



ACÓRDÃO Nº: 105/2021
PROCESSO Nº: 2017/7160/500224
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 8.827
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2017/001834
RECORRENTE: DÁURA TÊXTIL EXPORTADORA E
IMPORTADORA LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.410.275-2
RECORRIDO: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO MEDIANTE TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL. SUSPENSÃO DE OFÍCIO DO TARE. PROCEDENCIA – Deve ser estornado o crédito presumido concedido pela Lei nº 1.201/00, mediante Termo de Acordo de Regime Especial utilizado após a suspensão de ofício do TARE.

RELATÓRIO

A empresa qualificada na inicial teve contra si lavrado o Auto de Infração de nº 2017/001834, embasado no Levantamento do ICMS, sendo constituído crédito tributário referente a aproveitamento indevido de crédito, em razão de apurar e recolher o imposto utilizando-se dos benefícios fiscais da Lei nº 1.201/2000, mesmo estando com seu Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 2.122/2009 suspenso de ofício, através da Portaria nº 154, de 06.02.2015. Tudo conforme consta do levantamento fiscal, demonstrativo de cálculo e demais documentos anexos ao lançamento.

O Fisco Estadual reclama o valor originário de: R\$ 212.232,72 (Duzentos e doze mil, duzentos e trinta e dois reais e setenta e dois centavos), relativo ao período de 01.01.2017 a 31.01.2017.





Foi apresentada impugnação aos autos, onde foram feitas as seguintes alegações:

1) Preliminarmente:

Nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa por:

- Imprecisão na caracterização da base de cálculo: Contradita e cita o Art. 35, inciso I, alíneas "c" e "d" da Lei nº 1.288/01 dizendo que o fisco estadual calculou as saídas de maneira integral (7% e 12%), porém, os créditos correspondentes as entradas das notas fiscais foram estornadas pela fiscalização, aumentando assim, o valor devido de ICMS, o que corresponde a uma incorreção na forma de calcular o débito. Cita o Art. 142 do CTN e alguns acórdãos a respeito do assunto.

2) No Mérito:

a) Não incidência do ICMS – ausência do fato gerador (vício material):

- Aduz ter havido inúmeras operações de transferências de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, não sendo caracterizado assim o fato gerador do ICMS. Cita o Art. 142 do CTN e Art. 155, inciso II da Constituição Federal - CF. Afirma que as transferências de mercadorias realizadas entre matriz e filial não são tributadas pelo ICMS, citando diversos julgados, entre eles a Súmula nº 166 do STJ.

b) Da inaplicabilidade da Multa:

- Cita o Art.150, inciso IV da CF, debatendo sobre a utilização do tributo com efeito de confisco.

Em sentença o julgador de primeira instância manifesta entendimento quanto aos aspectos formais atinentes ao lançamento, afirmando que estão devidamente de acordo à legislação estadual.

Que o lançamento se sustenta em infração ao Art. 45, inciso XVIII da Lei nº 1.287/01, sendo sugerida a penalidade disposta no Art. 48, inciso IV, alínea "e" do





mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei nº 2.253/2009, transcrevendo a referida legislação.

Ao apreciar a preliminar suscitada argumenta que em análise aos autos fica evidente que a infração cometida está colocada de forma clara e precisa, o fato narrado no campo 4.1 corresponde com a caracterização exposta na documentação juntada para fins de comprovação do ilícito denunciado.

Que as alegações de imprecisão na caracterização da base de cálculo, calculando as saídas de forma integral (7% e 12%) não tem fundamento, sendo colocadas de forma geral e sem informações suficientes para sustentação.

Que o levantamento fiscal elaborado e o demonstrativo do crédito tributário retratam as operações de forma a denunciar a utilização indevida do crédito pelo contribuinte, sendo juntados todos os demonstrativos dos valores relativos às entradas e aos créditos de ICMS, bem como os registros no livro de apuração do imposto.

Desta forma, e por falta de sustentação legal por parte da defesa, deixa de acatar a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa por imprecisão na caracterização da base de cálculo.

Quanto ao mérito, expõe que a recorrida não discute a suspensão do TARE nº 2.122/09 pela Portaria SEFAZ nº 154/15, rito ensejador do estorno dos créditos do ICMS, assim como não apresenta documentos ou fatos que levassem a alguma verificação quanto suas alegações.

Relativamente ao percentual da multa aplicada firma entendimento de que caberia ao contribuinte, caso entenda como inconstitucional, por ferir o princípio do não confisco, propor a ação judicial devida, uma vez não ser competência do contencioso administrativo tributário essa apreciação, sendo tal entendimento pacificado pela jurisprudência do Conselho de Contribuinte e Recursos Fiscais - COCRE, mencionando, como exemplo, a ementa do Acórdão nº 544/2004.

Por fim, em decisão, conhece da impugnação e nega-lhe provimento, para julgar procedente o Auto de Infração de nº 2017/001834, e condenar o sujeito





passivo ao pagamento do crédito tributário exigido na peça original e demais acréscimos legais.

Em recurso voluntário, alega em sua defesa não procederem as acusações fiscais, merecendo reforma a decisão recorrida.

Inicialmente faz afirmação quanto a tempestividade do recurso impetrado, passando, a seguir, à arguição sobre a nulidade do lançamento do crédito tributário por cerceamento de defesa, devido a imprecisão na caracterização da base de cálculo, onde basicamente são repetidos os argumentos utilizados na impugnação.

Alega que uma vez calculadas as saídas de maneira integral (7% e 12%) parte dos créditos correspondentes as entradas foram estornadas pela fiscalização, aumentando assim o valor devido do ICMS, o que corresponde a uma incorreção na forma de calcular o débito.

Cita e transcreve o Art. 142 do CTN afirmando grave flagrante ao mesmo, o que estaria a ensejar a nulidade do auto de infração em virtude de vício material.

Colaciona jurisprudência do COCRE, trazendo a ementa e parte do voto relativo ao Acórdão de nº 006/2014, concluindo que em não sendo possível identificar com precisão e segurança a extensão da infração praticada, nem tampouco a tipificação legal infringida, se torna claramente nula a exigência fiscal.

Que a obscuridade na descrição clara e exata das acusações fiscais, de forma a impossibilitar a identificação das exigências e da conduta tida por infracional acarretam também a nulidade da autuação fiscal por cerceamento de defesa, ao que transcreve o Art. 28, inciso II da Lei nº 1.288/01.

Argumenta contradição na narrativa das circunstâncias do ilícito, qualificação das infrações e base de cálculo, isso porque, não apontou a fiscalização que as notas fiscais relacionadas são mera transferência de matriz para filial. Que as precitadas inexatidões ensejam a nulidade por defeitos de estrutura e vício formal, trazendo como fundamento a ementa do Acórdão do COCRE de nº 109/2013.

Segue aventando nulidade do auto de infração dada a não incidência do ICMS, ausência do fato gerador, constituindo-se vício material, sendo, portanto, nulo o lançamento, alegando que a falta de caracterização ou de determinação do fato





tributário no lançamento primitivo é exemplo de nulidade não vinculada a vício formal.

Faz citação de doutrina sobre o assunto e transcreve o Art. 142 do CTN, afirmando que a ausência de elementos e defeitos estruturais na autuação são causas da nulidade do mesmo.

Afirma que o valor originário do ICMS é inexistente, isso porque a incidência de ICMS pressupõe operação de circulação de mercadorias (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas transferências de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, transcrevendo o Art. 155, inciso II da Constituição Federal - CF.

Deste modo, afirma que o imposto sobre circulação de mercadorias não deve incidir sobre mera transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, em acórdãncia à jurisprudência do STJ, consubstanciada na Súmula nº 166.

Menciona na defesa outros julgados com a finalidade de rechaçar qualquer possibilidade da acusação fiscal, concluindo que esta deve ser cancelada, uma vez que a autuação formalizou-se em decorrência de transferências de mercadorias entre o mesmo titular, logo não incidindo ICMS.

Discorre, ainda, sobre sua percepção quanto a caracterização de confisco a que se reveste a multa aplicada, alegando que esta gerou um valor excessivo e despropositado.

Que o Art. 150, inciso IV da CF veda a utilização de tributo com efeito de confisco, transcrevendo o mesmo.

Assevera a violação dos princípios da moralidade e proporcionalidade, bem como de outros que menciona, sendo por isso de todo impositivo que a multa seja reduzida para, no máximo, 100% do valor do imposto na linha da citada jurisprudência do STF.

Ao final, requer seja dado total provimento ao recurso voluntário para fins de reforma da decisão proferida em primeira instância administrativa, com a consequente anulação do Auto de Infração.



8



Encaminhado o processo à Representação Fazendária para manifestação esta conclui que o direito ao crédito presumido cessou com a suspensão do TARE, devendo o sujeito passivo, a partir desse evento, apurar e recolher seus impostos segundo a regra normal de tributação, apuração e recolhimento estabelecidos em regulamento.

Afirma que sem dúvida os quadros demonstrativos do aproveitamento indevido de crédito e o Levantamento Básico do ICMS retratam fielmente os valores aproveitados indevidamente. Deste modo, a constituição de crédito tributário revestiu-se de todas as formalidades legais, sendo asseguradas ao sujeito passivo todas as prerrogativas do devido processo legal.

Recomenda, ao final, a manutenção da decisão vergastada.

É o Relatório.

VOTO

A exigência tributária é calcada em aproveitamento indevido de crédito do ICMS, por utilização dos benefícios fiscais da Lei nº 1.201/2000, mesmo estando com seu Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 2.122/2009 suspenso de ofício, através da Portaria nº 154, de 06.02.2015.

O recurso interposto à decisão de primeira instância suscita preliminares de nulidade da autuação, nas quais me concentro em análise e decisão, quer seja:

Preliminar de cerceamento ao direito de defesa pela imprecisão na caracterização da infração cometida, onde foi alegado erro na determinação da infração, em afronta ao Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, arrazoado na impossibilidade da identificação, com precisão e segurança, da extensão da infração praticada, tampouco da tipificação legal infringida, suscitando erro no cálculo do montante devido.





Em verdade, ao verificar o lançamento não vislumbro nenhuma contradição ou obscuridade, muito menos imprecisões quanto a tipificação da infração e penalidade.

O histórico da infração é claro, indicando a ocorrência de aproveitamento de crédito de forma indevida, uma vez ser o referido crédito oriundo de benefício fiscal previsto na Lei nº 1.201/2000 (Pro Atacadista), formalizado através do Termo de Acordo de Regime Especial de nº 2.122/09, que foi suspenso em 06/02/2015, por meio da Portaria SEFAZ nº 154.

A instrução processual é harmoniosa em um todo, pois os fatos narrados no campo 4.1 do auto de infração correspondem perfeitamente com a caracterização exposta pela documentação juntada.

Os artigos utilizados para o enquadramento legal da infração e penalidade são próprios e específicos para retratar a subsunção do fato à norma, senão vejamos:

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

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

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 2.253 de 16.12.09).

e) aproveitamento indevido de crédito do imposto;

Quanto a possível erro no cálculo do montante do imposto devido, por imprecisões na caracterização da base de cálculo, tendo o fisco calculado as saídas de forma integral (7% e 12%), contudo, parte dos créditos correspondentes às entradas foi estornado pela fiscalização, aumentando assim, o valor devido de ICMS, correspondendo a incorreção na forma de calcular o tributo, não possui fundamento, sendo colocado de forma geral, sem informações suficientes para dar entendimento ou ser pontual na sustentação de tais alegações.





De fato o que se verifica é um procedimento normal de apuração do imposto, reconstituindo a apuração do mesmo a partir do cotejo de débitos e créditos, sendo promovido o devido estorno do benefício fiscal, o qual foi considerado impróprio por motivação formal, ou seja, suspensão do TARE.

Com tais considerações voto por refutar a preliminar sob análise.

Preliminar de não incidência do ICMS e ausência do fato gerador, ocasionando assim vício material que gera a nulidade do lançamento.

Essa preliminar foi arguida sob a alegação de nova afronta ao Art. 142 do CTN, no tocante a verificação do fato gerador do tributo, uma vez entender que a incidência do ICMS pressupõe operações de circulação de mercadorias, transferência da titularidade do bem, o que não ocorre nas hipóteses de transferência de bens e mercadorias entre filiais.

Analisando tais argumentos, bem como a documentação juntada aos autos, é perceptível que o sujeito passivo realiza seus registros de saídas, em sua totalidade interestaduais, tributando todas as operações, independente de se tratar ou não de transferência entre filiais.

Quanto as entradas, foram essas registradas sem crédito do imposto, por exigência da aplicabilidade da regra para usufruição do benefício fiscal previsto na Lei nº 1.201/00, que outorga crédito presumido de forma que a carga tributária efetiva se restrinja a 2% e 1%, na operação interna e interestadual, respectivamente, condicionado à renúncia do crédito na operação de entrada.

O trabalho de auditoria foi guiado pela própria forma de tributação verificada na escrita fiscal do recorrente, ou seja, respeitando a escrituração, conseqüentemente, os registros conforme efetuados.

O levantamento suporte da autuação é bem didático ao expor o raciocínio desenvolvido pelo autuante, uma vez que esse preserva toda a dinâmica de apuração realizada pelo contribuinte, apenas promovendo o estorno do crédito utilizado indevidamente, com o cuidado de garantir a utilização do crédito apropriado às operações de entradas, em substituição ao crédito presumido glosado.





Dessa forma, caso aplicado o raciocínio do recorrente, haveria ainda que ser estornados os créditos das operações relativas às transferências entre filiais, pois não havendo incidência, os mesmos não seriam devidos, o que ocasionaria a elevação do valor do imposto devido, a ser exigido nesse lançamento fiscal.

Com tais fundamentos voto por rechaçar a referida preliminar.

Preliminar de aplicação da multa com efeito de confisco, fundamentada na falta de razoabilidade e proporcionalidade em relação à multa tipificada, que corresponde a 120%.

Ora, a multa aplicada está legalmente prevista no Art. 48, inciso IV, alínea "e", da Lei nº 1.287/01 (CTE).

Essa norma legal corresponde ao Código Tributário Estadual, regramento plenamente vigente e utilizado pelo Estado na relação jurídico-tributária com seus contribuintes.

Na ausência de qualquer contestação quanto a ilegalidade ou inconstitucionalidade da referenciada lei, não cabe ao agente do fisco tal avaliação, devendo utilizar a regra legal da forma com que se apresenta, considerada a atividade vinculada que exerce, cabendo ao sujeito passivo, diante manifesta inconformidade, promover a propositura da competente ação judicial para que seja declarada a inconstitucionalidade da mesma.

Assim, ante tal fundamentação, voto por não acatar a preliminar da multa com efeito confiscatório.

Quanto ao mérito, não há muito esforço a ser dispendido para a compreensão da matéria objeto da autuação, a qual não foi propriamente contestada no recurso voluntário, que ficou adstrito às preliminares já debatidas.

Trata o lançamento de aproveitamento indevido de crédito pela utilização de benefício fiscal inerente a crédito presumido, conforme previsto na Lei nº 1.201/00, contudo, embasado em Termo de Acordo que foi suspenso em 02/2015, por meio da Portaria nº 154, datada de 06/02/2015.





A concessão dos benefícios fiscais contidos na Lei nº 1.201/00 requer formalização, mediante a assinatura de Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte, que deve ser expressamente autorizado, senão vejamos:

Art. 2º. O benefício fiscal previsto nesta Lei:

*I - formaliza-se por meio de Regime Especial, autorizado pelo Secretário de Estado da Fazenda;

O TARE consiste no instrumento pelo qual é definida a forma de utilização do benefício fiscal, prazo, obrigações e demais condições que devem ser atendidas para sua fruição, em suma, estabelece os direitos e deveres dos signatários, que os pactuam em conformidade aos ditames da lei.

Ocorre então que esse instrumento se reveste em premissa para a utilização dos benefícios fiscais, consideradas as particularidades que são consolidadas nesse acordo.

No TARE nº 2.122/09 existe disposição expressa quanto a possibilidade de que o mesmo venha a ser suspenso ou revogado, prerrogativa que tem a administração pública como pactuante, conforme previsão constante da Cláusula Décima, a qual transcrevo:

CLÁUSULA DÉCIMA: O presente Termo de Acordo de Regime Especial, terá sua vigência por prazo indeterminado, podendo ser alterado, **suspenso ou revogado**, na hipótese de tornar-se incompatível com a legislação tributária vigente, ou no caso de inobservância de quaisquer de suas cláusulas por parte da ACORDADA ou descumprimento de qualquer obrigação prevista na legislação ou, ainda, quando a administração tributária entender conveniente. (grifo nosso)

Essa prerrogativa foi exercida pela administração pública através de ato administrativo específico, Portaria SEFAZ nº 154, que se encontra embasada no Art. 51, inciso II do CTE, abaixo descrito:





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Art. 51. O não cumprimento de acordo, de obrigação principal ou acessória, bem assim a inscrição de crédito tributário em dívida ativa, sujeita o contribuinte: (Redação dada pela Lei 1.523 de 17.12.04).

II – à suspensão temporária ou perda definitiva de benefício fiscal ou regime especial; (Redação dada pela Lei 1.523 de 17.12.04).

No caso em apreço, o contribuinte aproveitou o crédito presumido de 1% e 2% nas operações interestaduais e internas, respectivamente, mesmo após a suspensão do TARE, fato esse impeditivo à utilização dos mesmos.

O direito ao crédito presumido cessou com a suspensão do TARE que ocorreu no mês 02/2015, devendo o sujeito passivo, a partir desse evento, apurar e recolher seus impostos segundo a regra normal de tributação, apuração e recolhimento estabelecidos em regulamento.

Assim, concluo externando entendimento quanto a propriedade e adequação do lançamento tributário, devendo ser integralmente confirmado o valor exigido, constatada a manutenção dos créditos presumidos outorgados pela Lei, contudo, ao arrepio do consentimento formal da administração tributária, o que enseja o devido estorno dos mesmos, com previsão tipificada no Art. 45, inciso XVIII do CTE.

É como voto.

DECISÃO

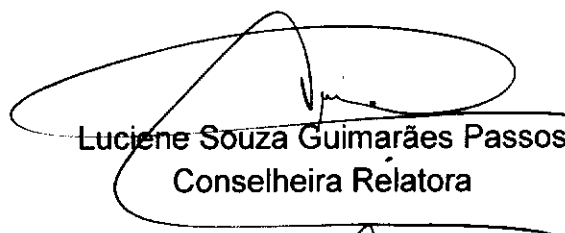
O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo decidiu, no mérito, por unanimidade, rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, por erro na determinação da infração cometida; não incidência do ICMS e do fato gerador e aplicação da multa com efeito de confisco, arguidas pela Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento para, confirmar a decisão de primeira instância que julgou procedente o auto de infração 2017/001834 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 212.232,72 (duzentos e doze mil, duzentos e trinta e dois reais e setenta e dois centavos),

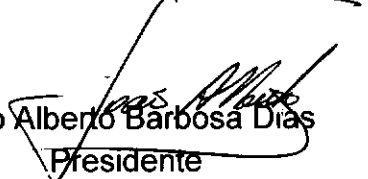




constante do campo 4.11, mais os acréscimos legais. O Representante Fazendário Ricardo Shiniti Konya fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros, Luciene Souza Guimarães Passos, Elena Peres Pimentel, Rui José Diel, Osmar Defante, Taumaturgo José Rufino Neto e Djhanyra dos Santos Bonfim. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e dois dias do mês de julho de 2021, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos trinta dias do mês de setembro de 2021.


Luciene Souza Guimarães Passos
Conselheira Relatora


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

