



CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA



RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO: 053/2013

AUTO DE INFRAÇÃO: 1514163000603

RECORRENTE: MARCOSA S.A MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

RELATOR: CONSELHEIRO JÂNIO CURY QUEIROZ

Sessão realizada em 30 de outubro de 2013.

ACÓRDÃO Nº 188/2013

EMENTA: I.ICMS. Obrigação Principal. Substituição tributária. Falta de retenção de parte do imposto na origem. Responsabilidade do adquirente. Redução de Base de Cálculo. Comprovação da condição de exclusividade na venda dos produtos. Indevido arbitramento do valor do frete. Auto de Infração improcedente.

II. Recurso voluntário conhecido e provido para reformar a decisão recorrida e considerar o Auto de Infração improcedente.

III. Recurso de ofício conhecido e não provido.

II. Decisão por unanimidade.

RELATÓRIO

Contra MARCOSA S.A. MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS, contribuinte acima identificado, foi lavrado o Auto de Infração em epígrafe, datado de 31-08-2011, por ter o contribuinte deixado de recolher parte do ICMS devido, durante o exercício de 2007, em virtude de haver recebido, no seu estabelecimento, mercadorias sujeitas à sistemática da Substituição Tributária, sem a retenção do imposto na origem, cabendo-lhe a responsabilidade de fazê-lo e não o fez, fato este comprovado por meio de Levantamento



**CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**



anexo ao Auto de Infração, mediante a confrontação entre os cálculos do ICMS ST, conforme legislação e os recolhimentos efetuados no mesmo período.

Em decorrência desse fato foi cobrado imposto nominal correspondente a R\$ 416.779,65 (quatrocentos e dezesseis mil setecentos e setenta e nove reais e sessenta e cinco centavos), com os acréscimos legais cabíveis.

Foram citados como fundamentação legal os seguintes dispositivos: Arts.1º, inciso XI; 14, inciso V, e 16, § 4º, com a redação do art. 2º da Lei nº 5.114/99, todos da Lei nº 4.257/89, combinados com os arts. 25, inciso I, e 166, § 4º, inciso XXII, do RICMS.

A penalidade aplicada foi a prevista no artigo 78, II, "b" da lei 4.257/89, com redação dada pelo artigo 1º da lei 4.892/96.

Intimado regularmente da ação fiscal, o contribuinte ingressou com suas razões de defesa, alegando, resumidamente, o seguinte:

Levanta a tese de cerceamento do direito de defesa, por conta da não apresentação da documentação utilizada na ação fiscal, causa de nulidade do lançamento tributário. Aduz que não houve a devolução da sua documentação fiscal e contábil, quando da apresentação da autuação ora impugnada, que permaneceu em posse do fiscal, não tendo sido sequer anexadas ao Auto as cópias de documentos comprobatórios da infração indicada. Aponta que os documentos que embasaram a autuação devem ser anexados ao auto de infração ou, pelo menos, imediatamente disponibilizados ao autuado, sob pena de grave nulidade, tendo em vista impossibilitar ao contribuinte a real compreensão do objeto da autuação, bem como a eventual apresentação de defesa, acaso apresente algum equívoco ou erro da infração apontada. O descumprimento desse direito do contribuinte no presente caso gera a nulidade do auto de infração impugnado, vez que deixaram de ser apresentados os elementos probatórios capazes de sustentar a autuação em questão, tendo ocorrido claro cerceamento do direito de defesa e afronta ao princípio do devido processo legal e do contraditório, direitos fundamentais assegurados por meio do art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88. Como é sabido, todos os documentos e informações que serviram como base para a autuação fiscal devem, necessariamente, ser entregues ao contribuinte, sob pena do cometimento de infração aos princípios constitucionais destacados e à própria legislação estadual, razão pela qual não deve prosperar a autuação ora impugnada;

Sustenta ter havido nulidade do lançamento por descumprimento do prazo para realização dos trabalhos e inexistência de Termo de Encerramento da Ação Fiscal. Pela análise do auto de infração impugnado, verifica-se que o mesmo decorreu diretamente da ação



CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA



referente ao ato designatório nº 1057149000138-1, constando-se ainda que a lavratura do Termo de Início de Fiscalização foi emitido em 01-06-2011, tendo sido dada ciência ao sujeito passivo do Auto de Infração em 31-08-2011, ou seja, 90 (noventa) dias após a data do Termo de Início, excedendo, portanto, em 30 (trinta) dias a validade do mesmo. Verifica-se, ainda, a ausência da lavratura do Termo de Conclusão de Fiscalização quanto à fiscalização iniciada através da referida Ordem de Serviço. Nessa ordem, mesmo que se considere o encerramento do procedimento fiscalizatório na data da lavratura do Auto de Infração ora impugnado, somente foi lavrado 30 (trinta dias) após a data estipulada, de acordo com o prazo indicado na legislação, para encerramento da ação fiscal, ressalte-se, não prorrogada. E conclui que o Auto de Infração lavrado é nulo por ausência de encerramento da ação fiscal anteriormente iniciada, assim como pela extemporaneidade do ato inicial da fiscalização, não atendendo aos comandos contidos na regulamentação aplicável e não apresentado os elementos essenciais necessários à sua validade jurídica;

No mérito, verificou a recorrente a ocorrência de erro praticado pelo Fiscal quando da transcrição dos valores levantados através da planilha 'ICMS SUBST 2007' para o Auto de Infração sob impugnação, no campo referente ao valor original relativo ao mês de Dezembro/2007, o valor R\$ 275.858,97 (duzentos e setenta e cinco mil oitocentos e cinquenta e oito reais e noventa e sete centavos), quando no seu levantamento anexo ao referido Auto de Infração constava o valor de R\$ 27.558,97 (vinte e sete mil quinhentos e cinquenta e oito reais e noventa e sete centavos). Semelhante inconsistência também ocorreu no campo referente ao mês de Setembro/2007, tendo sido lançado no Auto de Infração o valor de R\$ 22.971,73 (vinte e dois mil novecentos e setenta e um reais e setenta e três centavos), quando a referida planilha anexa ao mesmo indicava o valor de R\$ 22.916,60 (vinte e dois mil novecentos e dezesseis reais e sessenta centavos). Afigura-se, portanto, nova inconsistência a evidenciar a ausência de liquidez e certeza do valor levantado, em clara afronta ao direito de ampla defesa da autuada, evidenciando a nulidade e improcedência da autuação perpetrada;

Alega o indevido arbitramento da forma (FOB) e valores dos fretes, pois o Agente Fiscal claramente demonstra em seu Levantamento ter considerado que todas as operações albergadas pelas notas lá indicadas estariam sujeitas ao 'Frete FOB', o que não corresponde à realidade, conforme se demonstra, a título de exemplo, através das notas fiscais nºs 489044, 504450 e 506269 (doc. 04), constante do levantamento e cuja mercadoria foi transportada por Frete CIF, a mesma considerada nos cálculos efetuados pela Fiscalização. Ademais, o Agente Fiscal, além de deduzir indevidamente que os fretes de todas as operações teriam sido



**CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**



enquadradas na categoria 'Frete FOB', desconsiderou os valores efetivamente pagos pela Impugnante para o transporte das mercadorias albergadas pelas notas fiscais listadas em seu levantamento, restando por arbitrar o Fiscal o percentual de 2,19% como sendo o aplicável para o cálculo do frete de todas as operações a partir de Maio/2007, o que não ocorreu de fato;

O Agente Fiscal, ao lavrar o Auto de Infração impugnado, desconsiderou a fidelidade declarada pelo fornecedor CATERPILLAR em favor da Impugnante, restando por atribuir a todas as operações indicadas em seu Levantamento 'ICMS SUBST 2007', o percentual de margem de valor agregado de 40% (quarenta por cento), em total afronta ao que determina o art. 3º, § 2º, do Dec. nº 11.688/2006. Ocorre que, nas operações firmadas com a Empresa com a qual possui a Impugnante contrato de fidelidade, calculou a mesma, a base de cálculo do ICMS-ST acrescida do percentual de 26,5%, e tendo o Agente Fiscal indevidamente aplicado o percentual de 40%, outra não poderia ser sua conclusão senão que restam completamente infundados os cálculos apresentados pelo Fiscal como embasadores da autuação em epígrafe;

Dada às razões acima relatadas, requer a Impugnante a realização de perícia, considerando a necessidade de esclarecimento da verdade material, de forma que não se sujeite o contribuinte à cobrança de imposto incidente sobre a base de cálculo indevidamente majorada em decorrência da falta de acuidade na análise da documentação da empresa disponibilizada durante a ação fiscal, ou seja, a perícia restaria por certamente constatar a correição e recolhimento dos valores devidos a título de ICMS-ST no período autuado e, por consequência, a improcedência da autuação.

A autoridade julgadora de primeira instância afastou a preliminar de nulidade levantada e, no mérito, julgou procedente, em parte, a exigência fiscal, sob o argumento de que não houve a comprovação da condição de distribuidor exclusivo, mas recorreu a este Conselho de Contribuintes em razão da desoneração tributária imposta à autuação.

Houve, também, recurso voluntário por parte do contribuinte, alegando cerceamento do direito de defesa pela não apresentação da documentação utilizada na ação fiscal e também nulidade decorrente do descumprimento do prazo para realização dos trabalhos fiscais e da inexistência de termo de encerramento da ação fiscal. No mérito, sustenta que os valores de frete foram indevidamente atribuídos e alega a existência de contrato de fidelidade com base em protocolo, além da reclamação de que a perícia solicitada não fora realizada.

A Procuradoria Tributária, por seu representante, se manifestou pelo conhecimento e não provimento do recurso voluntário e pelo conhecimento e provimento do recurso de ofício.

É o Relatório.



VOTO DO RELATOR

Em preliminar. A preliminar de nulidade decorrente do descumprimento de prazo para a realização dos trabalhos fiscais e da inexistência de Termo de Encerramento de Fiscalização da ação fiscal deixará de ser apreciada tendo em vista que, no mérito, o julgador acolhera as razões suscitadas pela recorrente. Assim, esta autoridade julgadora não se manifestará em relação à invalidade decorrente da alegada violação dos pressupostos do lançamento, exatamente para não ensejar a feitura de novo lançamento, nos moldes do inciso II do art. 173 do CTN, cujo mérito já tenha se revelado inconsistente (princípio da economia processual).

Requer a impugnante que seja deferida perícia técnica sob o argumento de que a mesma é necessária para esclarecimento da verdade material, em face da particularidade com que foi efetuado o levantamento fiscal ora impugnado. No entanto, a realização de perícia mostra-se inteiramente desnecessária e prescindível para a solução do caso, já que a prova necessária para a solução do litígio fora apresentada em grau de recurso. Portanto, conforme o disposto acima, resta concluir que não merece prosperar a tese de nulidade do lançamento proposta na preliminar acima analisada.

Passo, passo, agora, à análise do mérito.

O lançamento tributário, sob apreciação, fundamenta-se na exigência do imposto relativo à aquisição de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, provenientes de outra unidade da Federação, sem que se verificasse o pagamento do imposto na fonte ou na primeira unidade fazendária deste Estado.

A lavratura do auto de infração impugnado se respalda, sobretudo, na norma insculpida no artigo 1º, "caput", § 1º, inciso XI, da Lei nº 4.257/89, que se dá transcrito:

"Art. 1º (omissis)

§ 1º O imposto incide sobre:

(...)

XI - entrada, no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado, de mercadoria ou bem sujeito à exigência do imposto por substituição tributária."



CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA



Complementando o disposto acima, o art. 16, § 4º, da mesma lei, assevera:

"Art. 16. Fica, ainda, atribuída a condição de responsável, na qualidade de contribuinte substituto, contribuinte do imposto nas operações e prestações com mercadorias, bens e serviços relacionados no Anexo Único.

(...)

§ 4º Independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento que receber a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, sem a retenção do imposto, no todo ou em parte, será responsável pelo pagamento da parcela devida a este Estado."

Ademais, a falta de recolhimento do ICMS, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, portanto, configura infração, sendo perfeitamente legal a lavratura de auto de infração a fim de constituir o crédito tributário exigível nessa hipótese. No mesmo sentido, também o § 4º, inciso XXII, do artigo 166 do RICMS se mostra apto a embasar a tipificação do fato infringente, ao estabelecer, in verbis:

"§ 4º Caracterizam infrações específicas à legislação tributária do Estado do Piauí, com sujeição às penalidades legais, sem prejuízo da exigência do imposto, quando devido, dentre outras:

(...)

XXII - a falta de recolhimento do imposto na forma e no prazo previsto na legislação;"

Com efeito, dois relevantes aspectos devem ser levados em consideração para o deslinde dessa questão:

1º) a comprovação da existência de contrato de fidelidade, documento de fls. 151 a 215, entre o fornecedor dos produtos e a autuada, na condição de distribuidor exclusivo, o que fora provado com a exibição do referido instrumento, permitindo, assim que o contribuinte pudesse usufruir de redução da base de cálculo, adicionando margem de agregação da ordem de 26,50% ao invés da aplicação de margem de valor agregado de 40%, indicado para o setor econômico. Ressalte-se que já em primeira instância administrativa fora juntada declaração da empresa Caterpillar afirmando a exigida condição de fidelidade, documento não acatado pelo julgador singular sob o argumento de que o Decreto nº



CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA



11.668/2005 condicionava o benefício à existência de “contrato de fidelidade”. Portanto, a condição de exclusividade, devidamente comprovada, autorizava à recorrente utilizar-se de margem de agregação de 26,50% e não de 40%, nos termos da legislação vigente;

2º) quanto à aplicação de arbitramento do valor do frete, na forma FOB, para as operações no percentual de 2,19% , a autoridade fiscal se excedeu, uma vez que não havia necessidade de fazê-lo, pois o mesmo poderia se valer dos valores constantes dos conhecimentos de transporte na determinação desse *quantum* na composição da base de cálculo. Como é sabido, é lícito à fiscalização arbitrar o valor das prestações de serviço de transporte nas hipóteses previstas no art. 29 da Lei nº 4.257/89. Não pode, todavia, se servir de percentual de valor atinente a determinada prestação para aplicá-lo, de forma genérica, a outras prestações, quando possa existir outro meio de fixação do valor das prestações.

Concluída a análise do mérito, deixo de comentar outros questionamentos levantados pela autuada, vez que o órgão julgador não está obrigado a manifestar-se sobre todas as teses levantadas pela parte, se entender não relevantes para decidir a controvérsia, consoante corrobora a jurisprudência pacífica do STJ (RESP 617592-DF, DOU de 6-03-2006, p. 225).

Portanto, diante da falta de provas de que a infração ocorreu, e consentâneo com o princípio da legalidade, há que prevalecer os fundamentos do recurso, merecendo reparo a decisão singular para julgar improcedente o Auto de Infração. Portanto, conheço do recurso voluntário e dou-lhe provimento.

Quanto ao recurso de ofício, nego-lhe provimento.

É como Voto.

DECISÃO

A Segunda Câmara Recursal do Conselho de Contribuintes, em sessão realizada em 30 de outubro de 2013, por unanimidade, conheceu do recurso voluntário e deu-lhe provimento para reformar decisão de Primeira Instância e considerar o Auto de Infração improcedente. Participaram do julgamento os Conselheiros Jânio Cury Queiroz, Maria Cristina Lages Rebêllo Castelo Branco, representantes do Fisco, Paulo Antônio Teixeira de Sousa e a senhora Conselheira Evangelita Fernandes Vieira de Carvalho, representantes dos contribuintes, e a Procuradora do Estado Christianne Arruda.

Publique-se. Registre-se e Comunique-se.



**CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**



Sala de Sessões do Conselho de Contribuintes do Estado do Piauí, em Teresina (PI),
30 de outubro de 2013.

Jânio Cury Queiroz-Conselheiro-Presidente-Relator

Maria Cristina Lages Rebêllo Castelo Branco-Conselheira

Paulo Antônio Teixeira de Sousa - Conselheiro

Evangelita Fernandes Vieira de Carvalho – Conselheira

Christianne Arruda - Procuradora do Estado