

**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



ACÓRDÃO Nº:	027/2019
PROCESSO Nº:	2014/6140/500561
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2014/001536
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.803
INTERESSADO:	UTC ENGENHARIA S/A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.431.874-7
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS – REGISTRADO E NÃO RECOLHIDO. APROVEITAMENTO INDEVIDO CRÉDITO. INSUMOS CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPRESA NÃO CONTRIBUINTE DE ICMS. PROCEDENTE EM PARTE. É procedente em parte a reclamação tributária no valor reconhecido e pago pelo sujeito passivo após a atuação, o valor não reconhecido é improcedente, por tratar-se de empresa não contribuinte do ICMS, nos termos da Súmula 432 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

RELATÓRIO

A Empresa UTC ENGENHARIA S/A é autuada por meio de lançamento de ofício neste auto de infração, na reclamação tributária de ICMS Normal em campo 4.11 - Valor originário de R\$ 133.448,23, em campo 5.11 – valor originário de R\$ 29,75, em campo 6.11 – valor originário de R\$ 7,66.

Trás descrição em contexto da infração ao campo 4.1, em síntese, que, o sujeito passivo deverá recolher o ICMS normal, referente à aproveitamento indevido de crédito do ICMS, com base na legislação tributária do Estado de São Paulo, outra unidade da Federação, conforme constado no levantamento básico do ICMS, do exercício de 2012.

Já para as descrições em contextos da infração aos campos 5.1, 6.1, em síntese, que, o sujeito passivo deverá recolher o ICMS normal referente ao registrado e não recolhido proveniente do cotejamento entre crédito e débito, conforme constado no levantamento básico do ICMS, dos exercícios de 2012, 2013.





Tipificou a Infração em campo 4.13, a que se leia: Art. 20, inciso I, Lei 1.287/01, c/c art.32, parágrafo 1º, Lei 1287/2001, onde postula:

Art. 20. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[.....]

I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 32. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento eu tenha recebido as mercadorias ou para a qual tenham sido prestados os serviços, está sujeito à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidas na legislação.

§ 1º. O direito ao crédito está condicionado à regularidade da documentação na conformidade do regulamento.

Trás a infração para os campos 5.13 e 6.13, que se leia Art. 20, inciso I, Lei 1.287/01, c/c art. 28, inciso III, Lei 1287/2001, onde postula.

Art. 20. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[.....]

I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 28. O período de apuração e os prazos de pagamento do imposto serão definidos e fixados em regulamento que atenderá ao seguinte:

III – se o montante dos débitos do período superior o montante dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado por ato do Secretário da Fazenda;

Trás como penalidade sugerida campo 4.15 no art. 48, inciso IV, alínea “e”, para os campos 5.15, 6.15, art. 48, inciso I, todos da Lei 1.287/01, (Redação dada pela Lei 2.253/2009), respectivos a saber:





Art. 48. A multa prevista no inciso I do artigo anterior será aplicada na forma a seguir: (Redação dada pela Lei 2.253/2009).

[.....]

VI– 120 %, quando a falta de recolhimento do imposto decorrer da: (Redação dada pela Lei 2.253 de 16.12.09)

e– aproveitamento indevido de crédito do imposto;

I – 60%, na hipótese de não recolhimento do imposto declarado em documento de informação e apuração; (Redação dada pela Lei 2.253 de 16.12.09)

O autuante juntou aos autos, cópia do levantamento básico do ICMS em planilha de lançamento de ofício (PLO), cópias dos livros registros de apuração do ICMS, notificação nº 04/2014, correspondência via postal, dos exercícios 2012, 2013. Acostados as fls. 05 a 11 dos autos.

O sujeito passivo é intimado (fls. 12) do Auto de Infração, vi postal, fls. 12-A, com devolução da correspondência por não localizar o contribuinte.

Então a Agência de Atendimento de Porto Nacional procede com o edital de intimação, com fixação em 17.07.2014 e desafixação em 22.08.2014.

É juntado aos autos um espelho do DARE, fls. 14, informando ser referente a pagamento dos campos 5.11 - valor originário de R\$29,75, e campo 6.11 – valor originário de R\$ 7,66, perfazendo o total de R\$ 37,41, do auto de infração nº 2014/001536, processo nº 2014/6140/500561, na data de 15.08.2014, cnfirmado através da planilha de arrecadação da SEFAZ, dando conta da entrada do valor ao erário Estadual.

Comparece então o sujeito passivo aos autos, por meio de Procuradora, fls. 21, a pleitear defesa ao campo 4.1, “*data vênia*” nos fatos a que alega e argumenta em sua tempestiva Impugnação ao auto de infração acolhida em 14.08.2014, conforme carimbo da Agencia de Atendimento de Porto Nacional.

Da preliminar; de improcedência do auto de infração;

Questiona a exigência do imposto – ICMS de empresa não contribuinte, por aproveitamento indevido de crédito tributário, conforme consta do campo 4.1 do auto de infração evidenciado.





Observa que esta corte administrativa já decidiu que a impugnante não é contribuinte do ICMS, com base citando e transcrevendo o Acórdão nº 033/2013.

Que a empresa impugnante é de construção civil, não contribuinte do ICMS, que adquire mercadorias para serem utilizadas em suas construções.

De mérito;

Aduz e justifica o sujeito passivo, ocorre que às vezes necessita e precisa devolver mercadorias que chegam quebradas ou com defeitos com as características técnicas diferentes do pedido, nestes casos é preciso fazer a devolução das mesmas.

Partindo destes fatos, a legislação tributária dispõe para emissão de notas fiscais a fim de acobertar operações interestaduais de devolução de mercadorias em documentos a que se trata para a mesma mercadoria, o mesmo valor, a mesma base de cálculo, a mesma alíquota que acobertou a operação original.

E, vez que impugnante não é contribuinte do ICMS, e o Regulamento do ICMS – RICMS, em legislação dispõe poder a empresa creditar-se do imposto lançado para compensação como débito fiscal, na interpretação do art. 18, inciso XVIII, alíneas “a”, “b”, c/c art. 28, inciso X, RICMS – Decreto 2912/2006. Transcreve verbus.

Que o dispositivo citado da legislação tributária do Estado de São Paulo, indicada e que consta informada no Livro Registro de Apuração, trata-se de um erro do sistema.

Para provar os alegados acima, o sujeito passivo juntou a impugnação cópias do livro registro de saída e entrada, livro registro de apuração do ICMS, cópia das notas fiscais de devoluções – DANFE's, acostados as fls. 21 a 57 dos autos.

O processo é distribuído ao Julgador de Primeira Instância, para análise e sentenciar.

E em sua análise ao processo, entende o julgador proceder com questionamento e saneamento aos autos, conforme itens solicitados ao autor do feito ou substituto.

O processo é distribuído ao auditor substituto, que se manifesta de forma contraditória ao que foi pedido e solicitado em despacho nº 070/2016,





deixando de atender a contendo aos questionados. Encaminhado o processo ao CAT.

O processo é novamente distribuído a outro julgador de primeira instância, que revendo e analisando o processo, sente necessidade de firmar entendimento e convencimento da exigência, buscando no saneamento dos autos e por isso emite despacho nº 103/2016 – CAT/JPI/JCM, para o autor de o procedimento atender ao que se requer.

Destinado o processo ao mesmo auditor substituto, este atende ao solicitado em despacho, juntando documentos e elaborando Termo de Aditamento, acostados as fls. 67 a 81 dos autos. Encaminha-se o processo a Agencia de atendimento para notificar ao sujeito passivo do Termo Aditivo e outros.

Deste fato é notificado o sujeito passivo, por intermédio de correspondência em aviso via postal, fls. 84, sendo devolvido por não localizar o contribuinte.

Em seguida a Agencia de Atendimento de Porto Nacional lavra procedimento de edital de intimação, com fixação no placar em data de 20.06.2017 e desafixação em data de 27.07.2017.

Não comparecendo o sujeito passivo no prazo legal, é lavrado o Termo de Inocorrência de manifestação, pela Agencia de Atendimento.

E novamente o processo é distribuído e encaminhado ao mesmo julgador de primeira instância, para sentenciar.

O Julgador, já em sentença singular, emite o relatório nos fatos da peça inaugural, da infração tipificada, dos documentos anexados pelo autuante e das alegações e argumentos da peça impugnativa, também dos documentos e Termo Aditivo trazido pelo auditor substituto.

Não há preliminar.

De mérito;

Entende o julgador singular, dos fatos e fundamentos, que a autuada atua no ramo da Construção Civil, cuja atividade não é contribuinte do ICMS, de acordo com a Lei Complementar nº 116/2003, portanto não está sujeita à obrigação principal e obrigação acessória, relativas ao ICMS.





E mais, ocorre que a impugnante apresentou as provas necessárias para tornar a reclamação tributária ineficaz, pois os trabalhos executados pelo fisco foram evidenciados em erros técnicos de elaboração o que desqualifica para a reclamação tributária pretendida. E por estarem em desacordo com os requisitos estabelecidos na legislação tributária apresentada em impugnação.

Firma convencimento o julgador em parecer do auditor substituto, fls.67 a 80, trazendo que o sujeito passivo apenas compensou créditos com débitos no momento da devolução de mercadorias, conforme cópias de notas fiscais fls. 44/57, e analisando a descrição das mercadorias nota-se tratarem de instrumentos e materiais usados na construção civil. Bem como o assentamento dos documentos em registros nas cópias de Livros Registro de Entrada e Saída, e Registro de Apuração do ICMS.

Que, portanto houve sim a efetiva operação de devolução mercadorias em notas fiscais, compulsando ser o crédito do ICMS das entradas anulado com o débito do ICMS pelas saídas, não havendo crédito tributário a ser reclamado.

Que para os campos 5.1 e 6.1, trata-se de resquícios de ICMS, como registrados e não recolhidos, encontrados pelo autuante, admitidos e recolhidos pelo sujeito passivo em DARE, e planilha de Arrecadação da SEFAZ, em cópias acostados as fls.14/15 dos autos.

E decidindo, diante do exposto, conhece da impugnação apresentada, concede-lhe provimento parcial, e julga procedente em parte o auto de infração, absolvendo o sujeito passivo do crédito tributário, em exigência ao campo 4.11 – valor originário de R\$ 133.448,23 (Cento e trinta e três mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e vinte três centavos) e condenar ao pagamento das reclamações tributárias indicadas em campo 5.11 – valor originário de R\$ 29,75 (vinte e nove reais e setenta cinco centavos), e campo 6.11 – valor originário de R\$ 7,66 (sete reais e sessenta e seis centavos), com os demais acréscimos legais, estampados na peça basilar em apreço e extinto pelo pagamento conforme DARE acostado as fls. 14, dos autos.

Mediante o julgado, em decisão ao campo 4, submete a apreciação do colendo conselho, nos termos dos artigos 56 e 58 da Lei 1.288/2001, com redação dada pela Lei 3.018/2015.

Perquirida, a Representação Fazendária observa quanto ao reexame necessário, na improcedência ao crédito tributário de campo 4.11, do auto de infração.





Para a exigência tributária só pode admitir a prova material direta, ou seja, a mesma que também servirá ao sujeito passivo como contraprova, de que não descumpriu com a obrigação.

Que das razões de inconformidades expostas, constituem o contraditório exercício de defesa, haja vista a apresentação de alegações e argumentos ofertados como meio de provas no respaldo em evidências de erro formal e material produzido do levantamento em lançamento de ofício.

Que de fato, o lançamento para exigir o ICMS nasceu de vício de interpretação na emissão de notas fiscais eletrônicas, em devoluções de mercadorias adquiridas, respaldada no cotejamento crédito versus débito do ICMS, que fulmina quanto ao mérito.

Do exposto o parecer é pelo provimento do recurso oficial, pede seja mantida e confirmada a decisão singular tal como assentada.

O Presidente do CAT encaminha o processo a Agência de Atendimento de Porto Nacional para ciência da decisão em sentença singular e manifestação em parecer da representação fazendária.

É notificado o sujeito passivo, da sentença singular, e parecer da REFAZ, as fls. 97, via Edital de Notificação.

E o sujeito passivo deixa de comparecer ao processo.

É em síntese o relatório,

VOTO

Vistos, analisados e discutidos os autos deste processo, têm-se que; contra o sujeito passivo acima qualificado a Fazenda Pública formalizou o lançamento de ofício em auto de infração nº 2014/001536, no teor dos 03 (três) contextos que abrangem os exercícios de 2012, 2013, para reclamar do sujeito passivo, que deverá recolher o ICMS Normal, referente à aproveitamento indevido de crédito do ICMS, com base na legislação tributária do Estado de São Paulo, outra unidade da Federação, conforme constado no levantamento básico do ICMS, do exercício de 2012. Já para as descrições em contextos da infração aos campos 5.1, 6.1, em síntese, que, o sujeito passivo deverá recolher o ICMS Normal referente ao registrado e não recolhido proveniente do cotejamento entre





crédito e débito, conforme constado no levantamento básico do ICMS, dos exercícios de 2012, 2013.

Insta trazer de início, estar a reclamação tributária no valor originário de campo 4.1 a 4.11, deste auto de infração em reexame necessário, nos preceitos dos artigos 56 e 58 da Lei 1.288/2001, redação dado pela Lei 3.018/2015, devido à decisão em sentença singular ser desfavorável a Fazenda Pública, nesta reclamação tributária indicada neste auto de infração.

Neste reexame necessário, a Representação Fazendária, indagada, se apresenta com sua manifestação. Que no presente caso, o sujeito passivo comprovou se tratar de meros registros de movimentação de materiais e equipamentos não sujeitos ao ICMS, e mesmo porque a empresa também tem como atividade o ramo de construção civil.

Que de fato, o lançamento para exigir o ICMS nasceu de vício de interpretação na emissão de notas fiscais eletrônicas, em devoluções de mercadorias adquiridas, respaldada no cotejamento crédito versus débito do ICMS, que fulmina quanto ao mérito.

Do exposto o parecer é pelo provimento do recurso oficial, pede seja mantida e confirmada à decisão singular tal como assentada.

Outro fato que merece destaque se reporta aos contextos 5.11 e 6.11, em que o sujeito passivo reconhece e aceita a reclamação tributária, de sua livre e espontânea vontade, abdicando-se de sua defesa em impugnação, ao apresentar guia de recolhimento em documento de arrecadação de receitas estaduais – DARE, (acostado as fls. 14 dos autos), no indicativo em campo de informações complementares, ser referente ao pagamento das reclamações tributárias nos valores originários de campos 5.11 e 6.11 do auto de infração nº 2014/002536, processo 2014/6140/500561.

Desta forma, é de se entender que os créditos tributários em valor originário aos campos 5.11 e 6.11, deste auto de infração, estão extintos pelo pagamento, nos preceitos do art. 156, inciso I, do CTN, Lei 5.172/66. **“Verbis”**:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento;

Vislumbro então para o crédito tributário em valor originário de campo 4.11, nesta decisão em sentença singular, a que compartilho com o julgador de primeira instância, no aspecto de que é para se entender que o crédito apurado do





Livro Registro de Apuração do ICMS, apropriado em livros fiscais, não traduzem as operações delineadas pelo autuante, para as exigirem.

E mais, ocorre que a impugnante apresentou as provas necessárias para tornar a reclamação tributária ineficaz, pois os trabalhos executados pelo fisco foram evidenciados em erros técnicos de elaboração o que desqualifica para a reclamação tributária pretendida. E por estarem em desacordo com os requisitos estabelecidos na legislação tributária.

E para se firmar entendimento e convencimento, visitando o parecer do auditor substituto, as fls.67 a 80, traz que o sujeito passivo apenas compensou créditos com débitos no momento da devolução de mercadorias, conforme cópias de notas fiscais fls. 44/57, e analisando a descrição das mercadorias nota-se tratarem de equipamentos, instrumentos e materiais usados na construção civil. Bem como o assentamento dos documentos em registros nas cópias de Livros Registro de Entrada e Saída, e Registro de Apuração do ICMS.

Que, portanto houve sim a efetiva operação de devolução das mercadorias em notas fiscais, compulsando ser o crédito do ICMS das entradas anulado com o débito do ICMS pelas saídas, não havendo crédito tributário a ser reclamado.

Assim na improcedência da reclamação tributária em campo 4.11 deste auto de infração.

Reportando ainda aos créditos tributários para os campos 5.1 e 6.1, trata-se de resquícios de ICMS, como registrados e não recolhidos, encontrados pelo autuante, admitidos e recolhidos pelo sujeito passivo em DARE, e confirmada em planilha de Arrecadação da SEFAZ, em cópias acostados as fls.14/15 dos autos.

Portanto para os créditos tributários em campos 5.11 e 6.11, são procedentes.

De todo o exposto, conheço do reexame necessário, nego-lhe provimento, para confirmando a sentença singular, julgar procedente em parte, absolvendo o sujeito passivo do crédito tributário, referente ao campo 4.11 no valor originário de R\$ 133.448,23 (Cento e trinta e três mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e vinte três centavos), e condenar ao pagamento das reclamações tributárias indicadas em campo 5.11 – valor originário de R\$ 29,75 (vinte e nove reais e setenta cinco centavos), e campo 6.11 – valor originário de R\$ 7,66 (sete reais e sessenta e seis centavos), com os demais acréscimos legais, considerados pagos, e extinto pelo pagamento conforme DARE acostado





as fls. 14 dos autos, e ainda na extinção deste processo nestas reclamações tributárias, dirigida pela peça basilar.

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, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou procedente em parte a reclamação tributária constante do auto de infração 2014/001536 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 29,75 (vinte e nove reais e setenta e cinco centavos) referente o campo e R\$ 7,66 (sete reais e sessenta e seis centavos) referente o campo 6.11, **e extinto pelo pagamento conforme DARE e relatório de arrecadação de fls. 14/15;** e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de 133.448,23 (cento e trinta e três mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e vinte e três centavos) referente o campo 4.11. O Representante Fazendário João Aberto Barbosa Dias fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Sani Jair Garay Naimayer, José Cândido de Moraes, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya e Maria das Graças Vito da Silva Veloso. Presidiu a sessão de julgamento aos dezoito dias do mês de outubro de 2018, o conselheiro Luiz Carlos da Silva Leal.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos onze dias do mês de fevereiro de 2019.

Suzano Lino Marques
Presidente

Heverton Luiz de Siqueira Bueno
Conselheiro relator



Publicado no Diário Oficial de nº 5.302, de 18 de fevereiro de 2019

SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS

