



ACÓRDÃO Nº:	011/2024
PROCESSO Nº:	2019/6640/500269
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2019/000618
RECORRENTE:	MINERVA S-A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.400.118-2
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. LEVANTAMENTO COM IMPRECISÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária que se apresenta sem a devida quantificação do crédito tributário, conforme art. 35, IV, resultando na nulidade prevista no inciso IV, do Art. 28 da Lei nº 1.288/01.

RELATÓRIO

Em análise, neste Conselho de Contribuinte e Recursos Fiscais, o Recurso Voluntário interposto nos termos do art. 50, I da Lei 1.288/2001, contra a **SENTENÇA** monocrática que julgou procedente o Auto de Infração nº 2019/618, lavrado em desfavor da Autuada **MINERVA S/A**.

A Fazenda Pública Estadual, por meio da lavratura do auto de infração 2019/000618, constituiu o crédito tributário contra o Sujeito Passivo já qualificado na peça inaugural.

Em síntese, relata o Agente Autuante que a Autuada não recolheu o ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS devidas nas aquisições de mercadorias para uso e consumo oriundas de outras unidades da federação, relativos aos exercícios de 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018 mais acréscimo legal apurados, conforme os levantamentos de ICMS fls. 11/78.

Foram anexados ao processo notas fiscais eletrônicas, Termo de Acordo de Regime Especial e CD com mídia (fls. 79/115).





Em sua impugnação, a Autuada entende que a ausência do nome e/ou CNPJ do emitente das notas fiscais e o respectivo CFOP prejudicaram de sobremaneira a verificação individual das notas fiscais objeto da autuação, prejudicando a ampla defesa da Autuada de forma mitigada, ou seja, acarretando barreira à justa e adequada defesa.

Que foram indevidamente tributadas as transferências entre filiais, máquinas e equipamentos destinadas ao ativo imobilizado em razão da isenção concedida, por meio do Termo de Acordo de Regime Especial, o qual foi anexado junto aos autos nas fls.111/113.

Que o Autuante não considerou nos levantamentos valores já recolhidos a título de ICMS Diferencial de alíquota, conforme relatório de arrecadação fornecido pela SEFAZ/TO e acostados aos autos.

Conclui, pedindo a nulidade do presente auto de infração, por violar o contraditório e a ampla defesa, e, caso não seja este o entendimento, que sejam excluídas do levantamento as operações de transferência entre filiais, as mercadorias consideradas como máquinas e equipamentos, isentas por força do Termo de Acordo e, por fim, que sejam abatidos os valores já recolhidos a título de ICMS Diferencial de Alíquota constantes do relatório de arrecadação da SEFAZ/TO.

O julgador de primeira instância, em sentença de fls. 186/192, afirma que, após o TERMO DE ADITAMENTO de fls. 169/180, o Auto de Infração está correto e não merece reparos, uma vez que o processo está devidamente formalizado e atende ao disposto no art. 35 da Lei 1.288/2001, suficiente para demonstrar a materialidade do ilícito denunciado. Apesar do vasto arrazoadado produzido pela defesa, suas alegações não foram suficientes para invalidar a acusação fiscal após o termo de aditamento.

Assim sendo, conheceu da impugnação ofertada, deu-lhe provimento e julgou PROCEDENTE o auto de infração, condenando o sujeito passivo ao pagamento das importâncias que constam no TERMO DE ADITAMENTO de fls. 169/180, acrescidas das cominações legais.

A Representação Fazendária, às fls. 222/224, após suas considerações, manifesta alegando que as informações apresentadas no levantamento do diferencial de alíquota não foram suficientes para se chegar à conclusão dos fatos.

Após a notificação, o sujeito passivo comparece aos autos tempestivamente, refuta a decisão de primeira Instância nos seguintes termos:





a) Em que preze a experiência do nobre julgado, não foi apreciada parte dos argumentos apresentados, notadamente a isenção das máquinas e equipamentos previstos no Termo de Acordo entre as partes;

b) O levantamento continua impreciso, consubstanciado na inclusão de mercadorias sujeitas à substituição tributária, como medicamentos e óleo;

c) Vários recolhimentos foram ignorados no levantamento, mercadorias destinadas a vendas, a qual não se amolda ao objeto do auto de infração – ICMS Diferencial de Alíquota;

d) Que, no levantamento, ainda constam notas fiscais de transferência de mercadorias entre filiais.

Quanto ao mérito, requer a improcedência do Auto de Infração, uma vez que os levantamentos são imprecisos e que esta casa tem entendido que *“É improcedente a reclamação tributária que se fundamenta em levantamento elaborado com erros e inconsistências”*. (acórdão 039/2021, Cons. Rel. elena Peres Pimentel)

Apresenta outros acórdãos desta casa e faz o cotejamento entre os fatos narrados nos acórdãos e o objeto do Auto de Infração – ICMS Diferencial de Alíquota.

Conclui, pedindo a reforma da sentença de primeira instância, para que sejam julgados improcedentes os créditos tributários, e, caso não seja esse o entendimento, que seja julgado nulo o Auto de Infração em razão da imprecisão dos levantamentos.

Alternativamente, que sejam excluídas as operações de transferências entre filiais, as mercadorias consideradas como máquinas e equipamentos, as mercadorias sujeitas a substituição tributária e os valores já recolhidos sobre a rubrica de ICMS Diferencial de alíquota.

A Representação Fazendária entende que somente as informações apresentadas no levantamento do diferencial de alíquota não são suficientes para a devida análise dos fatos.

Considera também que as alegações apresentadas pela recorrente são insuficientes para tais conclusões e recomenda diligência junto à Autuada para esclarecer se foram considerados os recolhimentos do Diferencial de Alíquotas





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

alegado pelo recorrente, requer a juntada das notas em formato universal, bem como a possibilidade de terem sido incluídas notas fiscais de aquisição de insumo, ativo e mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, recomenda a juntada de todos os documentos necessários para a materialização do levantamento.

Remetidos ao Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais – COCRE, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais.

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Recurso Voluntário, em que a Fazenda Pública exige da Recorrida o ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, devido pelas aquisições de mercadorias para uso e consumo da Autuada.

A exigência está fundamentada no art. 44, XI da Lei 1.287/01 c/c art. 35, III do RICMS/TO Decreto 2.912/06, por ser a Autuada obrigada a recolher o diferencial de alíquota e não ter recolhido, na forma e prazo previsto na lei, e por não ter observado o estabelecido na lei, foi lhe aplicado a multa prevista no art. 48, III, alínea "E" da Lei 1.287/01.

Em exame, o recurso voluntário interposto contra a decisão de primeira instância que julgou procedente o auto de infração é tempestivo e as partes são legítimas. O interesse recursal está presente conforme estabelecido no art. 50, I, e parágrafo único da Lei 1.288/2001.

A Autuada suscita a ocorrência de duas nulidades, cerceamento ao direito de defesa, imprecisão no levantamento e no mérito à improcedência pela inconsistência do aditamento, a não incidência do ICMS nas operações de transferência, a inclusão na base de cálculo de notas fiscais de máquinas e equipamentos com isenção prevista no Termo de Acordo entre as partes, a inclusão de notas fiscais com ICMS DIFAL já recolhido, bem como a inclusão na base de cálculo de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

A representação Fazendária, recomenda o retorno dos autos ao agente autuante para que o mesmo esclareça, se foi considerado no levantamento os recolhimentos do Diferencial de Alíquota apresentados pela Recorrente, se foram excluídas do levantamento as notas fiscais de insumos, ativo imobilizado,





mercadorias sujeitas à substituição tributária e transferência entre matriz e filiais, bem como a juntada de arquivos magnéticos das notas fiscais em formato de visualização universal.

Considerando as nulidades apresentadas, as questões serão analisadas de forma individualizada.

Nulidade – Cerceamento ao Direito de Defesa

A primeira nulidade arguida pela Recorrente é cerceamento ao direito de defesa para assegurar a apresentação de razões e provas documentais, uma vez que falta no levantamento o nome, CNPJ do emitente e os respectivos CFOPs, o que prejudica a verificação individual das notas objeto da autuação.

Ao analisar a controvérsia, com fundamentos nos fatos e nas provas dos autos, a ausência do nome e CNPJ do emitente, bem como do CFOP, não prejudicou a defesa do autuado, tanto é verdade que logrou êxito no seu recurso pela imprecisão do levantamento, ou seja, o reconhecimento da inutilidade da prova para a solução da lide não impõe o cerceamento de defesa, sendo a dispensa das mesmas dever do julgador quando desnecessária à sua convicção, mormente considerando as provas documentais já existentes.

A jurisprudência é unânime em reconhecer que “não há cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de prova. Cabendo ao julgador decidir, motivadamente, sobre os elementos necessários à formação de seu entendimento, pois, como destinatário da prova, é livre para determinar as provas necessárias ou indeferir as inúteis ou protelatórias”.

No caso dos autos, conforme decidido, a prova requerida pelo ora Recorrente foi totalmente desnecessária, havendo farta prova documental suficiente para o desfecho da demanda.

Nulidade – Imprecisão no levantamento

Conforme relatado, mesmo depois do termo de aditamento ainda consta na base de cálculo notas fiscais relacionadas com máquinas e equipamentos com isenção do diferencial de alíquota prevista no Termo de Acordo assinado entre as partes, inclusão na base de cálculo de mercadoria sujeitas à substituição tributária, inclusão na base de cálculo de notas fiscais de transferência de mercadorias entre filiais e que vários recolhimentos de ICMS diferencial não foram levados em conta no levantamento.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Portanto, diante da indevida quantificação da base de cálculo feita pela Autoridade Autuante não há como sustentar o Auto de Infração.

No âmbito do processo administrativo tributário, como em qualquer outro, o ônus da prova recai naquele que alega, ou seja, a quem dela se aproveita, como assevera Marcos Vinicius Nader e Maria Tereza Martins (in Processo Administrativo Fiscal Comentado, p.207), assim:

"Se a Fazenda alega ter ocorrido fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Se, por outro lado, o interessado aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente, terá que provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou a existência e fatores excludentes. O processo administrativo fiscal não pode ser tido como instrumento da realização do interesse financeiro do Estado, mas de interesse substancial de justiça que lhe cabe enquanto órgão de aplicação do direito."

Inerente ao seu dever o Fisco demonstrar e comprovar o que alega, não havendo espaço para que a medida fiscal de lançamento instaure contraditório a partir de premissas equivocadas e não comprovadas a contento. Agridem-se de forma ostensiva os princípios fundamentais das relações em Direito Tributário, inclusive insculpidos constitucionalmente, dentre eles, o da segurança jurídica, da legalidade e da prova material.

Ao seu turno, o princípio da segurança jurídica encontrada na Constituição Federal, diz que ninguém será surpreendido pela invocação de um direito ou uma obrigação só conhecida de alguns ou de difícil compreensão, como observa no caso concreto.

O Fisco não foi em busca da verdade material existente, deixando de examinar documentos imprescindíveis para o correto deslinde da questão.

Assim, cabe à Autoridade Fiscal o dever de exaurir o levantamento fiscal de forma inequívoca, de modo a bem delimitar a infração, sendo que, no caso concreto, o Fisco Estadual falhou no cumprimento de sua obrigação de compor corretamente a base de cálculo do lançamento, o que o invalida por completo.

É sabido que a fiscalização pode utilizar elementos auxiliares para promover suas ações de revisão; no entanto, limitou-se a formar juízo de valor sem lastro probatório correto suficiente na quantificação da base de cálculo, mas sim em simples análise, desprezando os argumentos expendidos e demais elementos e documentos apresentados pela Autuada.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Entendo que a metodologia utilizada pela Fiscalização na situação em apreço não é possível, gerando vício no lançamento que não permite a sua convalidação. A subsunção do fato à norma, a descrição dos fatos, a indicação do fundamento legal da autuação, a correta construção da base de cálculo e a motivação são elementos substanciais do lançamento tributário, por imposição dos princípios da legalidade e tipicidade.

Nestes termos, acato a preliminar de nulidade arguida pela Autuada por erro na determinação da infração, prevista no art. 28, IV c/c art. 35, IV da Lei 1.288/01. Sem análise de mérito.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, acatar a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração, prevista no artigo 28, inciso IV c/c art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/01, arguida pela Recorrente, para julgar nulo o auto de infração 2019/000618, sem análise do mérito. O advogado Adriano Guinzelli e o Representante Fazendário Gaspar Mauricio Mota de Macedo fizeram sustentação oral pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edson José Ferraz, Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Delma Odete Ribeiro, Osmar Defante e Taumaturgo José Rufino Neto. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e quatro dias do mês de outubro de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos sete dias do mês de fevereiro de 2024.

Edson José Ferraz
Conselheiro Relator

João Alberto Barbosa Dias
Presidente

