser lançadas no Registro de Saídas até o dia 8 do mês subsequente, nas colunas “ICMS – Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Débito do Imposto”. Para provar que foram emitidas as Notas Fiscais correspondentes a cada um dos romaneios, juntou planilha com a conciliação entre os romaneios e as respectivas Notas Fiscais. Observou que a autuação não se baseou nos valores consignados nos romaneios para os quais não foram encontradas as correspondentes Notas Fiscais, ainda que esse fato pudesse, isoladamente, ser considerado descumprimento de obrigação acessória, pois a autuação se pautou única e exclusivamente na diferença encontrada na forma já descrita, que considera não poder ser válida para a exigência do imposto. Deu um exemplo em números para ilustrar o procedimento adotado pela empresa, objeto de questionamento pela fiscalização, demonstrando que toda vez que havia retorno de mercadorias não vendidas restava uma diferença entre o valor escrivitulado no Registro de Entradas e o valor pelo qual as mercadorias foram efetivamente vendidas.

No tocante às considerações feitas pelos fiscais nos tópicos 2 a 5 do instrumento à fl. 85, a defesa reiterou a afirmação de que o valor lançado no livro de apuração por ocasião da saída das mercadorias deve ser estornado no momento do retorno das mercadorias não vendidas, de modo que é nulo o efeito fiscal, já que o valor do imposto que é debitado na saída é o mesmo que é estornado na entrada. Argumentou que, pela leitura dos arts. 417 e 418 do RICMS, o valor do imposto destacado na Nota Fiscal de saída não pode produzir qualquer efeito fiscal, tendo em vista que, no retorno das mercadorias remanescentes, esse mesmo valor deve ser estornado.

Destacou a importância da emissão da Nota Fiscal de entrada para reposição das mercadorias não vendidas no estoque, sem destaque do imposto, considerando que o fato de a legislação exigir que em tal Nota Fiscal de entrada constem os dados da Nota Fiscal de remessa, os dados das Notas Fiscais emitidas por ocasião das entregas e o valor das operações realizadas fora do estabelecimento só pode levar a uma conclusão: que o valor da referida Nota Fiscal de entrada (de reposição do estoque) só pode ser igual ao valor da Nota Fiscal de remessa menos o valor das operações realizadas fora do estabelecimento, e, sendo assim, o procedimento adotado pela empresa não teria sido o mais adequado à legislação baiana, porém tal circunstância não autoriza o fisco estadual a exigir o imposto sobre a diferença apurada entre a Nota Fiscal de remessa, as Notas de vendas e a Nota de entrada, já que tal diferença não pode ser considerada base de cálculo do tributo.

A defesa frisou que o valor da Nota Fiscal de remessa é meramente simbólico, já que a legislação autoriza o contribuinte a adotar qualquer valor, desde que não inferior ao do custo das mercadorias, de modo que a diferença entre este e o valor das vendas efetivas somadas ao de reposição do estoque não pode ser base de cálculo do ICMS, pois o que importa para fins de apuração do imposto é o efetivo valor das vendas efetuadas, tendo havido neste caso apenas um

vício formal, haja vista que o tributo foi recolhido corretamente sobre os valores efetivos das vendas. Para provar isso, juntou as Notas Fiscais de remessa, de entrada e das vendas relativas ao dia 16.2.06. Aduziu que o mesmo correu no dia 3.4.06, conforme documentos anexos. Juntou também uma planilha com a conciliação entre os romaneios e as correspondentes Notas Fiscais, relativamente ao período fiscalizado.

A defesa sustentou que, mesmo se tivesse causado algum prejuízo ao erário estadual, o que diz admitir apenas como meio de argumentação, teria havido mera postergação do pagamento do imposto, fato que não se adequa à exigência formulada no presente Auto de Infração. Deu um exemplo numérico da hipótese aventada.

Concluiu pedindo que a autuação fosse julgada insubstancial. Requeru que as intimações fossem enviadas para o endereço indicado no início da impugnação, caso haja a necessidade de juntada de algum documento adicional. Requeru, ainda, que fossem realizadas diligências em seus livros e documentos fiscais, se ainda remanescer alguma dúvida quanto ao que foi afirmado na impugnação. Juntou documentos.

Os fiscais autuantes prestaram informação assinalando que, no caso do item 3º deste Auto, o fundamento da acusação e das razões de defesa está na interpretação do inciso VIII do art. 6º do RICMS. Explicaram que as operações objeto do lançamento são transferências interestaduais de bens do ativo permanente para outros estabelecimentos da mesma empresa.

Rebateram a alegação de nulidade dizendo que o pleito do autuado não se enquadra nas hipóteses do art. 18 do RPAF, já que o lançamento possui elementos suficientes para determinar a infração e o infrator, tanto assim que o autuado escreveu cinco páginas sobre o mérito da acusação.

Comentaram o significado do verbo “desincorporar”, dizendo que consiste em separar, ou seja, extraír alguma coisa de um conjunto, que neste caso é o ativo imobilizado da empresa, composto de certa quantidade de bens que formam um conjunto destinado a viabilizar as operações de um estabelecimento. Consideraram não ter respaldo na legislação fiscal a alegação da defesa de que bens do ativo imobilizado não se enquadram no conceito de mercadorias e por isso as operações estejam fora do campo de incidência do ICMS. Pontuaram que transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado são movimentações verificadas no âmbito interno da própria empresa, não caracterizando desincorporações, pois não reduzem o ativo permanente, o que somente ocorre quando o bem sai da empresa para outra pessoa, caso em que, tendo o bem mais de um ano de uso, fica caracterizada a condição para a isenção.

Quanto à citação do art. 36 do RICMS, que define contribuinte como sendo aquele que pratica com habitualidade operações relativas a circulação de mercadorias, disseram os fiscais que nesta definição se enquadra o autuado, não se podendo compreender que ele seja contribuinte em umas operações e não em outras.

Entenderam que a alegação de que transferências entre estabelecimentos não configuram circulação (jurídica) não encontra respaldo no art. 1º da Lei nº 7.014/96 nem na Lei Complementar nº 87/96.

Com relação à Súmula nº 166 do STJ, disseram os fiscais que ela não é reconhecida pelos tribunais administrativos tributários e eles, autuantes, não conhecem Decisão de tribunais judiciários, pois a legislação posterior à mesma solidificou posição contrária.

Aduziram que não têm conhecimento jurídico suficiente para se manifestarem sobre as decisões judiciais transcritas pela defesa.

Concluíram dizendo que os argumentos da defesa não são válidos para a pleiteada insubstância do item deste Auto.

Quanto ao item 10, disseram os fiscais que o sistema administrativo do contribuinte não permite a aferição de que as mercadorias remetidas para venda fora do estabelecimento foram

comercializadas ou retornaram ao estabelecimento, e prova disso está nos instrumentos às fls. 85 a 87, demonstrando que durante quase noventa dias foram solicitados esclarecimentos sobre as operações, sem que a empresa atendesse às solicitações.

Destacaram que o demonstrativo à fl. 84 não foi contrariado pela defesa, o que a seu ver significa que o contribuinte reconheceu na defesa que há postergação de pagamento do imposto. Aduziram que, por essa razão, ao ser efetuado o lançamento, tiveram o cuidado de efetuar as compensações, somente exigindo o pagamento do imposto efetivamente não recolhido no mês sobre as operações, em função do estranho e irregular procedimento do contribuinte, ou seja, foram abatidos dos meses que apresentaram saldos devedores os saldos credores das respectivas operações.

Observaram que a peça defensiva reconhece que nas operações externas às vezes eram emitidos romaneios e só posteriormente é que a empresa emitia Notas Fiscais, tendo essa irregularidade sido constatada, sendo que nem quando da fiscalização nem na defesa o contribuinte não conseguiu demonstrar a emissão de Nota Fiscal para os romaneios emitidos. A seu ver, a defesa não conseguiu suprir a falha administrativa da empresa e comprovar a regularidade das operações em lide.

Concluíram dizendo que não existe condição para acatamento das alegações da defesa relativamente às infrações 3 e 10.

O autuado solicitou a juntada de cópia dos registros na OAB dos subscritores da impugnação e de cópia das guias de pagamento dos débitos dos itens 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º.

Através do Acórdão JJF nº 0157-02/08, decidiu a 2ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do Auto de Infração, manifestando-se, em relação às infrações objeto do presente Recurso de Ofício da seguinte forma:

“(...)

Ultrapasso a preliminar, pois a fundamentação está clara: os fiscais consideraram que, como transferências não se caracterizam como desincorporação, não estariam compreendidas na não-incidência de que cuida o art. 6º, VIII, do RICMS.

Desse modo, repito, a fundamentação está clara. Pode estar equivocada, mas é clara.

Passo então ao exame do mérito.

Os fiscais tomam como premissa que transferências não se caracterizam como desincorporação.

De fato, não são coincidentes os conceitos jurídicos de transferência e de desincorporação. Transferência é a remessa de um bem de um estabelecimento para outro da mesma empresa, continuando o bem a pertencer a esta, considerada como um todo, ao passo que desincorporação é a desvinculação ou exclusão de um bem do ativo permanente por perecimento, perda de função ou alienação a terceiro.

A partir daquela premissa, os autuantes concluíram que as transferências não estariam compreendidas na não-incidência de que cuida o art. 6º, VIII, do RICMS.

A conclusão dos autuantes estaria certa se a norma aplicável fosse a do art. 6º, VIII, do RICMS, haja vista a expressão constante no final do inciso, em que é feita menção expressa à desincorporação:

“Art. 6º. O ICMS não incide nas seguintes situações: [...] VIII - saída de bem integrado ao ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;”

Esta, contudo, é uma regra geral. Como as regras especiais derrogam as gerais, cumpre

buscar no Regulamento a regra específica para a situação em exame.

O Regulamento do imposto tem uma seção que cuida, especificamente, das remessas ou transferências interestaduais. Dentro desta seção agasalha-se o art. 624, que prevê a suspensão da incidência do ICMS nas saídas interestaduais de bens integrados ao ativo permanente, com a condição de que devam retornar ao estabelecimento de origem, dentro do prazo de 180 dias.

Essa regra não interessa neste caso, porque não consta nos autos que os bens devessem retornar ao estabelecimento de origem.

O que interessa aqui é a regra do parágrafo único do referido art. 624, inciso I, “a”, 1, segundo a qual não se aplica a suspensão da incidência, e sim a não-incidência, quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, tendo ditos bens mais de um ano de uso.

Na sessão de julgamento, estando presente um dos autuantes, o nobre auditor fiscal Anselmo Leite Brum, perguntei se os bens em questão tinham mais de um ano de uso no estabelecimento do autuado, sendo respondido que sim.

Por conseguinte, em face da regra do parágrafo único, I, “a”, 1, do art. 624 do RICMS, não há incidência do ICMS na saída do estabelecimento remetente, tratando-se de bem do ativo permanente, com mais de um ano de uso no próprio estabelecimento.

Essa regra promana do Convênio ICMS 19/91.

Como se trata de disposição literal, que não comporta a mais mínima dúvida, torna-se desnecessário prosseguir na análise das razões da defesa, inclusive quanto à invocada Súmula 166 do STJ, haja vista que o Regulamento baiano, seguindo a orientação do Convênio ICMS 19/91, está de acordo com a jurisprudência daquela Corte: no art. 27, concede isenção nas transferências internas, e no art. 624, parágrafo único, I, “a”, 1, reconhece a não-incidência do imposto.

Reproduzo, a seguir, o dispositivo em apreço:

“Art. 624. É suspensa a incidência do ICMS nas saídas interestaduais de bens integrados ao ativo permanente, bem como de moldes, matrizes, gabaritos, padrões, chapelonas, modelos e estampas, para industrialização ou prestação de serviços fora do estabelecimento, ou com destino a outro estabelecimento inscrito como contribuinte, para serem utilizados na elaboração de produtos encomendados pelo remetente, desde que devam retornar ao estabelecimento de origem, dentro do prazo de 180 dias, contado da saída efetiva (Conv. ICMS 19/91).

Parágrafo único. Não se aplica a suspensão de que cuida este artigo quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que será observado o seguinte:

I - na saída do estabelecimento remetente:

a) tratando-se de bem do ativo permanente:

I – com mais de um ano de uso no próprio estabelecimento, não há incidência do ICMS;” (grifei expressões)

Em suma, é indevido o crédito tributário lançado no item 3º deste Auto.

(...)

... não foi possível fazer a aferição, para apurar a verdade, em virtude de deficiência do sistema administrativo do contribuinte. Isto, porém, seria razão para outras providências, não para a autuação na forma como foi efetuada.

Os autuantes observam que o contribuinte na peça defensiva reconhece que nas operações externas às vezes eram emitidos romaneios e só posteriormente é que a empresa emitia Notas Fiscais. Isto está errado, pois a legislação não prevê que as Notas Fiscais sejam emitidas 'a posteriori'. O problema é que, se elas, mesmo posteriormente, forem emitidas, termina havendo apenas a possibilidade de postergação do pagamento do imposto, no caso de operações realizadas no final do mês cujos documentos só sejam emitidos no mês seguinte.

Comentando o teor do demonstrativo à fl. 84, os autuantes observam que aquele demonstrativo não foi contrariado pela defesa, e isso, segundo eles, 'comprova o que o contribuinte reconheceu na defesa: que há postergação de pagamento do ICMS'.

Note-se então que tanto a defesa quanto os autuantes admitem a possibilidade de ter havido apenas a postergação do pagamento do imposto, e não a falta de pagamento.

O contribuinte não procedeu estritamente como manda o Regulamento.

Mas também os fiscais incorreram em equívoco, pois o levantamento não tomou por base as quantidades, mas apenas os valores monetários. Ao basearem-se nos valores monetários, os autuantes fragilizaram o procedimento, tendo em vista que, nos termos do art. 417 do RICMS, nas saídas de mercadorias para vendas fora do estabelecimento, na Nota Fiscal pode ser adotado como base de cálculo "qualquer valor, desde que não inferior ao do custo das mercadorias".

Por conseguinte, neste caso – item 10 – faltam ao crédito tributário os requisitos de certeza e liquidez. Isto implica nulidade do lançamento, com fundamento no art. 18, IV, "a", do RPAF.

A fiscalização examinará se existem elementos que justifiquem a renovação da ação fiscal. É evidente que se o contribuinte, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções."

VOTO

Reparo algum merece a Decisão de Primeira Instância.

Restou demonstrado nos autos, quanto à infração 3, que a hipótese ora apreciada se encontra albergada na regra especial inserta no parágrafo único do referido art. 624, inciso I, "a", 1, segundo a qual não se aplica a suspensão da incidência, e sim a não-incidência, quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, tendo ditos bens mais de um ano de uso.

Cura reiterar que na assentada do julgamento realizado em Primeira Instância, como ressaltado pelo nobre conselheiro relator do acórdão, o nobre auditor fiscal Anselmo Leite Brum, um dos autuantes, confirmou que os bens em questão tinham mais de um ano de uso no estabelecimento do autuado.

Daí porque, como corretamente decidiu o *a quo*, "em face da regra do parágrafo único, I, "a", 1, do art. 624 do RICMS, não há incidência do ICMS na saída do estabelecimento remetente, tratando-se de bem do ativo permanente, com mais de um ano de uso no próprio estabelecimento", comando normativo que decorre do Convênio ICMS 19/91.

Flagrante, portanto, a improcedência da infração 3.

No que pertine à infração 10, também comungo com o entendimento externado pelos julgadores de primo grau no sentido de que a aludida infração se encontra inquinada de vício insanável, ensejando a sua nulidade.

Isso porque, em verdade, **não foi possível** fazer a aferição da efetiva existência da infração, em virtude de deficiência do sistema administrativo do contribuinte, o que ensejaria a adoção de outras providências, jamais a autuação na forma como foi efetuada.

Como assinalou o Acórdão recorrido “*Os autuantes observam que o contribuinte na peça defensiva reconhece que nas operações externas às vezes eram emitidos romaneios e só posteriormente é que a empresa emitia Notas Fiscais*”, o que “... está errado, pois a legislação não prevê que as Notas Fiscais sejam emitidas ‘a posteriori’.” Todavia, impende salientar que se as aludidas notas fiscais foram posteriormente emitidas o que efetivamente ocorre é a possibilidade de postergação do pagamento do imposto, no caso de operações realizadas no final do mês, cujos documentos só sejam emitidos no mês seguinte.

Nesse sentido, ao comentarem o teor do demonstrativo à fl. 84, os autuantes observam que aquele demonstrativo não foi contrariado pela defesa, e isso, segundo eles, ‘comprova o que o contribuinte reconheceu na defesa: que há postergação de pagamento do ICMS’. Tal fato, no meu entendimento, denota que a defesa e os autuantes admitem a possibilidade de ter havido apenas a postergação do pagamento do imposto, o que não pode ser confundido com a falta de pagamento.

É indiscutível que o contribuinte não agiu em consonância estrita com o que estatui o Regulamento. Contudo, os fiscais autuantes incorreram em **equívoco**, tendo em vista que o levantamento não tomou por base as quantidades, mas tão-somente apenas os valores monetários.

Daí porque, como ressaltou o *a quo* “*Ao basearem-se nos valores monetários, os autuantes fragilizaram o procedimento, tendo em vista que, nos termos do art. 417 do RICMS, nas saídas de mercadorias para vendas fora do estabelecimento, na Nota Fiscal pode ser adotado como base de cálculo ‘qualquer valor, desde que não inferior ao do custo das mercadorias’*”.

Carece ao crédito tributário, por tal razão, os requisitos de certeza e liquidez, omissão que conduz à decretação da nulidade do item 10, do lançamento, com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147323.0051/08-8, lavrado contra **LINDE GASES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.013,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$13.850,21**, previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da supracitada lei, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS