

## MESA DE DEBATES DO IBDT DE 02/09/2010

### Integrantes da Mesa:

Dr. Paulo Celso Bergstrom Bonilha

Dr. Lucas Bevilacqua

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Prezados associados, bom dia. Hoje eu estou solitário aqui na Mesa, por enquanto só o Lucas aqui para cobrir a Secretaria da Mesa, mas vamos dar andamento aos trabalhos da Mesa. Alguns Diretores estão viajando, o Prof. Schoueri está na Itália, então é assim. Hoje em dia tem uma Diretoria globalizada, então, tem que reparti-los com as outras partes do mundo. Pauta de hoje, primeiro tema, ICMS, PIS/COFINS, energia elétrica contratada e não consumida; Luiz Guilherme Barbosa Gonçalves não está presente. ICMS importações via Espírito Santo; Mara, também não está presente. Terceiro item multas decorrentes de restituição ressarcimento e compensação indevidos, previstas pela Lei Federal nº. 12.249/10 que alterou a redação dos §§ 15 a 17, do art. 74 da Lei Federal nº. 9.430/96, Bruno, também não está--

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Eu, professor.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Ah, o Bruno está aqui.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Fazersztajn, o sobrenome, Bruno Fazersztajn. Eu queria ver o senhor ler o sobrenome.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Ah, sem dúvida, Bruno.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** É que é um pouco complicado.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** O seu tema é 'multas decorrentes de restituição, ressarcimento e compensado indevidos'. O contribuinte faz uma compensação, mas ela é indevida, seria isso não é?

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Isso. É uma alteração na legislação que foi introduzida pela Lei Federal nº. 12.249/10, nós estamos falando em matéria de Tributos Federais. Eu trouxe o assunto aqui para discutir, eu estou começando a estudar e queria ouvir a opinião da Mesa e dos demais presentes, colegas aqui. Como funcionava antes da edição dessas leis - se for possível colocar o dispositivo, é §§

15, 16 e 17 do art. 74, da Lei Federal nº. 9.430/96. Antes da introdução do dispositivo, depois a gente passa para ler eles, o contribuinte podia pedir restituição, ressarcimento e aguardar a manifestação da autoridade ou por sua conta e risco apresentar pedido de compensação, num procedimento já antigo conhecido do PER/DCOMP. Se o contribuinte fosse indeferido nesse pedido, se ele não tivesse feito compensação nenhuma, ele apresentava defesa e discutia lá, o crédito que ele pretendia obter. Se ele tivesse feito compensação, a glosa decorrente da compensação não estaria sujeita a uma penalidade específica, em regra, mas apenas a multa de mora pelo não recolhimento do tributo, 20% no caso Federal, também está previsto no art. 44 ou 43, acho da Lei Federal nº. 9.430/96. Então, não havia nenhuma penalidade para o indeferimento do pedido de restituição, ressarcimento ou compensação, a não ser a multa de mora nesses casos de compensação. E havia também, uma multa isolada pela compensação feita mediante falsidade; era uma multa isolada de 75% para quem fizesse compensação e implementando falsidade. Essa multa está prevista no art. 18 da Lei nº. 10.833/03. Agora, com a edição dessa Lei Federal nº. 12.249/10, nós temos essas três, os §§ 15, 16 e 17, do art. 74, que é o que trata da compensação de Tributos Federais prevendo, então, o seguinte: “Será aplicada multa isolada de 50% sobre o valor do crédito objetivo de ressarcimento indeferido ou indevido”, essa é uma penalidade; § 16: “o percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo”. Então, nós estamos falando sempre aqui de ressarcimento. No § 15, o ressarcimento simplesmente indeferido ou indevido, 50% de multa isolada. E o ressarcimento implementado mediante falsidade, 100%, a multa seria de 100%. E no § 17, então previu o seguinte: “Aplica-se a multa prevista no § 15 também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso da falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo”. O § 17 então, pela minha leitura aqui, ele está tratando de qualquer crédito, sobre o valor do crédito, objeto de compensação. Mas, aqui ele está qualificando o crédito como sendo objeto de compensação diferentemente do § 15 e 16, que é simplesmente o ressarcimento independentemente de ter havido compensação ou não. Portanto, temos aqui, uma primeira questão é: Se a restituição de tributo, por exemplo, decorrente de recolhimento indevido a maior, simples restituição sem compensação estaria sujeita a penalidade do § 15, a meu ver, parece que não, está muito claro aqui, que ela está tratando de ressarcimento, e a Legislação Ordinária trata de ressarcimento e restituição como coisas diferentes. Até sobre esse assunto a Jurisprudência Administrativa, lá do Ministério da Fazenda, tem entendido que não cabem Juros Selic sobre crédito objeto de ressarcimento porque a legislação só se aplica justamente para pedido de restituição. Então, a Jurisprudência Administrativa faz uma diferenciação entre o ressarcimento e a restituição. A própria Legislação tem mesmo essa diferenciação. Então, eu queria submeter à primeira conclusão aqui, submeter a vocês, é que a multa do § 5º só se aplica a ressarcimento, não a restituição e compensação. Já a multa do § 17 pode ser aplicada aqui a qualquer crédito, mas desde que tenha sido objeto de compensação. Outras questões que eu vislumbrei aqui, começando a estudar esse assunto foram às seguintes: Primeiro, até que

ponto seria válido, do ponto de vista constitucional, a aplicação de uma multa de 50% sobre o simples indeferido de um pedido de ressarcimento. Porque está claro aqui no § 15 que não precisa ter sido recebido, obtido ou compensado o crédito, basta ter sido indeferido. Então, está sendo prevista aqui pela Legislação Ordinária, uma penalidade por conta do meu exercício do direito de petição, meu direito de obter ressarcimento que eu julgo devido ou indevido, que eu julgo devido, claro. Então, até que ponto, claro, a Legislação Ordinária pode sob o ponto de vista de legalidade, está claro, está previsto na lei. Mas sob o ponto de vista constitucional, até que ponto eu posso ser penalizado pelo exercício do meu direito de pedir essa restituição. E ainda, e, ainda, sob o ponto de vista constitucional pra gente pensar, até que ponto uma multa de 50% do valor do crédito, seria uma multa proporcional a suposta ilegalidade, suposta ilicitude que eu cometi, ao requerer o ressarcimento além daquilo que a autoridade me deu. Realmente, eu não muita posição formada a respeito, mas é uma coisa para ser pensada. Eu exerço o meu direito de petição, de pedir o ressarcimento que eu entendo devido e o Fisco me glosa e eu tenho 50% de multa por conta disso. Está claro aqui, a meu ver, que a Lei foi editada para coibir o abuso, provavelmente diante de uma prática reiterada de ressarcimentos indevidos, créditos inexistentes. A Legislação previu essa multa para tentar coibir o abuso no direito de obter o ressarcimento. Porém, tal como está colocado aqui, pelo menos no § 15, diferente do § 16 que trata de falsidade, o § 15 é aplicável a qualquer tipo de ressarcimento indeferido. Então, será que é proporcional a aplicação de uma multa de 50% do valor do crédito, sobre o meu ressarcimento simplesmente indeferido, sendo que eu não causei nenhum prejuízo ao Fisco por conta disso, porque eu simplesmente obtive, eu simplesmente pedi que o eu atendia devido. Essa é mais uma questão, validade constitucional da previsão de multa de 50%, por conta da proporcionalidade e da penalização pelo meu exercício de direito de petição perante a autoridade. E por fim, sem entrar no mérito de constitucionalidade, aqui agora no § 17, eu vislumbrei a seguinte possibilidade, o contribuinte que faz o ressarcimento, pede o ressarcimento e usa ele para compensar, então, aqui, em tese, poderiam ser aplicadas as duas multas, a do § 15 porque o ressarcimento foi indeferido e a do § 17, porque ele usou para a compensação e a compensação foi glosada. Então, aqui a questão proposta é, se não haveria uma dupla penalidade ou uma absorção de uma pena pela outra, por conta do Princípio do Direito Penal da Consunção, absorção de uma pena pela outra. Esse Princípio, geralmente, é aplicável quando as duas condutas têm umnexo de causalidade, que é o caso, eu vou pedir restituição e com base no pedido de restituição, eu vou fazer a compensação. Então, para eu compensar indevidamente, eu tenho que ter feito o pedido de ressarcimento indevido, o mesmo ato, ou ligados sujeitos a duas penalidades diferentes. Geralmente, entende-se, que por esse Princípio da Absorção ou Consunção ou Absorção, a penalidade mais grave absorve a menos grave, no meu caso aqui, são duas multas iguais de 50%. Então, também é uma coisa pra gente pensar, não tem uma mais grave, são duas diferentes. E essa questão da dupla penalidade também se apresenta, possivelmente, no caso do Fisco exigir, além da multa de 50% do § 17, uma multa de mora, que ele sempre exigiu pelo não recolhimento

do tributo. Antigamente, como eu disse no começo da exposição, quando o contribuinte tinha glosa de compensação ele recebia o indeferimento junto com uma exigência do tributo, acrescido de multa de mora. Tributo indevidamente compensado, indevidamente quitado via compensação, acrescido dessa multa de mora. Então, não conheço nenhum caso prático ainda de cobrança dessa multa, porém, imagino que a fiscalização venha exigir as duas penalidades. Aqui teríamos também uma dupla penalidade, vêm apontando também para a reflexão que o tipo, aqui são dois atos diferentes, não recolher o tributo no prazo do vencimento, multa de mora, está previsto no art. 43 eu acho, da Lei Federal nº. 9.430/96 e compensar indevidamente, é uma outra hipótese legal aqui no § 17. Porém, a meu ver, a princípio, também pensando no assunto, posso imaginar, sugerir uma dupla penalidade nesse caso também, também com base no Princípio da Absorção, tendo em vista que para eu deixar de recolher o tributo, eu realizei a compensação indevida. Então, aqui a penalidade mais grave seria de a de 50% que é a multa de mora é de 20% e ela absorveria então a previsão de multa de mora, tendo em vista, que aqui nós temos também um nexo de causalidade entre o não recolhimento e o pedido de compensação. Então, basicamente, são essas as minhas reflexões iniciais sobre o tema. Eu queria ouvir, colocar em discussão ver se alguém tem algum apontamento a respeito.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** É só um, praticamente é um esclarecimento Bruno, no § 15, você estaria achando que o indeferido seria um caso de simples de indeferimento?

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Sim.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Você já--

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Eu acho que sim.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Eu acho que não.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Ele diz indeferido ou indevido, ele qualificou aqui de forma...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não, indeferido mais utilizado por ele, né? O ressarcimento ele já utilizou.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** É isso que eu ia... Não, e o § 16, ele dá...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Será que aqui?

**Sr. Bruno Fazersztajn:** A redação do § 16, eu tive essa dúvida também ao começar a estudar, mas o § 16, quando ele trata da multa de 100%, ele fala expressamente em ressarcido obtido. E é, obtido, o verbo obter, indica que você já recebeu, obtido é diferente de simplesmente indeferido. Então, se a mesma Lei tratou de indeferido no § 15 e obtido no § 16 e tratou o obtido com uma multa mais grave, eu estou entendendo que o obtido aqui é simplesmente glosa. Embora, nós estamos discutindo...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não teria sentido, quer dizer, eu faço um pedido para a autoridade, aguardo a decisão e se lá indefere ela me aplica uma multa, não tem muito sentido isso. Aí eu acho que o indeferido supõe, pressupõe que ele utilizou o crédito. Efetivamente, ele já antecipou a utilização e esse crédito. Então, foi usado sem autorização e é indevido. Quer dizer, praticamente a duas hipóteses ali são a mesma coisa.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Seriam sinônimos.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Porque não teria sentido, né? Aplicar uma multa punitiva se não há um fato infracional. Desde que eu requeri, eu estou aguardando uma decisão da autoridade e aí sou pilhado por essa razão com uma multa...

**Sr. Bruno Fazersztajn:** É.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Primeiro requerido.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Exatamente.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não tem sentido.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Por isso que eu propus a questão até sobre a ótica constitucional.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Sem dúvida, a redação não é a melhor mesmo, sem dúvida nenhuma... *Ad terrorem* é claro, é sempre aquele efeito intimidativo, tentando segurar alguma coisa que está ficando preocupante para a Administração. Mara, por favor.

**Sra. Mara Caramico:** Eu não sei se é esse o entendimento que nós temos que ter, porque como é que ele, vamos dizer assim, utiliza esse ressarcimento? Muito provavelmente com a compensação. Então, se existe um outro parágrafo para dizer quais são os casos em que ele vai ser apensado, também, por compensação, eu não entendo que no § 15, está escrito que tem que ser aproveitado esse ressarcimento. E é justamente por isso que eu entendo que é inconstitucional, porque realmente fere o direito de petição. No § 15 está dito “indeferido ou indevido”. Quer dizer eu peço, tenho indeferido o pedido ou ele é indevido que no final das contas é a mesma coisa, está certo? Mas acompanhado da compensação pelo § 17, entendeu? Então, o § 15, eu acho que é uma hipótese isolada porque o ressarcimento só pode ser utilizado mediante a compensação. Nem sempre, mas...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Mas Mara, o § 17 tem uma ressalva, não tem?

**Sra. Mara Caramico:** Que é a falsidade da declaração que está prevista no § 16, quando então, ele vai ser apenado com 100% e não com 50%. Entendeu?

**Orador Não Identificado:** Só para... Na verdade, a referência Bruno, a referência à falsidade no § 17 na verdade está expressa aí, porque existe o art. 18 da Lei

Federal nº. 10.833/03, que prevê uma outra multa isolada de 75% para compensação praticada mediante falsidade, por isso que tem “esse salvo” no caso de falsidade.

**Sra. Mara Caramico:** Bom, mas de toda a forma poderia até ser entendido que está prevista no § 16, porque eu acho que é um absurdo o § 15, realmente é um absurdo quando você... Primeiro, que a dicção deveria ser “desde que quando o constatado”, se esse é a intenção da Receita Federal de barrar todos os pedidos de ressarcimento que tem uma avalanche que a pessoa vai lá faz e, depois usa o crédito e depois é constatado que é indevido. Primeiro, a infração deveria estar sendo caracterizada para poder se lavrar um auto da infração com uma multa, pelo simples pedido feito. Quer dizer, eu posso ter o meu pedido indeferido por absolutamente boa-fé. Eu tenho um entendimento e o Fisco tem outro, e nem por isso eu cometi um ilícito, porque uma multa é aplicada sempre quando alguém faz uma coisa errada com culpa até, está certo? Ou por deixar... Ou até não por culpa, mas alguma coisa errada, efetivamente, que tenha algum prejuízo ao erário. Então, se eu simplesmente peço, nem me utilizo, qual é o prejuízo que o erário tem para poder me cobrar uma multa? Então, eu acho que a ressalva, que deveria ter sido feita, é que isso se aplica nos casos em que houver comprovação de que o sujeito passivo se utiliza reiteradamente desse tipo de artifício para causar dano ou para embaraçar a fiscalização ou qualquer coisa assim, mas não simplesmente porque eu tenho o direito de pedir. Eu vou lá peço, eu acho que eu tenho direito, depois vem o Fisco e diz: “Não. Não tem direito, porque, eu contribuinte, acho que eu tenho dez anos de decadência, o Fisco acha que eu tenho cinco, eu estou ainda na lei antiga”. Quer dizer, discussões jurídicas podem sobrevir em relação a qualquer tipo de ressarcimento.

**Sr. Tiago Laguna(F):** Só uma observação também. Tiago Laguna(F) aqui no fundo.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Tiago.

**Sr. Tiago Laguna(F):** É importante também observar que a base de cálculo é o valor do pedido, então, se você tem um pedido parcialmente deferido à multa vai ser aplicada sobre o valor total do pedido, em relação também a compensação. Quer dizer, uma parte do pedido é deferida, mas sobre essa parte, ainda assim, incide a multa, é outra discussão que a gente teve também nesse aspecto. Acho que o aspecto constitucional de fato fica prejudicado porque se eu estou exercendo um Direito Constitucional, eu não posso ser penalizado por isso. O direito de petição é amparado constitucionalmente, então, só o fato de exercê-lo não posso ser penalizado. Então, já, por si só, ficaria prejudicado. E outra questão em relação à cumulação das multas, me parece que aí no caso, numa eventual compensação indeferida ficaria devido, a Receita Federal cobraria a multa de 20% pelo não pagamento do tributo e mais a multas de 50% pelo indeferimento, quer dizer, seria 70% pelo valor do tributo.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Um instantinho, Alexandre, o colega ali... Por favor, passa... Está indo já o outro microfone para o colega. O nome, por favor.

**Sr. Fernando Mazagão(F):** É Fernando Mazagão(F).

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Obrigado.

**Sr. Fernando Mazagão(F):** Só um adendo para abonar a posição do Bruno, de que o § 15 seria para pedido de ressarcimento indevido, por simples pedido indeferido. Na exposição de motivos da MP 479, que foi convertida na 2.249, há expressa alegação de que essa medida teria sido tomada, justamente, para coibir pedidos que seja feitos de forma indevidas e teriam sido usados pelo contribuinte para conseguir, pela homologação tácita, futuramente, o deferimento do pedido. Então, a intenção da Receita Federal pelo que está na exposição de motivos, é justamente, evitar esse expediente de serviço dos contribuintes. O que a julgaria aí pela aplicação do § 15 simplesmente nos casos de indeferido mesmo.

**Sr. Presidente da Mesa: Prof. Paulo Celso Bergstrom Bonilha:** Bem, então, aí é um argumento a favor do simples indeferimento unido pela multa, como um meio de frear todo essa utilização abusiva daquele ressarcimento que se faz aguardando uma homologação, tácita e etc. Agora, é preciso levar em conta também, que na área da punição administrativa, Direito Administrativo Penal, não se aplica, literalmente, o Princípio do Direito Tributário de que só é possível uma pena. Eu posso ter mais de uma e num determinado fato aplicar mais de uma penalidade, desde que tipifique em infrações distintas. Então, a gente precisa levar em conta isso também, porque aqui nós estamos no campo do Direito Penal Administrativo. Então, pois não, Bruno.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Sobre esse ponto da dupla penalidade, eu já pude observar na Jurisprudência Administrativa Federal, aplicação do Princípio da Absorção que eu citei, no caso de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa mensal do Imposto de Renda. Mais ou menos pacificado na esfera Administrativa de que o entendimento de que o Fisco não pode cobrar multa pela falta de recolhimento do imposto e a falta do recolhimento, da antecipação do mesmo imposto. Em tese são atos diferentes, uma coisa é o imposto devido no final do ano e outra coisa é a estimativa que ele deixou de pagar no curso do ano. Mas o ato que gerou as duas faltas de recolhimento ao mesmo, tem sido entendendo, tem prevalecido esse entendimento de que haveria uma dupla penalidade ou uma absorção de uma penalidade pela outra.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Sim, é uma linha de argumentação.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** É.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não há dúvidas, também, deve ser levada em conta, mas que o eu estava apenas alertando é o problema do Direito Administrativo Penal, que admite, então, o contribuinte não faz inscrição pratica operações, ele nem é inscrito e pratica operações tributadas. Ele pode ser

autuado pelas infrações formais, ele tem vai ter que pagar o imposto devido, etc, multas e também pelas infrações formais, quer dizer uma coisa não impede a outra, então é isso.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Até curioso que...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Nesse caso aí, há uma graduação não muito bem feita, mas em termos de gravidade, começa o simples pedido e depois os casos em que já é necessário a prova do dolo, de falsidade, então...

**Sr. Bruno Fazersztajn:** O senhor apontou bem, curioso é que essa questão da obrigação acessória, aí a Jurisprudência lá no mesmo órgão que não aplica a dupla penalidade, reconhece a possibilidade da cobrança.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Exatamente.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Também não tem alta coerência sobre o assunto, realmente...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Alexandre, agora que ficou esperando para falar.

**Orador Não Identificado:** Alexandre Fronzaglia.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Eu acho que a intenção do legislador só é lógica se aplicar o § 15 com o § 17, como a Mara bem disse. Ou seja, no final das contas a multa é de 100%, pelo pedido indeferido e com obviamente, com a declaração incidental de compensação. Então, 50% ao crédito compensado, que é objeto lá, mais a mora e 50% da multa isolada pelo pedido indeferido, daria 100%. Essa é a intenção do legislador. Agora, uma coisa que eu sempre me bato é o seguinte: Por que na restituição de tributo indevido o contribuinte não recebe nenhuma multa? Quando a causa, quando a Lei é declarada constitucional, aquela ilegalidade eficaz, traz essa vantagem ao Fisco e agora seria absurdo pensar, que se apenas pelo contribuinte ter pedido um direito ser multado. Isso não teria lógica jurídica nenhuma, seria uma aberração jurídica que os Tribunais, acho que, passariam ao largo dessa postura de pedir e ser punido por pedir, mas a intenção eu creio, como falei, é *ad terrorem*, ou seja...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Isso.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Olha, você vai pedir cuidado. Os contadores que tem o Princípio do Conservadorismo, etc, vão orientar os contribuintes: "Olha, cuidado porque tem uma multa lá no art. 15, se indeferir você paga 50%". Na verdade, seria com o objetivo apenas de coibir a compensação incidental logo após o pedido. O que não se aguarda a decisão final, não é?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Isso já antecipa

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** É isso que eu entendo.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** O gozo do pedido, a satisfação do pedido é feita antes, não é?

**Sr. Tiago Laguna(F):** Isso também Prof. Bonilha, porque ultimamente pelo estoque de crédito há uma nova postura do governo até aquela que foi recente, como é que vamos dizer, elastecer, não amolecer ou deixar, mais fácil os pedidos de ressarcimento que são ligados a créditos presumidos, porque o indébito não está no caso aí que é o pedido de repetição, né?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Muito bem, Mara.

**Sra. Mara Caramico:** Eu acho que, vamos dizer assim, as duas multas se somam efetivamente porque além de serem dois atos distintos, uma, a primeira, vamos dizer assim, não está claro se a pessoa utilizou ou não utilizou. Quer dizer, é simplesmente o pedido que gera essa multa isolada. Agora, quando efetivamente existe a utilização desse pedido é que causa outro dano, aí sim, causaria o dano ao erário porque o efetivamente o sujeito passivo se utilizou de crédito indevido para compensar com os tributos devidos. Então, eu não acho que seja, a Consunção aí, se aplique. Eu acho que, efetivamente, são duas hipóteses distintas, uma porque pelo simples pedido onde não há dano ainda ao erário, no caso e a outra pelo dano praticado a partir do momento que esse crédito foi efetivamente utilizado. Então, eu não acho que haja Consunção, há um agravamento da pena nesse sentido.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Pois não.

**Sr. Antônio Amim(F):** Eu só queria fazer uma observação. Realmente, os percentuais fora o caso da falsidade são altos, mas a ideia por trás do dispositivo, ela é boa, porque ela combate a litigância de má-fé no Processo Administrativo. Então, quando a gente pensa na litigância de má-fé no Processo Civil, sempre tem uma possibilidade do aplicador da norma dosar a penalidade e a norma, ela é mais aberta. Ela não é uma forma fechada como essa, desses parágrafos, em que se aplica a multas, por si só, diante de um fato claro e fechado. Porque aqui o fato, praticamente, é realmente o exercício do direito de estar pedindo ressarcimento ou formular o pedido de compensação. Quer dizer, realmente isso é muito exagerado, mas se a norma fosse reformulada, a ideia em si ela não é ruim em função dos abusos que são cometidos na prática. Da forma como esta, ela penaliza o contribuinte sério e que fica aí, obviamente, induzido a formular o pedido de restituição que às vezes demora três a cinco anos para ser atendido. Então, volta para um momento até de 12 ou 13 anos atrás, onde a gente estava que tinha que formular o pedido de restituição e ficar aguardando sentado, dez, cinco anos, alguns pedidos demoravam muito. E se você ainda impetrava um Mandado de Segurança para ter aquele pedido fosse analisado num período ainda que você dava de três, quatro meses, você, ainda era indeferido porque a autoridade se sentia ali, invadida na sua forma de proceder. Obrigado.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Ok. Pois não, Salvador.

**Sr. Salvador Brandão:** Tem alguém na...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não, não. Pode falar.

**Sr. Salvador Brandão:** Ah, professor eu reli várias vezes isso aqui e eu não estou muito de acordo com a conclusão que parece que eu estou vendo que tomou a Casa.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Está tomando corpo.

**Sr. Salvador Brandão:** Porque realmente há uma preocupação do governo, mas especificamente da Receita Federal que introduziu essa... Porque o legislador aí no caso foi a Receita Federal, não é? É claro que foi! Quem fez esse [risos] está dando risadas... Não, porque realmente há na própria legislação do art. 74 da Lei Federal nº. 9.430/96 que é regulada pela Instrução Normativa RFB nº. 900/08, uma série de proibições e que as pessoas infelizmente tem usado, mesmo na proibição e tem tentado, inclusive, judicialmente fazer valer aquela manifestação de inconformidade, mesmo nos casos em que o pedido de ressarcimento é proibido, tipo, crédito de IPI, o Decreto-Lei nº. 1.491/39, crédito de terceiro. Isso é totalmente proibido fazer esse tipo de pedido e depois querer fazer a manifestação inconformidade, tanto que o Judiciário tem dito que a manifestação de inconformidade pode até ser feita, mas não tem o efeito suspensivo que está no Decreto nº. 70.235/72 para efeito de obter Certidão Negativa e tal, não tem. Então, nós temos que interpretar esse § 15 em conjunto com todo esse sistema, porque realmente não possível que, aliás, o senhor deve ter... O Sr. Hiromi que não está aqui hoje. A Receita Federal, ela indefere de roldão a maioria dos pedidos de ressarcimento por simples questões formais. Então, eu acho que essa interpretação a ser dada no § 15 tem que ser feita com todos os sistema, e o sistema não manda aplicar uma multa de 50% sobre um pedido que está dentro das normas, você pode pedir e ele é indeferido por alguma outra questão, até que dúvida na interpretação, mas que não está expressamente listado na Lei Federal nº. 9.430/96, não se trata de nenhuma daquelas hipóteses, lá previstas. Então, eu faço um pedido de ressarcimento de exportações, por exemplo, às vezes não tem as notas fiscais não estão devidamente listada, que precisa listar todas as notas de exportação e vem um indeferimento. E eu ainda não fiz compensação. Porque o pedido de ressarcimento é prévio, você faz o pedido de ressarcimento e se você não tiver como pagar nenhum tributo, você espera o ressarcimento mesmo. Então, quando vem esse pedido indeferido, se você não usou o crédito, onde está a penalidade? Onde está o dano ao erário? Ah, o dano seria exatamente dentro da Lei, até seria um crime se você faz um pedido indevido e faz um ressarcimento de crédito que você não tem, você vai para a Lei nº. 8137/90, né? Então, vamos interpretar isso aí, dentro desse contexto se, por exemplo, mais ainda, por que fizeram isso? Porque havia uma pressão grande da Fiesp, em dizer que realmente há um estoque grande do crédito acumulado que não estava sendo paga, a indústria estava sendo prejudicado e etc, então, que o fez agora aí? 50% vão ser pago sem qualquer análise. Então, é isso que está aqui, nós podemos ver. Trinta dias depois de entrado com o pedido, sai um chequinho de 50% para aquelas empresas que cumprir em todo aquele ritual lá, que eu acho que, sei lá, no Brasil eu acho que ninguém cumpre, né? Não tem empresa

no Brasil que não tem um Auto de Infração, não tenha uma questão... Não sei, mas vamos supor que tenha aquela empresa pura e tem. Trinta dias depois ela recebe um cheque. O pedido de ressarcimento dela está andando, é indeferido? Ah, claro, ia ouvir dos donos, está certo? Não, exato, mas aí vamos supor que seja indeferido porque não é só caso da exportação, tem créditos que tem dúvida no mercado interno. Então, às vezes há uma forçada. Bom, foi indeferido e já recebeu? Ah, sem dúvida, aí tem sim, vai pegar multa as duas, a cumulação, entende? Agora, simplesmente, porque fez um pedido?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** É.

**Sr. Salvador Brandão:** Tem que ser interpretado

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Afronta o Princípio da Razoabilidade.

**Sr. Salvador Brandão:** É e o próprio sistema.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Proporcionalidade.

**Sr. Salvador Brandão:** Porque eles querem exatamente coibir, exatamente, que o cidadão faça esse pedido, receba um cheque. E depois? Como é que a Fazenda vai reaver esse cheque, não é? Precisa ver... O que está cheio de gente armando empresa, isso tem no mercado mesmo, não é?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** É, isso tem.

**Sr. Salvador Brandão:** O sujeito arma, recebe. E depois? Nunca mais, não é? Claro que vai pegar empresas boas, pode até pegar, mas a empresa boa não vai talvez sofrer esse procedimento de indeferimento, porque se ela fizer a coisa, se ela tiver dúvidas antes, ela consulta, se não tem dúvida, é exportação mesmo, 100%, está bonitinho lá, não vai ter por que ser indeferido. Se for indeferido é porque a coisa é ruim mesmo. Agora, se foi indeferido e a empresa não usou. Olha a boa-fé, não vai ter problema. Mas, como existe agora a Lei que obriga a Receita Federal a pagar. Então, eles querem se garantir com isso. Eu acho que nós temos que ver exatamente esse lado, esses casos que você entra com pedido e recebe 50%, claro, quando for indeferido já recebeu, né?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Mara.

**Sra. Mara Caramico:** Só um minutinho. Eu acho que o Brandão tem razão a Lei deveria ser interpretada dessa forma. O problema é o seguinte: Quem vai interpretar? Porque a Receita Federal tem toda a capacidade de aplicar uma coisa dessas e você vai ter que se defender no Judiciário. Quer dizer, o que está escrito efetivamente é isso, se eles vão interpretar dessa forma ou não, é o problema. Porque a Lei está dando esse tipo de possibilidade, ela não fez nenhuma ressalva, ela não diz que é em caso de dolo, em caso de culpa. Indeferimento, por quê? Se não usou, se usou. Quer dizer, a Lei está posta para dar poderes discricionários até a Receita Federal, porque ela pode aplicar ou não pode aplicar. É ela que vai interpretar e o contribuinte é que vai se defender, dizendo: Isso é devido, é indevido, isso é razoável, não é razoável, é inconstitucional ou não. Porque a

rigor, o que está escrito aí, embora a gente tenha que interpretar sistematicamente, tudo bem, mas a Receita Federal em geral não faz isso, quer dizer...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Alexandre.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Pela interpretação literal, o verbo será, está no imperativo. Então, pela atividade vinculada da Receita Federal, é obrigação da fiscalização aplicar a multa de 50%. O pedido está indeferido, está lá, né? É a interpretação literal que vai ser usada, a gramatical e literal que vai ser... Você acha que o aplicador vai aplicar a *mens legis*? Qual a intenção do legislador dentro do contexto histórico, ele não vai. Ele vai, será aplicado, mas todos os que sabem, a fiscalização não vai correr o risco do fiscal ou o delegado mesmo de colocar o seu cargo em risco, porque ele acha que isso é errado, é injusto. Ele vai aplicar e deixar que o Judiciário decida. A verdade é essa, pura e crua, não é?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** À interpretação estrita.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Não é, Dr. Bonilha?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** É.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** O senhor sabe como é que funciona, não é? O Fisco vai botar a mão na cumbuca?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Interpretação estrita...É. Espero que...

**Sr. Tiago Laguna(F):** Professor, é que hoje o sistema da Receita Federal automaticamente, por exemplo, uma DCTF enviada faz tempo, ele já emite uma multa de sistema. Ele vai fazer o mesmo caso, eu acredito que ele vá fazer o mesmo caso. Indeferiu, ele vai mandar uma multa já automática. Tem o valor, tem a base, tem o indeferimento ele vai mandar a multa automática, então, não vai ser nem o fiscal, vai ser o próprio sistema da receita que vai estar “*linkado*” aí.

**Sr. Salvador Brandão:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Uma outra, indagação, os órgãos julgadores, caso haja recurso dessas decisões, poderiam cancelar esse... Ou relevar a multa, não há base legal? Há base legal? Não há.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Posso falar?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não... O contribuinte vem e diz: “Olha, eu não causei mal nenhum ao Fisco, eu pedi, indeferiu tudo bem, agora, ser multado...”. Então, no Federal não tem.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Na esfera Federal, experiência de declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Administrativo, é a seguinte: é vedado, expressamente, pelo regimento do Conselho. Salvo, se houver uma declaração de inconstitucionalidade pelo Pleno do Supremo em decisão transitada em julgado.

Agora, na prática, uma solução que se encontra lá, é dar uma interpretação inteligente para o dispositivo.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Aí é que está.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Sem afastar por inconstitucionalidade, aplicá-lo apenas a situação em que houver prejuízo ao Fisco. Que é o que o Brandão propôs aqui, que eu acho razoável.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** O Princípio da Proporcionalidade, da Razoabilidade.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Interpretação sistemática.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Exato.

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Então vejam viabilidade de afastamento do dispositivo, mesmo na esfera administrativa.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Isso também espero, que esse caminho seja encontrado, porque os contribuintes ficarão numa situação muito difícil... É, vamos ver. Muito bom, acho que esse tema já está devidamente discutido. Bruno, já tem alguma coisa mais a falar sobre o...

**Sr. Bruno Fazersztajn:** Não, obrigado. Eu acho que foi ótimo pra gente começar a estudar.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Agora, Mara.

**Sra. Mara Caramico:** Eu coloquei, acho que a legislação toda porque a gente consegue só entender essa questão, analisando a legislação. O que eu propus aqui foi o seguinte, eu vou dar um pouquinho, como é que é a sequência histórica dos fatos... Não, está no *e-mail* que eu mandei, é no CCA(F).

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** É uma situação complexa.

**Sra. Mara Caramico:** É uma situação complexa. Em 2009, foi firmado pelo Estado de São Paulo e o Estado do Espírito Santo um Protocolo que tomou o n.º. 23, firmado entre esses dois Estados que previa: primeiro, disciplinava que os dois Estados entendiam por importação por conta e ordem e importação por encomenda. Definiu-se, então, que as importações por conta e ordem ficariam, o imposto devido seria para o Estado onde se encontrava o destinatário final das mercadorias. E a importação por encomenda seria o imposto do ICMS na importação seria devido ao Estado onde estivesse sediado o importador. Tá? Só que ficou uma zona neutra, uma zona cinzenta, as importações que foram feitas até 31 de março, se não me engano até esta data, desses embarçadas até 31 de maio, seriam tratadas por convênio pelo Estado de São Paulo. Aí, veio o famoso Convênio n.º. 36, que tratou destas importações prevendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nas importações por conta e ordem, basicamente. Suspendeu a exigibilidade dizendo o seguinte, fazendo uma série de referências que o contribuinte deveria fazer, mas suspendendo os créditos, por

exemplo, de importações feitas até 2005 ficariam suspensas até 2010 e decairiam, vamos dizer assim, se extinguiriam automaticamente nos prazos ali. Olha: “1º de julho de 2010, o recolhimento efetuado até 31 de daí de 2005”, e assim vai. Ele propôs uma série de datas, onde aos poucos esses créditos iriam se extinguindo e se resolvendo. Só que o convênio tem um artigo específico que diz: “Que este Convênio não se aplica às operações onde houve simulação”. E vem, começa a surgir o grande problema, primeira coisa, se fosse só o Convênio, estava bom. O problema é que depois veio o Decreto que regulamentou por São Paulo esse Convênio, e que prevê a mesma situação. Está Decreto nº. 56.045/10, eu acho que é uma coisa assim, você tem o *e-mail* aí? Porque no *e-mail* estão todos os... Assim fica mais fácil, espera aí, deixa eu ver aqui. Espera aí, deixa eu botar o binóculo, porque sem o binóculo a gente não enxerga. Só um minutinho. Espera aí que esse é o Decreto nº. 56.045/10, então no Convênio 36, existe tanto o dispositivo que diz o seguinte: “O disposto nesse Convênio não se aplica as hipóteses de evasão fiscal, inclusive de simulação das operações ou de falsidade ou de omissão no preenchimento dos documentos de importação”. Isso é que o diz o Convênio. Aí vem o Decreto que regulamentou esse Convênio em São Paulo e disse no art. 4º, parágrafo único diz: “Cessar a suspensão de que trata o art. 3º, com a constatação de regularidade no recolhimento do ICMS devido ao Estado de São Paulo, por adquirente paulista em relação às importações por conta e ordem, desembaraçadas do importador situado no Espírito Santo ou por outra unidade”... Não, mas não é esse. “A verificação de evasão fiscal de simulação de operações ou de falsidade ou omissão no preenchimento dos documentos de importações, ainda que a acusação não esteja definitivamente julgada”. Então, complicado, porque, o que acontece? Na maioria dos casos, nós temos Autos de Infração lavrados, muitos deles com a... Como fala, a imputação de simulação no Auto. Só que esse Decreto ele diz o seguinte, basicamente, você teria que fazer um pedido ao Presidente do TIT, para ou no caso se o processo ainda não houve auto, alguma coisa, ou está em fiscalização, você teria que fazer um pedido para suspender este processo. Para que o Estado de Santa Catarina certifique, emita uma Certidão para... Desculpa, Espírito Santo, emita uma Certidão dizendo que os impostos daquelas operações foi devidamente recolhido ao Estado do Espírito Santo. Só essa certificação que vai dar ao contribuinte paulista o direito de entrar nessas hipóteses aí e ir decaindo aos poucos o crédito. Tudo bem, isso se o Auto estivesse perfeito e acabado, no sentido que não tivesse a expressão, simulação. Agora, como ficam os Autos de Infração onde o fiscal diz que houve simulação. Primeiro, não foi julgado. Não existe decisão transitada em julgado, mesmo que julgado, pendente de recurso. Como é que fica a situação desses contribuintes que: primeiro, estão na mesma situação, porque todos eles fazem a mesma prática, quer dizer, mesmo aqueles que foram, que não tem sequer filial no Espírito Santo, que não fizeram a importação direta, mas fizeram a importação por *trading*. Quer dizer, basicamente, as importações são iguais, só que um fiscal põe por causa de uma consulta que foi respondida... Por causa, basicamente, daquela decisão do STF que o Marco Aurélio, disse que FUNDATA era tudo simulação e tal, que era tudo operação simulada. Então, com base na consulta que foi respondida pela Consultoria Tributária que mandou, então, com base

nesse Acórdão, os fiscais começaram dizendo que realmente o imposto era devido para São Paulo e aí foi disparada toda uma fiscalização para começar a autuar essas operações. Então, os fiscais já colocavam no Auto que era simulação, então, quer dizer, isso aqui é uma prática que eu vou ou não poder utilizar? Eu não fui nem julgado, eu não tenho nem meu Auto, devidamente julgado, para primeiro saber se eu devia efetivamente, mas, segundo, que a minha operação foi simulada. Então, como fica isso? Quer dizer essa é a pergunta que eu fico. E depois, também tem uma outra hipótese bastante sutil, que eu queria até alertar os advogados que querem... Porque muitos clientes não tem ainda Autos da Infração e existe uma possibilidade de denúncia espontânea, aí no caso das operações que tenham essa configuração. O contribuinte não foi ainda autuado, mas quer se prevenir dizendo: “Eu quero ter a liberdade de não pagar imposto, porque a minha operação está dentro do Convênio e etc”. O grande problema dessas operações que não são, não foram autuadas ainda é que o Fisco tem procedido da seguinte forma, primeiro ele autua pela falta de pagamento do imposto ao Estado de São Paulo, o imposto de ICMS, na entrada, depois ele glosa o crédito, pelo fato de ter sido transferido, por não ter sido pago o Imposto de Importação. Só que agora, essas operações, em geral, eles fazem um pouco de confusão na segunda glosa, porque eles falam: “Ah, não o crédito é indevido porque não foi pago na origem, inclusive, tem guerra fiscal, é objeto de FUNDAP de benefício fiscal e etc”. Quando eles falam isso, ótimo, porque pelo menos está definido lá no Auto que não pode mais lavrar porque é guerra fiscal, ou é glosa de crédito do imposto porque não foi pago na origem, mas esta situação do crédito está definida. O problema é: Quem utilizar isso, vai ter no futuro, a possibilidade do Estado de São Paulo glosar, não pelo fato de não ter sido pago na origem com o imposto à São Paulo, mas pelo fato do imposto ter sido pago ao Espírito Santo através de Regime Especial e for transferido para São Paulo, com base num benefício fiscal, onde o imposto, originalmente, não foi pago. Então, aí está a pegadinha, quer dizer, o Fisco está beneficiando, abrindo mão do crédito da origem, mas não está abrindo mão do crédito da transferência, porque ele vai poder glosar perfeitamente com base numa guerra fiscal. Isso não está tratado no Tratado, o que está tratado no Convênio do Decreto são as operações, é o crédito devido pela importação, é o ICMS devido na importação, qual é o Estado que é o sujeito ativo desse crédito, mas não está tratado, o que vai acontecer, se o contribuinte tem direito de transferir esse crédito, se beneficiar desse crédito e etc, se ele for vamos dizer assim, considerado pago ao Estado de Santa Catarina, desculpe, Espírito Santo, pode perfeitamente o Estado nestas operações que não foram nem sequer ainda objeto de auto de infração entender que ele tem direito a glosar o crédito que o contribuinte se utilizou, porque esse crédito vem efetivamente de um benefício fiscal. Está certo?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Uma questão, eu queria levantar uma questão previa. Mara. Uma questão que é a seguinte, não é propriamente o caso, mas, o Convênio suspende a exigibilidade do crédito dessas operações. É possível o Convênio substituir? Suspende? A matéria é da lei--

**Sra. Mara Caramico:** Mas é que Convênio é tido como...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** --é do Código Tributário Nacional, não, não. Veja bem, a expressão a meu ver é equivocada. Na verdade, o que a Fazenda quer dizer, é o seguinte: “Olha, isso é diferente de suspensão de exigibilidade”. Então, o equívoco todo é esse, exatamente esse. A Fazenda poderia dizer: “Em tais casos fica sustada a exigência de débitos, etc, pela fiscalização”, pronto! É a mesma coisa. E a meu ver, seria o mais correto. Porque o Convênio, o Instrumento Legislativo, Convênio, não tem essa atribuição. Não, não, suspender não. Suspender os créditos tributários? Não, pode o mais, pode o menos, mas aqui não é isenção, isso aqui não isenção, nem não tributação, nada. Então, eu só chamo a atenção para esse aspecto.

**Sr. Salvador Brandão:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** É. E os Estados têm esse vezo de falar em suspensão de exigibilidade quando não é o caso, as hipóteses possíveis estão no Código Tributário Nacional. E vem os Estados: “não porque Convênio suspende a exigibilidade”. Não suspende nada. O que ele está dizendo é: “Eu não vou exercer o meu direito de exigir esse imposto” ele tem o direito. Ele diz: “Eu não vou exigir o meu direito”, vocês vão dizer que é a mesma coisa que suspender exigibilidade, mas não é bem a mesma coisa, não. Juridicamente são coisas distintas com efeitos distintos.

**Sr. Salvador Brandão:** Mas professor, a hora que o senhor terminar me libera a palavra.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Já terminei, pode falar.

**Sr. Salvador Brandão:** Professor, hoje não está presente aqui uma pessoa que tratou bastante desse assunto aqui. E que o eu vou dizer aqui, talvez não vá agradar muito meus amigos, mas eu acho que foi uma das maiores malandragens efetuados nesses últimos anos contra o Estado de São Paulo. Foi uma decisão política, politiqueira, politicagem, absolutamente feita pelo Serra, em favor do Espírito Santo até para que ele ganhasse o apoio do Governador do Espírito Santo. Ele deixou isso claro, o ano passado, quando cuidou desse assunto. Sabe o que é claro, né? Houve resistência aqui na Fazenda e a Fazenda colocou todos esses empecilhos para dar uma cara, assim, de legalidade na coisa. Começa que realmente, o próprio Código Tributário Nacional proíbe anistia quando há diretamente crime contra a Ordem Tributária, talvez o que se colocou a palavra simulação, na exclusão desse texto. E as justificativas dadas inclusive no Decreto, dizendo que havia dúvida no Judiciário com referência a incidência do ICMS, não há dúvida nenhuma. Desde o Supremo, desde o Tribunal de Justiça de São Paulo, o STJ que é um Tribunal que vem e vai, ele está firme, o Supremo está firme, o Tribunal de Justiça está firme. O Estado de Minas Gerais não fez esse mesmo Convênio. O Estado de Minas Gerais é o que mais tem problema com o Espírito Santo, porque o porto de Minas Gerais é no Espírito Santo. Então, por que não foi feito um Convênio semelhante com Aécio Neves? Não foi feito, só foi feito em São Paulo. Então, a Jurisprudência toda diz que quando nesse caso da importação por conta e ordem, e exatamente nesse caso da

simulação, onde não há conta e ordem o cidadão, o contribuinte aqui do Estado de São Paulo, manda os dólares, faz todo o *Bill of landing*, vem em nome da empresa aqui do Estado de São Paulo. A importação foi feita juridicamente pelo importador do Estado de São Paulo, não foi feita nada pelo Espírito Santo. Então, essa questão de que resolveu essa questão. Olha, eu fiquei feliz na semana retrasada quando o Supremo decidiu que o Ministério Público tem legitimidade para colocar ação... Ação Civil Pública...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Ação Civil Pública.

**Sr. Salvador Brandão:** Para defesa do patrimônio público e não para a defesa de contribuinte e não para a defesa de contribuinte, mas para a defesa do patrimônio público. Olha, é o caso típico o Ministério Público poderia, teria que entrar em ação contra esse Decreto do Governador que foi induzido, lógico ele assinou. Mas, realmente é uma burla, é uma coisa que... O Estado de São Paulo não tem moral nenhuma mais para ir no Judiciário e dizer que há uma guerra fiscal, não tem mais. Ele fica 30 anos brigando com os outros Estados, dizendo que há uma fraude, que aqui o imposto é devido quando, quando se define que é devido aqui, ele simplesmente... “Ah, recolheu lá...”. A Mara tem razão, o recolhimento na entrada é uma coisa, a transferência que vem por uma nota fiscal não é... Inclusive, a nota fiscal nem deveria ter sido emitida, a glosa, é uma outra legislação. Quer dizer, o tributo pago em um Estado que não seja, que seja reembolsado está lá, dito na Lei Paulista que deve glosar. Quer dizer, o cidadão, realmente, vai ser beneficiado com a não incidência que, realmente, o Auto de Infração com a não incidência aqui no Estado de São Paulo. Se esses casos que eles conseguiram cumprir também, que se você olhar o Decreto, há mesmo um rol de situações que alguns contribuintes realmente não vão conseguir fazer. Essa da simulação, o fiscal diz, o fiscal diz em todos os Autos, né? Você pega um Auto de Infração do cidadão que não colocou uma nota fiscal eletrônica, escreve: “Será constituído, em tese, crime contra a Ordem Tributária”. Todos os Autos tem isso. Então, se for levar isso em conta, todos, sem exceção, eles põem isso. Bom, como é que resolveria isso? Porque o Supremo e a Lei agora, diz que “o Auto de Infração só se completa”, quer dizer, só pode o Ministério Público abrir a hipótese de crime contra a Ordem Tributária quando terminado o Processo Administrativo. Ora, se o Processo Administrativo não vai terminar, então, não há uma declaração de simulação. Ele, pois é, mesmo não julgado... Eu tive um caso que eu tive que provar, se prova com uma Certidão da Justiça Criminal dizendo que não há processo, crime aberto contra a empresa, e você resolve isso diante do Tribunal. Porque em casos de anistia, tive que fazer prova de que não havia processo crime aberto, quando era possível abrir. Hoje, nesse momento, pedir uma Certidão criminal de um Processo Administrativo é ridículo, não vai ter mesmo, porque o Ministério Público está impedido de abrir o Processo Criminal, enquanto não finda o Processo Administrativo. Quer dizer, criou-se aí uma situação de bico, né? Está travado, não pode o Processo Administrativo seguir. E se ele não segue, não vai ter uma decisão de que não houve simulação, ou então, ele vai dizer: “O imposto é efetivamente devido”. Qual é a consequência? Se o Estado de São Paulo diz que o imposto pago lá no Espírito

Santo está bem pago. Houve ou não simulação? Mas como? Se todos eles foram simulados. Se não houve simulação o imposto, está certinho. Se eu tenho uma filial no Espírito Santo e paguei lá, eu paguei bem. O único problema meu aqui foi a glosa só, mas o fato gerador efetivamente ocorreu com o estabelecimento meu lá. Agora, se eu alterei através de uma *trading*, mandei dinheiro e o meu estabelecimento é aqui, o fato gerador ocorreu aqui, está certo? Então, se ele está mudando essa anistia, então, não há que se falar em resolver simulação, é uma coisa que... Isso aí, entre aspas, né? “Fácil de solver”, porque não há como... Então, na verdade não existe! É um Decreto impraticável! Bom, eu, absolutamente, manifesto o meu horror a esse Decreto, a essa anistia e a forma... Se você ler a exposição de motivos, dizer que estava tudo em dúvida, é uma coisa... Realmente, é coisa para o Ministério Público, eu teria legitimidade para entrar com Ação Popular, mas não vou fazer porque não tenho mais idade para isso e também não vou querer... Obrigado, professor.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Ricardo.

**Sr. Ricardo Padovese:** Eu acho, que em um ponto positivo existe nessa Legislação, porque pelo menos é o primeiro Instrumento Normativo de que eu tenho conhecimento, que tenha tratado, que tenha tocado da ferida de qual é o Estado competente para arrecadar a ICMS, no caso das importações por conta e ordem. Antes, havia uma grande dúvida sobre qual era o Estado competente e essa dúvida foi trazida principalmente pela Legislação, pela Instrução Normativa SRF nº. 247, a Legislação Federal que no IPI exigia, o IPI, tanto na importação sendo o contribuinte no caso do IPI, a própria *trading* no Espírito Santo. E depois exigiu o IPI também na venda interna, entre aspas, “venda interna” e os Estados, por exemplo, Espírito Santo, por isso aplicando, fazendo paralelismo à legislação Federal, exigia um ICMS, na importação lá no Espírito Santo e depois exigia uma ICMS na saída interna, nessa entre aspas, “venda”. Eu entendo que essa posição do Estado do Espírito Santo, na época, estava equivocada, porque como colocou o Salvador, no caso de perfeita importação por conta e ordem, o ICMS realmente é devido no Estado onde está o importador, juridicamente falando, que no caso, seria a empresa paulista. Então, nesse ponto eu acho que é um avanço essa Legislação, essa futura remissão, como colocou a Mara e é o problema, porque de aplicabilidade prática, ela vai ser, realmente, muito difícil. Em minha opinião, ela vai atingir, verdadeiramente, aquelas empresas que declararam a importação como sendo por conta e ordem, e observaram todos os requisitos, no que na prática é um número muito pequeno de casos. O que a gente verifica na prática, como a Mara estava expondo, são casos em que houve até, a acusação de simulação, porque o Fisco paulista pelo menos não tinha o hábito desqualificar a importação e dizer que aquela importação por não ter observado os Requisitos Legais Federais, era na verdade uma importação por conta e ordem. Então, sempre acusava de simulação e não desqualificava a importação, essa é a diferença. Daí, porque não vai haver muita aplicabilidade prática por conta daquela vedação de que havendo simulação, não se aplica o benefício previsto no Convênio. Então, eu acho que concordo, eu acho que de aplicabilidade prática realmente vai ser muito difícil aplicar o benefício do Convênio. Agora, quanto à

questão da glosa do crédito, aí que ficou a dúvida agora, eu não tenho os textos normativos de cabeça, mas eu me lembro que existe um Mandato de Segurança e [falha no áudio] pelo Estado do Espírito Santo, em 1996, [falha no áudio] tem um mais recente, também? Tem um também, não é? Ah, não conseguiu a liminar nesse segundo caso.

**Sr. Salvador Brandão:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sr. Ricardo Padovese:** Mas foi impetrado Mandado de Segurança pelo Estado do Espírito Santo? É isso que eu não tinha... Ah, tem razão, tem razão. O que eu não tinha de cabeça era se nessa Portaria nº. 36, ela fazia menção ao FUNDAP.

**Sr. Salvador Brandão:** [pronunciamento fora do microfone] faz.

**Sr. Ricardo Padovese:** Faz menção ao FUNDAP.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** A Portaria nº. 36 é do crédito.

**Sr. Ricardo Padovese:** Do crédito.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Impugnação do crédito.

**Sr. Ricardo Padovese:** Isso que eu não tinha de cabeça, está certo. Aí realmente do crédito. Mas, a partir do momento em que o Estado também está aplicando, vamos tratar aqui de um caso de que é de plena aplicabilidade do Convênio óbvio. Se ele está aceitando ou admitindo a questão do pagamento do ICMS lá para o Estado do Espírito Santo, eu acho que ele também não pode exigir o crédito aqui, embora ele tenha feito... Eu sei que é outra operação, mas se ele está admitindo...

**Sra. Mara Caramico:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sr. Salvador Brandão:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sr. Ricardo Padovese:** Eu acho que é uma posição. Eu entendo até, mas... Não. É, é ridículo.

**Sra. Mara Caramico:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sr. Ricardo Padovese:** Hum-hum.

**Sra. Mara Caramico:** Sim, senhor.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Mara, você é a Relatora.

**Sra. Mara Caramico:** O grande problema que nós temos aí, é que existem duas situações, uma é que a glosa de crédito, porque o crédito não foi pago na entrada, porque não foi pago ao Estado de São Paulo. E você, portanto, o contribuinte paulista ao não pagar o Estado de São Paulo, ele não tem direito ao crédito porque nenhum valor foi pago ao Estado de São Paulo. Outra coisa é você admitir que aquele imposto, na entrada, não era devido ao Estado de São Paulo, era devido para o Espírito Santo, então, perfeito. Foi pago no Espírito Santo algum imposto, aí vem o art. 36 da Lei e diz: Você só pode se beneficiar do crédito

efetivamente pago. Então, o que foi pago através de um Regime Especial no Espírito Santo vai ser glosado, então, até o limite, está certo?

**Sr. Ricardo Padovese:** Eu entendo.

**Sra. Mara Caramico:** Então, são duas situações que tem que ter...

**Sr. Ricardo Padovese:** Sem dúvida.

**Sra. Mara Caramico:** O convênio ele trata, e ele resolve só do imposto do ICMS, na entrada.

**Sr. Ricardo Padovese:** Só importação.

**Sra. Mara Caramico:** Só na importação. Se você não tem definida a situação posterior, ou seja, dar direito ao crédito, ele está dando direito ao crédito. Eu tenho direito ao crédito porque o imposto foi pago no Espírito Santo. Porém, eu tenho o direito ao crédito até o limite daquilo que foi pago.

**Sr. Ricardo Padovese:** Mas, eu queria colocar só uma outra...

**Sra. Mara Caramico:** Exato, é... Não importa.

**Sr. Ricardo Padovese:** Uma outra questão aqui, pegando o art. 1º. Este texto é do Convênio, né?

**Sra. Mara Caramico:** Não, esse texto é do Requerimento, lá do Decreto.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Do Decreto do Governador.

**Sr. Ricardo Padovese:** Que o ele está dizendo? Ele está dizendo que ficam extintos os créditos tributários decorrentes da importação efetuadas através do Espírito Santo, decorrentes de operação de importação por conta e ordem de terceiro, efetuadas em desacordo com o Protocolo nº. 23.

**Sra. Mara Caramico:** Perfeito.

**Sr. Ricardo Padovese:** E o que diz o Protocolo nº. 23? O Protocolo nº. 23 fala: "Na importação por conta e ordem, o Imposto da Importação é devido para São Paulo". E não tem operação posterior, subsequente, a importação, naquela remessa do Espírito Santo para cá, não se trata de uma operação de circulação de mercadoria, não há recolhimento do ICMS ali. Então, eu entendo que se a gente pegar o contexto do que o Protocolo diz que é a tributação do ICMS naquela hipótese, nem teria essa segunda etapa. Então, portanto, o imposto nessa segunda etapa, também não é devido.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não tem recolhimento para o Espírito Santo.

**Sr. Ricardo Padovese:** Não tem, não tem.

**Orador Não Identificado:** É mera transferência.

**Sr. Ricardo Padovese:** Então, se ele está dizendo, que eu estou...

**Sra. Mara Caramico:** Mas é isso, justamente, que eu estou... Que a glosa é justamente essa.

**Sr. Ricardo Padovese:** Sim, sim. Mas, a partir do momento que o Estado está falando: “Olha, fica extinto o crédito tributário, decorrente dessas operações feitas em desacordo com o que deveria ser com o Protocolo nº. 23”, nenhum crédito tributário existe.

**Sra. Mara Caramico:** Não existe o crédito tributário...

**Sr. Ricardo Padovese:** Nem da importação e nem o da posterior transferência. Porque essa transferência não existe.

**Sra. Mara Caramico:** Não.

**Sr. Ricardo Padovese:** É isso que o Protocolo até está dizendo. Eu acho que, nesse sentido, é que está uma falha dessa interpretação.

**Sr. Salvador Brandão:** Ricardo, é o seguinte, depois do Convênio, desse Convênio, ficou claro, a importação efetuada por conta e ordem, vai ser... Não vai haver mais o problema de transferência de nota fiscal de *trading* para São Paulo, não vai haver mais isso. Então, não vai haver mais... Mas pode haver uma operação com o Espírito Santo por uma *trading*, comprar o produto lá, ela mesma ou então, uma outra empresa comprar e vender para São Paulo, ele vai ter o problema da glosa.

**Sr. Ricardo Padovese:** Até aí, tudo bem. Mas essa hipótese não está tratada no Protocolo.

**Sr. Salvador Brandão:** Exato, essa hipótese depois do Convênio você tem razão não vai mais acontecer porque está definido, não vai poder haver simulação agora. Agora, vai ser pago ou para São Paulo ou para o Espírito Santo.

**Sr. Ricardo Padovese:** Correto.

**Sr. Salvador Brandão:** Certo? Desde que o importador esteja lá, vai ser por lá. Se ele fizer por um importador lá, que muita gente tem filial lá e pode fazer por lá, não tem problema nenhum. Qual vai ser a consequência? A glosa.

**Sr. Ricardo Padovese:** Correto, nesses casos, eu concordo que existe o problema e vai continuar existindo.

**Sr. Salvador Brandão:** Agora, a situação anterior, a Mara tem razão. Na situação anterior, tivemos os dois casos, nós tivemos esse fato e tivemos, uma outra operação, que foi a transferência por uma nota fiscal que foi glosada.

**Sr. Ricardo Padovese:** Então, eu entendo que é o seguinte, só separando duas questões aqui, as importação por conta e ordem e as outras importações, por encomenda ou importação através, direta através de uma filial lá no Espírito Santo.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Direta encomenda e por conta de terceiro.

**Sr. Salvador Brandão:** Isso. Na direta e por encomenda, existia o problema do crédito e vai continuar existindo porque o Protocolo não tratou dessas hipóteses, ele tratou só da importação por conta e ordem. Nas importações por conta e ordem, o Protocolo está dizendo: Qual é a forma correta de recolher o ICMS? O ICMS da importação tem que ser recolhidos para o Estado de São Paulo, e a partir dali é que vai ter a primeira operação interna, onde o ICMS vai ser devido. Portanto, ele está dizendo que a forma correta de recolher o ICMS, é assim. Então, se ele está dizendo aqui, agora, no Decreto, no Convênio e etc, que: “Ficam extintos os créditos tributários derivados de operações por conta e ordem, que, desobedeceram ao Protocolo n.º. 23”. Ele está dizendo que não só o isso, mas na importação recolhida para o Espírito Santo não vai ser cobrado aqui em São Paulo. Assim como, aquela primeira perna da operação, que era a remessa da mercadoria do Espírito Santo para cá, ela também. O ICMS ali não devido, porque o Protocolo diz que o primeiro ICMS, o primeiro recolhimento do ICMS tem que ser feito já aqui em São Paulo, então, essa glosa de crédito também, está sendo atingida pelo Convênio. Porque a redação ali do partir art.1º, está dizendo que: “Fica extinto o crédito tributário, decorrente de importações por conta e ordem, feitas em desacordo com o Protocolo n.º. 23”. Mas, ele não está dizendo e fazendo menção, somente, ao ICMS devido na importação, ele está dizendo: “Todo o ICMS que era devido pelo desrespeito do que está estabelecido no Protocolo n.º. 23, não vai ser cobrado é o crédito tributário integral, não só o ICMS da importação”.

**Sra. Mara Caramico:** Eu não acho que seja bem isso que ele está tratando.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não, a hipótese dele é que o importador no Espírito Santo, ele paga o ICMS devido a São Paulo, que é para onde vai a mercadoria.

**Sr. Ricardo Padovese:** Isso é o que o Protocolo hoje diz.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Prevê! É o que está previsto.

**Sr. Ricardo Padovese:** Exatamente.

**Sra. Mara Caramico:** [ininteligível] Não é o que aconteceu nas operações anteriores.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Ah, nas operações anteriores...

**Sr. Ricardo Padovese:** Sim, sim, mas é isso que o Protocolo e o Convênio estão resolvendo, eles estão dizendo, olha, eu entendo que o Convênio resolve inclusive, a questão da glosa do crédito.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Viu, Ricardo. E outra coisa, o importador tinha o interesse em recolher no Espírito Santo, porque tinha o benefício.

**Sr. Ricardo Padovese:** Claro, claro.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não é?

**Sr. Ricardo Padovese:** Sem dúvida.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Então, agora com essa venda por conta e ordem, aí já é diferente, porque ele vai agir apenas como intermediário e vai pagar o imposto devido a São Paulo. Pelo menos, o Espírito Santo ficou com o compromisso, a obrigação ali, convencional de remeter para São Paulo.

**Sr. Ricardo Padovese:** Exatamente, o pressuposto que eu entendo aqui, em reforço e aproveitando bem suas palavras, professor. É que... O que acontece, se tivesse sido observado o que determina o Convênio, o Protocolo, nem FUNDAP existiria na hipótese. Por quê? Onde está o benefício do FUNDAP? É, justamente, nesse Imposto da Importação e da primeira saída. Se o Protocolo e o Convênio estão dizendo que isso não existe, porque o Imposto de Importação é de São Paulo, então, não há que se falar em glosa do crédito depois também. Se o Convênio está atingindo o ICMS da importação, ele também tem que atingir esse ICMS do “benefício fiscal”, está certo?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Pelo menos uma parte do problema. Agora, o problema do crédito e dessas situações anteriores, vai ter que ser resolvido caso a caso, não é Mara? Se tem simulação, se não tem, matéria de prova.

**Sra. Mara Caramico:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Alexandre com a palavra.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Professor é o seguinte, eu não entendi. Pelo que foi dito aqui: primeiro, o Convênio poderia também mudar os prazos de decadência? Quer dizer, tem Autos de Infração. Os Autos de Infração julgados que se não passaram cinco anos, eles não podem ser simplesmente julgados decadentes, o próprio CTN diz que são cinco anos. Poderia o Convênio também alterar o Código Tributário Nacional, nesse ponto?

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Não, não.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Essa é outra pergunta. Evidente que se o Convênio estipula que não serão cobrados, evidente, que a autoridade fazendária deverá cumpri-lo. Então, as Execuções Fiscais não serão ajuizadas, seria o caso de prescrição e não de decadência, nos casos em há o Auto de Infração. Mas, eu não estou entendendo direito. Está se dizendo aqui o seguinte: “O contribuinte paulista importou por uma *trading*, a *trading* recolheu por lá o imposto devido ao Espírito Santo, que é um benefício, com o parcelamento do imposto e etc. Aí, remete a mercadoria para São Paulo com crédito, né? E o contribuinte faz o crédito em São Paulo, e esse crédito é glosado.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Quando impugnado.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** E olha, antigamente, se glosava o crédito apenas porque se entendia que a benefício fiscal era indevido, não que havia simulação. Não era o caso assim, a simulação seria a fraude. Não houve fraude, houve uma importação pelo Espírito Santo, por um benefício fiscal e glosado o crédito porque a *trading* não reconhecia esse benefício.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Nesse seu caso, eu estou de acordo, não pode dizer que é há um dolo, uma simulação.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Não uma simulação, é uma opção do contribuinte.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Pode impugnar o crédito, isso sim.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Pela Lei 24. Agora, dizer que simulou que a mercadoria entrou por lugar e tal é diferente.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Vem uma nota fiscal... Espera ai, Salvador. Vem uma nota fiscal normal.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Mas deixa eu acabar, então.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Você está... Outra hipótese?

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Deixa eu falar, não é Brandão. Você falou, deixa eu falar... Sim, então, deixa eu continuar o meu raciocínio. Então, entende-se agora que essa operação, na verdade, seria por conta e ordem de terceiros, porque o contribuinte... Importei por uma *trading*, o que eu deveria ter importado diretamente. Ou, poderia até fazer pelo Espírito Santo ou por qualquer porto do Brasil, essa é uma opção do contribuinte. Então, como o colega colocou, essa operação seria una. Consideraria o pagamento do imposto no Espírito Santo.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** No desembaraço.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** No desembaraço, a transferência é... Apesar, dos Estados entenderem que tem o ICMS, isso é ilegalidade.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Antecipou o pagamento.

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Outra ilegalidade que os Estados praticam que não tem nenhuma força jurídica bem discutida. Então, não haveria ICMS na transferência, então, seria a nota do importador que daria o crédito. Eu creio que isso ficou mais confuso ainda, do jeito que vai ficar, porque antes eu tinha uma nota, eu paguei lá, tem o problema da importadora com o Espírito Santo, etc. Me mandou uma nota com crédito, eu tecnicamente, o imposto não interessa quanto foi pago. O Espírito Santo se cobrou ou não cobrou, para o contribuinte paulista, se a operação é triangular em verdade, houve uma operação triangular a *trading* existe está estabelecida lá. A lei prevê a importação por *trading* e só porque ela fez uma operação triangularizada seria ilegal? Eu não...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Mas Alexandre, a hipótese anterior...

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Então, em minha opinião, ficou mais confuso agora. Ficou mais confuso ainda, porque agora, o Estado não vai aceitar o crédito de jeito nenhum.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Alexandre...

**Sr. Salvador Brandão:** De compra e venda a ordem onde, a *trading* só prestava um serviço.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Exato.

**Sr. Salvador Brandão:** Ela não importava e vendia. Ela prestava um serviço, toda a importação, o *Bill of landing*, a fatura, os dólares saíram daqui da Faria Lima. Então, era uma simulação clássica, isto é, 99% das importações eram feitas dessa forma. Eu não estou criticando aquele caso que a *trading* importava e fazia uma nota fiscal vindo para São Paulo... Foi induzido nada, ele sabia que tinha um lucro.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Salvador, dos dois. A grande parte do caso, os dois sabiam que tinha um benefício e, que ia beneficiar os dois.

**Sr. Salvador Brandão:** Os dois.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Tanto o importador...

**Sr. Salvador Brandão:** Sem dúvida, professor. É isso aí, o senhor tocou no ponto focal.

**Sra. Mara Caramico:** Não, eu estou tratando aqui os Autos...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Residuais.

**Sra. Mara Caramico:** Os Autos de Infração que eu estou olhando, são aqueles, onde, a *trading* importava pelo Espírito Santo, recolhia os impostos, fazia operação como *trading*, efetivamente.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** E pagava o Espírito Santo, não é Mara?

**Sra. Mara Caramico:** Onde existia declaração de consignatária da destinatária das mercadorias, pagava o Espírito Santo, normalmente, e aí as mercadorias eram transferidas para São Paulo, através de uma nota fiscal de transferência dessa mercadoria, da *trading* para São Paulo. Essa é a operação clássica que os Autos de Infração estão dizendo que é simulada, só que, esta é a operação que existe na prática, não é uma simulação. Na verdade, é feito uma importação tal, não sei o quê, não sei o quê lá, pela *trading*, dentro da mesma forma que é simulado os benefícios fiscais. Quer dizer, a simulação existe como um negócio entre duas partes. Quer dizer, está sendo feita, evidentemente, só para economia de imposto. Existem os casos em que a empresa não tem radar, então, não pode importar, então, realmente utiliza a *trading* para fazer uma importação, existem casos também, está certo? Antigamente, não tinha tanto a distinção, encomenda

por conta e ordem e era o grande problema que se gerou da própria Legislação Federal.

**Sr. Salvador Brandão:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sra. Mara Caramico:** Então, é que neste tipo de operação, o Fisco tem se comportado de duas maneiras, ele autua dizendo que tem simulação e autua dizendo que não tem simulação. Então, a operação é a mesma, você pega dois Autos da Infração em que a operação foi idêntica, um não tem a declaração de simulação, o outro tem. Então, é essa a situação que eu estou colocando, que as operações, que são todas elas, são efetivamente, aquelas que constam do Convênio. Não tem nem o que tirar e nem por, é igualzinho. Pode ter algum detalhe técnico diferente. Mas, o fato de um fiscal colocar que é importação, que foi feita uma simulação para uns e não para outros, quando a mesma operação é que foi feita. Essa é a minha pergunta eu disse: Como é que um Decreto e o Convênio tiram essas operações? Quem é que vai dizer que é simulada essa operação? Se, efetivamente, está sendo julgado o Auto da Infração ainda. Não tem uma decisão dizendo que aquilo é uma simulação. Então, por este fato, eu estaria impedida de me beneficiar do... Veja, o Auto não foi sequer julgado, eu não tenho esse julgamento ainda definitivo e eu tenho um impedimento de me utilizar do Convênio... Não, é nesse caso, porque o próprio Decreto disse: “Ainda que os casos não tenham sido julgados”.

**Sr. Salvador Brandão:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sra. Mara Caramico:** Eu acho, eu acho que, na verdade, isso não poderia nem existir porque a rigor todas as operações são simuladas... Se você tem uma filial lá, é uma outra coisa.

**Sr. Salvador Brandão:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sra. Mara Caramico:** Ué! E não é essa mesma operação?

**Sr. Salvador Brandão:** [pronunciamento fora do microfone]

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Brandão, eu acho que, na verdade, você só cometeu um impropério aqui, que é o seguinte...

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Impropério? Não

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Eu acho que o ex Governador. Eu acho que o governo de São Paulo na verdade deu um grande nó nessa situação e o Espírito Santo é que se reconheceu as operações, definiu e deu mais força à São Paulo para cobrança ou para a glosa dos créditos, que já estão... Porque se a Mara está certa, quase todos os casos vão continuar como devido, como em atividade, como cobranças. Porque todas as operações praticamente... Tirando o caso que nem o meu, que o meu cliente foi fraudado ou os casos em que... [risos]

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Ele foi fraudado...

**Sr. Alexandre Dantas Fronzaglia:** Ou os clientes do Brandão que são muito sérios, são todas empresas muito certinhas, que seguem a orientação do advogado à risca, a maioria é isso mesmo, né? A gente sabe que o pessoal fazia isso como uma forma de economizar, não é? Então, tirando, eu vejo isso como uma grande, pelo contrário, que o Brandão viu, como uma grande armadilha paulistana, bandeirante.

**Sr. Presidente Paulo Celso B. Bonilha:** Muito bem, meus caros, já estamos nos segundos finais da nossa Mesa. Portanto, em comunicações também, eu não tenho nenhuma comunicação especial a fazer. E eu quero, então, agradecer a presença de todos. Não nos esqueçamos, na semana da pátria, que é a próxima, acompanhando a Faculdade de Direito, não teremos Mesa como está no calendário. A próxima semana seguinte continua as nossas Mesas, semanalmente. Eu agradeço. Um bom feriado para todos, terça-feira, e um bom dia para todos.

FIM

---

*Eu Jucineia J. de Andrade, estenotipista, declaro que este documento, segundo minhas maiores habilidades, é fiel ao áudio fornecido. Revisado por LB*

**Texto sem revisão dos autores.**

A presente transcrição apenas visa a ampliar o acesso à Mesa de Debates, dada a natureza informal dos debates e a falta de revisão.

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO não recomenda que seja a transcrição utilizada como fonte de referência bibliográfica.