

Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

ACÓRDÃO Nº: 035/2018
PROCESSO Nº: 2015/6640/501283
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 8.477
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2015/004385
RECORRENTE: MINERVA S/A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.400.118-2
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO. MERCADORIAS INDUSTRIALIZADAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS. O BENEFÍCIO FISCAL É EXCLUSIVO PARA INDUSTRIALIZAÇÃO, EFETUADA PELA DETENTORA DO TARE. NULIDADE – É nula as reclamações tributárias por divergência na exigência tributária descrita no contexto do auto de infração com o levantamento básico do ICMS, e o demonstrativo do crédito tributário, causando cerceamento de defesa nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 1.288/2001.

RELATÓRIO

A Empresa MINERVA S/A, é autuada por meio de Lançamento de Ofício em Auto de Infração nº 2015/004385, na Reclamação Tributária de ICMS NORMAL, em campo 4.11 - Valor originário de R\$ 201.104,42, campo 5.11 – Valor originário de R\$ 598.731,27, campo 6.11 – Valor originário de R\$ 1.061.596,62, campo 7.11 – Valor originário de R\$ 1.311.866,23, campo 8.11 – Valor originário de R\$ 1.421.190,55, para os exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013, 2014.

Trás em descrição nos contextos de campos 4.1 a 8.1, em síntese, Que, o Sujeito Passivo deve recolher a título de ICMS NORMAL referente ao aproveitamento de crédito presumido do imposto em desacordo com a legislação tributária, , ao comercializar mercadorias adquiridas de terceiros, utilizando do benefício fiscal do TARE nº 1.907/2007, destinado exclusivamente para mercadorias industrializadas pela acordada. Demonstrado em Levantamento Especial, com base em Notas Fiscais de Saídas, dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 2014. Período.

Tipificou a Infração em campos 4.13 ao 8.13, a que se Leia: Art. 45, inciso XVIII, Lei 1.287/01 c/c art. 10, inciso I, Art. 20, inciso I, Lei 1.287/01. Onde postula:

Art. 45. É vedado ao contribuinte e ao responsável:

[.....]



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

XVIII – aproveitar créditos do imposto em desacordo com a legislação tributária;

Tipificou a Penalidade em Art. 48, inciso IV, alínea “e”, da Lei 1.287/01 (Redação dada pela Lei 2.253/2009), onde postula:

Art. 48. A multa prevista no inciso I do artigo anterior será aplicada na forma a seguir:

[.....]

IV – 120%, quando a falta de recolhimento do imposto resultar de: (Redação dada pela Lei 2.25 de 16.12.09),

e – aproveitamento indevido de crédito do imposto;

O Autuante juntou aos autos Cópia de Nota Explicativa Observações, cópia de Procuração, cópia de TARE nº 1.907/2007, Aditivo 03/2010, cópia do Levantamento “Especial” - Demonstrativo em Histórico, Dados conforme Banco de dados da Nota Fiscal Eletrônica (Saídas). Cópias de DANFE’s, CD Mídia. Acostados as fls. 05 a 161 dos autos.

O Sujeito Passivo é legalmente e devidamente INTIMADO, do Auto de Infração, Via Direta, fls.04, com ciente em 28.10.2015.

Tempestivamente, comparece o Sujeito Passivo, por seu causídico constituído com sua **IMPUGNAÇÃO** a este Auto de Infração, pelas razões de fato e de direito expostas.

Em **PRELIMINAR**, nada alega.

De **Mérito**;

Insurge o Sujeito Passivo nesta Impugnação, e principia com exposição, Dos Fatos; Que é pessoa jurídica, tem por objeto social atividade de indústria e comércio de carnes. Reconhecida no mercado pela qualidade, eficiência, e transparência de seus negócios. Não obstante honrando com suas obrigações fiscais, e, surpreendida com o Auto de Infração.

A Impugnante descreve a autuação consubstanciada “*Ippsis Litteris*” aos contextos do auto de infração, para os exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 2014.

Alega; como se vê o Fisco concluiu que a impugnante fez aproveitamento indevido de crédito do ICMS, em vista da comercialização de mercadorias adquiridas de terceiros, utilizando do benefício aplicável exclusivamente a mercadorias industrializadas por ela própria.



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Esclarece ter firmado o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.907/2007, e Termos Aditivos 02/2009 e 003/2010, com a SEFAZ/TO, autorizando o benefício fiscal de crédito presumido para uma carga tributária que corresponda a 2% nos valores em operações de saídas de mercadorias tributadas de seu estabelecimento.

E segundo consta nos Demonstrativos, foi identificado a utilização desse benefício em operações com produtos recebidos de terceiros, sendo o benefício aplicável a produtos industrializados pelo contribuinte, o quanto em desacordo com o fisco Estadual, que lavrou o auto de infração.

Cita e descreve os dispositivos legais indicados no auto de infração como infringidos e a Penalidade.

E contestando, ocorre que; o lançamento deverá ser declarado insubsistente, por estar atingido pela decadência, bem como porque a cobrança se mostra totalmente descabida. Além disso, o percentual da multa é desproporcional e desarrazoada, caracterizando confisco.

Recorre, com efeito, a rigor pela Decadência, na aplicação contida no artigo 150, § 4º, do CTN, que o prazo é contado a partir da ocorrência do fato gerador, alegando se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação. Declarado pelo contribuinte.

Transcreve o teor do Art. 150, § 4º, na indicação da alegação de início do prazo estipulado para a Decadência do Direito de a Fazenda Pública constituir o Crédito Tributário.

Do Demonstrativo do débito fiscal combatido, nas operações descritas ocorridas nos meses de janeiro a Setembro de 2010, de modo que a autoridade fiscal não poderia constituir esse crédito tributário deste período, tendo em vista que a ciência do A.I ocorreu em 28.10.2015. Que é indubitável a caracterização da decadência parcial quanto às operações de cinco anos atrás até setembro de 2015, nos termos do artigo mencionado, seja Art. 150, § 4º, CTN.

Argumenta ainda que nos termos do artigo 156, inciso V, CTN, a decadência é causa de extinção do crédito tributário, não podendo ser objeto de exigência por parte do Fisco Estadual.

Trás vários trechos de matérias como jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Egrégio Supremo Tribunal Federal, de Acórdão deste COCRE, e de renomados tributaristas citando Hugo de Brito Machado, Sacha Calmon Navarro Coelho, Sampaio Doria e Alberto Xavier. Que, a decadência se opera por homologação, nos meandros do Art. 150, § 4º, CTN. Que, inexistente qualquer acusação relativa à Fraude, Dolo ou Simulação, hipótese no cômputo do prazo decadencial, pelo qual se observaria a regra prevista no art. 173, I, do CTN.



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Alega que, Além disso, houve pagamento parcial de imposto nos meses em questão (doc. 02), razão pela qual a situação não pode ser equiparada à sonegação de tributo.

Contudo, ao contrário do que se verifica da descrição da infração, ressalte-se que as operações subseqüentes foram regularmente tributadas, de modo que não há qualquer justificativa para a não aplicação do princípio da não-cumulatividade do imposto, no caso concreto do recolhimento do imposto apurado em cada mês.

Que desta forma, não havendo como prosperar o crédito tributário ante o equívoco ao montante exigido da autuação, deverá ser cancelada em sua totalidade.

Argumenta o Impugnante que, se não bastasse o decurso decadencial, o auto de infração também deverá se julgado improcedente, na medida do que ao contrário consta, não houve a apropriação, pelo autuante, do crédito do imposto.

Ademais, alega, da insubsistência da Multa com natureza Confiscatória, a observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, a penalidade aplicada mostra-se exorbitante, cabendo ao julgador evidentemente, analisar o caso concreto para relevar ou ainda reduzir a penalidade a patamares da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando violar princípios e preceitos legais. Considerando a Multa de 120%. Enfatizando os termos do artigo 150, inciso III, alínea "a", inciso IV, da Constituição Federal, na retroatividade da lei para beneficiar o autuado. Bem como o direito de propriedade estabelecido no artigo 5º. Inciso XXII, da CF/88.

Diante do exposto, Requer seja Declarado insubsistente o Auto de Infração, no reconhecimento de extinção do crédito tributário pela decadência, ou cancelada a exigência fiscal na sua totalidade, seja ainda, relevada ou no mínimo reduzida à penalidade aplicada.

A Impugnante juntou aos autos em Anexo DOC. 1, cópia de procuração e substabelecimento, cópia de Ata da Assembléia Geral Extraordinária em 26.05.2015 de Minerva S/A; DOC. 2, cópia de Demonstrativo, Relatório de GIAM por contribuinte, cópias de Apuração do Imposto, DARE's, ; DOC. 3, cópias de Demonstrativo; todos acostados as fls. 181 a 351 dos autos.

Observo que; Nesse tocante ao seu Direito de Defesa, a Impugnante emitiu e assinalou nada mais nada menos de que 52 (cinquenta e dois) itens em argumentos e alegações. Assim no seu legítimo e amplo direito de defesa e do contraditório.

O Processo é distribuído ao Julgador de Primeira Instância, onde em sua análise entende por trazer convicção esclarecedora de entendimento ao reclamado, e



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

sanear o auto de infração, conforme faz solicitação no Despacho nº 025/2016 – CAT/JPI/JCM, atinente nas considerações as alegações e argumentos da Impugnante, enviando o processo para a manifestação e parecer da Autuante.

A Autuante, em atenção ao Despacho do Julgador Singular, no cumprimento ao solicitado, faz também Despacho nº11/2016/MJPCM, com parecer ao alegado e trás para maiores esclarecimentos a juntada aos autos, dos Levantamento Básico do ICMS, dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, bem como cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS e GIAM. Que o mais está comprovado no Levantamento realizado acostado as fls. 12 a 69, onde constam informações das próprias Notas Fiscais de Saídas, conforme CFOP's. E foram realizados levando em consideração as determinações da Lei, em especial o TARE.

Diz a Autuante que Quanto á parte do lançamento alcançado pela Decadência por homologação, Art. 150, § 4º, CTN, o valor reclamado não se trata de imposto declarado pelo próprio contribuinte, logo, se o tributo não foi declarado nem pago pelo contribuinte, mas constituído por lançamento de Ofício em auto de infração, a aplicação na contagem do prazo é do Art. 173, do CTN.

Logo o valor do imposto que a empresa usufruiu como incentivo fiscal, o qual esta sendo cobrado, não foi declarada e tampouco paga pelo contribuinte, fls. 355 dos autos.

Em relação a alegação de pagamento parcial desse imposto. Observa e informa que os comprovantes de pagamentos Doc. 2, não se trata de pagamentos referente a cobrança efetuada, e sim de ICMS declarado em Guia de Informações apuração imposto mensal – GIAM, e Contribuição de Custeio pago ao FDE – Fundo de Desenvolvimento Econômico.

Nos considerandos finais, que não houve equívocos cometidos, a Autuante, informa não ter necessidade de Termo De Aditamento, para regularização do Auto de Infração.

Entretanto, o Julgador de Primeira Instância, houve por bem, dar ciente ao sujeito passivo referente à juntada destes documentos e do parecer pela Autuante, encaminhando o processo a repartição e órgão apropriado, para o procedimento.

Notificado e intimado o sujeito passivo, através de AR-Correio, apresenta-se o Causídico constituído do sujeito passivo, com sua Impugnação, considerando que houve conversão do julgamento em diligência, bem como o Agente Fiscal Autuante se manifestou e apresentou novos documentos. Para tanto reapresenta e reprisa suas teses em argumentos e alegações já despedidas em sede da impugnação inicial, acrescentando apenas suas contestações às manifestações da Autuante, também nos argumentos já apresentados.

Em Sentença de Primeira Instância, o Julgador Singular, apresenta relatório nos fatos da reclamação tributária e das alegações e argumentos de defesa. Aduz que os requisitos necessários previstos no art. 20, Lei 1288/01 foram



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

observados. Os prazos processuais cumpridos diante do art. 26, Lei 1288/01. E as pretensões fiscais, foram tipificadas e fundamentadas em infração e penalidade, postuladas da Legislação Tributária.

Não consta arguição em preliminar.

De mérito, o Julgador Singular em suas razões, pugna;

Que o sujeito passivo argumenta e alega parte do lançamento foi alcançada pela decadência. Que houve pagamento parcial de imposto. Que, não foi considerado o crédito do imposto, no princípio da não-cumulatividade. que o percentual da multa de 120%, a penalidade tem caráter confiscatório e ofende o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Relata o sentenciador, sobre a decadência prevista em art. 173, do CTN, e o descreve verbis, demonstra as datas que regem as operações em lançamento e data da lavratura do auto de infração, com a data da notificação ao sujeito passivo do lançamento, assim, portanto não havia decaído o direito da Fazenda Publica de constituir o crédito tributário.

Não resta dúvida que os argumentos do sujeito passivo não devem prosperar, pois, o lançamento atende disposições da legislação, cumprindo na integra os requisitos do art. 35, da Lei 1.288/01. Dentre outras alegações, não pertinentes a reclamação tributária, seja a de confisco.

No entanto ficou bem esclarecido através do despacho nº 11/2016, da autora do lançamento, a cada questionamento do sujeito passivo, verificado e revisionado, e combatidos foram através dos documentos apresentados pela autuante, as fls. 355/373 dos autos.

Discorre neste caso entender que, a reclamação tributária esta devidamente amparada na legislação, não pairando duvida em relação à infração cometida.

A multa pela qual foi sugerida na propositura da Autuante, decorre de previsão legal e sua incidência é essencial para prevenir e coibir o ilícito. não podendo ser afastada sob alegação de confisco.

Destarte, a multa sugerida neste contencioso administrativo tributário é legal, pois advém da legislação tributária em Lei, promulgada através da Assembleia Legislativa Estadual, não cabendo a esse colendo conselho questioná-la, mas tão somente aplicá-la.

E decidindo, que, em conferência dos Levantamentos e Documentos juntados, foi possível averiguar que, o sujeito passivo em impugnação, apenas manifesta de forma superficial e não produz provas suficientes para contraditar a ocorrência do fato gerador. Não restando dúvida que os argumentos do sujeito passivo



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

não devem prosperar, pois o lançamento atende ao que dispõe a legislação tributária e o pactuado em TARE e termo aditivo 03/2010.

E ante ao exposto, conhece da Impugnação apresentada, nega-lhe provimento, e julga **PROCEDENTE** o Auto de Infração. Condenando o Sujeito Passivo ao pagamento do crédito tributário, nos valores originários em Campos 4.11 ao 8.11, conforme constante do Auto de Infração.

É Intimado (fls. 409/414) o sujeito passivo, em decisão da Sentença de Primeira Instância, Via Postal em AR-Correio, (fls. 414), com ciente em 21.02.2017.

Tempestivamente, o Sujeito passivo apresenta-se aos autos por seu Patrono Causídico, com Recurso Voluntário, nas alegações, a que sintetizamos, sem prejuízo de seu conteúdo em seu texto recursal;

Em singela **Preliminar** de Nulidade da Sentença de Primeira Instância; por Cerceamento do direito de defesa,

Para com a Sentença Singular, que a decisão é nula ao não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, diante da ausência de análise dos fundamentos em argumentos e documentos apresentados, no que diz respeito à aos créditos do imposto que o recorrente faz jus, vez que o benefício foi desconsiderado pelo julgador *a quo*. Frise-se que trechos na decisão não fazem menção no decurso de prazo decadencial. Não houve fundamento jurídico e a realização de um juízo de valor sobre estes fatos.

E, ao fato de terem sido indicadas à reprodução ou à paráfrase da manifestação/parecer da Autuante, ao que se aplica subsidiariamente a Lei 13.105/2015, em Art. 489, § 1º incisos I a VI, do Código Processo Civil. A transcreve “*verbis*”.

E, a necessidade de ser relevada a multa aplicada em patamares mais razoáveis. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao confisco.

Então, Cumpre ao Julgador de primeira instância se manifestar expressamente sobre cada um dos fundamentos, vez que a omissão na decisão caracteriza Cerceamento do direito de defesa do contribuinte. E mais, supressão de instância julgadora, “*in decisium*”.

De Mérito,

O Patrono da Recorrente, de seu amplo e irrestrito direito de defesa e do contraditório, trás as mesmas alegações e argumentações, em teses repetitivas e reprises das já propiciadas, em impugnação inicial ao auto de infração, e após em segunda Impugnação, na apresentação de documentos em diligência. E combatidas que foram em Sentença proferida do Julgador de Primeira Instância.



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Inferre-se, no entanto, sem nenhum prejuízo a recorrente, no seu amplo direito do contraditório, pois é de serem devidamente analisadas estas teses de recurso, e devidamente julgada por esse colendo Conselho – COCRE.

Entretanto, Evidencia-se fato novo nesse recurso voluntário, tocante aos itens 60 a 61, na menção de que essas mesmas mercadorias adquiridas de terceiros, e comercializadas no Estado, são objeto de outro auto de infração nº 2015/4308, relativo a ICMS Substituição Tributária (Retenção na Fonte), adquiridas a título de Transferências de empresas do mesmo grupo, ficando com a responsabilidade pela retenção nas saídas internas, a que transcreve o contexto. E via de consequência, há o evidente Bis In Idem.

Diante do exposto, requer o conhecimento e o provimento ao Recurso Ordinário, para que: seja acolhida a nulidade do auto de infração, seja acolhida a nulidade da decisão recorrida, seja julgado improcedente o lançamento fiscal, seja ainda, relevada ou no mínimo reduzida à penalidade aplicada.

Observo mais uma vez, nesse tocante ao seu direito de defesa, a Recorrente emitiu e assinalou nada mais nada menos de que 97 (noventa e sete) itens em argumentos e alegações. “*Data vênia*”, No seu amplo direito de defesa e do contraditório.

Perquirida, a Representação Fazendária em sua análise e manifestação discorre da inconformidade exposta pela recorrente da decisão em Sentença de Primeira Instância. Analisando o alegado neste Recurso Voluntário, entende em argumentos lógicos e jurídicos apreciáveis, todavia, maior parte inadequada para ser oferecida a apreciação desse colegiado, no controle difuso de Constitucionalidade, foge, extrapola, ao julgamento deste COCRE.

E, de toda exaustiva peça recursal, mostram-se as mesmas hábeis para provocar, limitado ao argumento de que a sentença trás demonstração de graves erros, objeto destes, posto que, não examinou pontualmente os argumentos lógicos e legais expostos, isto é não exauriu toda a matéria, alegada em impugnação.

Disto resulta nulidade latente da sentença, em principio da Segurança Jurídica. Já que devem ser analisadas todas as argumentações postas, esclarecendo as razões de fato e de direito, pelas quais acolhe ou refuta, os argumentos.

Destaque-se a informação proferida em sentença, de que a Impugnação foi refutada no atacado.

E, Nas omissões e imprecisões observáveis, recomenda a anulação da sentença singular, por não atender requisitos de validade e eficiência do art. 56, Lei 1.288/01.

Todavia, a reforma da decisão singular, na caducidade do crédito reclamado no contexto 4.1, por entender que a decadência (por homologação) vinda do Art. 150, § 4º, CTN, consumou seus efeitos deletérios de janeiro a setembro 2010.



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Também, ao alegado de que o conteúdo reclamado nesse auto de infração ser objeto de outro auto de infração que caracteriza a ocorrência de Bis In Idem.

Além do derivado da não-cumulatividade na compensação dos créditos relativos às entradas, devido ao anular o benefício fiscal de TARE.

Que, não sendo este o entendimento do COCRE,

A Representação Fazendária recomenda no mérito, a reforma parcial da decisão singular do feito, por entender que face ao fato, da grande parte do crédito reclamado no contexto 4, exercício de 2010, estão irremediavelmente caducos.

É em síntese o Relatório,

VOTO

Vistos, analisados e discutidos o presente processo. Tem-se que a Fazenda Pública Estadual, reclama em lançamentos efetuados através de cinco (05) contextos (4.1, 5.1, 6.1, 7.1, 8.1) do Auto de Infração, o ICMS NORMAL, proveniente de aproveitamento de crédito presumido de ICMS, em desacordo com a legislação tributária, utilizando de um benefício fiscal, pró-indústria, pactuado por meio de Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.907/2007 em Aditivo 03/2010, o qual é exclusivamente destinado para mercadorias industrializadas pela acordada. Benefício este Utilizado nas referendadas notas fiscais em saídas de mercadorias adquiridas beneficiadas e/ou outras, advindas de terceiros, que não industrializada pela acordada. Nos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013, 2014.

Insurge o sujeito passivo, por meio de seu causídico irrisignável com a decisão em sentença singular, que lhe foi desfavorável, a propor Recurso Voluntário, que o faz pelas razões de fato e de direito, que a seguir aduzimos.

Das preliminares;

Inicialmente, partindo da premissa maior, a preliminar suscitada de Decadência, argüida tanto pelo Causídico do sujeito passivo, quanto pela Representação Fazendária, para o campo 4.1 deste auto de infração. Atinente ao período de janeiro a novembro de 2010, haja vista que a Intimação/Notificação, direta no Auto de Infração ocorreu em 28/10/2015, na possível caracterização da decadência parcial, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

A Decadência corresponde a um “prazo” estipulado em Lei, no exercício de um direito, para que a Fazenda Pública reveja a escrituração fiscal declarada de seus contribuintes, seus recolhimentos, pagamentos. E, este “prazo” tem por norma nos preceitos do Art. 150, § 4º, CTN, Lei 5.172/66, em **Lançamento por homologação**. Tem-se para homologação, o imposto declarado pelo próprio contribuinte, os registros em livros próprios, equivalentes ao “ICMS”, vindo de cotejamento Débito x Crédito e apuração nestes seus livros fiscais próprios. Onde o Prazo via de regra, e da norma convencional, será ele de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo, considera-se homologado e extinto o crédito tributário.

É sabedor que, o ICMS na sua totalidade é tido por homologação. Isto é, onde os tributos, objeto dessa modalidade de lançamento por homologação, são classificados como *tributos declaratórios*. A declaração da existência e do valor do crédito tributário é feita pelo próprio contribuinte ou responsável. Nessa modalidade de lançamento por homologação, o contribuinte presta informações à autoridade administrativa, calcula o valor do tributo devido, efetuando ele próprio sua notificação para o recolhimento geralmente em Documento Arrecadação Receitas Estadual - DARE, e o paga, e aguarda a confirmação denominada HOMOLOGAÇÃO, de seus atos por parte do Fisco, da Administração Tributária.

Que desta forma, a Fiscalização a confirma **por homologação** de forma *expressa* ou *tácita*, ou não, dentro do “**prazo legal**”, estipulado em **§ 4º, do art. 150, do CTN**. Assim o sendo em **tributos declaratórios por homologação**.

Contudo, aquele crédito tributário, encontrado pela fiscalização, de forma irregular, apresentado nos registros escriturados e feitos pelo contribuinte, proveniente de benefício fiscal não autorizativo para a operação, objeto de não pagamento do tributo, e, em descumprimento de obrigação acessória, e, assim constituído por **lançamento de ofício** em auto de infração, obedece ao “**prazo legal**” em mandamento do art. 173, I, II, Parágrafo Único, do CTN, Lei 5.172/66, “**Verbis:**”

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (grifos nosso).

Insta reproduzir trecho da autuante sobre a matéria, em solicitação por despacho do Julgador Singular para com a autuante, adotado por ele, que aduz:

...”com parecer ao alegado á parte do lançamento alcançado pela Decadência por homologação, que o valor reclamado não se trata de imposto declarado, logo, se o tributo não foi declarado nem pago pelo contribuinte, a aplicação é do Art. 173, do CTN”.

Diante da legislação acima esposada, é por demais claro e límpido, que não houve caducidade da Fazenda Publica em decadência, para os períodos indicados, ainda mais a querer aplicar legislação do art. 150, § 4º, CTN, Lei nº 5.172/66, imprópria para o fato gerador da obrigação.

Insta também observar que o sujeito passivo, ao estar “*sob ação fiscal*”, perde a espontaneidade relacionada com a infração denunciada. Nos preceitos do art. 128, § 1º, Lei 1.287/01, “**verbis**”:

Art. 128. A responsabilidade pelo pagamento de multa é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do imposto devido ou do depósito da importância arbitrada pelo Secretario da Fazenda, quando o montante do tributo depender de apuração.

§ 1º - Não se considera espontânea a denuncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionada com a infração denunciada. (Grifos nosso)

Creio que desta forma enganou-se e despercebeu a Representação Fazendária, e o Recorrente, nesse seu entendimento á esta exigência tributária, para este seu pedido. Rejeitada unanime.

Que “**Data vênia**”, de todo o exposto, é de ser Rejeitada essa preliminar de Decadência, arguida da Representação Fazendária. Da mesma forma Rejeito a essa preliminar aventada também pela Recorrente.

Ainda de preliminar,

Da nulidade da decisão recorrida por erro na sentença singular, Da necessidade de reforma da decisão recorrida. Resumida em Cerceamento a Defesa por não ter analisado “*in decisium*” os itens pontuados e questionados.

Temos que aduzir;



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

É de ser ver com “bons olhos” a realidade dos fatos. O argumentado e alegado, onde o sentenciador trás a verdade material, consubstanciada dos 88 (Oitenta e oito) itens ou tópicos, na maioria reprises ou repetitivos de alegações, de Preliminares não acatadas, de Mérito, ao negado provimento, em um exibicionismo de cultura jurídica, nos excessos acadêmicos, que são até infundadas pela matéria tributária em infração, acerca do controle difuso de Constitucionalidade, de caráter confiscatório da multa, advindos produzidos pelo impugnante. Onde estas foram combatidas pelo Sentenciador na legalidade tipificada, expressa da Lei, para com sua aplicação na Decisão ser Procedente o crédito tributário, e que, foi desfavorável ao sujeito passivo. E também na segurança jurídica, apontada e tipificada em infração.

Que, “**Data Máxima Vênia**”, é de ser rejeitada a estas arguidas preliminares de nulidade em cerceamento da defesa, da decisão recorrida por erro na sentença singular. Da necessidade de reforma da decisão recorrida. Resumida em Cerceamento a Defesa, em não ter analisado “*in decisium*” os itens pontuados e questionados.

Imperativo aclarar visto é, não existir o cerceamento de defesa a que diz o recorrente, em ser observado na sentença singular. O combate do sentenciador nas preliminares e de mérito, dentro do pedido argumentado e alegado pelo autuado, foi principiado nas expostas razões de fato fundamentados e em tipificação da infração denunciada.

E, haja vista que foi proporcionado ao sujeito passivo em seu amplo direito de defesa e do contraditório, no expor suas teses de defesa, que, do exposto foram combatidas pelo Julgador de Primeira Instância, em sentença, na medida do alegado e argumentado, dentro da legalidade, a que entendeu o sentenciador. Motivo pelo qual Rejeito. Rejeitada por unanimidade.

Contudo, na análise deste Conselheiro, aos autos, que verifico a existência de incongruências em falhas nos Contextos do auto de infração para com o resultado do Levantamento Básico do ICMS, e erros formais na elaboração do de Demonstrativo do Crédito Tributário, que o contamina, maculam e tira a veracidade dos fatos informados para com a cobrança do ICMS, fls. 69 dos autos.

Que na questão de Ordem, motivo pelo qual este Conselheiro entendeu por bem alegar a Preliminar de Cerceamento de Defesa em Nulidade para os Contextos 4.1 a 8.1, aos valores originários de campos 4.11 a 8.11, deste Auto de Infração, fundamentado no seguinte;

Antes, porém, advertindo sobre a validade da infração;



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Não resta dúvida de que o sujeito passivo praticou a infração denunciada. É comprovado esta o descumprimento de cláusula pactuada em Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, por parte da impugnante, haja vista ao apropriar-se do crédito presumido de ICMS, para uma carga tributária de 2% (dois por cento), e alterações, em saídas (vendas) de mercadorias/produtos resultantes da aquisição de terceiros, em NÃO industrialização destas pela empresa, e SIM de mercadorias e ou produtos adquiridos já beneficiados e outros que, não industrializados pela acordada.

É incontestado quanto à identificação das saídas das mercadorias e ou produtos destas operações de vendas e transferências em notas fiscais, não serem industrializadas pela Autuada, ora sujeito passivo.

Que dentre as regras estabelecidas não pode o sujeito passivo usufruir do crédito presumido, amparado no postulado e pactuado em cláusula Primeira e Subcláusula Única, do Aditivo 03/2010 ao TARE nº 1.907/2007, “*verbis*”:

Cláusula Primeira – Em substituição ao regime normal de escrituração e apuração do imposto sobre operações relativas à circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, a ACORDADA poderá beneficiar-se de crédito presumido de tal forma que a carga tributária efetiva corresponda a 2% (dois por cento) do valor das operações de saídas de mercadorias tributadas em seu estabelecimento.

Subcláusula Única – O disposto nesta cláusula somente se aplica às saídas de mercadorias industrializadas pela ACORDADA. (Grifos nosso).

Ademais em observância a concessão em Cláusula Segunda, incisos I, II, III, do pactuado Aditivo 03/2010 ao TARE nº 1.907/2007, “*verbis*”

Cláusula Segunda – A ACORDADA, é concedido cumulativamente com benefício fiscal previsto da cláusula anterior, um crédito presumido nos seguintes percentuais:

I – 0,5% nas saídas internas e interestaduais de produtos industrializados em seu estabelecimento, desde que comprovados a geração de 601 a 680 empregos;

II – 1% nas saídas internas e interestaduais de produtos industrializados em seu estabelecimento, desde que comprovados a geração de 681 a 700 empregos;

III – 1,9% nas saídas internas e interestaduais de produtos industrializados em seu estabelecimento, desde que comprovados a geração acima de 770 empregos; (Grifos nosso).



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Destarte vê-se mediante estas cláusulas pactuadas em TARE, a impropriedade cometida em infração e praticada pelo acordado, o sujeito passivo, que concorreu para o ato.

Insta ainda observar que não se trata de Crédito do Imposto, no princípio da não comutatividade, do cotejamento Débito X Crédito, mas sim de uma apropriação em benefício fiscal, de forma indevida, vez concedida à atuada, sujeito passivo, em Crédito Presumido, para que a carga tributária seja de 2% (dois por cento), nas saídas de mercadorias INDUSTRIALIZADAS, pela Acordada.

Ao exposto, passo a delimitar as questões vistas de nulidade;

De outra forma, tem-se que, ao verificar o respectivo Levantamento Fiscal, Básico do ICMS, acostados as fls. 356, 357,358, 359, 360, e avistar constar, por trazer e indicar em “RESULTADOS”, nos seus campos próprios, o **item 26 – ICMS não registrado e não recolhido**, porquanto em Contextos, 4.1, 5.1, 6.1, 7.1, 8.1, ser: ...**“referente ao aproveitamento de crédito do imposto em desacordo com a legislação tributária, quando comercializou mercadorias adquiridas de terceiros... o qual é exclusivamente para mercadorias industrializadas pela acordada”**. Vê-se que destoa uma infração de outra, ferindo o art. 35, inciso I, alínea C, da Lei 1.288/01.

Não obstante, a atuante fazer e trazer notas explicativas em “OBSERVAÇÕES”, constantes às fls. 05 dos autos, na indicação dos procedimentos adotados pela auditoria, para os resultados alcançados em Demonstrativo do Crédito Tributário, em fls. 69, dos autos.

No entanto, o Demonstrativo do Crédito Tributário, fls. 69, se torna confuso, nos valores indicados em seus quadros, por serem divergentes, ademais para o exercício de 2010, em constarem dois valores, não trazendo informações a que se referem, visto para os exercícios seguintes apenas um valor.

Ao que concerne ser a infração na apropriação indevida do benefício fiscal em Crédito Presumido, para uma Carga Tributária efetiva de 2% até julho do exercício de 2010, e de 0,1% de agosto do exercício de 2010 em diante até o exercício de 2014, ao entender como recolhido / pago o valor inerente deste ICMS, e sendo este restituído ao cálculo, como forma de se apurar o valor real para a carga tributária do ICMS NORMAL, ser em alíquota de 12% nas operações interestaduais e de 17% nas operações internas.

Ocorre que para recompor os valores, estes devem ser, distintas a seguir a cada alíquota, diferenciadas que são de 12% e 17%, na exigência de cada uma em reclamação tributária, ao ICMS NORMAL.



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Da mesma forma para as operações distintas ao regime de Substituição Tributária, que deve ser individualizada. Observando a cláusula Quinta do Aditivo 03/2010 ao TARE 1.907/2007, a saber, “**verbis**”:

Cláusula Quinta – A ACORDADA é dispensada da obrigatoriedade do recolhimento do ICMS substituição tributária de mercadorias ou serviços a serem empregados em processo de produção, industrialização, transformação ou manipulação.(grifos nosso).

É de se ater que, para estas mercadorias em saídas (vendas) no regime normal de tributação, deve ser feita a recomposição para o ICMS NORMAL, de conformidade com os preceitos legais da não cumulatividade do imposto, em cotejamento do Débito X Crédito, já que assim deve ser recolhido este ICMS Substituição Tributária.

Contudo, para o ICMS NORMAL, embora a particularidade do TARE é do benefício fiscal em crédito presumido, reportamos á Cláusula Terceira, incisos I, II, subcláusula Única, Cláusula Quarta, e subcláusula Única, do Aditivo 03/2010 ao TARE 1.907/2007, a saber “**verbis**”:

Cláusula Terceira – A opção pela forma de escrituração e apuração prevista nas cláusulas anteriores implica em não escrituração dos créditos fiscais relativos às operações anteriores e ao estorno do saldo credor de ICMS porventura existente à data da opção, devendo ser observado, quanto à escrituração do Livro Registro de Apuração do ICMS: (Grifos nosso)

I – informar no campo “Outros Créditos”, o valor do crédito presumido na forma estabelecida nas cláusulas anteriores;

II – fazer constar em campo “Observações”, que o imposto foi apurado em conformidade com o “TARE nº 1.907/2007”.

Subcláusula Única – As notas fiscais de entradas da ACORDADA serão lançadas nas colunas “valor contábil” e “Outras” do livro registro de entradas. (Grifo nosso)

Cláusula Quarta - A ACORDADA emitirá normalmente as notas fiscais de saídas, com o respectivo destaque do ICMS incidente sobre cada operação, indicando inclusive, a redução prevista para base de cálculo, na conformidade do art. 8º do RICMS.

Subcláusula Única – As Notas Fiscais emitidas serão escrituradas normalmente segundo o RICMS.

Ademais, visto é das relacionadas notas fiscais em Levantamento do ICMS - Planilha auxiliar, e Demonstrativo do Crédito Tributário, de operações em vendas (saídas) de mercadorias, serem internas na alíquota de 17% CFOP



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

5.102, e externas na alíquota de 12%, CFOP 6.102, também constar operações CFOP 5.405, - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária na condição de substituído. Ainda no CFOP 6.557, em transferências de mercadorias/material de uso e consumo. Constatado em Levantamento Básico do ICMS, e no auxiliar Demonstrativo de Notas Fiscais de Saídas de Mercadorias, não industrializadas pela acordada, dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013, 2014.

De todo o exposto vê-se como a causar o Cerceamento de Defesa ao sujeito passivo, esculpido em artigo 28, inciso II, da Lei 1.288/01, "**Verbis**,"

Art. 28. É nulo o ato praticado:

[.....]

II – com cerceamento de defesa;

Do cerceamento de defesa, no supedâneo deste Art. 28, Inciso II, e "*decisão*", em art. 29, da Lei 1.288/01. Por unanimidade.

Na pontuada falta de subsunção do fato, da INFRAÇÃO, na exigência do ICMS, obrigação principal, descrita em contexto, porém macula o procedimento, advinda do Art. 35, inciso I, alínea C, inciso IV, Lei 1.288/01, ser de Notas Fiscais de saídas de mercadorias tributadas, para a cobrança do ICMS NORMAL, em referido Aproveitamento indevido de Crédito Presumido.

Visto é por indicação no Levantamento Básico do ICMS, ao trazer no campo próprio de "Resultados" do Levantamento Fiscal, como infração não aquela descrita em contextos do auto de infração.

E ademais, no Demonstrativo do Crédito Tributário, não indicar os resultados individualizadas de operações internas e externas, alíquota de 17% e 12%, ainda com algumas notas fiscais serem em Transferência de mercadorias de uso e consumo a que se infere a infração imputada, e mais operações no regime de substituição tributária.

Notadamente, devido às operações indicadas nas notas fiscais de Saídas de mercadorias emitidas como tributadas, trás a incerteza que paira em clareza no Demonstrativo do Crédito Tributário, na exigência da reclamação tributária para a cobrança do imposto enseja Aproveitamento indevido de Crédito Presumido para com o ICMS NORMAL.

Vê-se o cerceamento de defesa, caminhar para a nulidade, haja vista, nestes Levantamentos e demonstrativos do crédito tributário, que não se



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

encontram dentro das Técnicas de Auditoria, para estes procedimentos, os quais devem ser individualizados para cada operação distinta, serem reclamados em contextos distintos do auto de infração.

Diante da nulidade exposta, deixa-se de analisar as questões de Mérito.

E de todo o exposto, conheço deste recurso voluntário, para Negar-lhe provimento, E em arguir para acatar preliminar de nulidade aos campos 4.1 a 4.11, 5, 6, 7, ao 8.1 a 8.11, nos valores originários deste auto de infração, por cerceamento de defesa com erro no Demonstrativo do Crédito Tributário, e Julgar extinto os campos 4, 5, 6, 7, 8, sem análise de Mérito, na imputação que lhe foi dirigida através da Peça Basilar em apreço.

É como voto.

DECISÃO

Certifico que na conformidade da ata da sessão ordinária hoje realizada, o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade da reclamação tributária de cerceamento à defesa, por erro no demonstrativo do crédito tributário, arguida pelo conselheiro relator, para julgar extinto o processo sem análise de mérito. Os advogados Adriano Guinzelli e João Gabriel Romani Bueno de Alcântara fizeram sustentação oral pela Recorrente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Maria das Graças Vito da Silva Veloso, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante e Ricardo Shiniti Konya. Presidiu a sessão de julgamento aos dezoito dias do mês de dezembro de 2017, o Conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e seis dias do mês de março de 2018.

Suzano Lino Marques
Presidente

Heverton Luiz de Siqueira
Conselheiro Relator



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

