Publicado no Diário Oficial de nº 5.505, de 16 de dezembro de 2019

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	**103/2019**
PROCESSO Nº:	2014/6250/500014
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.648
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2014/000118
RECORRENTE:	PEDRO AFONSO AÇUCAR & BIOENERGIA LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.404.985-1
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÕES PRÓPRIAS. EMPRESA BENEFICIADA POR REDUÇÃO DE CARGA TRIBUTÁRIA. PROCEDÊNCIA. - É procedente a reclamação tributária referente às devoluções, com aproveitamento total do ICMS destacado na nota fiscal de saída com benefício fiscal.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário por meio do auto de infração nº 2014/000118, contra o sujeito passivo já devidamente qualificado na peça inicial, referente à exigência de ICMS por aproveitamento indevido de créditos por apropriação indevida nos meses de 02/2012 no valor de R$ 27.594,87 (vinte e sete mil, quinhentos e noventa e quatro reais e oitenta e sete centavos), 05/2012 R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos) e 06/2012 de R$ 34.721,40 (trinta e quatro mil, setecentos e vinte e um reais e quarenta centavos), conforme constatado pelo levantamento básico do ICMS e Guias de Informação e Apuração Mensal do ICMS – GIAM'S.

Foram juntados aos autos (fls. 04/18): levantamento básico do ICMS; GIAM'S referente aos meses de fevereiro, maio e junho de 2012 e relatório SEFAZ/TO de arrecadação relativo ao período fiscalizado.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via direta em 19/03/2014 para, no prazo legal, pagar o crédito tributário reclamado ou apresentar impugnação.

Às fls. 19/96 dos autos, o contribuinte apresenta a sua impugnação com as seguintes argumentações:

1. O auto de infração resulta no equívoco da fiscalização estadual, visto que o sujeito passivo é portador do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.996/2008 e aditivo nº 01/2011.

2. Requer a nulidade do auto de infração frente o princípio da verdade material e exatidão das apurações feitas pela impugnante de acordo com o que determina o TARE firmado.

3. No mês de fevereiro de 2012, o fisco estadual acusa a impugnante de aproveitamento indevido de crédito de ICMS no valor de R$27.594,87 (vinte e sete mil, quinhentos e noventa e quatro reais e oitenta e sete centavos), quando na realidade houve estorno de débitos no valor de R$154.781,51(cento e cinquenta e quatro mil, setecentos e oitenta e um reais e cinquenta e um centavos), ou seja, reversão de imposto pago nas saídas anteriores das mercadorias.

4. No mês de maio de 2012, a acusação é de aproveitamento indevido de R$36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), contudo em análise as GIAM'S verificando a sistemática da apuração do imposto, conclui-se que esse valor é resultante dos estornos de débitos e crédito presumido, ou seja, credito escritural derivado de devolução de produção do estabelecimento na entrada de mercadorias.

5. Em junho de 2012, o fisco estadual reclama como aproveitamento indevido de crédito de ICMS o valor de R$34.721,40 (trinta e quatro mil, setecentos e vinte e um reais e quarenta centavos) e que conforme verificado essa situação é semelhante à de fevereiro de 2012, ou seja, se refere a estorno de débitos apurados nas saídas anteriores das mercadorias.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

6. A aplicação da multa proporcional ao imposto tem caráter confiscatório e cita as decisões já proferidas pelo STF.

Por fim, solicita a conversão dos autos em diligência com objetivo de apresentação de novos esclarecimentos.

O contribuinte apresenta às fls. 34/96 dos autos, cópias de instrumento de procuração e documentos contratuais da empresa, cópias do auto de infração, do levantamento fiscal, do aditivo nº 001/2011 ao TARE nº 1.996/2008, das GIAM'S e das notas fiscais de aquisições de mercadorias.

Às fls. 100/102 o julgador de primeira instância retornou os autos para saneamento processual e determina a realização de diligência fiscal com o objetivo de dirimir as dúvidas apresentadas pela defesa quanto a legitimidade da reclamação tributária, bem como a juntada de documentos comprobatórios de fundamentação.

O autor do procedimento às fls. 104/105 apresenta o resultado da diligência realizada, onde anexa um demonstrativo dos valores apurados na auditoria fiscal e justifica afirmando ter cometido erro técnico na elaboração do levantamento fiscal, no sentido de ter deixado de verificar as saídas tributadas dos meses de fevereiro de 2012, que gerou o estorno reclamado nesse auto de infração, portanto não houve o aproveitamento do crédito de ICMS indevido no valor de R$ 27.594,87 (vinte e sete mil, quinhentos e noventa e quatro reais e oitenta e sete centavos).

No que se refere ao mês de maio de 2012, afirma e demonstra que não houve o aproveitamento de crédito de ICMS indevido no valor de R$ 34.721,40 (trinta e quatro mil, setecentos e vinte e um reais e quarenta centavos), tendo em vista que esse valor é referente a soma do débito no livro de saída, no valor de R$ 102,00 (cento e dois reais) conforme CFOP 5.556; devolução de compra, acrescido de R$ 345,40 (trezentos e quarenta e cinco reais e quarenta centavos), conforme CFOP 6.556; devolução de compra e, o valor de R$ 34.274,40 (trinta e quatro mil duzentos e setenta e quatro reais e quarenta centavos), conforme CFOP 6.949, referente a outras saídas.

Entretanto, afirma que maio de 2012, houve o aproveitamento indevido de crédito de ICMS no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

reais e dez centavos), referente à devolução de venda da produção do estabelecimento, sendo que esse valor deve prevalecer, visto que na condição de beneficiário do Proindústria, as suas saídas são tributadas com a carga efetiva de 2%, ocasião que se emite a nota fiscal com o destaque do imposto normal, e na apuração do imposto, aproveita-se o crédito presumido de forma que a carga tributária seja equivalente a 2%.

O autor do procedimento afirma que o contribuinte paga 2% na saída, no caso de devolução, somente pode se creditar do imposto correspondente ao valor que foi pago na saída, na mesma proporção, e não do valor total do ICMS destacado na nota fiscal de devolução. Com as justificativas apresentadas, o autor do procedimento junta às fls. 106/107 dos autos o termo de aditamento, confirmando a manutenção da reclamação tributária relativamente ao mês de maio de 2012 no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), elabora novo levantamento fiscal às fls. 108 dos autos e promove a juntada dos documentos fiscais.

Às fls. 115 dos autos, o sujeito passivo é intimado do termo de aditamento e das alterações processadas nos autos. Às fls. 116/129 dos autos apresenta sua impugnação ratificando as argumentações trazidas nas impugnações anteriores e contraditando o termo de aditamento exposto pela autoridade fiscal, com as seguintes argumentações:

1. Afirma que o valor reclamado pelo fisco estadual a título de aproveitamento indevido de crédito de ICMS no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), concernente a maio de 2012, se refere à devolução/retorno de compra de insumos na entrada, para anular retenção do imposto em notas fiscais de devolução dos insumos que retornaram ao fornecedor.

2. Pede pela nulidade do termo de aditamento por erro na determinação da infração e desrespeito ao artigo 142 do CTN que trata da imprecisão da matéria tributável.

3. Contradita pela legitimidade das apurações e aproveitamento de crédito fiscal provenientes de devoluções ou retorno de insumos adquiridos no mês de maio de 2012. Apresenta um demonstrativo da apuração do imposto, onde destaca que o

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

valor do ICMS no valor de R$36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), se refere da composição da apuração do imposto e que é crédito escritural derivado de devolução de aquisições de estabelecimento na entrada de insumos.

4. Pede-se pelo arquivamento do Processo Administrativo.

Às fls. 133/134 dos autos, o julgador de primeira instância retorna os autos ao autor do procedimento para realização de nova diligência fiscal junto a documentação da empresa e dos documentos juntados aos autos, com o objetivo de emitir parecer conclusivo para esclarecer sobre a origem do crédito de ICMS, se devolução de vendas da produção do estabelecimento ou se, devolução de aquisições de entradas de insumos, tendo em vista as contradições existentes entre acusação e defesa nos autos.

Às fls. 136/137 dos autos, o autor do procedimento apresenta um demonstrativo da apuração do imposto e diz que as notas fiscais juntadas aos autos referente as operações em discussão, se referem a devoluções de vendas de mercadorias industrializadas pela impugnante, conforme se pode verificar na apuração do ICMS do contribuinte, portanto, se conclui que o contribuinte aproveitou indevidamente o crédito de ICMS no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), considerando que por ocasião das saídas, de produtos industrializados, usufruiu de um crédito presumido, conforme a Lei 1.385/2003, o Proindústria.

O autor do procedimento faz juntada das notas fiscais objeto da discussão deste Contencioso referente ao mês de maio de 2012 (fls. 138/145) dos autos.

Às fls. 148/149 dos autos, o julgador de primeira instância retorna os autos à Delegacia Regional de Fiscalização de Pedro Afonso - TO, para que o titular da agência de atendimento daquele domicílio, proceda a intimação do contribuinte nos termos do art. 26, inciso IV, alínea “f”, item 1 da Lei 1.288/2001 (com redação dada pela Lei 2.598/2012, tendo em vista a manifestação sobre os resultados do cumprimento de diligência realizada e juntada de documentos comprobatórios nos autos.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Novamente intimado às fls. 151/152 dos autos, a autuada apresenta nova defesa, prossegue com os argumentos anteriores, afirmando haver erro de interpretação pelo fisco estadual, visto que o aproveitamento de crédito fiscal é proveniente de devoluções ou retorno de insumos adquiridos no mês de maio de 2012. Apresenta um demonstrativo da apuração do imposto, onde destaca que o valor do ICMS no valor de R$36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), se refere da composição da apuração do imposto e que é crédito escritural derivado de devolução de aquisições de estabelecimento na entrada de insumos.

Reafirma que houve equívoco por parte do fisco estadual em relação ao parecer de fls. 136/137, visto que a impugnante tem em vigor o TARE que usufrui de benefícios fiscais previstos na Lei 1.385/2003, assim, no que diz respeito somente às saídas de mercadorias industrializadas, devem respeito e observância ao quanto disposto no referido TARE e aditivo nº 01/2011.

Segue sustentando que no mês de maio de 2012, o crédito escritural no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), é proveniente de devolução/retorno de compras de insumos na entrada, servindo para anular retenção do imposto em notas fiscais de devoluções dos insumos que retornaram ao fornecedor.

O Julgador de primeira instância relata que a pretensão fiscal está amparada no art. 45, inciso, XVIII da Lei nº 1.287/2001, c/c art. 3º do Decreto nº 2.845/2006 que regulamentou a Lei 1.385/2003 e a penalidade sugerida é a prevista no art. 48, inciso IV, alínea “e”, da Lei nº 1.287/2001(redação dada pela Lei 2.253/2009).

Que o sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração, que as intimações são válidas, por cumprirem os mandamentos do art. 22 da Lei nº 1.288/2001 (com redação dada pela Lei 1.304/2002 e os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26 da Lei nº 1.288/2001(com redação dada pela Lei nº 2.598/2012).

Pois bem, em razão da emissão do termo de aditamento pelo autor do procedimento, fls. 106/108 dos autos e do pedido de preliminar de nulidade desse

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

termo sustentado pela defesa, passou nessa fase a apreciar e julgar as razões desta preliminar.

Que apesar do cometimento de erros técnicos por parte do fisco estadual neste Contencioso, o pedido de preliminar de nulidade do termo de aditamento em razão de erro na determinação da infração por imprecisão da matéria tributável por parte da defesa, entendeu sem argumentação técnica suficiente, pois, o valor reclamado a título de aproveitamento indevido de crédito de ICMS no mês de maio de 2012 no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos).

A julgadora entendeu que há a devida demonstração no levantamento fiscal elaborado e descrito no termo de aditamento, bem como com a juntada da documentação fiscal de suporte (fls. 138/145) dos autos, sendo sustentado pela argumentação de apropriação indevida por se tratar de devolução de vendas de produção do estabelecimento em processo de utilização de crédito presumido em razão de benefício fiscal concedido via TARE, previsto na Lei 1.385/2003, assim decidiu por rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração por erro na determinação da infração cometida.

No mérito, a defesa alega a inaplicabilidade da multa proporcional, pois a mesma tem caráter confiscatório, sendo vedada pela CF art. 150, inciso IV. Quanto a questão da inaplicabilidade da multa proporcional, por considerá-la de efeito confiscatório, entendeu que em matéria análoga o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais deste Estado, tendo assim decidido que esta Corte Administrativa não tem competência para julgar arguições de inconstitucionalidade de lei, posto que tal mister é ínsito ao Poder Judiciário, com supedâneo na Constituição Federal. Ademais, não é competência deste Contencioso Administrativo-Tributário, a apreciação de constitucionalidade de Lei. Desta forma entendeu que a aplicação da penalidade tem previsão na Lei 1.287/2001 e suas alterações, devendo ser aplicada conforme o caso.

O contribuinte apesar de alegar que o aproveitamento do crédito de ICMS é proveniente de devoluções ou retorno de insumos adquiridos no mês de maio de 2012, porém, não apresenta nenhuma prova material de suas alegações, restando tão somente citações expressas em sua defesa, sem a devida juntada dos

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

documentos probatórios necessários para combater a acusação feita pelo fisco estadual.

Em relação a matéria de fato, em discussão neste Contencioso e de acordo com as manifestações da defesa e da acusação e conforme a documentação apresentada nos autos, tendo em vista que o autor do procedimento na sua exposição às fls. 136/137 dos autos, apresenta a notas fiscais (fls. 138/145) dos autos, onde comprova que as operações realizadas pelo contribuinte que resultaram no aproveitamento do crédito de ICMS no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), foram decorrentes das operações de devoluções de vendas de produção do estabelecimento, o que comprova a apropriação indevido do crédito de ICMS, tendo em vista o aproveitamento do ICMS pelo valor total destacado nas notas fiscais de devolução de vendas, sendo vetado o aproveitamento integral, em virtude do contribuinte usufruir do crédito presumido, conforme lhe autoriza a Lei 1.385/2003 do Proindústria.

Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, negou-lhe provimento e julgou PROCEDENTE o auto de infração nº 2014/000118 conforme termo de aditamento de fls. 106/107 dos autos e CONDENOU o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário no valor abaixo descrito:

Campo 4.11 do auto de infração e termo de aditamento de fls. 106/107 dos autos no valor R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), mais acréscimos legais. Com a penalidade constante do campo 4.15 do auto de infração.

Em 23 de março de 2018, a recorrente foi intimada e apresentou recurso voluntário da decisão de primeira instância em 19 de abril de 2018, reiterando as alegações feitas na impugnação de nulidade por imprecisão do fato gerador e que referente ao mês de maio de 2012, a acusação é de aproveitamento indevido de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), contudo em análise as GIAM'S verificando a sistemática da apuração do imposto, conclui-se que esse valor é resultante dos estornos de débitos e crédito, ou seja, crédito escritural derivado da aquisição e devolução de insumos ao remetente, operação que não é beneficiado pelo TARE.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

A Representação Fazendária faz um breve relato dos autos, entende que o crédito tributário está revestido de todas as formalidades legais estabelecidas em lei e recomenda a confirmação da sentença de primeira instância, (fls. 205 a 207).

É o Relatório.

VOTO

Visto, analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de Infração nº 2014/000118, contra o sujeito passivo já devidamente qualificado na peça inaugural, referente à exigência de ICMS por aproveitamento indevido de créditos por apropriação incongruente no mês maio de 2012 no valor de R$ 36.181,10 (trinta seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), termo de aditamento, (fls. 106/107) e conforme constatado pelo levantamento básico do ICMS e Guias de Informação e Apuração Mensal do ICMS – GIAM'S.

Em análise ao processo, constata-se que a infração está devidamente constituída, respeitando todos os princípios legais e processuais.

A pretensão fiscal está amparada no art. 45, inciso, XVIII da Lei nº 1.287/2001, c/c art. 3º do Decreto nº 2.845/2006 que regulamentou a Lei 1.385/2003 e a penalidade sugerida é a prevista no art. 48, inciso IV, alínea "e", da Lei nº 1.287/2001(redação dada pela Lei 2.253/2009).

O pedido de preliminar de nulidade do termo de aditamento em razão de erro na determinação da infração por imprecisão da matéria tributável por parte da defesa, não se caracteriza, pois, o valor reclamado a título de aproveitamento indevido de crédito de ICMS no mês de maio de 2012 no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), está devidamente demonstrado no levantamento fiscal elaborado e descrito no termo de aditamento e na juntada da documentação fiscal de suporte (fls. 138/145) ao auto de infração, sustentado a alegação de apropriação indevida de crédito tributário.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Assim, decido rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por erro na determinação da infração cometida.

No mérito, a defesa alega a inaplicabilidade da multa proporcional, pois a mesma tem caráter confiscatório, sendo vedada pela CF art. 150, inciso IV. O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais desse Estado, tendo assim decidido que esta Corte Administrativa não tem competência para julgar arguições de inconstitucionalidade de lei, posto que tal mister é ínsito ao Poder Judiciário, com supedâneo na Constituição Federal, ademais, não é competência desse Contencioso Administrativo-Tributário a apreciação de constitucionalidade de Lei. Desta forma entendo que a aplicação da penalidade tem previsão na Lei 1.287/2001 e suas alterações, devendo ser aplicada conforme o caso.

O contribuinte apesar de alegar que o aproveitamento do crédito de ICMS é proveniente de devoluções ou retornos de insumos adquiridos no mês de maio de 2012, não apresenta nenhuma prova material de suas alegações, restando tão somente citações expressas em sua defesa, sem a devida juntada dos documentos probatórios necessários para combater a acusação feita pelo fisco estadual.

Em relação à matéria de fato, em discussão nesse Contencioso e de acordo com as manifestações da defesa e da acusação, conforme a documentação apresentada nos autos, fls. 136/137, apresenta a notas fiscais, fls.138/145, onde comprova que as operações realizadas pelo contribuinte, que resultaram no aproveitamento do crédito de ICMS no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), foram decorrentes das operações de devoluções de vendas de produção do estabelecimento que na operação de venda pagou a carga tributária de 2% que comprova a apropriação indevida do crédito de ICMS, tendo em vista o aproveitamento do imposto ocorreu pelo valor total destacado nas notas fiscais de devolução de vendas, sendo vetado o aproveitamento integral, em virtude de o contribuinte usufruir do crédito presumido, conforme lhe autoriza a Lei 1.385/2003 do Proindústria.

Desta forma voto pela confirmação da decisão de primeira instância, para julgar procedente o auto de infração e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário relativo ao campo 4.11, no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), mais os acréscimos legais.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento para confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário relativo ao campo 4.11 no valor de R$ 36.181,10 (trinta e seis mil, cento e oitenta e um reais e dez centavos), mais os acréscimos legais. O representante fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Edson José Ferraz, Marcélio Rodrigues Lima, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal e Valcy Barbosa Ribeiro. Presidiu a sessão de julgamento aos seis dias do mês de agosto de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e sete dias do mês de novembro de 2019.

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro relator

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br