

**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



ACÓRDÃO Nº:	046/2019
PROCESSO Nº:	2014/7130/500537
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2014/003219
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº	8.619
RECORRENTE:	BRITACAL-INDÚSTRIA E COM. DE BRITA E CALCÁRIO BRASILIA LTDA.
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.406.185-1

EMENTA:

ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO CRÉDITO. REDUÇÃO BASE DE CALCULO NAS SAÍDAS. PROPORCIONAL AOS CRÉDITOS NAS ENTRADAS. OPTANTE DO BENEFÍCIO FISCAL PROCEDÊNCIA – É procedente a reclamação tributária, na opção do sujeito passivo ao benefício fiscal, por deixar de estornar o crédito do ICMS apropriado nas entradas de mercadorias, na mesma proporção da redução na base de cálculo aplicado em suas saídas (vendas) tributadas. Preceitos Art. 37, § 1º, art. 44, X, Lei 1.287/2001.

RELATÓRIO

A Empresa BRITACAL-INDÚSTRIA E COM. DE BRITA E CALCÁRIO BRASILIA LTDA é autuada por meio de lançamento de ofício neste auto de infração, na reclamação tributária de ICMS NORMAL em campo 4.11 - valor originário de R\$ 2.957,10.

Trás descrição em contexto da infração ao campo 4.1 em síntese, que, o sujeito passivo deverá recolher ICMS NORMAL, referente ao aproveitamento indevido do crédito ICMS, obtido nas entradas, devido a falta de estorno proporcional nas operações de Saídas com Redução da Base de Cálculo. Constatado em Levantamento Básico do ICMS. Dos exercícios de 2008.

Ressalta que este auto de infração é lavrado em substituição ao auto de infração nº 2011/001156, em conformidade com o acórdão nº 114/2013, anexo.



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



Tipificou a Infração em campo 4.13 a que se leia: Art. 37, §§ 1º, 2º, Lei 1.287/01, Art. 44, inciso X, Lei 1.287/01.

O autuante juntou aos autos, cópias do Levantamento Básico do ICMS 2008, Demonstrativo Lançamento de Ofício - Detalhamento, Demonstrativo do Crédito Tributário, cópia de acórdão nº 114/2013 cópia A.I nº 2011/001156; cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS, cópia Livro Registro de Entrada e Saída. Acostados as fls. 04 a 21 dos autos.

O sujeito passivo é intimado do Auto de Infração, via AR Correio, fls. 22, com ciência pelo contribuinte na data 16.12.2014.

Comparecendo o sujeito passivo, por meio de seu causídico procurador legal, fls. 36, com impugnação ao auto de infração neste processo, fls. 24/35, acolhida em 08/01/2015.

De início demonstra sua irresignação pela autuação, na impugnação, apresentada dentro do prazo legal, para o auto de infração. E transcrevendo o contexto do auto de infração anterior, tecendo comentário da nulidade quanto ao erro na tipificação da infração ao antecedente auto de infração gerador do acórdão.

Que, mostra insubsistente a autuação na inexistência de infração ao § 1º, 2º, do art. 37, por conseguinte ao art. 44, inciso X, ambos da Lei 1.287/01, onde é necessário observar os termos consagrados da Constituição Federal, para delimitar competências tributárias. Nesse sentido o ICMS é imposto não - cumulativo, e será afastada excepcionalmente em dois casos da isenção e da não incidência, no postulado do art. 155, § 2º, incisos I, II, da CF/88, incorporado à Lei Complementar 87, de 13.09.1996 em art. 19 e 21 as quais descreve.

Que, a empresa comercializa seus produtos com benefício concedido pelo Decreto 2.912/2006, nos preceitos do art. 8º, inciso VI, alínea d, da redução da base de calculo do ICMS nas saídas interestaduais.

Com isso, não se mostra plausível a exigência do estorno do crédito, por não se tratar dos institutos de não tributação ou isenção, mas sim de redução da base de cálculo. Assim deve ser mantida a totalidade do crédito.

Trás varias citações em jurisprudências de processos civil tributário, par servir de base aos seus argumentos.



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



Por fim, reclama da multa em ser confiscatória. Pede acaso seja mantida a exigência, requer seja reduzida a multa pecuniária aplicada a patamares não-confiscatórios.

Em face ao exposto, requer que seja dado provimento a impugnação, declarado nulo o auto de infração, ou sua improcedência.

O processo é distribuído e encaminhado ao julgador de primeira instância para análise e sentenciar.

Este, considerando a necessidade de firmar convencimento, entende se for o caso por sanear o processo. Devolvendo-o ao autor ou substituto, para atender aos requisitos identificados.

Solícito em atender o despacho do julgador de primeira instancia, o autuante tece suas alegações e argumentos nas arguições de impugnação, não merecendo serem apreciadas, sendo improcedentes e incapazes de invalidar a inicial, pois que apenas requer a redução da multa pecuniária aplicada, na alegação de estar a patamares confiscatórios.

No entanto entende por sanear com o Termo de Aditamento, que se faz acostado as fls. 55, na alteração ao campo 4.13 – infração, a descrita em art. 37, § 1º, e § 2º, inciso I e II da Lei nº 1.287/01. Pede dar ciência ao sujeito passivo.

O sujeito passivo é notificado, intimado, fls. 57/58, do Termo Aditivo, via AR-Correio fls. 59, ciência em 28.08.2017.

Comparece o sujeito passivo aos autos, com impugnação ao Termo de Aditamento, nas mesmas teses de defesa em alegações e argumentos já apresentadas em impugnação inicial.

Porém, a serem analisadas e observadas na apreciação deste contencioso no seu amplo direito de defesa e contraditório.

O julgador singular em sua análise aos autos apresenta a sentença, com seu relatório circunstanciado nas razões de impugnação. E nos fundamentos de fato e de direito, aduz,

Não consta nos autos pedidos de Preliminar.

De Mérito;



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



A pretensão fiscal está amparada nos dispositivos em infração ao Art. 37, §§ 1º, 2º, Lei 1.287/01, Art. 44, inciso X, Lei 1.287/01, com penalidade sugerida e prevista no art. 48, inciso IV, alínea e, da Lei 1.287/01, e as transcreve verbis.

Do argumento apresentado pelo sujeito passivo, de que para as saídas dos produtos, ser com redução da base de calculo, não ter que estornar o credito, haja visa que não é a titulo de isenta ou não tributada. Pelo qual deveria também não considerar o estorno para efeito das entradas e dar o crédito do ICMS total das operações, respeitando o princípio da não cumulatividade. Não procede, vez que trata de um benefício fiscal por opção.

Quanto as razões de mérito, entende que assiste ao fisco, pois o estorno conforme demonstrado é proporcional ao ICMS creditado das entradas, relacionado ao fato das saídas terem o beneficio fiscal da redução da base de calculo. Precipitado de opção do contribuinte ao beneficio da Lei.

E em relação a esse argumento de multa confiscatória, não compete ser analisado neste contencioso, por ser incompetente a análise de leis outorgadas em Assembleia Legislativa Estadual.

O sujeito passivo não produziu e não trouxe as provas necessárias para contraditar a ocorrência do fato gerador prevista na legislação disposta, retro citada, ao aproveitar de crédito ICMS na totalidade em entradas, devido não estornar para saídas de mercadorias, com beneficio fiscal da redução da base de calculo em operações interestaduais.

Neste caso, entende que a reclamação tributária está amparada na inicial, não deixando duvida em relação a infração cometida e denunciada. Os documentos produzidos e anexados identificam claramente e analiticamente os elementos constitutivos que deram origem ao crédito tributário reclamado na peça básica.

E decidindo, diante do exposto feita a análise dos autos, julga pela PROCEDENCIA dos créditos tributários deste auto de infração, condenando ao pagamento do valor originário em campo 4.11, mais cominações legais.

Mediante o julgado singular, em decisão de PROCEDENCIA da reclamação tributária do auto de infração, é notificado, (fls.81), e intimado (fls. 82) o sujeito passivo, por meio de aviso AR-Correio, (fls. 83), com ciente em 20.12.2017.

Apresenta-se o sujeito passivo por meio de seu causídico constituído na forma legal, não conformado com a decisão de primeira instância, em apor Recurso Voluntário, para fins constantes das razões seja provida.



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



Em alegação de recurso vê-se que trás as mesmas teses já combatidas de impugnação inicial, pelo julgador singular.

Denota-se serem nas mesmas teses de defesa em alegações e argumentos já apresentada em impugnação inicial.

Porém a serem analisadas e observadas na apreciação deste contencioso no seu amplo direito de defesa e contraditório.

Por todo o exposto, requer a reforma da sentença singular para ser nulo ou improcedente o auto de infração.

Perquirida, a Representação Fazendária, observa quanto a não constar pedido em PRELIMINAR.

De mérito,

Aduz que a exigência tributária é o ICMS, decorrente de “refazimento” de processo anterior julgado nulo. Refere-se a aproveitamento de crédito de entrada de mercadoria, desrespeitado o consignado em benefício da redução de base de calculo, nas saídas de mercadorias interestaduais, em estornar na mesma proporção o crédito de entradas.

Para a exigência tributária só pode admitir a prova material direta, ou seja, a mesma que também servirá ao sujeito passivo como contraprova, de que não descumpriu com a obrigação.

Do exposto a Representação Fazendária, em suas análises pede que, seja Mantida a sentença singular de PROCEDENCIA, do auto de infração, mantendo o valor originário de campo 4.11, desta peça basilar.

É em síntese o Relatório,

VOTO

Vistos, analisados e discutidos os autos deste processo, têm-se que;

Contra o sujeito passivo acima qualificado a Fazenda Pública formalizou o lançamento de ofício em auto de infração nº 2014/003219, no teor do contexto que abrange o exercício de 2008, para reclamar do sujeito passivo, que:



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



Deverá recolher o ICMS, referente à aproveitamento indevido de crédito do ICMS devido a falta de estorno dos créditos proveniente das entradas de mercadorias, a que deveria estornar proporcional a Redução da Base de Cálculo das saídas (vendas) tributadas. Optativo do benefício fiscal da redução da base de cálculo. Conforme constado no Levantamento Básico do ICMS. Do exercício de 2008.

É de bom alvitre dar conhecimento que este auto de infração foi refeito e lavrado em substituição ao auto de infração de nº 2011/001156, e de acórdão nº 114/2013, assim entendido por erro formal, art. 173, inciso II do CTN, Lei 5.172/66, evitando assim questionamento por prazo de decadência.

Subsume-se no presente assunto em discussão nesse contencioso, tratar-se de que o ICMS foi apropriado integralmente em entradas de materiais na empresa, referente aos meses de maio a junho de 2008, conforme constam assentados nos livros fiscais do contribuinte, e auferidos no levantamento elaborado pelo fisco estadual.

Ademais são excluído neste atual levantamento fiscal as mercadorias correia transportadora e óleo diesel, e mantidos os produtos explosivos e energia elétrica, alterando consideravelmente o valor da reclamação tributária.

Desta feita, o sujeito passivo, promove em suas saídas (vendas) de mercadorias, interestaduais, ou seja, a outros estados, com redução da base de cálculo nos valores, em opção ao benefício fiscal da redução de base de calculo.

Não obstante, a Representação Fazendária passa a discorrer sobre os argumentos fáticos trazidos pela impugnante, a que é se entender preponderante, no RE 174.478/SP, onde o Superior Tribunal Federal – STF entendeu que a redução da Base de calculo é isenção parcial. Portanto deve se estornar os créditos na entrada. Assim reproduz o Acórdão RE 174.478/SP – STF,

RE 174.478/SP – STF

“TRIBUTO”. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com Redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de: Estorno proporcional. Art. 41, inc.IV, da Lei Estadual nº 6.374/89, E art. 32, inc. II, do Convênio ICMS nº 66/88. Constitucionalidade Reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, inc. II, letra “b”, da CF. Voto vencido. É constitucional o art. 41, inc. IV, da Lei nº 6.374/89, do Estado de São Paulo, e o art. 32, inc. I e II, do Convênio ICMS nº 66/88.”



SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



Trás argumentando o nobre causídico do sujeito passivo, que na Constituição Federal, a não-cumulatividade do ICMS é norma incerta no Texto Constitucional, art. 155, § 2º, reproduzida pela Lei Complementar nº 87/96. Esta regra comporta duas exceções, são elas as hipóteses da isenção e da não-incidência, para poder estornar o crédito. Não em redução da base de cálculo.

Em análise a legislação tributária, decorre de uma opção ao contribuinte de substituir o comando da regra geral da escrituração normal da não-cumulatividade, por um benefício fiscal de redução da base de cálculo, onde implica em redução na mesma proporcionalidade para com o crédito do ICMS das entradas de mercadorias adquiridas.

Em,

“Precedente: REsp. 615365 / RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 02.08.2004.

Assim, decidiu com acerto o Eg. Tribunal a *quo* no sentido de que a redução da base de cálculo não impede a utilização decorrente das entradas, desde que respeitada a mesma proporção. Direito assegurado constitucionalmente”.

E nesse sentido da vedação parcial do crédito temos o postulado do Código Tributário Estadual o postulado em art. 37, § 1º, art. 44, inciso X, da Lei 1.287/2001, “**verbis**”:

Art. 37. O sujeito passivo efetuará o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

[.....]

§ 1º. Na hipótese de a operação ou prestação subsequente ser beneficiada com redução da base de cálculo, o estorno do crédito do imposto será proporcional a esta.

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:

[.....]

X – estornar créditos do imposto, quando exigidos pela legislação;

No exposto, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, e confirmando a sentença singular, Julgo pela procedência da reclamação tributária deste auto de infração, condenando ao pagamento da exigência tributária indicada em campo 4.11 – valor originário de R\$ 2.957,10 (dois mil, novecentos e cinquenta e sete reais e dez centavos), com os demais acréscimos legais, dirigida pela peça basilar.

É como voto.



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente a reclamação tributária constante do auto de infração 2014/003219 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 2.957,10 (dois mil, novecentos e cinquenta e sete reais e dez centavos), referente o campo 4.11, mais os acréscimos legais. O Representante Fazendário Hyun Suk Lee fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya e Kellen C. Soares Pedreira do Vale. Presidiu a sessão de julgamento aos seis dias do mês de fevereiro de 2019, o conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS,
em Palmas, TO, aos quinze dias do mês de fevereiro de 2019.

Suzano Lino Marques
Presidente

Heverton Luiz de Siqueira Bueno
Conselheiro relator

