



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
C I	4032789-9	2013	4032789-9	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (CONTRIB) RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	ALBERTO PODGAEC
Sustentação Oral Requerida:	SIM

VOTO INICIAL DO RELATOR - Juiz: ALBERTO PODGAEC

Ementa:

**ICMS.
CRÉDITO INDEVIDO EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS AMPARADAS POR BENEFÍCIOS CONCEDIDOS À MARGEM DO CONFAZ – ITEM 1
FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS – ITEM 2
APELO FAZENDÁRIO NÃO CONHECIDO EM RAZÃO DA R. DECISÃO RECORRIDA TER SE PAUTADO EM ANÁLISE DE ESPECIFICIDADES FÁTICAS DOS AUTOS.
RECURSO ESPECIAL DA AUTUADA CONHECIDO E IMPROVIDO QUANTO À ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA DO ITEM 2, EIS QUE AO CASO SE APLICA O ARTIGO 173, INCISO I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.
NO MÉRITO, APELO NÃO CONHECIDO EIS QUE A R. DECISÃO RECORRIDA FOI PROFERIDA COM FULCRO NO ESTORNO DOS CRÉDITOS INDEVIDOS, QUESTÃO DIVERSA DA APRECIADA NAS DECISÕES TIDAS POR DIVERGENTES.**

Relatório e Voto:

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Pública de São Paulo (fls. 403/421) e Recurso Especial interposto pela atuada (fls. 521/536) contra a r. decisão de fls. 379/399, da 7ª Câmara Julgadora, que deu parcial provimento ao Recurso Ordinário para cancelar parcialmente o item 1 do e manter o item 2 do lançamento exordial.

O auto de infração trata de crédito indevido do ICMS na entrada de mercadorias recebidas em operações interestaduais de empresas situadas nos Estados de Mato Grosso do Sul, Goiás e Paraná (compra e venda), amparadas por benefícios fiscais concedidos sem a autorização do CONFAZ (item 1) e falta de escrituração de documentos relativos à entrada de mercadoria no estabelecimento (item 2).

As razões do Recurso Especial Fazendário são no sentido da nulidade da r. decisão recorrida, pois o entendimento constante do v. acórdão atacado estaria *“amparado em uma premissa falsa, qual seja, a de que o cálculo dos benefícios não autorizados deve, necessariamente, ser feito tendo por parâmetro inicial a base de cálculo reduzida, conforme benefício aprovado pelo CONFAZ e reconhecido pelo fiscal atuante. Entretanto, não se pode afirmar que o benefício não autorizado pelo CONFAZ necessariamente tenha que ser calculado sobre essa base de cálculo reduzida”*.

No mérito, argumenta a D. Representação Fiscal que: *“28. A interpretação da legislação, nas decisões apontadas como paradigmáticas, foram em sentido contrário à decisão da qual se recorre, como demonstramos a seguir. 29. Os AIIMs dos dois primeiros paradigmas foram lavrados contra a mesma empresa relativamente à mesma infração, inclusive no que se refere aos benefícios fiscais não aprovados pelo CONFAZ pelos Estados do Mato Grosso do Sul (Art. 13, incisos I e II do Decreto 12.056/2006), Goiás (Art. 8º, inc. XLI, item “b” e Art. 11, inciso V do Anexo IX do RICMS/GO) e Paraná (Decreto n. 1980/2007, atualizado até o Decreto n. 4.658/2012). (...)*

Às fls. 422/497 foram juntadas as decisões tidas como paradigmáticas.

A atuada apresentou contrarrazões às fls. 501/519.

Quanto ao apelo da atuada, foi alegado: que o documento fiscal emitido pela empresa vendedora do Paraná para acobertar as operações de compra traz o destaque integral do ICMS, incluído no preço das mercadorias, preço este que foi objeto de efetivo pagamento pela adquirente paulista; que, se mantida a exigência do imposto correspondente à alegada concessão de benefício fiscal ao contribuinte vendedor, estaria configurada ofensa de morte ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, em relação à destinatária, terceira estranha a tal relação jurídica (Fisco/PR X Contribuinte/PR); que as disposições contidas no art. 36, § 3º, da Lei nº 6374/89 não seriam autoaplicáveis, devendo-se proceder, antes de tudo, ao reconhecimento e declaração, pelo Poder Judiciário, de inconstitucionalidade da lei concessora de suposto benefício fiscal; que haveria patente erro na eleição do sujeito passivo, uma vez que o contribuinte paulista não poderia, sob qualquer hipótese, ser responsabilizado pelo alegado benefício fiscal concedido por outra unidade da federação à empresa vendedora; que deveria ser reconhecida a decadência para a multa do item 2, pois a falta de cumprimento da obrigação acessória teria acontecido no mês de junho de 2008, enquanto a ciência do auto de infração teria ocorrido no mês de dezembro de 2013, passados mais de 05 (cinco) anos contados da ocorrência do suposto fato até a formalização do lançamento de ofício, nos termos do previsto pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Às fls. 537/621 foram juntadas as decisões tidas como paradigmáticas.

A D. Representação Fiscal opinou às fls. 625/634, pelo conhecimento parcial e desprovimento do recurso especial. Houve pedido de sustentação oral às fls. 521.

É o suficiente.

Passo ao voto.

VOTO

A r. decisão recorrida entendeu por dar provimento parcial ao recurso ordinário, na medida em que o cálculo referente à glosa de crédito de operações realizadas com os Estados de Goiás e do Mato Grosso do Sul estaria incorreto, de modo que cancelou a infração em relação a tais operações, consoante voto da l. Juíza com vista, Dra. Rosana Martins Cortez Veloso, nos seguintes termos: “13. Quanto à nulidade atinente à base de cálculo utilizada pela fiscalização para os cálculos do crédito indevido, entendo que o trabalho fiscal não deve prosperar com relação aos créditos referentes às operações com o estado de Goiás e Mato Grosso do Sul. 14. Com relação às demais operações (relativas ao estado do Paraná), correto o trabalho fiscal. 15. Assim, acompanho o voto do l. juiz relator com relação às operações realizadas com o estado de Goiás e Mato Grosso do Sul, adotando o mesmo fundamento de seu voto, abaixo transcrito: ‘De outro lado, quanto à nulidade atinente à base de cálculo utilizada pela fiscalização para proceder ao cômputo do crédito glosado, entendo assistir razão à Recorrente. Isso porque, com base em diligência solicitada pela d. Representação Fiscal, ficou evidenciado das planilhas mais uma vez encartadas aos autos pela fiscalização, mais especificamente de um cotejo entre suas colunas 10, 11, 12, 14, 15 e 17, que, conquanto a fiscalização tenha demonstrado, na coluna 12, as bases de cálculo reduzidas, o benefício na origem foi calculado sobre a base de cálculo cheia. Por exemplo daquilo que se repete em todas as linhas das fls. 357/359, a primeira linha da planilha de fl. 357 denota operação no valor de R\$ 33.322.96 (coluna 10), mas que tem sua base de cálculo reduzida para R\$ 19.437,28 (coluna 12), montante este sobre o qual o contribuinte calculou o seu crédito a partir da alíquota de 12% (coluna 14), ao passo que, para fazer a glosa dos 4% reputados indevidos em função de crédito outorgado à margem do CONFAZ, a fiscalização utilizou-se daquela base de cálculo disposta na coluna 10, alcançando um crédito indevido de R\$ 1.332,92 (coluna 15), o qual restou glosado (coluna 17). Ora, do que exposto nos autos parece-me claro que a fiscalização deveria ter, seguindo o seu raciocínio, glosado o crédito outorgado de 4% calculado sobre a base de cálculo reduzida, eis que é esta a base de cálculo do ICMS na operação. Tanto assim é que, em resposta à diligência, assim aduz a fiscalização: ‘Equivoca-se o MD Representante Fiscal ao buscar motivo para suposta não redução da base de cálculo do imposto, porque, basta verificar nas reinclusas planilhas, na coluna 11 de cada uma delas, que houve sim a redução da base de cálculo, mesmo porque se trata de situação jurídica decorrente de ratificação nacional, vale dizer, aplica-se a todos os Estados e o Fisco não poderia desconhecer a lei. Reduziu sim o valor da redução da base de cálculo. (...)’. Entretanto, ao contrário do que explicitado – ou não explicitado – pela fiscalização, os créditos indevidos, nos percentuais de 4% e 7%, foram inequívoca e evidentemente calculados sobre a base de cálculo cheia, ou seja, sem a redução aduzida pelo contribuinte e reconhecida pela própria fiscalização.’ (... – não inclusão da planilha de fls. 359, relativa às operações com o estado do Paraná) (...) 17. Quanto à matéria de fundo – CRÉDITO INDEVIDO – verifica-se não haver controvérsia com relação aos fatos, vez que em nenhum momento a recorrente negou que se apropriou dos créditos tal como lançados nas notas fiscais que acobertaram as entradas em seu estabelecimento, ao contrário, sustenta ter direito integral aos créditos. (...) 44. Pelo exposto, CONHEÇO do recurso, para quanto ao mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para excluir do item I.1 as exigências relativas às operações realizadas com os estados de Goiás e Mato Grosso do Sul; e manter as demais exigências do AIIM. (Item I.1 – operação com o estado do Paraná e Item II.2).”

Diante da leitura do excerto acima, não vislumbro condições de conhecer do apelo fazendário.

Isso por que, a despeito da matéria de fundo se referir à denominada “guerra fiscal”, o deslinde da questão se deu de modo bastante particular, com fulcro em especificidades dos autos, estando a r. decisão recorrida motivada de maneira contundente.

Com efeito, não se poderia afirmar que há nulidade na r. decisão “a quo” por vício de fundamentação nem se poderia analisar os argumentos de mérito relativos ao cumprimento, na elaboração do presente lançamento, da legislação dos Estados de Goiás e Mato Grosso do Sul sem ter de adentrar na aferição do conjunto fático-probatório dos autos, o que ora se revela de todo inviável.

Se eventuais erros fáticos constam do v. acórdão atacado, entendo que estes deveriam ter sido apontados em pedido de retificação de julgado, o que não foi feito.

De outro modo, a juntada de decisões tidas por paradigmáticas envolvendo o mesmo contribuinte por si só não permite o conhecimento do apelo, na medida em que naqueles arestos não foram enfrentados os pontos nodais que ensejaram no cancelamento parcial da infração.

No que diz respeito ao recurso especial da autuada, conheço, pela existência de paradigma apto para tanto, e nego provimento à alegada decadência do item 2 do lançamento exordial.

Entendo que, para o caso de descumprimento de obrigação acessória, não há o que ser homologado, cabendo a aplicação da regra geral prevista no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

No caso dos autos, o lançamento ocorreu dentro do prazo cabível para tanto (dezembro de 2013), eis que poderia ter sido efetuado até 31.12.13.

No mérito, não conheço do apelo, pois nos arestos trazidos a cotejo, ainda que tratem de matéria similar relativa à “guerra fiscal”, ficou consignado que os créditos que motivaram a autuação foram estornados da escrituração dos contribuintes autuados, de modo que esta singularidade fática ensejou o cancelamento das infrações de crédito indevido decorrente de benefícios fiscais concedidos sem autorização do CONFAZ.

Dessa maneira, como tal questão não foi enfrentada na r. decisão recorrida, não fica caracterizada qualquer divergência interpretativa a permitir o conhecimento do recurso especial.

Diante do exposto, não conheço do apelo fazendário e conheço parcialmente do recurso especial da autuada para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Sala das Sessões,

ALBERTO PODGAEC

Relator

VOTO DE VISTA - Juiz: INACIO KAZUO YOKOYAMA

Ementa:

ICMS. Crédito indevido. Guerra Fiscal. Mato Grosso do Sul. Goiás. Paraná. ICMS. Deixar de emitir documentos relativos a entrada de mercadorias. Apelo fazendário conhecido quanto à possibilidade de saneamento da base de cálculo da exigência fiscal. Não conhecimento das demais alegações em razão da decisão recorrida ter se pautado em análise de especificidades fáticas dos autos. Recurso especial da Fazenda Pública Estadual parcialmente conhecido Recurso especial da autuada conhecido e não provido quanto à alegação de decadência do item 2, pois se aplica o artigo 173, inciso I, do CTN. Quanto às alegações de mérito, apelo não conhecido, pois a decisão recorrida foi proferida com fulcro no estorno dos créditos indevidos, questão diversa da apreciada nas decisões tidas por divergentes.

Relatório e Voto:

VOTO EM SEPARADO – INACIO KAZUO YOKOYAMA

1. Pedi vista dos presentes autos para analisar melhor o voto do i. Relator, cujo bem elaborado Relatório, passo a adotar.

2. No tocante à alegação da Fazenda Pública Estadual de que o erro na base de cálculo para quantificação do imposto a ser cobrado pode ser saneado sem implicar na nulidade da infração, dirirjo do entendimento do i. Relator.

Analisando o indicado acórdão proferido no processo DRT-03-96918/2010, entendo que ele é apto a demonstrar divergência jurisprudencial, uma vez que, diversamente da decisão recorrida, o entendimento foi que a aplicação da redução da base de cálculo reduz a exigência fiscal, com o parcial provimento do recurso ordinário.

Assim, consignou o referido acórdão:

“Mantido o item 1, com redução do valor exigido, relativamente às mercadorias que gozam do benefício da redução da base de cálculo prevista no artigo 3º do Anexo II do RICMS/00.” (g.n.)

Já a decisão recorrida entendeu que o cálculo sem a redução da base de cálculo acarreta o afastamento da exigência fiscal, *in verbis*:

“13. Quanto à nulidade atinente à base de cálculo utilizada pela fiscalização para os cálculos do crédito indevido, entendo que o trabalho fiscal não deve prosperar com relação aos créditos referentes às operações com o estado de Goiás e Mato Grosso do Sul.

(...)

Entretanto, ao contrário do que explicitado – ou não explicitado – pela fiscalização, os créditos indevidos, nos percentuais de 4% e 7%, foram inequívoca e evidentemente calculados sobre a base de cálculo cheia, ou seja, sem a redução aduzida pelo ontribuinte e reconhecida pela própria fiscalização.” (g.n.)

Entendo que tratam de situações fáticas idênticas, pois ambas as decisões concluíram pela redução da base de cálculo do imposto exigido no auto de infração, e com conclusões divergentes, uma, pela nulidade do auto de infração e, outra, pela redução do crédito tributário exigido.

Assim, conheço do recurso especial da Fazenda Pública Estadual quanto à matéria.

3. No mais, acompanho integralmente o i. Relator.

4. Pelo exposto, **CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial da Fazenda Pública Estadual, devendo os autos retornar ao i. Relator para apreciação da matéria conhecida. CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial do contribuinte e, na parte conhecida, NEGO-LHE PROVIMENTO.**

VOTO DE VISTA - Juiz: EDISON AURÉLIO CORAZZA

Ementa:

ICMS. Crédito indevido. Guerra Fiscal. Mato Grosso do Sul. Goiás. Paraná. ICMS. Deixar de emitir documentos relativos a entrada de mercadorias. Apelo fazendário conhecido quanto à possibilidade de saneamento da base de cálculo da exigência fiscal. Não conhecimento das demais alegações em razão da decisão recorrida ter se pautado em análise de especificidades fáticas dos autos. Recurso especial da Fazenda Pública Estadual parcialmente conhecido.

Relatório e Voto:

Relatório e voto

Requeri vista dos autos para melhor análise do conhecimento do recurso fazendário em um único ponto, posto que quanto aos demais acompanho o relator Pleiteia a Fazenda do Estado a reforma da decisão recorrida no que diz respeito a *nulidade por premissa falsa*.

Alude a Recorrente que a motivação da decisão recorrida de que *o cálculo dos benefícios não autorizados deve, necessariamente, ser feito tendo por parâmetro inicial a base de cálculo reduzida, conforme benefício aprovado pelo CONFAZ e reconhecido pelo fiscal atuante*, é um enunciado não verdadeiro, e, como tal, acarreta a nulidade do decidido.

Não me parece ser o caso. O enunciado voto condutor da decisão recorrida é, antes de ser premissa, conclusão do julgador *a quo*. Veja-se sua decisão:

... Isso porque, com base em diligência solicitada pela d. Representação Fiscal, ficou evidenciado das planilhas mais uma vez encartadas aos autos pela fiscalização, mais especificamente de um cotejo entre suas colunas 10, 11, 12, 14, 15 e 17, que, conquanto a fiscalização tenha demonstrado, na coluna 12, as bases de cálculo reduzida, o benefício na origem foi calculado sobre a base de cálculo cheia. Por exemplo daquilo que se repete em todas as linhas das fls. 357/359, a primeira linha da planilha de fl. 357 denota operação no valor de R\$ 33.322.96 (coluna 10), mas que tem sua base de cálculo reduzida para R\$ 19.437,28 (coluna 12), montante este sobre o qual o contribuinte calculou o seu crédito a partir da alíquota de 12% (coluna 14), ao passo que, para fazer a glosa dos 4% reputados indevidos em função de crédito outorgado à margem do CONFAZ, a fiscalização utilizou-se daquela base de cálculo disposta na coluna 10, alcançando um crédito indevido de R\$ 1.332,92 (coluna 15), o qual restou glosado (coluna 17).

Ora, do que exposto nos autos parece-me claro que a fiscalização deveria ter, seguindo o seu raciocínio, glosado o crédito outorgado de 4% calculado sobre a base de cálculo reduzida, eis que é esta a base de cálculo do ICMS na operação. Tanto assim é que, em resposta à diligência, assim aduz a fiscalização:

“Equivoca-se o MD Representante Fiscal ao buscar motivo para suposta não redução da base de cálculo do imposto, porque, basta verificar nas reinclusas planilhas, na coluna 11 de cada uma delas, que houve sim a redução da base de cálculo, mesmo porque se trata de situação jurídica decorrente de ratificação nacional, vale dizer, aplica-se a todos os Estados e o Fisco não poderia desconhecer a lei. Reduziu sim o valor da redução da base de cálculo. (...)” (grifos originais)

Entretanto, ao contrário do que explicitado – ou não explicitado – pela fiscalização, os créditos indevidos, nos percentuais de 4% e 7%, foram inequívoca e evidentemente calculados sobre a base de cálculo cheia, ou seja, sem a redução aduzida pelo contribuinte e reconhecida pela própria fiscalização.”

Assim, o que se tem, prevalecendo o entendimento da Recorrente, é uma conclusão equivocada – ponto de chegada, da qual a mesma não se conforma, e por tal razão pede reforma, e não uma premissa -ponto de partida a solicitar nulidade.

Este fato é cristalino, pois a Recorrente formula pedido alternativo e excludente de reforma do julgado, apresentando paradigmas que bem demonstram a divergência de entendimento acerca da base do benefício do crédito outorgado 4% sobre a base reduzida (art. 8º, XLI, do RICMS) ou sobre o valor da operação.

Isto posto, neste ponto, não conheço do recurso fazendário quanto ao pleito de nulidade, conhecendo-o, todavia, quanto ao pedido de reforma, devendo os autos retornarem ao relator, caso meu voto prevaleça, para a análise da real base de cálculo do crédito outorgado ou presumido, conforme o caso.

Quanto ao não cabimento do recurso especial do contribuinte, em especial quanto ao seu mérito também divirjo do quanto proferido pelo voto do relator.

Minha discordância, data vênua do fundamentado voto proferido, parte da premissa que o recurso ordinário do contribuinte foi formalizado apresentando a questão dividindo-a em duas formas com motivos e fundamentos diversos:

1. Nulidade da base de cálculo – e tais argumentos só se referem as glosas relativas referentes às operações com o estado de Goiás e Mato Grosso do Sul, não se aplicando ao Estado do Paraná;
2. Mérito – enfrentando a questão alegada pelo fisco de suposta infração à LC 24/75.

A decisão *a quo* analisou ambos os argumentos, afastando-os em dois momentos distintos de seu raciocínio, sendo que somente a análise da nulidade da base de cálculo serviu por parâmetro para o relator não conhecer do recurso especial, atribuindo a decisão recorrida solução lastreada na especificidade dos autos.

O mesmo não se pode afirmar quanto a matéria de fundo, qual seja o real mérito do lançamento e do recurso do contribuinte.

Confira-se que a decisão recorrida trata da nulidade da base de cálculo a partir de seu item 13, seguindo até o item 16, nos seguintes termos:

13. Quanto à nulidade atinente à base de cálculo utilizada pela fiscalização para os cálculos do crédito indevido, entendo que o trabalho fiscal não deve prosperar com relação aos créditos referentes às operações com o estado de Goiás e Mato Grosso do Sul.

14. Com relação às demais operações (relativas ao estado do Paraná), correto o trabalho fiscal.

15. Assim, acompanho o voto do i. juiz relator com relação às operações realizadas com o estado de Goiás e Mato Grosso do Sul, adotando o mesmo fundamento de seu voto, abaixo transcrito: “De outro lado, quanto à mais uma vez encartadas aos autos pela fiscalização, mais especificamente de um cotejo entre suas colunas 10, 11, 12, 14, 15 e 17, que, conquanto a fiscalização tenha demonstrado, na coluna 12, as bases de cálculo reduzida, o benefício na origem foi calculado sobre a base de cálculo cheia. Por exemplo daquilo que se repete em todas as linhas das fls. 357/359, a primeira linha da planilha de fl. 357 denota operação no valor de R\$ 33.322.96 (coluna 10), mas que tem sua base de cálculo reduzida para R\$ 19.437,28 (coluna 12), montante este sobre o qual o contribuinte calculou o seu crédito a partir da alíquota de 12% (coluna 14),

ao passo que, para fazer a glosa dos 4% reputados indevidos em função de crédito outorgado à margem do CONFAZ, a fiscalização utilizou-se daquela base de cálculo disposta na coluna 10, alcançando um crédito indevido de R\$ 1.332,92 (coluna 15), o qual restou glosado (coluna 17).

Ora, do que exposto nos autos parece-me claro que a fiscalização deveria ter, seguindo o seu raciocínio, glosado o crédito outorgado de 4% calculado sobre a base de cálculo reduzida, eis que é esta a base de cálculo do ICMS na operação. Tanto assim é que, em resposta à diligência, assim aduz a fiscalização:

“Equivoca-se o MD Representante Fiscal ao buscar motivo para suposta não redução da base de cálculo do imposto, porque, basta verificar nas reinclusas planilhas, na coluna 11 de cada uma delas, que houve sim a redução da base de cálculo, mesmo porque se trata de situação jurídica decorrente de ratificação nacional, vale dizer, aplica-se a todos os Estados e o Fisco não poderia desconhecer a lei. Reduziu sim o valor da redução da base de cálculo. (...)”

Entretanto, ao contrário do que explicitado – ou não explicitado - pela fiscalização, os créditos indevidos, nos percentuais de 4% e 7%, foram inequívoca e evidentemente calculados sobre a base de cálculo cheia, ou seja, sem a redução aduzida pelo contribuinte e reconhecida pela própria fiscalização.”

16. A recorrente alega que o fisco não considerou o saldo credor continuado em função da opção pela centralização da apuração e recolhimento do imposto, mas não trouxe nada a respeito que alterasse a forma da exigência sobre o débito fiscal, que está correto, inclusive na aplicação dos juros de mora com base na lei 13.918/2009.

Entretanto a decisão recorrida vai além, avançando quanto ao mérito – a legitimidade dos créditos, que se aplica aos oriundos de operações realizadas com o estado de Goiás, Mato Grosso do Sul, e Paraná, sendo que estas últimas não foram objeto de análise anterior:

“17. Quanto à matéria de fundo – CRÉDITO INDEVIDO – verifica-se não haver controvérsia com relação aos fatos, vez que em nenhum momento a recorrente negou que se apropriou dos créditos tal como lançados nas notas fiscais que acobertaram as entradas em seu estabelecimento, ao contrário, sustenta ter direito integral aos créditos.

18. Conforme determina a Constituição da República, art 155, § 21, XII, g, “cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

19. Por sua vez, a Lei Complementar n° 24, de 7 de janeiro de 1975, recepcionada pelo texto constitucional de 1988, estabelece que os benefícios fiscais relativos ao ICMS serão concedidos, exclusivamente, por deliberação unânime manifestada através de convênios celebrados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

20. Dessa forma, ficam os Estados e o Distrito Federal impedidos, de conceder benefícios fiscais relativos ao ICMS, se para tanto não tiverem aprovação expressa dos demais.”...

A partir deste ponto, todo o quanto decidido, diz respeito à matéria de direito, que aplicou entendimento diverso daquele colacionado pelo contribuinte como paradigma, comportando assim, segundo entendo, o cabimento do recurso no que diz respeito à matéria de mérito, razão pela qual dirijo do relator para admitir recurso do contribuinte, neste ponto.

Assim, por todo o exposto, entendo pelo parcial cabimento do recurso quanto ao mérito, e, em sendo vencedor, por tal razão, deverão os autos retornar ao nobre relator, para a análise do mérito.

São Paulo, 2018
Edison Aurélio Corazza
Juiz com Vista



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
C I	4032789-9	2013	4032789-9	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (CONTRIB) RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	ALBERTO PODGAEC
Sustentação Oral Requerida:	SIM
Pedidos de Vista:	INACIO KAZUO YOKOYAMA, EDISON AURÉLIO CORAZZA

CONFIRMAÇÃO DO VOTO DO RELATOR

Confirmo o voto que proferi na sessão de julgamento em que houve o deferimento do pedido de vista.

Plenário Antônio Pinto da Silva, 10 de abril de 2018
ALBERTO PODGAEC
Juiz Relator



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
C I	4032789-9	2013	4032789-9	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (CONTRIB) RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	ALBERTO PODGAEC
Sustentação Oral Requerida:	SIM
Pedidos de Vista:	INACIO KAZUO YOKOYAMA, EDISON AURÉLIO CORAZZA

DECISÃO DA CÂMARA

RECURSO ESPECIAL (CONTRIB):
RECURSO ESPECIAL (FAZENDA):

VOTO DO JUIZ RELATOR: ALBERTO PODGAEC

RECURSO ESPECIAL (CONTRIB): Conhecido Parcialmente. Não Provido.
RECURSO ESPECIAL (FAZENDA): Não Conhecido.

JUIZES QUE ACOMPANHARAM O VOTO DO RELATOR:

JOSÉ ORIVALDO PERES JÚNIOR
MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES
AUGUSTO TOSCANO

VOTO DE VISTA: INACIO KAZUO YOKOYAMA

RECURSO ESPECIAL (CONTRIB): Conhecido Parcialmente. Não Provido.
RECURSO ESPECIAL (FAZENDA):

JUIZES QUE ACOMPANHARAM ESSE VOTO DE VISTA:

JOÃO CARLOS CSILLAG
FÁBIO HENRIQUE BORDINI CRUZ
PAULO GONÇALVES DA COSTA JUNIOR
CACILDA PEIXOTO
JOAO MALUF JUNIOR

VOTO DE VISTA: EDISON AURÉLIO CORAZZA

RECURSO ESPECIAL (CONTRIB): Não Conhecido.
RECURSO ESPECIAL (FAZENDA):

JUIZES QUE ACOMPANHARAM ESSE VOTO DE VISTA:

CARLOS AMERICO DOMENEGHETTI BADIA
ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES
EDUARDO SOARES DE MELO
MARIA ANSELMA COSCRATO DOS SANTOS

São Paulo, 10 de abril de 2018
Tribunal de Impostos e Taxas



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
C I	4032789-9	2013	4032789-9	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (CONTRIB) RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	MARCELO AMARAL GONÇALVES DE MENDONÇA
Sustentação Oral Requerida:	SIM

VOTO INICIAL DO RELATOR - Juiz: MARCELO AMARAL GONÇALVES DE MENDONÇA

Ementa:

ICMS – Infrações relativas a créditos de ICMS considerados indevidos pois oriundo de incentivos fiscais concedidos em desacordo com o artigo 155, §2º, inciso XII, alínea g da Constituição Federal e artigo 1º, e incisos I e II do artigo 8º da Lei Complementar 24/75 (item I.1), e de falta de escrituração de documentos fiscais relativos às entradas de mercadoria no estabelecimento, sendo que já se encontram escrituradas as operações do período.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA EM RELAÇÃO O ITEM 1. RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE EM RELAÇÃO AOS ITENS 1 E 2.

Apresentação de pedido de reconhecimento de créditos de ICMS e renúncia a defesa ou recurso administrativo ou judicial, nos termos da Resolução Conjunta SFP/PGE nº1/2019. Atendimento aos requisitos da legislação de regência. Reconhecimento do “Pedido para reconhecimento dos créditos do ICMS”. Convalidação do crédito originalmente tomado.

RECURSOS ESPECIAIS DA FAZENDA E DO CONTRIBUINTE NÃO CONHECIDOS EM RELAÇÃO AO ITEM 1, em face da perda do objeto litigioso.

RECURSO DO CONTRIBUINTE EM RELAÇÃO AO ITEM 2 CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Falta de escrituração de documentos fiscais. Descumprimento de obrigações acessórias. Ausência de atividade do contribuinte a ser homologada pelo Fisco. Lançamento de ofício. Aplicação da regra geral de decadência, prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional. Limitação dos juros de mora incidentes sobre imposto e multa à taxa SELIC, nos termos da nova redação da Súmula 10 deste Tribunal.

Relatório e Voto:

RELATÓRIO

1. Trata-se de **recursos especiais da Fazenda Pública e do Contribuinte**, com razões encartadas às fls. 403-421 e 521-536, interposto em face de decisão da C. 7ª Câmara Julgadora deste E. Tribunal, colacionada às fls. 379-398, que, conforme voto vencedor da i. Juíza Dra. Rosana Martins Cortez Veloso, deu parcial provimento ao Recurso Ordinário, **para excluir do item I.1 as exigências relativas às operações realizadas com os estados de Goiás e Mato Grosso do Sul; e manter as demais exigências do AIIM. (Item I.1 – operação com o estado do Paraná e Item II.2).**

2. As infrações em tela são as seguintes (fls. 1-2), com meus grifos:

I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO:

1. **Creditou-se indevidamente do ICMS** no valor de R\$ 25.102,53 (vinte e cinco mil, cento e dois reais e cinquenta e três centavos), nos períodos de 2008 e 2009, nas datas e nos valores especificados nos ANEXOS I, II E III que fazem parte integrante deste AIIM, **por meio da escrituração das notas fiscais** individualmente relacionadas nesses ANEXOS, **referente a entradas de mercadorias dos fornecedores** identificadas por seus CNPJs e IEs, **situados nos Estados de Mato Grosso do Sul, Goiás e Paraná, cujo imposto destacado não foi integralmente cobrado do emitente**, como demonstrado nas colunas 14, 15, 16 e 17 dos ANEXOS I, II E III. Embora nas notas fiscais haja o destaque do imposto calculado pela alíquota de 12% (doze por cento) sobre base de cálculo reduzida nos termos do Convênio ICMS 89/05, ratificado nacionalmente pelo Ato Declaratório nº 9/95, aplicável nas saídas para o Estado de São Paulo, o estabelecimento paulista só poderia ter se creditado dos valores apontados para cada nota fiscal na coluna 16 dos anexos já referidos, visto que essa diferença individualmente considerada e descrita na coluna 17 dos retromencionados ANEXOS NÃO FOI COBRADA pelos **Estados de origem**, que, mediante Decretos específicos e abaixo mencionados, **concederam aos estabelecimentos remetentes créditos outorgados/créditos presumidos/reduções de base de cálculo sobre o montante das operações de saída de mercadorias com incidência do ICMS. Esses benefícios foram concedidos sem a necessária autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ**, em desacordo, portanto, com o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal, com o inciso Artigo 1º da Lei Complementar Federal nº 24/75, e, ainda, configurando a hipótese prevista nos incisos I e II do artigo 8º da referida Lei Complementar, conforme se comprova pelas cópias dos documentos juntados. Este trabalho fundamenta-se ainda no artigo 1º da Resolução SF/SP nº 52 de 19/11/93.

Reconhecemos que os valores efetivamente cobrados foram os descritos na coluna 16 dos anexos, classificados neles como "CREDITÁVEL" e correspondem às diferenças entre o valor do ICMS destacado e os créditos outorgados ou presumidos concedidos.

Seguem juntados cópia de documentos que comprovam a infração. Legislações dos Estados remetentes que concederam os benefícios indevidos (textos anexos):

MATO GROSSO DO SUL - Crédito presumido de 4% correspondente a 57,142% do imposto devido na operação com redução de base de cálculo, que é de 7% (Art. 13, incisos I e II do Decreto 12.056/2006, modificado pelo Decreto 12.646/2008);

GOIÁS - Crédito outorgado de 4% sobre o valor da operação (Art. 8º, inc. XLI, item "b" e Art. 11, inciso V do Anexo IX do RICMS/GO).

PARANÁ - Crédito presumido de 7% sobre o valor das saídas - Anexo III, item 7, do RICMS/P4 (Decreto n. 1980/2007, atualizado até o Decreto m. 4.658/2012,

INFRINGÊNCIA: Arts. 59, §2º, art. 61, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 527, inc. II, alínea "j" c/c §§ 1º, 9º e 10, do RICMS/00 (Dec. 45490/00).

II - INFRAÇÕES RELATIVAS A LIVROS FISCAIS E REGISTROS MAGNÉTICOS:

2. Deixou de escriturar, no período de junho de 2008, documentos relativos às entradas de mercadoria no estabelecimento (anexos), sendo que já se encontram escrituradas as operações do período, conforme se demonstra no QUADRO IV, que faz parte integrante deste AIIM, . Valor das operações: R\$ 27.759,17 (vinte e sete mil, setecentos e cinquenta e nove reais e dezessete centavos)

INFRINGÊNCIA: Art. 214, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 527, inc. V, alínea "a" c/c §§ 9º e 10, do RICMS/00 (Dec. 45490/00).

3. A d. Fazenda Pública recorreu da parcela em que restou vencida - a acusação de crédito indevido (item 1) referente a mercadorias recebidas em operações interestaduais amparadas por benefício fiscal não autorizado pelo CONFAZ relativa às operações realizadas com os estados de Goiás e Mato Grosso do Sul (fls. 403-421). O d. Contribuinte recorreu da parcela em que restou vencido com relação ao item 1, referente a operações realizadas com empresas sediadas no Estado do Paraná, e apontando decadência com relação ao item 2 do lançamento. Ambas as partes apresentaram contrarrazões aos apelos especiais da outra: o d. Contribuinte às fls. 501-512, e a d. Fazenda às fls. 625-634.

4. A Recorrente, após a apresentação de recurso especial, protocolou **pedido de reconhecimento de créditos de ICMS e renúncia a defesa ou recurso administrativo ou judicial, nos termos da Resolução Conjunta SFP/PGE nº1/2019, relativo ao item I.1 do lançamento** (fls. 645-646 e 651-683), ciente de que com a apresentação do pedido fica suspenso o julgamento do AIIM no âmbito do contencioso administrativo tributário ou o encaminhamento para a inscrição do débito na Dívida Ativa, ou a ação judicial, até a data da notificação da decisão do Fisco acerca do reconhecimento do crédito.

5. Conforme fls. 679-682, no Protocolo SF 26459-456855/2019 há manifestação da Diretoria de Atendimento, Gestão e Conformidade (DIGES) acerca da matéria, com a seguinte conclusão às fls. 682:

*"7. Diante do exposto, nos termos do § 3º, do artigo 4º, da Resolução Conjunta SFP/PGE - 01/2019, em virtude do cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Lei Complementar 160/2017 e pelo Convênio ICMS 190/2017, **RECONHEÇO os créditos de ICMS referentes ao auto de infração 4.032.789-9, item I.1**" (grifos nossos)*

6. É o relatório. Há protesto por sustentação oral às fls. 521.

VOTO

7. Uma vez **reconhecido o cumprimento dos requisitos pela d. Recorrida do quanto estabelecido pela legislação de regência para fins de convalidação dos créditos do imposto tomados, que alcança a integralidade da presente exigência fiscal, tem-se como efeito jurídico a perda do objeto litigioso e a consequente supressão do inconformismo recursal, retroativamente considerada.**

8. Desta forma, **NÃO CONHEÇO DE AMBOS OS RECURSOS ESPECIAIS RELATIVOS AO ITEM I.1.**

9. Resta em julgamento o recurso especial do d. Contribuinte, em relação ao item 2 do lançamento.

10. O d. Contribuinte argumenta a ocorrência de decadência para aplicação de penalidade com a aplicação do prazo previsto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, pois a falta de registro de notas fiscais aconteceu em junho de 2008, e a ciência do AIIM, em dezembro de 2013.

11. A decisão recorrida entendeu pela aplicação do prazo decadencial previsto no art. 173, I do Código Tributário Nacional, próprio do lançamento de ofício, pois a infração diz respeito a multa por descumprimento de obrigação acessória (fls. 381).

"Todavia, é da própria Recorrente a alegação, estampada à fl. 262 dos autos, que ela apurava e continuou apurando saldo credor, o que importa dizer que não efetuou recolhimento algum no período questionado. E se assim é, com a devida vênia de quem possa entender de forma diversa, curvo à jurisprudência do C. STJ no sentido de que, contrário sensu, a inexistência de pagamento a título de ICMS no período remete, para fins de decadência, ao artigo 173, inciso I, do CTN, diante do que não estão extintos em decorrência de tal circunstância os itens 1.1 a 1.14 do AIIM, o que, com ainda maior razão, igualmente vale para o item 2, o qual diz respeito a multa por descumprimento de obrigação acessória, o que é próprio do lançamento de ofício e, pois, atrai a mesma regra do artigo 173, inciso I, para fins de contagem do prazo decadencial."

12. A Recorrente aponta como paradigmáticas as decisões proferidas no Processo DRT – 08 – 856722/2005 (AIIM nº 3.046.367-1), pela 2ª Câmara Julgadora e pela Câmara Superior.

13. Conheço do apelo, em face da existência de dissídio jurisprudencial. No mérito, todavia, a melhor solução está na decisão recorrida pois, em relação ao descumprimento de obrigações acessórias não há atividade do contribuinte a ser homologada pelo Fisco, mas sim lançamento de ofício, pelo que deve ser aplicada a regra geral de decadência, prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

14. Neste sentido, foi vencedor nesta Câmara Superior meu posicionamento nos Processos AIIM 4.087.609 e 4.094.967.

EMENTA: *"ICMS – Infrações relativas ao crédito do imposto decorrente da escrituração de notas fiscais eletrônicas relativas à entrada de mercadorias no estabelecimento que não atendem às condições previstas no item 3, do §1º, do artigo 59, do RICMS/00 (item I.1), e à emissão de notas fiscais eletrônicas referente às saídas de mercadorias, consignando declaração falsa quanto ao estabelecimento de destino (item II.2). RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE em relação ao item I.1 parcialmente conhecido. Não conhecido: (i) em relação às alegações de existência de saldo credor, nulidade, boa fé e não cumulatividade por falta de apresentação de paradigmas aptos a comprovar o dissídio jurisprudencial; (ii) em relação às alegações de decadência, juros e atualização da base de cálculo da multa por se tratar de matérias objeto da Súmulas deste Tribunal; (iii) em relação à alegação de multa confiscatória, por força do art. 28 da Lei nº 13.457/2009. Recurso conhecido em relação à alegação de irretroatividade dos efeitos da inidoneidade, todavia negado provimento pois a desclassificação documental é ato administrativo de natureza declaratória, que produz efeitos "ex tunc" e retroage de forma a alcançar todas as operações atribuídas à empresa a partir da data em que verificado o início da situação irregular. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA em relação ao item II.2 conhecido e provido. Em relação ao descumprimento de obrigações acessórias não há atividade do contribuinte a ser homologada pelo Fisco, mas sim lançamento de ofício, pelo que deve ser aplicada a regra geral de decadência, prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional."*

(AIIM 4087609)

EMENTA: *"Infração de descumprimento de obrigação acessória, por emissão de documentos fiscais consignando declaração falsa quanto ao estabelecimento de destino. Por sua natureza de descumprimento de obrigação acessória, não há atividade a ser homologada, de forma que aplica-se a regra geral de decadência prevista no art. 173, I do Código Tributário Nacional."*

(AIIM 4094967)

15. Por oportuno, observo que o Contribuinte, em manifestações anteriores ao recurso especial (na defesa, às fls. 211-212 e em recurso ordinário, às fls.263-265), questionou a taxa de juros aplicada. É compreensível a ausência de renovação do pleito em sede especial, uma vez que o art. 45 da Lei nº 13.457/2009 veda expressamente o processamento de recurso especial contra matéria sumulada.

Não obstante, tendo havido a recente revisão da Súmula nº 10 deste E. TIT, considerando-se o princípio da eficiência administrativa, bem como a manifestação da d. Representação Fiscal, entendo pela possibilidade de sua aplicação ao caso concreto.

Eis o texto da Súmula revisada:

Súmula nº 10 revisada:

"Os juros de mora aplicáveis ao montante de imposto e multa exigidos em autos de infração estão limitados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC incidente na cobrança dos tributos federais." (revisada em 09/06/2022)

16. Assim, voto pela limitação dos juros de mora incidentes sobre imposto e multa à taxa SELIC, nos termos da nova redação da Súmula 10 deste Tribunal.

17. Em conclusão, conheço parcialmente o recurso especial, e a ele dou parcial provimento para limitar os juros de mora incidentes sobre imposto e multa à taxa SELIC, nos termos da nova redação da Súmula 10 deste Tribunal.

18. É o voto, que respeitosamente submeto a meus pares.

Plenário Virtual.

Marcelo Amaral G. Mendonça

Juiz Relator



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
C I	4032789-9	2013	4032789-9	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (CONTRIB) RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	MARCELO AMARAL GONÇALVES DE MENDONÇA
Sustentação Oral Requerida:	SIM

DECISÃO DA CÂMARA

**RECURSO ESPECIAL (CONTRIB): CONHECIDO PARCIALMENTE. PARCIALMENTE PROVIDO.
RECURSO ESPECIAL (FAZENDA): NÃO CONHECIDO.**

VOTO DO JUIZ RELATOR: MARCELO AMARAL GONÇALVES DE MENDONÇA

RECURSO ESPECIAL (CONTRIB): Conhecido Parcialmente. Parcialmente Provido.

RECURSO ESPECIAL (FAZENDA): Não Conhecido.

JUÍZES QUE ACOMPANHARAM O VOTO DO RELATOR:

MAURO KIOSHI TAKAU BRINO

FÁBIO HENRIQUE BORDINI CRUZ

KLAYTON MUNEHIRO FURUGUEM

AUGUSTO TOSCANO

SILVIO RYOKITY ONAGA

MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES

CARLOS AMERICO DOMENEGHETTI BADIA

VALÉRIO PIMENTA DE MORAIS

ISABEL CRISTINA OMIL LUCIANO

EDISON AURÉLIO CORAZZA

MARCO ANTONIO VERISSIMO TEIXEIRA

CACILDA PEIXOTO

ALBERTO PODGAEC

ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES (Presidente)

JUÍZ(ES) AUSENTE(S) / IMPEDIDO(S):

JULIANO DI PIETRO

São Paulo, 14 de julho de 2022
Tribunal de Impostos e Taxas



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS



AUTUADO
ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

IE
112167183117

CNPJ
75315333003558

LOCALIDADE
São Paulo - SP

AIIM
4032789-9

JULGAMENTO NA CÂMARA DO TIT COM CERTIFICADO DIGITAL

Julgamento realizado na Câmara do Tribunal de Impostos e Taxas por meio do ePAT – Processo Administrativo Tributário Eletrônico, com a utilização do certificado digital dos juizes presentes na sessão de julgamento.

São Paulo, 15 de julho de 2022
Tribunal de Impostos e Taxas