



Ofício CODECON N.º 26_2010

Ref.: Encaminhando sugestões do Codecon para regulamentação da Lei 13.918/2009

São Paulo, 13 de outubro de 2010.

Senhor Secretário,

O Conselho Estadual de Defesa do Contribuinte – CODECON/SP em suas últimas quatro sessões levou à pauta de discussão as alterações da Lei do ICMS acrescentadas ou instituídas pela Lei 13.918/2009.

Os debates abalizados pelas Entidades que compõem o Conselho foram concluídos com a visita do Dr. José Eduardo Soares de Melo, insigne jurista, professor de direito tributário que trouxe necessária luz ao tema.

Diante disso, foi deliberado o envio das seguintes sugestões de regulamentação e, em alguns casos, alteração do texto atual como segue:

I

DO CONTRIBUINTE

I – acrescenta o item 5 ao parágrafo único do art. 7º:

Parágrafo único – É também contribuinte a pessoa natural ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

...

"5 - administre ou seja sócia de fato de sociedade empresarial constituída por interpostas pessoas."

Comentários: *O dispositivo acrescenta à Lei do ICMS, como contribuinte do imposto, pessoa que administre, ou seja, sócia de fato de sociedade empresária constituída por interpostas pessoas. Primeiro ponto a se considerar é que a hipótese inova o Código Tributário Nacional – CTN, ao que se trata de sujeito passivo do imposto. Ainda, a hipótese não é aplicável de imediato, pois depende de autorização do poder judiciário único competente para determinar a desconsideração da personalidade jurídica para que a fiscalização seja realizada na pessoa do gestor da empresa.*



O Professor José Eduardo Soares de Melo acrescenta ainda, em seu parecer, que o referido dispositivo não encontra previsão na Lei Complementar nº 87/96 (estatuto nacional do ICMS). A LC (parágrafo único, art. 4º) é taxativa ao dispor sobre os contribuintes que agem sem habitualidade ou intuito comercial. Considerando que cabe à LC definir seus contribuintes (Constituição Federal, art. 155, XII, a), o preceito da Lei Estadual 13.918 é inconstitucional. O Código Civil (art. 50) estabelece que no caso de abuso de personalidade jurídica (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), compete ao Juiz de Direito decidir que, determinadas relações obrigacionais, sejam estendidas aos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Sugestão: Que a lei seja regulamentada para que estes casos sejam permitidos mediante apuração rigorosa de sociedade composta por interpostas pessoas (tido como um crime contra a ordem tributária) que justifique a desconsideração da personalidade jurídica e a eleição de outra pessoa jurídica ou física como responsável pelo pagamento do imposto. E, ainda, que tal hipótese dependa de autorização judicial.

II

DA SOLIDARIEDADE PASSIVA

Amplia o rol de responsáveis solidários do art. 9º

III - os incisos XIII, XIV e XV ao art. 9º:

"XIII - solidariamente, as pessoas prestadoras de serviços de intermediação comercial em ambiente virtual, com utilização de tecnologias de informação, inclusive por meio de leilões eletrônicos, em relação às operações ou prestações sobre as quais tenham deixado de prestar informações solicitadas pelo fisco;

XIV - solidariamente, as pessoas prestadoras de serviços de tecnologia de informação, tendo por objeto o gerenciamento e controle de operações comerciais realizadas em ambiente virtual, inclusive dos respectivos meios de pagamento, em relação às operações ou prestações sobre as quais tenham deixado de prestar informações solicitadas pelo fisco;

XV - solidariamente, as pessoas prestadoras de serviços de intermediação comercial de operações que envolvam remetentes de mercadorias em situação cadastral irregular perante à Secretaria da Fazenda."

Amplia o rol de responsáveis solidários do art. 10

IV - os incisos XI a XIV ao art. 10:

XI - solidariamente, todo aquele que tiver fabricado, fornecido, instalado, cedido, alterado ou prestado serviço de manutenção a equipamentos ou dispositivos eletrônicos de controle fiscal, bem como as respectivas partes e



peças, capacitando-os a fraudar o registro de operações ou prestações, pelo débito fiscal decorrente de sua utilização pelo contribuinte;

XII - solidariamente, todo aquele que tiver desenvolvido, licenciado, cedido, fornecido, instalado, alterado ou prestado serviço de manutenção a programas aplicativos ou ao software básico do equipamento emissor de cupom fiscal - ECF, capacitando-os a fraudar o registro de operações ou prestações, pelo débito fiscal decorrente de sua utilização pelo contribuinte;

IV - os incisos XI a XIV ao art. 10:

XIII - solidariamente, a pessoa natural, na condição de sócio ou administrador, de fato ou de direito, de pessoa jurídica, pelo débito fiscal desta última quando:

a) tiver praticado ato com excesso de poder ou infração de contrato social ou estatuto;

b) tiver praticado ato ou negócio, em infração à Lei, com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, especialmente nas hipóteses de interposição fraudulenta de sociedade ou de pessoas e de estruturação fraudulenta de operações mercantis, financeiras ou de serviços;

c) tiver praticado ato com abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial;

d) o estabelecimento da pessoa jurídica tiver sido irregularmente encerrado ou desativado;

e) tiver concorrido para a inadimplência fraudulenta da pessoa jurídica, decorrente da contabilização irregular de bens, direitos ou valores ou da transferência destes para empresas coligadas, controladas, sócios ou interpostas pessoas;

IV - os incisos XI a XIV ao art. 10:

f) em descumprimento a notificação, tiver deixado de identificar ou identificado incorretamente os controladores ou beneficiários de empresas de investimento sediadas no exterior, que figurem no quadro societário ou acionário de pessoa jurídica em que tenham sido constatados indícios da prática de ilícitos fiscais;

g) tiver promovido a ocultação ou alienação de bens e direitos da pessoa jurídica, com o propósito de obstar ou dificultar a cobrança do crédito tributário;

h) tiver contribuído para a pessoa jurídica incorrer em práticas lesivas ao equilíbrio concorrencial, em razão do descumprimento da obrigação principal, ou o aproveitamento de crédito fiscal indevido.



XIV - solidariamente, a pessoa natural ou jurídica que tiver participado, de modo ativo, de organização ou associação constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, realizada em proveito de terceiras empresas, beneficiárias de esquemas de evasão de tributos, pelos respectivos débitos fiscais."

Comentários: A ampliação do rol de solidariedade merece atenção. Primeiro porque a solidariedade passiva não comporta nenhum benefício de ordem, salvo se o contribuinte apresentar garantias ou oferecer em penhora bens suficientes ao total pagamento do débito. Ainda apresenta hipóteses subjetivas pois deixa a critério do fisco estadual determinar o que vem a ser, por exemplo, "indícios da prática de ilícitos fiscais". Também atribui poder ilimitado e irrestrito à autoridade fiscal para fazer a desconsideração da personalidade jurídica e autuar terceiros (o que compete somente ao poder judiciário). Ademais, equipara o inadimplente ao sonegador de imposto, deixando a critério da autoridade fiscal o conceito do subjetivo termo "inadimplência fraudulenta".

O cenário encontrado no ordenamento jurídico tributário estadual depois da publicação da Lei 13.918 é totalmente desfavorável ao contribuinte e a qualquer figurante da relação comercial ou de prestação de serviço, pois está se responsabilizando solidariamente qualquer pessoa que tenha participado direta ou indiretamente, com interesse comum ou não, com dolo ou não. Enfim, qualquer um pode ser responsabilizado pelo pagamento do tributo.

O Art. 124, inciso I do CTN, sobre a solidariedade passiva, dispõe sobre pessoas que tenham interesse comum na situação, o que não foi observado pela Lei Estadual.

Professor José Eduardo Soares de Melo: A previsão de solidariedade não tem adequação ao CTN (art. 124), porque os interesses não são plenamente coincidentes (prestação de serviços e atividades comerciais).

Os prestadores de serviços de específicas naturezas (afetos à competência municipal) não se sujeitam à competência estadual, e não se equiparam aos contribuintes do ICMS.

O intermediário não tem plena condição de conhecer a situação fiscal dos remetentes das mercadorias (inexistência de poder fiscalizatório).

Quanto a inclusão do sócio administrador como solidário: Indefinida a situação de "excesso de poder" uma vez que a administração das pessoas privadas não possibilita fixar um limite preciso da competência gerencial. A "infração de estatuto ou contrato" nem sempre mantêm pertinência à infração tributária. Não se deve atribuir responsabilidade pessoal desde a constatação do ilícito. O STJ tem conformado esta situação ao âmbito judicial, mediante o redirecionamento da execução fiscal para as pessoas naturais, após não serem encontrados bens da pessoa jurídica. Sua sugestão é no sentido de regulamentar o preceito



para que somente seja cominada a responsabilidade pessoal após decisão judicial decorrente de determinadas situações operacionais (documentadas), assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

Quanto a hipótese “b) tiver praticado ato ou negócio, em infração à lei, com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, especialmente nas hipóteses de interposição fraudulenta de sociedade ou de pessoas e de estruturação fraudulenta de operações mercantis, financeiras ou de serviços;”, trata-se de norma antielisiva decorrente de previsão no CTN (parágrafo único do art. 116, por força da LC 104/2001), inexistindo preciso esclarecimento do significado e alcance das expressões “dissimular” e “interposição fraudulenta”. Sua sugestão é no sentido de regulamentar o preceito para dispor sobre os conceitos de “dissimulação”, “interposição fraudulenta”, e “estruturação fraudulenta”.

Sobre a letra “c) tiver praticado ato com abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial;” observa que o abuso de personalidade jurídica (“desvio de finalidade” ou “confusão patrimonial” – reprodução do Código Civil - art. 50). Entretanto, o mesmo Código dispõe que compete ao Juiz de Direito decidir, a requerimento da parte ou do MP, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Sugestão Regulamentar o preceito para que somente seja atribuída a responsabilidade pessoal após decisão judicial decorrente de determinadas situações operacionais, documentadas, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

d) o estabelecimento da pessoa jurídica tiver sido irregularmente encerrado ou desativado;

Observação:

Encerramento e desativação de estabelecimento não constituem situações previstas no CTN para efeito de atribuir responsabilidade solidária aos sócios, administradores, etc.

Sugestão:

Regulamentar o preceito para que sejam estabelecidas as situações caracterizadoras de “encerramento” e “desativação”. Devem ser considerados os casos em que pode ocorrer a paralisação temporária, que, por si só, não significa término ou desinteresse na continuidade do negócio empresarial.

Constatada a referida situação tem cabimento a atribuição de responsabilidade subsidiária, sendo o caso de observar-se o redirecionamento da execução fiscal (STJ)

e) tiver concorrido para a inadimplência fraudulenta da pessoa jurídica decorrente da contabilização irregular de bens, direitos ou valores ou da transferência destes para empresas coligadas, controladas, sócios, ou interpostas pessoas;

Observação:



A previsão das pessoas físicas é vaga, não se ajustando aos princípios da segurança e certeza do crédito tributário. Demandam comprovação efetiva e documental a cargo da fiscalização.

Contabilização irregular nem sempre implica sonegação especialmente nas atividades com desoneração tributária (imunidade, isenção, etc.), ou, no caso de existência de créditos do ICMS em valores superiores às diferenças pertinentes à contabilização.

Sugestão:

Regulamentar o preceito para estabelecer o conceito de “inadimplência fraudulenta” e sua vinculação com a contabilização irregular.

Não deve ser considerada como “inadimplência fraudulenta” o conceito previsto na Lei n. 13.918 (art. 11, III), como “a falta de recolhimento de (a) débito tributário vencido, quando o contribuinte detém disponibilidade financeira comprovada, ainda por coligadas, controladas ou seus sócios; e (b) débito tributário decorrente de retenção por substituição tributária”.

Inexiste previsão normativa (CF, CTN) no sentido de que os débitos tributários estaduais sejam quitados preferencialmente aos demais débitos (trabalhistas, tributos federais e municipais, fornecedores, entidades financeiras, investimentos, etc.).

A falta de recolhimento de valores retidos não justifica a impossibilidade do estabelecimento promover o livre exercício das atividades profissionais. Trata-se de sanção tributária inconstitucional.

f) em descumprimento à notificação, tiver deixado de identificar ou identificado incorretamente os controladores ou beneficiários de empresas de investimento sediadas no exterior, que figurem no quadro societário ou acionário de pessoa jurídica em que tenham sido constatados indícios da prática de ilícitos fiscais;

Observação:

Inexistência de nexa causal entre a inobservância à notificação e a sonegação, de modo a vincular as pessoas naturais.

Indício não caracteriza efetivo fato gerador de tributo.

Sugestão:

Revogação do texto.

g) tiver promovido a ocultação ou alienação de bens e direitos da pessoa jurídica, com o propósito de obstar ou dificultar a cobrança do crédito tributário;

Observação:

A situação pode configurar ilícito tributário desde que esteja embasada em demais elementos de prova.

Não é permitido enquadrar os sócios e administradores como solidários aos tributos (CTN) mas como responsáveis subsidiários.

Sugestão:



Regulamentar o preceito para que disponha sobre a responsabilidade subsidiária, no caso de dissolução irregular da pessoa jurídica.

h) tiver contribuído para a pessoa jurídica incorrer em práticas lesivas ao equilíbrio concorrencial, em razão do descumprimento da obrigação principal, ou o aproveitamento de crédito fiscal indevido.

Observação:

Conceito indeterminado da expressão “prática que lesa o equilíbrio concorrencial”.

Inexistência de Lei Complementar estabelecendo referida situação (Constituição Federal, art. 146-A, com a redação da EC nº 42/2003).

Inexistência de fundamento jurídico (CF, CTN) para atribuir obrigação (como contribuinte) ao sócio/ administrador relativamente a crédito fiscal.

Imprecisão com referência à contribuição (participação) da pessoa na situação apontada.

Sugestão:

Revogação do texto.

XIV - solidariamente, a pessoa natural ou jurídica que tiver participado, de modo ativo, de organização ou associação constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, realizada em proveito de terceiras empresas, beneficiárias de esquemas de evasão de tributos, pelos respectivos débitos fiscais”.

Observação:

Trata-se de planejamento tributário em que pode ter ocorrido a instituição de sistemática, objetivando a diminuição ou supressão de encargos tributários, com fundamentos constitucionais, legais, doutrinários, jurisprudenciais, etc.

Cautela na aplicação da norma porque o profissional habilitado (advogado, contador, auditor, administrador) pode não ter arquitetado fraude fiscal, mas proposto elisão fiscal (procedimento lícito) em que pese eventual observância às manifestações fazendárias em sentido contrário.

Sugestão:

Revogação do texto.

2. Inclusão (pelo art. 11 da Lei 13.918)

Art. 11 da Lei n. 6.374/89

“A solidariedade referida nos artigos 9º e 10º, não comporta benefício de ordem, salvo se o contribuinte apresentar garantias ou oferecer em penhora bens suficientes ao total pagamento do débito”.

Observação:

A penhora constitui matéria estranha ao processo administrativo, estando adstrita ao âmbito judicial.

Sugestão:

Revogação do texto na parte relativa à penhora.



Sugestões: *Que seja incluído no texto legal a expressão “desde que tenham comprovado interesse comum na situação”.*

Ainda, em certos casos, que ensejam a desconsideração da personalidade jurídica, que conste a necessidade de autorização judicial para se eleger terceiro como solidário no pagamento do tributo.

No que se diz respeito as hipóteses de inadimplência fraudulenta, é necessário que seja instaurado processo para averiguação no qual o contribuinte exerça seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

III

DA INSCRIÇÃO ESTADUAL

V - ao art. 16:

a) Acrescenta a alínea "e" ao item 1 do § 1º:

"e) poderá ter a sua renovação exigida a qualquer tempo, quando se fizer necessário aferir a regularidade dos dados cadastrais anteriormente declarados ao fisco e, especialmente, quando for constatada a ocorrência de débito fiscal ou a participação do contribuinte em ilícitos com repercussão na esfera tributária".

Comentário: *Aumentou a interferência na iniciativa privada, uma vez que qualquer hipótese levantada pelo fisco poderá ensejar a renovação da inscrição estadual. Cabe esclarecer, todavia, que a ocorrência de débito fiscal não quer dizer a mesma coisa que sonegação de impostos. E como será aplicado o termo “participação do contribuinte em ilícitos com repercussão na esfera tributária”? Deverá tal assertiva ser comprovada pela autoridade fiscal para fundamentar a renovação da inscrição estadual? Ou será uma mera afirmação da autoridade fiscal? Tal situação deixa o contribuinte vulnerável perante ao fisco estadual, que possui a prerrogativa de não renovar a inscrição a qualquer tempo.*

Professor José Eduardo Soares de Melo: *a aferição de dados pela fiscalização, por si só, não deve implicar renovação de inscrição. A existência de débito fiscal não justifica a renovação em razão de não acarretar alteração dos dados da inscrição. Sobremodo vaga a referência a participação do contribuinte em ilícitos, que podem não afetar fatos tributários de competência estadual. Ressalta a necessidade de regulamentar o preceito para dispor sobre a vinculação dos fatos apontados com a irregularidade da inscrição.*

Sugestão: *Que seja regulamentada tal hipótese para que se esclareça que o débito fiscal seja inscrito na Dívida Ativa e não qualquer débito fiscal e quanto a expressão “participação do contribuinte em ilícitos com repercussão na esfera tributária”, que sejam nominadas expressamente quais são tais hipóteses e que haja fundamentação por parte da autoridade administrativa na exigência estabelecida na “alínea*



e”, proporcionando o direito da ampla defesa e do contraditório ao contribuinte.

IV

DA REGULARIDADE FISCAL

VI – acrescenta o parágrafo único ao art. 22-A:

"Parágrafo único. A obrigação instituída neste artigo também se aplica à pessoa que promover intermediação comercial, que deverá comprovar a regularidade fiscal das pessoas jurídicas que forem parte do negócio por ela intermediado."

Comentários: A legislação estadual exige que o contribuinte seja diligente nos negócios comprovando a regularidade fiscal do outro contribuinte. Na prática é muito difícil atender a legislação do ICMS nesta parte por um problema que extrapola a esfera tributária, que diz respeito ao sigilo de dados.

Ademais a legislação atribui ao contribuinte prerrogativa que é do fisco de fiscalizar e de exigir regularidade a quem concede a inscrição estadual. Agora, com o referido dispositivo, estende tal obrigação à intermediação comercial.

O Professor José Eduardo Soares de Melo ressalta que no exercício de suas atividades profissionais a pessoa do intermediário não está obrigado a comprovar a regularidade fiscal de terceiros. Não tem condição de apurar a situação tributária, uma vez que a atividade fiscalizatória compete aos agentes da Fazenda. Pelo exposto, defende a revogação do texto.

Sugestão: Que seja extinta a punibilidade nos casos em que o responsável pela intermediação comercial esteja impedido de prestar informações ao fisco em razão do sigilo profissional, constante em contrato de prestação de serviço.

V

DO LEVANTAMENTO FISCAL – PRESUNÇÃO LEGAL

O Art. 74 trata do levantamento fiscal. A Lei 13.918 acrescenta o Art. 74-A estabelecendo hipóteses de presunção de omissão de operações e prestação de serviços:

XIII - o art. 74-A:

"Art. 74-A - Presume-se a ocorrência de omissão de operações e prestações de serviços tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto, nas seguintes hipóteses:

I - existência de saldo credor de caixa;



II - constatação de suprimentos a caixa não comprovados;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - constatação de ativos ocultos;

V - existência de entrada de mercadorias não registradas;

VI - declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito;

VII - falta de escrituração de pagamentos efetuados;

VIII - existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente notificado a prestar informações, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações;

IX - constatação de outros indícios que levem em consideração as disposições do art. 74, observado o disposto em regulamento.

§ 1º Para fins da apuração do imposto identificado nos termos deste artigo, aplicam-se, no que couberem, as disposições do art. 74 desta Lei.

§ 2º Diante da presunção de que trata este artigo, caberá ao contribuinte o ônus da prova da não ocorrência dos fatos geradores ou do pagamento do imposto."

Comentários do Codecon: Tal dispositivo gera a insegurança jurídica, além de acabar com a norma constitucional da "presunção de inocência" diante da criação de uma presunção legal, com a inversão do ônus da prova ao contribuinte. Não trata de uma lista taxativa, muito pelo contrário deixa o rol de possibilidades infinito quando dispõe no inciso IX que "outros indícios" de omissão de operação ou prestações de serviços podem ensejar a autuação pelo Art. 74.

Sugestão: Revogação do Art. 74-A.

VI

DO EMBARAÇO A FISCALIZAÇÃO OBRIGAÇÃO DE EXIBIR E INFORMAR AO FISCO

"XII - qualquer pessoa que realize atividades relacionadas à administração de rodovias, ferrovias, hidrovias, portos, aeroportos ou ainda de controle e movimentação de carga de veículos, inclusive os responsáveis pela cobrança de pedágio, de rastreamento de veículos e cargas, de gerenciamento de risco de transporte e de planejamento logístico;



XIII - os prestadores de serviços de intermediação comercial em ambiente virtual, com utilização de tecnologias de informação, inclusive por meio de leilões eletrônicos;

XIV - os prestadores de serviços de tecnologia de informação, tendo por objeto o gerenciamento e controle de operações comerciais realizadas em meio eletrônico, inclusive dos respectivos meios de pagamento;

XV - os prestadores de serviços de logística para a entrega de mercadorias oriundas de transações comerciais em ambiente virtual;

XVI - as pessoas responsáveis por atribuir, registrar ou gerenciar cadastros de domínios de sítios na rede mundial de computadores."

Comentários do Codecon: Deve ser considerado que a atividade comercial também tem que resguardar o sigilo dos dados de seus clientes. Portanto, a impossibilidade de prestar informações em razão do sigilo de dados não pode dar ensejo a punição e autuação por embaraço à fiscalização.

Sugestão: Que seja extinta a punibilidade nos casos em que o responsável por prestar a informação esteja impedido em razão do sigilo profissional constante em cláusula contratual.

VII

DA FISCALIZAÇÃO

XV – acrescenta o art. 76-A:

"Art. 76-A - Está sujeito ao exercício regular da fiscalização tributária o escritório onde o contribuinte desenvolve atividades de gestão empresarial ou de processamento eletrônico de suas operações ou prestações, ainda que não inscrito.

§ 1º A restrição ou negativa de acesso do Agente Fiscal de Rendas ao escritório do contribuinte caracteriza resistência à fiscalização.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao escritório de administrador, sócio ou ex-sócio de empresa ou empresas de contribuinte, na hipótese de indícios ou de fundada suspeita da existência, no local, de documentos e informações, em meio digital ou não, que se relacionem ao imposto."

Comentários do Codecon: Atribui à autoridade fiscal o poder de polícia amplo para agir nos casos de indícios, permitindo acesso irrestrito ao domicílio e a qualquer informação de contribuinte ou de não contribuinte sem ordem judicial.

O Professor José Eduardo Soares de Melo aduz que a LC 87/96 (art. 11, § 3º) estabelece que "estabelecimento é o local, privado ou público,



edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas as mercadorias”. Os atos praticados nos escritórios não envolvem a efetiva realização de circulação de mercadorias, ou prestação de serviços de transporte interestadual e interestadual, e de comunicação. Questionável a previsão normativa na medida em que implica violação de segredos profissionais estranhos à atividade tributária, mediante o conhecimento de todas as decisões empresariais, reuniões de Conselhos, Diretorias, que, por si só, não caracterizam fatos geradores do ICMS.

Sugestão: As hipóteses do § 2º devem ser aplicadas mediante ordem judicial que permita o acesso da autoridade fiscal em outro lugar que não seja do próprio contribuinte - escritório de administrador, sócio ou ex-sócio de empresa ou empresas de contribuinte.

VIII

DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Inclusão – item 2

VIII - os §§ 2º, 5º e 7º do art. 67:

“§ 2º A Secretaria da Fazenda pode determinar:

- 1. o uso de impresso de documento fiscal ou de outro impresso fiscal por ela fornecido, ficando-lhe facultado cobrar retribuição pelo custo;*
- 2. a adoção e utilização, por parte dos contribuintes, de dispositivos controle, inclusive eletrônicos, que visem monitorar ou registrar as suas atividades de produção, armazenamento, transporte e suas operações ou prestações, no interesse da fiscalização do imposto.*

Comentários do Codecon: É o caso do SAT FISCAL . Cabe a administração pública subsidiar a aquisição de equipamentos que auxiliam a fiscalização do imposto, por exemplo, através de crédito outorgado (como na aquisição do ECF), pela transferência para o contribuinte do ônus de ser fiscal em tempo real.

Sugestão: Tal determinação pode gerar custos ao contribuinte, neste caso é premente que exista mecanismo de compensação, tal como a concessão de crédito outorgado no valor do dispêndio necessário ao atendimento à legislação.

IX

DA GUERRA FISCAL

RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO ICMS

X – Acrescenta o art. 60-A:



"Art. 60-A. Nas operações interestaduais destinadas a contribuinte paulista, beneficiadas ou incentivadas em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, o Poder Executivo poderá exigir o recolhimento, no momento da entrada da mercadoria em território paulista, do imposto correspondente ao valor do benefício ou incentivo."

Comentários do Codecon: Trata-se de recolhimento antecipado do imposto em caso de benefícios fiscais concedidos por outros Estados sem o crivo do CONFAZ. Ex. TARE DF e outros. Guerra fiscal.

A Guerra Fiscal é um problema a ser resolvido pelos Estados através do Poder Judiciário. Não é possível transferir ao contribuinte o ônus advindos da Guerra Fiscal entre Estados.

O dispositivo merece atenção na medida em que a ameaça de retenção de mercadorias na barreira do Estado como forma de se exigir o recolhimento antecipado do tributo é rechaçada pelos Tribunais Superiores. O STF inclusive através da Súmula de nº 323 firmou entendimento de que: "é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."

Entende o doutrinador José Eduardo Soares de Melo que tal dispositivo trata de exigência sem fundamento jurídico, porque o fisco cobrará ICMS pelo simples fato do contribuinte paulista adquirir mercadoria de outro Estado em que fora concedido benefício fiscal ao fornecedor (sem base em convênio). Inexistência de fato gerador do ICMS (aquisição não é tributada). O fisco passa a cobrar ICMS antes da ocorrência de qualquer escrituração de crédito por parte do adquirente paulista. É possível que o contribuinte paulista nem venha a escriturar a parcela do crédito controvertida (representativa do benefício no Estado de origem); e que nem mesmo tenha repercussão no período de apuração do tributo, etc.

Sugestão: Revogação do dispositivo.

X

DA TAXA SELIC

Art. 96 da Lei 6374/89:

...

II - relativamente à multa aplicada nos termos do art. 85 desta Lei, a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração.

§ 1º A taxa de juros de mora será de 0,13% (treze décimos por cento) ao dia.

§ 2º O valor dos juros deve ser fixado e exigido na data do pagamento do débito fiscal, incluindo-se esse dia.



§ 3º Na hipótese de auto de infração, pode o regulamento dispor que a fixação do valor dos juros se faça em mais de um momento.

§ 4º Os juros de mora previstos no § 1º deste artigo, poderão ser reduzidos por ato do Secretário da Fazenda, observando-se como parâmetro as taxas médias pré-fixadas das operações de crédito com recursos livres divulgadas pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º Em nenhuma hipótese a taxa de juros prevista neste artigo poderá ser inferior à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente." (NR)

Comentários do Codecon: A Resolução SF – 02, de 07/01/2010 resolveu fixar a taxa de juros prevista no Art. 96 da Lei 6974, de 1º de março de 1989, incidente no pagamento de débitos fiscais não inscritos na Dívida Ativa, em 0,10% ao dia. Portanto, a taxa de juros ao ano será de 36%, bem superior a atual taxa SELIC de 10,25% ao ano (vedado pelo STF).

Sugestão: Revogação do dispositivo

Anexas estão as atas das reuniões de 12 de maio, 9 de junho, 21 de julho e 18 de agosto de 2010 referentes aos debates.

Por todo exposto, este Conselho Estadual de Defesa do Contribuinte aguarda a manifestação de Vossa Excelência.

Atenciosamente.

MÁRCIO OLÍVIO FERNANDES DA COSTA
Presidente

Digníssimo Senhor
MAURO RICARDO MACHADO COSTA
Secretário de Estado

Rua Dr. Plínio Barreto, 285 – 5º andar
01313-020 – São Paulo - SP



Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo
Avenida Rangel Pestana, 300
São Paulo – SP
CEP 01017-911