



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

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
12	4059596-1	2015	4059596-1	PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA

Tipo de Impugnação:	RECURSO ORDINÁRIO RECURSO DE OFÍCIO
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA SAINT-GOBAIN DISTRIBUICAO BRASIL LTDA
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	JANDIR JOSE DALLE LUCCA
Sustentação Oral Requerida:	SIM

VOTO INICIAL DO RELATOR - Juiz: JANDIR JOSE DALLE LUCCA

Ementa:

ICMS. (I.1) Deixar de encriturar documentos fiscais relativos à entrada de mercadorias no estabelecimento e recebimento de serviços de transporte e armazenagem, sendo que já se encontravam encrituradas as operações e prestações de serviço do período. Infração caracterizada. Operações isentas e sem incidência do imposto beneficiadas pela redução da penalidade na forma do § 2º do art. 85 da Lei nº 6.374/89. (II.2) Recebimento de mercadorias acompanhadas de documento fiscal consignando destinatário diverso do recebedor. Lavratura de outro AIIM relativo à acusação de crédito indevido decorrente da encrituração de NFe's emitidas para destinatário diverso. Coincidência de NFe's em ambos os AIIM's. Princípio da absorção. Consunção reconhecida em relação às NFe's que serviram de base para as duas acusações. Recurso de Ofício conhecido e desprovido. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido.

Relatório e Voto:

RELATÓRIO

Trata-se de RECURSO ORDINÁRIO (fls. 1547/1580) e de RECURSO DE OFÍCIO (fls. 1533) interpostos contra decisão de primeira instância (fls. 1523/1533), que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o AIIM lavrado em decorrência das seguintes acusações:

I - INFRAÇÕES RELATIVAS A LIVROS FISCAIS, CONTÁBEIS E REGISTROS MAGNÉTICOS:

1. Deixou de encriturar, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, documentos fiscais modelo 55, relativos à entrada de mercadorias no estabelecimento e recebimento de serviços de transporte e armazenagem, sendo que já se encontravam encrituradas as operações e prestações de serviço do período.

Valor das operações e prestações: R\$ 965.499,17 (novecentos e sessenta e cinco mil, quatrocentos e noventa e nove reais e dezessete centavos)

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

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. V, alínea "a" c/c §§ 9º e 10º, da Lei 6.374/89

II - INFRAÇÕES RELATIVAS A DOCUMENTAÇÃO FISCAL NA ENTREGA, REMESSA, TRANSPORTE, RECEBIMENTO, ESTOCAGEM OU DEPÓSITO DE MERCADORIA OU, AINDA, QUANDO COUBER, NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO:

2. Recebeu, no período de janeiro a novembro de 2011, mercadorias no valor de R\$ 5.023.761,12 (cinco milhões, vinte e três mil, setecentos e sessenta e um reais e doze centavos), acompanhadas de documento fiscal consignando destinatário diverso do recebedor, conforme se comprova pelos documentos juntados.

INFRINGÊNCIA: Arts. 127, inc. II, art. 203, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. III, alínea "b" c/c §§ 2º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

A decisão recorrida, baseando-se na manifestação apresentada pelo Autor do feito no sentido de que parte do item 1 do DDF de fls. 03 realmente se refere a operações isentas ou sem incidência do ICMS, houve por bem acolher parcialmente as alegações da Autuada nos termos propostos pela fiscalização, reduzindo o valor da multa relativa aos respectivos subitens em 50% (fls. 1516/1522), nos termos do § 2º do artigo 85 do RICMS, mantendo em tudo mais a acusação original.

Inconformada, a Recorrente aviou recurso ordinário pelo qual, em apertada síntese, deduz as seguintes alegações:

-que a acusação contida no item "II" (fls. 888/891) refere-se ao suposto recebimento de mercadorias consignando destinatário diverso no documento fiscal, conforme relação de notas fiscais que foram consideradas para a caracterização da infração.

-que no AIIM 4.059.597-3 (fls. 1493/1502), a Recorrente foi autuada por crédito indevido do ICMS incidente sobre parcela ainda maior de notas fiscais, sob o fundamento de que as operações indicavam destinatário diverso do declarado;

-que em ambos os AIIMs os documentos fiscais considerados foram praticamente os mesmos;

-que, desse modo, foi penalizada duplamente, primeiro pela encrituração de notas fiscais recebidas consignando destinatário diverso e, em seguida, pelo crédito indevido do ICMS destes mesmos documentos fiscais, ou seja, foi penalizada pelo tributo (incidindo, naquela autuação, multa sobre o valor do crédito do imposto glosado) e, agora, pelo dever instrumental (incidindo, nesta autuação, multa sobre o valor da operação, o que equivale à montante superior ao anteriormente autuado).

-que a questão já se encontra sedimentada no âmbito deste Tribunal, tendo sido pacificado o entendimento segundo o qual em situações semelhantes não há possibilidade de manutenção de ambas as acusações fiscais;

-que a infração penalizada com a exigência isolada da multa (como é o caso deste AIIM) é completamente absorvida por eventual infração que acarrete o recolhimento a menor de tributo (como é o caso do AIIM 4.059.597-3), pois, em se tratando de medidas sancionatórias, aplica-se a lógica penal da consunção, em que a infração mais grave absorve aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente, evitando a aplicação cumulativa de penalidades (*bis in idem*); e

-que, em se tratando de acusações fiscais que guardam nexo causal, especialmente fundamentadas no mesmo conjunto probatório (neste caso, as mesmas notas fiscais), deve o órgão julgador cancelar a autuação relativa à encrituração (dever instrumental que, neste caso, representa o recebimento de mercadorias consignando destinatário diverso no documento fiscal) e, se for o caso, manter tão somente a acusação de crédito indevido (obrigação principal), que é mais grave, uma vez que influencia diretamente na arrecadação fazendária.

A D. Representação Fiscal apresentou suas contrarrazões às fls. 1592/1600, tendo às fls. 1537/1543 opinado pelo desprovimento do recurso de ofício, contrarrazoado pela Autuada às fls. 1582/1588.

Sendo o essencial que se cumpre relatar, interrompo o relatório tendo em vista o pedido de sustentação oral.

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

Ultrapassada a etapa de sustentação oral, encerro o relatório.

VOTO

DO RECURSO DE OFÍCIO

O recurso de ofício não comporta provimento, pois como bem ponderou a D. Representação Fiscal às fls. 1542, "a redução da multa à metade da originalmente aplicada está correta, consoante o §2º do art. 85 da lei 6.374/89".

Realmente, conforme noticiou o preclaro agente fiscal autuante às fls. 1508/1509, várias operações isentas e sem incidência do imposto compuseram a base da aplicação da multa relativa ao item I.1 do AIIM, cuja penalidade se encontra capitulada no art. 85, inciso V, alínea "a" da Lei 6.374/89.

Contudo, o § 2º do mesmo dispositivo legal estatui que "As multas previstas no inciso III, na alínea "a" do inciso IV e nas alíneas "a", "b", "d" e "e" do inciso V devem ser aplicadas com redução de 50% (cinquenta por cento), quando as infrações se referirem a operações ou a prestações amparadas por não-incidência ou isenção" (original sem grifo).

Portanto, nenhum reparo merece a decisão recorrida neste aspecto.

DO RECURSO ORDINÁRIO

De proêmio, importa destacar que o recurso da empresa Autuada não tem por objeto o item I.1 do AIIM, restringindo-se a combater o seu item II.2.

O apelo do contribuinte se resume no pedido de aplicação do princípio da consunção ou absorção, sob o fundamento de que a infração objeto do item II.2 do presente AIIM, consistente no recebimento de mercadorias acompanhadas de documento fiscal consignando destinatário diverso do recebedor, estaria absorvida pela infração objeto do AIIM 4.059.597-3, que tem por objeto a acusação de crédito indevido do ICMS decorrente da indicação destinatário diverso do declarado em parcela ainda maior de notas fiscais.

Efetivamente, verifica-se às fls. 1493/1502 cópia do indigitado AIIM 4.059.597-3, lavrado concomitantemente ao presente, cujo relato aponta para a seguinte infração:

I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO:

1. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 725.674,79 (setecentos e vinte e cinco mil, seiscentos e setenta e quatro reais e setenta e nove centavos), no período de janeiro a agosto de 2011, mediante a escrituração, em seu Livro Registro de Entradas, de notas fiscais que consignavam destinatário diverso.

INFRINGÊNCIA: Arts. 59, §1º, item 2 c/c art. 61, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. II, alínea "j" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

Com razão a Recorrente.

De fato, a situação narrada nos autos revela evidente caso de **consunção**, onde a conduta consistente no **credитamento indevido decorrente da escrituração de NFe's emitidas para destinatário diverso** (objeto do AIIM 4.059.597-3), só existiu em razão do próprio **recebimento das mercadorias acompanhadas por aquelas mesmas NFe's (emitidas para destinatário diverso)** (objeto do presente AIIM), sendo, portanto condutas interdependentes. Vale dizer, o crédito (indevido) do imposto teve como pressuposto o fato das NFe's terem sido emitidas para destinatário diverso, ou seja, a mesma circunstância fática inerente ao recebimento de mercadorias com NFe indicando destinatário diverso. Em outras palavras, o crédito do imposto foi corolário lógico da operação de entrada objeto das notas fiscais que foram escrituradas, sendo tais condutas indissociáveis.

Anoto que as regras prescritas nos §§ 3º e 5º do artigo 85 da Lei 6.374/89 têm seu campo de aplicação nas situações onde concoram ações distintas, autônomas e independentes que, por força de tais dispositivos, devem ser apenadas de forma singular. Já o princípio da consunção, também chamado de princípio da absorção, muito embora também tenha por pressuposto a existência de várias condutas, caberá onde estas sejam interligadas e mantenham relação de continência lógica, onde determinada infração (fim) somente pode ser cometida mediante a prática de outra infração instrumental (meio). Ou seja, diante de um ou mais ilícitos penais denominados consuntos, que funcionam apenas como fase de preparação ou de execução de outro, chamado consuntivo, sendo todos intimamente dependentes, interligados ou inerentes, o sujeito ativo só deverá ser responsabilizado pelo ilícito principal.

Esse é exatamente o caso dos autos, onde a infração descrita no item II.2 do AIIM, relativamente ao recebimento de mercadorias acompanhadas de documento fiscal consignando destinatário diverso do recebedor, foi absorvida pela infração objeto do AIIM 4.059.597-3, referente à acusação de crédito indevido do ICMS decorrente da indicação de destinatário diverso do declarado em parcela ainda maior de notas fiscais, que abrangem aquelas que serviram de suporte para a presente acusação.

Frise-se, a propósito, que em consulta ao sistema da SEFAZ é possível constatar que o AIIM 4.059.597-3 não foi sequer impugnado pela Recorrente, encontrando-se liquidado.

Contudo, o cotejo do demonstrativo de fls. 888/891, onde estão arroladas as NFe's que deram base ao item II.2 deste AIIM, com o demonstrativo de fls. 1500/1502, onde foram listadas as NFe's que geraram os créditos impugnados no AIIM 4.059.597-3, permite verificar que nem todas as NFe's daquela acusação foram replicadas na presente autuação.

Tal situação é detalhadamente exposta pela fiscalização às fls. 1512/1514 e admitida pela própria Recorrente ao apontar as notas fiscais comuns aos dois AIIM's no item 20 de seu recurso ordinário (fls. 1555/1556).

Portanto, desprezando-se as NFe's que não serviram de fundamento coincidente para os dois AIIM's, é de rigor sejam excluídas as seguintes NFe's do presente AIIM, devendo ser expurgadas do demonstrativo de fls. 888/891: 143, 166, 168, 234, 238, 240, 249, 253, 264, 276, 284, 291, 292, 293, 310, 312, 314, 328, 329, 330, 338, 342, 347, 348, 349, 350, 354, 359, 361, 365, 368, 369, 381, 386, 387, 391, 393, 404, 406, 408, 424, 434, 435, 437, 441, 442, 443, 457, 465, 466, 468, 490 e 498.

Dante do exposto, CONHEÇO do RECURSO DE OFÍCIO para lhe NEGAR PROVIMENTO e CONHEÇO do RECURSO ORDINÁRIO para PROVÊ-LO PARCIALMENTE, excluindo da apuração da penalidade objeto do item II.2 do AIIM as NFe's indicadas acima.

Sala das Sessões, 05 de abril de 2018.

JANDIR JOSE DALLE LUCCA
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
12	4059596-1	2015	4059596-1	PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA

Tipo de Impugnação:	RECURSO ORDINÁRIO RECURSO DE OFÍCIO
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA SAINT-GOBAIN DISTRIBUICAO BRASIL LTDA
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	JANDIR JOSE DALLE LUCCA
Sustentação Oral Requerida:	SIM

DECISÃO DA CÂMARA

RECURSO ORDINÁRIO: CONHECIDO INTEGRALMENTE. PARCIALMENTE PROVIDO.
RECURSO DE OFÍCIO: CONHECIDO INTEGRALMENTE. NÃO PROVIDO.

VOTO DO JUIZ RELATOR: JANDIR JOSE DALLE LUCCA

RECURSO ORDINÁRIO: Conhecido Integralmente. Parcialmente Provido.

RECURSO DE OFÍCIO: Conhecido Integralmente. Não Provido.

JUÍZES QUE ACOMPANHARAM O VOTO DO RELATOR:

ANA PAULA PESCATORI BISMARA GOMES

FELIPE RODEGHERI MANZANO

MARIA ALICE FORMIGONI SMOLARSKY (Presidente)

São Paulo, 05 de abril de 2018
Tribunal de Impostos e Taxes



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



AUTUADO
SAINT-GOBAIN DISTRIBUICAO BRASIL LTDA

IE
626806790112

CNPJ
03840986005165

LOCALIDADE
Santo André - SP

AIIM
4059596-1

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 juízes presentes na sessão de julgamento.

São Paulo, 05 de abril de 2018
Tribunal de Impostos e Taxas