



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	119/2019
PROCESSO Nº:	2015/6040/505146
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.775
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2015/004422
RECORRIDA:	VLI MULTIMODAL S.A.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.442.884-4
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. OMISSÃO. COMPROVAÇÃO PARCIAL DE RECOLHIMENTOS. PROCEDÊNCIA EM PARTE – É procedente em parte a reclamação tributária, quando constatado que houve recolhimento parcial do diferencial de alíquota.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à exigência de ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, decorrente de aquisições de bens originários de outros Estados para integração ao ativo imobilizado ou uso e consumo próprio, no período de 01/01/2015 a 31/08/2015, totalizando o valor de R\$ 200.169,99 (duzentos mil, cento e sessenta e nove reais e noventa e nove centavos), conforme termo de aditamento ao auto de infração (fls. 02/03 e 394/395).

Foram anexados ao presente processo, o levantamento fiscal, Convênios ICMS 66/08 e 32/06, espelho da não apresentação da escrituração fiscal digital, intimações, comprovante do Correio, Relatórios de GIAM, Relatórios de Arrecadação, DIFs 2013, 2015, espelho do DIF e DANFES (fls. 04/265).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e apresentou impugnação acompanhada de documentos, arguindo preliminar de multa confiscatória e em suas razões de mérito, alega que não foram considerados os pagamentos do ICMS





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

diferencial de alíquota relativo a diversas notas fiscais de entradas e apresenta os comprovantes de recolhimento do DIFAL; que está sendo exigido ICMS DIFAL sobre operações que não enseja o pagamento do ICMS, por estar asseguradas pela não incidência ou isenção do tributo, inclusive sobre transferências entre Estabelecimentos do mesmo titular e cita diversas decisões do STJ; que está sendo exigido ICMS DIFAL sobre operações de não incidência, tais como de vendas a ordem (notas fiscais emitidas meramente para acompanhar o transporte das mercadorias), bem como, sobre entradas de mercadorias conferidas em bonificação que não incide o ICMS não existindo valor da operação e se refere a um desconto incondicional, citando decisão do STJ; que não deve prosperar a cobrança do DIFAL em operações envolvendo mercadorias beneficiadas pela redução da base de cálculo, conforme Convênio ICMS 52/91, tendo em vista que para fins de cálculo do DIFAL, o percentual será equivalente ao mesmo percentual da operação interestadual, o que conduz na ausência de diferença entre os percentuais e a consequência da inexigibilidade do DIFAL, não existindo DIFAL a ser recolhido em favor do Estado do Tocantins, relativamente as mercadorias elencadas no referido Convênio; que para cálculo não foi considerada a redução prevista em legislação, e por fim, pede perícia e diligência quanto ao pagamento parcial do DIFAL e quanto as mercadorias dadas em bonificação, nos termos dos itens 15 a 17, formulando 4 quesitos e ao final pede pelo cancelamento do presente auto de infração e o processo é remetido para julgamento (fls. 266/369).

Por sua vez, o julgador devolve o processo ao autor do procedimento para reanálise e manifestação quanto às alegações do sujeito passivo e documentos apresentados (fls. 370/371).

O autor do lançamento comparece ao feito apresentando termo de aditamento alterando os campos 4.1, 4.8 e 4.11, novo levantamento fiscal, relatório de arrecadação, espelhos de DARE e manifestação (fls. 372/395).

O sujeito passivo foi intimado por via postal e não comparecendo ao feito foi lavrado termo de inoportunidade de manifestação e o processo foi remetido para julgamento (fls. 396/399).

A julgadora de primeira instância relata que todos os requisitos mínimos e necessários previstos no art. 35, da Lei nº 1.288/01, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/11, foram observados na lavratura do auto de infração; que a impugnação é tempestiva e foi apresentada por meio de advogado devidamente





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

constituído, nos termos do *caput* do art. 20, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11; que os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.598/12, e o autuante identificado no campo 5, possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário.

Que a pretensão fiscal está tipificada e fundamentada no inciso XI, do art. 44, da Lei nº 1.287/01 c/c art. 35, do Regulamento do ICMS, e a penalidade sugerida é a prevista na alínea “e”, do inciso III, do art. 48, da Lei nº 1.287/01, com redação pela Lei 2.253/09.

O sujeito passivo em sede de impugnação pugna por diligência para produção de prova pericial quanto ao pagamento parcial do DIFAL, e quanto as mercadorias dadas em bonificação, nos termos dos itens 15 a 17, formulando quesitos, porém, entendeu que no presente caso é desnecessária a realização de diligência, pois dada oportunidade ao autuante foi realizado novo levantamento fiscal (fls. 372/373), que apurou novo valor da exigência tributária e o presente auto de infração foi aditado (fls. 394/395), no entanto, sendo o sujeito passivo intimado do termo de aditamento, este não compareceu ao feito, o que cai por terra o seu pedido.

Fora isso, mesmo que o sujeito passivo comparecesse reafirmando o pedido, é desnecessária a realização de diligência e perícia para produção de provas, por não se tratar de matéria que necessita de conhecimento técnico especializado, bastando para tanto, analisar a documentação juntada aos autos para solucionar a lide. Desta forma, deixou de analisar o pedido por estar ultrapassado pela modificação do presente auto de infração.

Quanto à preliminar de multa confiscatória arguida pelo sujeito passivo, esta também está ultrapassada pela alteração do presente auto de infração e o não comparecimento do sujeito passivo, e ainda que tivesse comparecido, essa instância julgadora não tem competência para arguir quanto à constitucionalidade da imposição de multas, apenas faz cumpri-las. O foro competente para tal é o Poder Judiciário, único ente que poderá apreciar a eficácia da multa sugerida. Portanto, passo a análise meritória deste contencioso.

O presente auto de infração exige diferença de alíquota - ICMS sobre a entrada de mercadoria ou bem oriundo de outro Estado, destinado a consumo ou





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ativo permanente e a utilização de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outras unidades da Federação e não esteja vinculado à operação ou prestação subsequente, que é alcançada pela incidência do imposto e está definida no art. 3º, da Lei nº 1.287/01, bem como, também se encontra definido a ocorrência do fato gerador do ICMS no art. 20, da Lei nº 1.287/01:

E para tanto, nestas hipóteses o art. 27, da Lei nº 1.287/01, define a alíquota do ICMS quando da ocorrência da incidência do ICMS e do fato gerador: O Levantamento do Diferencial de Alíquota do ICMS é feito pela análise das notas fiscais de aquisições e conhecimentos de transportes relativos à prestação de serviços de transportes originários de outros Estados para integrar o ativo permanente do sujeito passivo e consiste na apuração da diferença entre a alíquota interestadual do Estado remetente e a alíquota interna do Estado Tocantinense.

Levando-se em consideração as razões de mérito do sujeito passivo em sede de impugnação, o autuante refazendo seu trabalho original relacionou na planilha (fls. 372/373), as notas fiscais referentes às aquisições de bens oriundos de outras unidades da federação, e conforme afirmado na sua manifestação, considerou os pagamentos do ICMS diferença de alíquota (fls. 329/340), apresentados pelo sujeito passivo, excluindo-os da referida planilha e ainda apurou ICMS - diferença de alíquota totalizando o valor de R\$ 200.169,99 (duzentos mil, cento e sessenta e nove reais e noventa e nove centavos).

Em análise às alegações da autuada e o novo levantamento fiscal realizado (fls. 372/373), constata-se que as notas fiscais 253013, 80272 e 3682 (fls. 347/350 e 352), apresentadas pelo sujeito passivo foram excluídas e não são mais objeto de exigência tributária. Já a nota fiscal 140724 (fls. 351), permanece no levantamento fiscal e está sendo objeto de cobrança e se verificarmos a referida operação se trata de aquisições de cumeeiras e isotelhas, portanto é devido o DIFAL sobre tais aquisições.

As notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal (fls. 372/373), relativas aos meses de janeiro (fls. 35/58), e fevereiro (128403 e 128404 - fls. 67/68), se referem a aquisições de construções pré-fabricadas e são produtos adquiridos para integração ao ativo imobilizado/consumo da própria autuada, totalizando o DIFAL no valor de R\$ 18.222,95 (dezoito mil, duzentos e vinte e dois reais e noventa e cinco centavos).





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

As notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal (fls. 372/373), relativas aos meses de janeiro (17210), maio (NF 82019), junho (NF 1017), e julho (5018, 83498, 83486, 83497, 83498, 83499, 83500, 83501, 83502, 83503, 83504 e 140724), se referem a aquisições de vergalhões, telhas perfiladas, base metálica, brita, cumeeiras, pingadeira, contra-rufos e isotelha, e são produtos adquiridos para integração ao ativo imobilizado/consumo da própria autuada, e conforme definido na legislação tributária e já transcrito acima incide o diferencial de alíquota sobre tais operações, totalizando o valor de R\$ 6.901,10 (seis mil, novecentos e um reais e dez centavos).

Em relação à nota fiscal (fls. 69), relacionada no levantamento fiscal (372/373), referente ao mês de fevereiro (128405), esta se refere a aquisições de perfil alumínio e diferentemente do que afirma o sujeito passivo, embora à nota fiscal (128405 – fls. 69), se refira à operação de bonificação, sabe-se que a autuada não comercializa mercadorias e, portanto, é certo que a mercadoria recebida em bonificação será utilizada pelo próprio estabelecimento, desta forma, sobre ela também incide o DIFAL, assim como definido na legislação tributária e já transcrito acima, totalizando o valor de R\$ 12,58 (doze reais e cinquenta e oito centavos).

Por outro lado, em relação às notas fiscais (fls. 96/97), relacionadas no levantamento fiscal (372/373), relativas ao mês de abril (3423 e 3425), estas se referem a aquisições, cuja natureza da operação é vendas a ordem e cujas notas fiscais foram emitidas, nos termos do art. 406, do Regulamento do ICMS, somente para transportar as mercadorias e dos campos de informações complementares das mesmas, observamos que as notas fiscais de aquisições são 3421 e 3420, e que foram emitidas ao adquirente das mercadorias, embora não tenham sido apresentadas as referidas notas fiscais, não é cabível exigir DIFAL sobre as remessas de venda a ordem, por contrariar as regras da referida operação, e principalmente porque quem de fato adquiriu o produto foi destinatário mencionado nas referidas notas fiscais e cujo ICMS foi devidamente destacado, sendo assim, nestas hipóteses, razão assiste ao sujeito passivo, sendo indevida a exigência tributária no valor de R\$ 645,00 (seiscentos e quarenta e cinco reais).

Em relação às notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal (372/373), relativas aos meses de junho (4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 e 23), julho (24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 e 43) e agosto (44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 e 57) (fls. 129/130, fls. 144/159, fls. 169/176, 178/184, fls. 198/207, 232/241 e





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

257/260), o autor do lançamento exige o ICMS DIFAL, e em manifestação (fls. 391/393), afirma que não foram comprovadas suas aquisições iniciais. Ora, a natureza da operação informada nas referidas notas fiscais é transferência de ativo imobilizado e assim como o próprio sujeito passivo alega e tece diversos comentários, todos nós sabemos que são diversas as decisões tanto no STF, como no STJ, de que não incide ICMS nas transferências de bens do ativo, quiçá a diferença de alíquota:

Desta forma, considerando as jurisprudências pacificadas pelo STF e pelo STJ se conclui que não há que se falar em exigência de ICMS diferença de alíquota sobre a transferência de bens realizada por meio das referidas notas fiscais, muito menos exigir qualquer comprovação do sujeito passivo. Neste caso, se tivesse que se provar alguma coisa, o ônus da prova recai sobre o autor do lançamento, no momento em que este pretendeu exigir a diferença de alíquota. Portanto, o sujeito passivo está corretíssimo em suas alegações e sendo assim, a exigência tributária do DIFAL sobre as transferências de bens do ativo são indevidas e totalizam o valor de R\$ 174.176,47 (cento e setenta e quatro mil, cento e setenta e seis reais e quarenta e sete centavos).

Se observarmos em relação à nota fiscal 83498 (fls. 222), o autuante se equivocou e relacionou a mesma no levantamento fiscal (fls. 372/373), em duplicidade, desta forma, deve ser desconsiderado o valor exigido em duplicidade que corresponde a R\$ 211,89 (duzentos e onze reais e oitenta e nove centavos).

O sujeito passivo alegou ainda que não deve prosperar a cobrança do DIFAL em operações envolvendo mercadorias beneficiadas pela redução da base de cálculo, conforme Convênio ICMS 52/91, tendo em vista que, para fins de cálculo do DIFAL o percentual será equivalente ao mesmo percentual da operação interestadual, o que conduz na ausência de diferença entre os percentuais e a consequência da inexigibilidade do DIFAL, não existindo DIFAL a ser recolhido em favor do Estado do Tocantins, relativamente as mercadorias elencadas no referido Convênio e que para cálculo não foi considerada a redução prevista em legislação. Porém, se verificarmos as mercadorias discriminadas nas notas fiscais que resultaram em exigência do DIFAL, estas são referentes a perfil alum T 20 X 10 X 1,5 mm, NCM 73089090, conforme nota fiscal fls. 69, telha perfilada NCM 76041029, conforme notas fiscais fls. 127, 208, 222, 224, 226 e 228, base metálica para reservatório NCM 73089090, conforme nota fiscal fls. 142, brita, conforme nota fiscal fls. 191, cumeeiras, conforme notas fiscais fls. 221, 223 e 238, contra-rufos,





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

conforme notas fiscais fls. 221, 223, 227, pingadeira, conforme nota fiscal fls. 221, isotelha, conforme nota fiscal fls. 230 e vergalhões NCM 72142000, conforme notas fiscais fls. 67/68, nenhuma delas estão relacionadas no Convênio ICMS 52/91, portanto não são beneficiadas com a referida redução da base de cálculo.

Já em relação às mercadorias construções pré-fabricadas e suas partes, relacionadas no levantamento fiscal (fls. 372/373), relativas aos meses de janeiro (fls. 35/58), e fevereiro (128403 e 128404 - fls. 67/68), a razão assiste em parte ao sujeito passivo, pois se observarmos do Anexo II, do referido Convênio ICMS, verificamos que as mesmas são originárias do Estado de Goiás e estão classificadas com NCM 94060092 e, portanto, são beneficiadas com a redução da base de cálculo concedida pelo Convênio ICMS 52/91.

O sujeito passivo afirma que não há DIFAL a recolher ao Estado do Tocantins, tendo em vista que o percentual incidente nas operações é o mesmo incidente nas operações internas, o que não é verdade. O que ocorre é que o mesmo se enquadrou na condição de consumidor/usuário final e não contribuinte do ICMS, porém, o sujeito passivo tem como atividade principal o transporte ferroviário de cargas, portanto, para o Estado ele é contribuinte do ICMS, desta forma, a carga tributária para as operações interestaduais originárias do Estado de Goiás é 7% e não 5,60%, conforme define a alínea 'b', do inciso I, da Clausula Segunda, do Convênio ICMS 52/91.

Desta forma, é válido afirmar que no cálculo do DIFAL relativo às mercadorias construções pré-fabricadas e suas partes, relacionadas no levantamento fiscal (fls. 372/373), relativas aos meses de janeiro (fls. 35/58), e fevereiro (128403 e 128404 - fls. 67/68), a diferença de alíquota incidente é de 1,40% e não 5%, como calculado pelo autor do lançamento no levantamento (fls. 372/373), e sendo assim, a diferença de alíquota a ser exigida em relação a tais mercadorias e constantes das referidas notas fiscais é de R\$ 5.102,43 (cinco mil, cento e dois reais e quarenta e três centavos), conforme demonstrado abaixo:

- Notas fiscais relativas ao mês de janeiro (fls. 35/58) = Base de cálculo R\$ 363.461,77.

- Notas fiscais relativas ao mês de fevereiro (fls. 67/68) = Base de cálculo = R\$ 998,02





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

- Total = R\$ 364.459,79 x 1,40% = R\$ 5.102,43

Desta forma, constata-se que o sujeito passivo infringiu o mandamento previsto no inciso XI, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, ao deixar de recolher o DIFAL incidente sobre as aquisições relativas aos meses de janeiro (fls. 35/58), fevereiro (fls. 67/68), no valor de R\$ 5.102,43 (cinco mil, cento e dois reais e quarenta e três centavos), de fevereiro (fls. 69), no valor de R\$ 12,58 (doze reais e cinquenta e oito centavos), de janeiro (fls. 59), maio (fls. 127), junho (fls. 142) e julho (NF 5018, 83498, 83486, 83497, 83498, 83499, 83500, 83501, 83502, 83503, 83504 e 140724 – fls. 191, 208, 222, 218, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228 e 238) no valor de R\$ 6.901,10 (seis mil, novecentos e um reais e dez centavos), totalizando o valor de R\$ 12.016,11 (doze mil e dezesseis reais e onze centavos).

Diante do exposto, conheceu da impugnação, deu-lhe provimento parcial e julgou PROCEDENTE EM PARTE o auto de infração nº 2015/004422:

1. **CONDENANDO** o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 12.016,11 (doze mil e dezesseis reais e onze centavos), referente à parte do campo 4.11 do termo de aditamento (fls. 394/395), com a penalidade prevista no campo 4.15 do auto de infração, mais os acréscimos legais, e

2. **ABSOLVENDO** o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 188.153,88 (cento e oitenta e oito mil, cento e cinquenta e três reais e oitenta e oito centavos), referente à parte do campo 4.11 do termo de aditamento ao auto de infração (fls. 394/395).

Submeteu a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos do artigo 58, § único, da Lei 3.018/2015.

A Representação Fazendária faz um breve relato sobre o conteúdo processual e a sentença prolatada pelo julgador de primeira instancia. Entende que os fundamentos da julgadora em sua sentença está correta e recomenda a sua confirmação.

É o Relatório.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUENTES E RECURSOS FISCAIS

VOTO

Visto, analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de Infração - nº 2015/004422, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à exigência de ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA decorrente de aquisições de bens originários de outros Estados para integração ao ativo imobilizado ou uso e consumo próprio, no período de 01/01/2015 a 31/08/2015, totalizando o valor de R\$ 200.169,99 (duzentos mil, cento e sessenta e nove reais e noventa e nove centavos), conforme termo de aditamento ao auto de infração (fls. 02/03 e 394/395).

O novo levantamento fiscal realizado (fls. 372/373) constata-se que as notas fiscais 253013, 80272 e 3682 (fls. 347/350 e 352), apresentadas pelo sujeito passivo foram excluídas e não são mais objeto de exigência tributária. Já a nota fiscal 140724 (fls. 351), permanece no levantamento fiscal e está sendo objeto de cobrança e se verificarmos a referida operação se trata de aquisições de cumeeiras e isotelhas, portanto, é devido o DIFAL sobre tais aquisições.

As notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal (fls. 372/373), relativas aos meses de janeiro (fls. 35/58) e fevereiro (128403 e 128404 - fls. 67/68), se referem a aquisições de construções pré-fabricadas e são produtos adquiridos para integração ao ativo imobilizado/consumo da própria atuada, totalizando o DIFAL no valor de R\$ 18.222,95 (dezoito mil, duzentos e vinte e dois reais e noventa e cinco centavos).

As notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal (fls. 372/373, relativas aos meses de janeiro (17210), maio (NF 82019), junho (NF 1017) e julho (5018, 83498, 83486, 83497, 83498, 83499, 83500, 83501, 83502, 83503, 83504 e 140724), se referem a aquisições de vergalhões, telhas perfiladas, base metálica, brita, cumeeiras, pingadeira, contra-rufos e isotelha e são produtos adquiridos para integração ao ativo imobilizado/consumo da própria atuada e conforme definido na legislação tributária e já transcrito acima, incide o diferencial de alíquota sobre tais operações, totalizando o valor de R\$ 6.901,10 (seis mil, novecentos e um reais e dez centavos).

Em relação à nota fiscal (fls. 69), relacionada no levantamento fiscal (372/373), referente ao mês de fevereiro (128405), esta se refere a aquisições de





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

perfil alumínio e diferentemente do que afirma o sujeito passivo embora à nota fiscal (128405 – fls. 69), a operação é de bonificação, sabe-se que a autuada não comercializa mercadorias e, portanto, é certo que a mercadoria recebida em bonificação será utilizada pelo próprio estabelecimento, desta forma sobre ela também incide o DIFAL, assim como definido na legislação tributária e já transcrito acima, totalizando o valor de R\$ 12,58 (doze reais e cinquenta e oito centavos). Por outro lado, em relação às notas fiscais (fls. 96/97), relacionadas no levantamento fiscal (372/373), relativas ao mês de abril (3423 e 3425), estas se referem a aquisições cuja natureza da operação é vendas a ordem e cujas notas fiscais foram emitidas, nos termos do art. 406, do Regulamento do ICMS, somente para transportar as mercadorias e dos campos de informações complementares das mesmas observamos que as notas fiscais de aquisições são 3421 e 3420, e que foram emitidas ao adquirente das mercadorias, embora não tenham sido apresentadas as referidas notas fiscais, não é cabível exigir DIFAL sobre as remessas de venda a ordem, por contrariar as regras da referida operação, e principalmente porque quem de fato adquiriu o produto foi destinatário mencionado nas referidas notas fiscais e cujo ICMS foi devidamente destacado, sendo assim nestas hipóteses razão assiste ao sujeito passivo, sendo indevida a exigência tributária no valor de R\$ 645,00 (seiscentos e quarenta e cinco reais).

Em relação às notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal (372/373), relativas aos meses de junho 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 e 23), julho (24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 e 43) e agosto (44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 e 57) (fls. 129/130, fls. 144/159, fls. 169/176, 178/184, fls. 198/207, 232/241 e 257/260), o autor do lançamento exige o ICMS DIFAL e em manifestação (fls. 391/393), afirma que não foram comprovadas suas aquisições iniciais. Ora, a natureza da operação informada nas referidas notas fiscais é transferência de ativo imobilizado, e assim como o próprio sujeito passivo alega e tece diversos comentários, todos nós sabemos que são diversas as decisões tanto no STF como no STJ de que não incide ICMS nas transferências de bens do ativo, quiçá a diferença de alíquota:

Desta forma, considerando as jurisprudências pacificadas pelo STF e pelo STJ, se conclui que não há que se falar em exigência de ICMS diferença de alíquota sobre a transferência de bens realizada por meio das referidas notas fiscais, muito menos exigir qualquer comprovação do sujeito passivo. Neste caso, se tivesse que se provar alguma coisa, o ônus da prova recai sobre o autor do lançamento, no





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

momento em que este pretendeu exigir a diferença de alíquota. Portanto, o sujeito passivo está corretíssimo em suas alegações, e sendo assim, a exigência tributária do DIFAL sobre as transferências de bens do ativo são indevidas e totalizam o valor de R\$ 174.176,47 (cento e setenta e quatro mil, cento e setenta e seis reais e quarenta e sete centavos).

Se observarmos em relação à nota fiscal 83498 (fls. 222), o autuante se equivocou e relacionou a mesma no levantamento fiscal (fls. 372/373), em duplicidade, desta forma, deve ser desconsiderado o valor exigido em duplicidade que corresponde a R\$ 211,89 (duzentos e onze reais e oitenta e nove centavos).

O sujeito passivo alegou ainda que não deve prosperar a cobrança do DIFAL em operações envolvendo mercadorias beneficiadas pela redução da base de cálculo, conforme Convênio ICMS 52/91, tendo em vista que para fins de cálculo do DIFAL o percentual será equivalente ao mesmo percentual da operação interestadual, o que conduz na ausência de diferença entre os percentuais e a consequência da inexigibilidade do DIFAL, não existindo DIFAL a ser recolhido em favor do Estado do Tocantins, relativamente as mercadorias elencadas no referido Convênio e que para cálculo não foi considerada a redução prevista em legislação. Porém, se verificarmos as mercadorias discriminadas nas notas fiscais que resultaram em exigência do DIFAL, estas são referentes a perfil alum T 20 X 10 X 1,5 mm, NCM 73089090, conforme nota fiscal fls. 69, telha perfilada NCMM 76041029, conforme notas fiscais fls. 127, 208, 222, 224, 226 e 228, base metálica para reservatório NCM 73089090, conforme nota fiscal fls. 142, brita, conforme nota fiscal fls. 191, cumeeiras, conforme notas fiscais fls. 221, 223 e 238, contra-rufos, conforme notas fiscais fls. 221, 223, 227, pingadeira, conforme nota fiscal fls. 221, isotelha, conforme nota fiscal fls. 230 e vergalhões NCM 72142000, conforme notas fiscais fls. 67/68, nenhuma delas estão relacionadas no Convênio ICMS 52/91, portanto, não são beneficiadas com a referida redução da base de cálculo.

Já em relação às mercadorias construções pré-fabricadas e suas partes, relacionadas no levantamento fiscal (fls. 372/373), relativas aos meses de janeiro (fls. 35/58) e fevereiro (128403 e 128404 - fls. 67/68), a razão assiste em parte ao sujeito passivo, pois se observarmos do Anexo II, do referido Convênio ICMS, verificamos que as mesmas são originárias do Estado de Goiás e estão classificadas com NCM 94060092 e, portanto, são beneficiadas com a redução da base de cálculo concedida pelo Convênio ICMS 52/91.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

O sujeito passivo afirma que não há DIFAL a recolher ao Estado do Tocantins, tendo em vista que o percentual incidente nas operações é o mesmo incidente nas operações internas, o que não é verdade. O que ocorre é que, o mesmo se enquadrando na condição de consumidor/usuário final e não contribuinte do ICMS, porém, o sujeito passivo tem como atividade principal o transporte ferroviário de cargas, portanto, para o Estado ele é contribuinte do ICMS, desta forma, a carga tributária para as operações interestaduais originárias do Estado de Goiás é 7% e não 5,60%, conforme define a alínea 'b', do inciso I, da Clausula Segunda, do Convênio ICMS 52/91.

Desta forma, é válido afirmar que no cálculo do DIFAL relativo às mercadorias construções pré-fabricadas e suas partes, relacionadas no levantamento fiscal (fls. 372/373), relativas aos meses de janeiro (fls. 35/58) e fevereiro (128403 e 128404 - fls. 67/68), a diferença de alíquota incidente é de 1,40% e não 5% como calculado pelo autor do lançamento no levantamento (fls. 372/373), e sendo assim, a diferença de alíquota a ser exigida em relação a tais mercadorias e constantes das referidas notas fiscais é de R\$ 5.102,43 (cinco mil, cento e dois reais e quarenta e três centavos), conforme demonstrado abaixo:

- Notas fiscais relativas ao mês de janeiro (fls. 35/58) = Base de cálculo R\$ 363.461,77.
- Notas fiscais relativas ao mês de fevereiro (fls. 67/68) = Base de cálculo = R\$ 998,02
- Total = R\$ 364.459,79 x 1,40% = R\$ 5.102,43

Desta forma, constata-se que o sujeito passivo infringiu o mandamento previsto no inciso XI, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, ao deixar de recolher o DIFAL incidente sobre as aquisições relativas aos meses de janeiro (fls. 35/58), fevereiro (fls. 67/68) no valor de R\$ 5.102,43, de fevereiro (fls. 69) no valor de R\$ 12,58, de janeiro (fls. 59), maio (fls. 127), junho (fls. 142) e julho (NF 5018, 83498, 83486, 83497, 83498, 83499, 83500, 83501, 83502, 83503, 83504 e 140724 – fls. 191, 208, 222, 218, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228 e 238) no valor de R\$ 6.901,10, totalizando o valor de R\$ 12.016,11 (doze mil, dezesseis reais e onze centavos).

Desta forma, voto em reexame necessário, para confirmar a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração e condenar o





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de: parte do campo 4.11: R\$ 12.016,11 (doze mil, dezesseis reais e onze centavos), mais os acréscimos legais e absolver do valor de: parte de campo 4.11 R\$ 188.153,88 (cento e oitenta e oito mil, cento e cinquenta e três reais e oitenta e oito centavos).

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de: parte do campo 4.11: R\$ 12.016,11 (doze mil, dezesseis reais e onze centavos) mais os acréscimos legais e absolver do valor de: parte de campo 4.11 R\$ 188.153,88 (cento e oitenta e oito mil, cento e cinquenta e três reais e oitenta e oito centavos). O Representante Fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Valcy Barbosa Ribeiro, Marcélio Rodrigues Lima, Edson José Ferraz, Luiz Carlos da Silva Leal e Fernanda Teixeira Halum Pitaluga. Presidiu a sessão de julgamento ao primeiro dia do mês de novembro de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos treze dias do mês de dezembro de 2019.

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro relator

