



ACÓRDÃO Nº:	035/2024
PROCESSO Nº:	2017/6040/505818
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2017/002355
RECORRENTE:	ATACADÃO S-A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.417.563-6
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO. VÍCIOS MATERIAIS NA CONSTITUIÇÃO DO LANÇAMENTO. ERRO NA TIPICIDADE DA INFRAÇÃO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária quando a conduta praticada pelo contribuinte não se coaduna com a infração tipificada no lançamento do crédito tributário.

RELATÓRIO

O contribuinte qualificado na exordial teve contra si lavrado o Auto de Infração de nº 2017/002355, que exige ICMS relativo a aproveitamento indevido de crédito do ICMS no valor de R\$ 1.949.983,45 (Um milhão, novecentos e quarenta e nove mil, novecentos e oitenta e três reais e quarenta e cinco centavos), referente a redução de base de cálculo de 29,41% nas operações de saídas internas, tributadas à alíquota de 17%, em desacordo às hipóteses de creditamento, consoante disposto na Cláusula Oitava do Termo de Acordo nº 2.192/2009, no período de 01/01/2013 a 30/06/2013.

Foram juntados aos autos, além dos documentos mencionados no histórico do auto de infração, cópia do TARE – Termo de Acordo de Regime Especial nº 2.192/09 e Aditivo (fls. 06//10).

O sujeito passivo foi intimado da autuação em 04/12/17, pela via direta, por seu procurador (fls. 43/58), comparecendo tempestivamente ao processo (fls. 59/210), requerendo inicialmente a nulidade do feito, em face da *"Ausência de comprovação da infração imputada ao Requerente e adoção de premissa*





equivocada", alegando inobservância aos requisitos constantes do Art. 35, inciso I da Lei nº 1.288/01, bem como o Art. 142 do CTN.

Alega que a presente autuação não contém os elementos essenciais ao seu prosseguimento, na medida em que não apresentou os documentos comprobatórios ou evidências dos fatos que alegou, ou seja, a utilização de dois benefícios: a) redução da base de cálculo em 29,41% e b) carga tributária de 2%, nos termos do Termo de Acordo (TARE) nº 2.192/2009.

Aduz que não se utilizou das prerrogativas do TARE no período analisado, posto que a partir de 01/01/13 a empresa deixou de utilizar o benefício fiscal e passou a se apropriar do crédito presumido concedido pelo artigo 1º, inciso I, da Lei 2.697/12.

Caso a nulidade não seja reconhecida, solicita a improcedência do feito, novamente afirmando não ter utilizado dois benefícios fiscais simultaneamente; que se houve prejuízo ao Fisco, o que definitivamente não está comprovado neste feito, esse prejuízo seria bem inferior àquele indicado no Auto de Infração (R\$ 253.388,08 e não R\$ 1.949.983,45), pois no período autuado teria direito ao crédito presumido já referido.

Requer diligência para a revisão do trabalho fiscal e confirmação das alegações apresentadas na impugnação, relacionando, inclusive, os quesitos que pretende ver respondidos; sustenta, por fim, sobre a abusividade na multa aplicada, tendo em vista seu caráter confiscatório.

Encaminhado o processo ao julgamento monocrático, o julgador converteu os autos em diligência (fls. 212/214), para que o autuante ou um substituto legal procedesse ao saneamento do processo, em face das alegações da defesa, enumeradas no despacho nº 042/2018, e se fosse o caso, elaborar Termo de Aditamento.

Por sua vez, o autuante, ao comparecer ao processo (fls. 219/235), ratificou o levantamento fiscal que deu suporte à autuação, pugnou pela procedência do presente feito, aduzindo que a autuada dispõe dos benefícios da Cláusula Terceira do TARE nº 2.192/2009, vedado, portanto, o benefício fiscal a quaisquer outros benefícios previstos na legislação tributária estadual, conforme determina a Cláusula Oitava do referido Termo.

Finalizando, diz que em face do disposto no inciso IV do artigo 4º, da Lei 1.584/05, fica a autuada impossibilitada de usufruir do benefício de 75% como





pretende, e que, portanto, não há que se falar no crédito presumido no montante de R\$ 234.107,78 (duzentos e trinta e quatro mil, cento e sete reais e setenta e oito centavos).

A autuada foi intimada do Parecer acima mencionado pela via postal (fls. 239/240), comparecendo tempestivamente (fls. 241/256), reiterando os argumentos trazidos na impugnação original, entre eles, que a Fiscalização deixou de comprovar que o sujeito passivo realmente utilizou os benefícios previstos pelo TARE, simplesmente presumindo tal aproveitamento, embora sua utilização seja facultativa.

Alega, ainda, que o representante do Fisco não entendeu a questão suscitada pela impugnante. Isto porque, como já demonstrado na impugnação, não houve qualquer cumulação de benefícios fiscais, mas apenas o aproveitamento do crédito presumido de 75% sobre o valor apurado do JCMS, concedido pelo artigo 1º, I, da Lei 2.697/12.

Em retorno ao julgador singular, esse entendeu por satisfeitos os requisitos formais da autuação, bem como que os dispositivos apontados como infringidos guardam perfeita correlação com o delito narrado no histórico da inicial e com a penalidade sugerida.

Entende que a nulidade do presente lançamento, requerida com base nos incisos I e IV, do artigo 35, da Lei 1.288/01, não pode ser acatada, visto que o histórico do auto de infração descreve de maneira clara, precisa e resumida o fato tipificado como infração à legislação, além de ter indicado concretamente o período de sua ocorrência; bem como entende que dos autos constam o levantamento fiscal de fls. 04/05, o demonstrativo de fls. 11/41 e a mídia eletrônica de fls. 42, que fazem prova dos fatos alegados; razões pelas quais também utiliza para refutar o pedido de diligência.

Quanto ao cunho confiscatório da penalidade aplicada entende que tal imposição deriva da legislação vigente e a instância administrativa não seria o foro adequado para a apreciação da legalidade/constitucionalidade de uma Lei.

Finaliza expondo o entendimento de que o trabalho realizado pelo autuante está correto e deve prevalecer sem reparos.

Isto posto, conhece da impugnação ofertada, nega-lhe provimento, julga procedente o auto de infração nº 2017/002355, condenando o sujeito passivo ao pagamento da importância exigida no Campo 4.11, acrescida das cominações legais.





Em sede de Recurso Voluntário, apresentado pelo representante do sujeito passivo na data de 12.07.2022, foram repisadas as mesmas alegações constantes da impugnação.

O recorrente suscitou a nulidade do auto de infração por violação aos artigos 142 do CTN e 35 da Lei nº 1.288/01; a improcedência da exigência tributária, uma vez restar demonstrado que a redução da base de cálculo nas operações autuadas não causou prejuízo ao fisco, em razão do encontro de contas (estorno de créditos) efetuado pela recorrente; que na hipótese de desconsideração do estorno o suposto prejuízo seria muito inferior ao indicado na autuação; que a multa aplicada é abusiva e confiscatória, devendo ser cancelada.

Instada a se manifestar, a Representação Fazendária, considerando que o processo atende ao princípio da legalidade e que não há provas capazes de ilidir o feito, recomenda a confirmação da sentença, pela procedência do auto de infração.

É o relatório.

VOTO

O auto de infração é calcado no aproveitamento indevido de crédito do ICMS, referente a redução de base de cálculo de 29,41% nas operações de saídas internas, tributadas à alíquota de 17%, em desacordo às hipóteses de creditamento, consoante disposto na Cláusula Oitava do Termô de Acordo nº 2.192/2009, no período de 01/01/2013 a 30/06/2013.

Vistos e discutidos os autos processuais aqui em análise, tem-se que o sujeito passivo foi devidamente cientificado do lançamento; o recurso impetrado é próprio e tempestivo, razão pela qual do mesmo tomo conhecimento, estando o representante do sujeito passivo constituído nos termos do Art. 20, caput da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11; da mesma forma o autuante investido de competência legal para a constituição do crédito tributário.

Em atenção à manifestação do sujeito passivo ao lançamento tributário, nos deparamos com alegações de inconsistências e erros que são apontados no auto de infração.





Foram arguidas e demonstradas razões para o pedido de nulidade da autuação, que se pautam na ausência de elementos essenciais ao seu prosseguimento, dada a não apresentação de documentos comprobatórios ou evidências dos fatos que alegou, ou seja, a utilização cumulada dos benefícios: a) redução da base de cálculo em 29,41% e b) carga tributária de 2%, nos termos do Termo de Acordo (TARE) nº 2.192/2009; onde aduz veementemente que não se utilizou das prerrogativas do TARE no período analisado, posto que a partir de 01/01/13 a empresa deixou de utilizar o benefício fiscal e passou a se apropriar do crédito presumido concedido pelo artigo 1º, inciso I, da Lei nº 2.697/12.

Em análise a toda instrução processual é perceptível a utilização dos dois benefícios fiscais em concomitância.

O sujeito passivo ao alegar a apropriação de benefício concedido pelo artigo 1º, inciso I, da Lei 2.697/12, nada mais endossa a utilização do mesmo benefício que lhe concede o TARE nº 2.192/09, pois firmado sob a égide da Lei nº 1.201/00, uma vez que a referida norma se presta a alterar a lei instituidora do benefício concedido a empresas atacadistas, mormente, a alterar a forma do cálculo do benefício.

Bem verdade que o TARE que respalda a utilização do benefício concedido pela Lei nº 1.201/00 não sofreu ajuste textual para atualização da dinâmica do mesmo, quando da alteração promovida pela Lei nº 2.697/12, que estabeleceu crédito presumido de 75% sobre o valor do imposto apurado, a partir de 01/01/2013, em substituição a regra anterior, que tratava de concessão de crédito presumido, de tal forma que a carga tributária efetiva nas operações fosse de 2% e 1%, nas operações internas e interestaduais.

Entretanto, resta sobejamente demonstrado que ambos os benefícios, relativo ao crédito presumido concedido via TARE (Lei nº 1201/00) e o relativo a redução de base de cálculo, constante de prerrogativa advinda da Lei nº 1.303/02, estavam sendo utilizados de forma conjunta, ao arrepio proibitivo expresso na legislação tributária e no próprio Termo de Acordo.

Tanto verdade tal afirmação, que se verificam os correspondentes estornos de créditos efetivados em cumprimento aos requisitos de utilização dos benefícios, conforme visualizado nas Guias de Informação e Apuração Mensal – GIAM's, acostadas ao processo.

Em que pese a incontestada comprovação da cumulatividade dos benefícios, o lançamento do crédito tributário foi configurado em fato gerador que





denuncia aproveitamento indevido de crédito do imposto, circunstanciando infração e a penalidade inerentes a essa tipificação legal.

Ocorre, no entanto, que em análise ao levantamento do crédito tributário exigido se percebe que a abordagem efetiva da autuação foi no sentido de recuperar o imposto que deixou de ser recolhido pela indevida redução de base de cálculo de 29.41%, o que redundou em pagamento a menor do imposto e não em aproveitamento indevido de crédito. Explico.

Em verificação à manifestação do autuante constante de fls. 119/221, se extrai que *"...o alcance do lançamento, com informações corretamente apontadas, extraídos sobretudo dos documentos fiscais e da escrituração Fiscal Digital da autuada, onde se verifica inconteste, o valor unitário, quantidade comercializada e a base de cálculo do ICMS utilizada pela autuada para cálculo do imposto apurado, esta, reduzida erroneamente em 29,41%; então vejamos p. ex. às fls. 11/41 dos autos: (quantidade comercializada = 02 unidades.) versus (valor Unitário R\$ 360,3523 = R\$ 720,70); (-29,41%) = base de cálculo incorretamente calculada de R\$ 508,74 sendo que a base de cálculo correta é de R\$ 720,70."*

Segue explanando que *"Faz-se necessário analisar, que o Auto de Infração nº 2017/002355, reclama apenas o imposto na alíquota de 17%, sobre a diferença de R\$ 11.470.490,86 decorrente de reduções indevidas da base de cálculo perpetrado (sic) pela autuada, conforme quadro demonstrativo e resumo de fls. 11/41."*

Pois bem, fica evidente, e referendado pelo próprio autuante, o raciocínio do levantamento fiscal, que espelha a cobrança do ICMS sobre o valor da base de cálculo que teria sido indevidamente reduzida, uma forma de resgatar o imposto que foi pago a menor, realizado sobre notas fiscais de saídas e não de entradas, não evidenciando aproveitamento indevido de crédito de fato ou a ausência de devidos estornos de créditos, por ventura não realizados, mas sim a recuperação de parcela não pago do imposto que se entende devido.

É patente que a definição do fato gerador, aproveitamento indevido de crédito, não está devidamente em consonância ao fato ensejador da exigência tributária.





Não há, no presente caso, subsunção exata do fato gerador apurado com o narrado na descrição do contexto infracional, bem como na tipificação da infração e penalidade, como disposto no auto de infração.

Com tais considerações, em que pese constar do Recurso Voluntário arguição de preliminar de nulidade do auto de infração pela ausência de comprovação da infração imputada ao recorrente e adoção de premissa equivocada, compreendendo não ser a mais adequada ao caso concreto, foi por mim suscitada a preliminar de nulidade da autuação por erro na determinação da infração, em conformidade ao Art. 28, inciso IV da Lei nº 1.288/01, por entender que o lançamento fere a tipicidade legal, porquanto, não concatenar a subsunção perfeita da conduta praticada pelo contribuinte à infração circunstanciada e tipificada no lançamento.

A legislação estadual regula as formalidades do lançamento tributário e também estabelece as causas para sua nulidade, as quais aqui colaciono ao transcrever o Art. 28 da Lei nº 1.288/01:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

I – por autoridade não identificada, incompetente ou impedida;

II – com cerceamento de defesa;

III – por erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, nos casos de formalização do crédito tributário.

IV – com erro na determinação da infração. (Redação dada pela Lei 3.018 de 30.09.15).

De todo o exposto, voto pela nulidade do auto de infração por erro na determinação da infração, nos termos do que preceitua o art. 28, inciso IV da Lei nº 1.288/01, em decorrência das inconsistências apontadas na autuação.

É como voto.



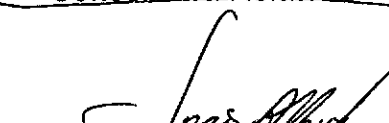


DECISÃO

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, da Lei 1.288/01, arguida pela conselheira relatora, para julgar nulo o auto de infração 2017/002355, sem análise de mérito. O Representante Fazendário Hélder Francisco dos Santos fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Ricardo Shiniti Konya, Osmar Defante, Taumaturgo José Rufino Neto e Edson José Ferraz. Presidiu a sessão de julgamento aos dezoito 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 vinte e seis dias do mês de março de 2024.


Luciene Souza Guimarães Passos
Conselheira Relatora


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

