GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº:	124/2012
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.074
PROCESSO Nº:	2011/6640/500090
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2011/000224
RECORRENTE:	DISTRIBUIDORA DE CAMINHÕES PALMAS LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.383.099-1
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO. LEI 1.303/2012. FALTA DE OPÇÃO AO BENEFÍCIO FISCAL DE REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA – É legítima a exigência fiscal quando a apropriação de créditos do ICMS ocorreu sem a opção prévia para redução da carga tributária, exigida pela legislação tributária.

RELATÓRIO

O contribuinte foi autuado nos campos 4 e 5, referente à apropriação de crédito de 4%, originados da diferença na emissão de notas fiscais de saídas internas de veículos (caminhões) com alíquota de 12 e a 8%, proporcionada pela faculdade da dedução da base de cálculo, que não foi repassado ao consumidor final, apurados conforme levantamento do ICMS e demonstrativo anexo, cópia de notas fiscais e livro de apuração do ICMS, na importância de R$ 71.460,80 (setenta e um mil, quatrocentos e sessenta reais e oitenta centavos) e R$ 33.664,27 (trinta e três mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e vinte sete centavos), respectivamente.

Intimado via postal, o sujeito passivo comparece aos autos apresentando impugnação tempestiva (fls. 96/102), alegando preliminar de nulidade uma vez que o auto de infração não preenche os requisitos legais de instrução e lavratura, por não existir termo de abertura ou início do processo administrativo tributário, tendo expirado o prazo de 90 dias para realização dos trabalhos de auditoria.

No mérito, alega que no exercício de 2008 as notas fiscais numeradas, foram emitidas com alíquota completa de ICMS a 12%, sendo que posteriormente foi realizada notificação de correção de documento fiscal, corrigindo a alíquota para 8%, conforme legislação em vigor, afastando assim, qualquer ilegalidade quanto à utilização do benefício fiscal.

Em relação ao exercício de 2009, afirma que as notas fiscais emitidas no período de janeiro e fevereiro não estavam beneficiadas com a redução da alíquota,

pois a lei autorizando o benefício foi publicada em 28/02/2009, com efeito, a partir de 1º de janeiro de 2009, tendo utilizado o benefício a partir da sua concessão.

A julgadora de primeira instância em despacho às fls. 111 solicita que o processo retorne à Delegacia Regional Tributária de Araguaína para que o autor do procedimento, ou seu substituto, se manifeste sobre as alegações da impugnante, lavrando termo de aditamento, se necessário.

Encaminhado o processo, o autor do procedimento emite parecer às fls. 113, afirmando que a razão da constituição do crédito tributário, não se deve ao fato da empresa não fazer jus ao benefício, pois o objetivo do benefício fiscal é diminuir o preço para o consumidor final e da forma que foram realizadas as operações de saídas internas de caminhões, o encargo financeiro do tributo foi assumido pelo contribuinte de fato, no caso os adquirentes dos caminhões (consumidor final).

Intimada via correio, a autuada não se manifestou.

A julgadora de primeira instância, em sentença às fls. 119/122, conhece da impugnação apresentada, nega-lhe provimento e julga procedente o auto de infração na sua totalidade.

Ao ser intimada da decisão de primeira instância, via postal, a autuada comparece aos autos apresentando recurso voluntário a este Conselho, reiterando os termos de impugnação.

A Representação Fazendária, em parecer às fls. 132, entende correta a interpretação exercitada pelo autuante e pede seja mantida a decisão singular.

VOTO

A presente lide se configura por apropriação de crédito de 4%, originados da diferença na emissão de notas fiscais de saídas internas de veículos (caminhões) com alíquota de 12 e a 8%, proporcionada pela faculdade da dedução da base de cálculo, que não foi repassado ao consumidor final.

Em seu recurso a autuada arguiu preliminar de nulidade do auto de infração, uma vez que o mesmo não preenche os requisitos legais de instrução e lavratura, por não existir termo de abertura ou início do processo administrativo tributário, tendo expirado o prazo de 90 dias para realização dos trabalhos de auditoria.

Quanto à preliminar de nulidade arguida pela impugnante, entendo que não lhe assiste razão, pois não comprovou que a auditoria extrapolou o prazo de noventa dias ou descumpriu os procedimentos estabelecidos pela legislação tributária. Devendo ser rejeitada.

No mérito, alega que no exercício de 2008 emitiu notificação de correção de documento fiscal, corrigindo a alíquota do imposto destacado, afastando assim, qualquer ilegalidade quanto à utilização do benefício fiscal.

Em relação ao exercício de 2009, afirma que as notas fiscais emitidas no período de janeiro e fevereiro não estavam beneficiadas com a redução da alíquota,

pois a lei autorizando o benefício foi publicada em 28/02/2009, com efeito a partir de 1º de janeiro de 2009, tendo utilizado o benefício a partir da sua concessão.

No entanto, com o provável objetivo de diminuir o preço ao consumidor final, melhorando a concorrência de mercado, a Lei 1.303/2002 e posteriores alterações, foi editada facultando o contribuinte a reduzir a carga tributária sobre veículos (caminhões), conforme dispõe:

> 1º É facultado ao contribuinte regularmente cadastrado e estabelecido neste Estado reduzir, nas condições desta Lei, a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.
>
> § 1º O disposto neste artigo é aplicado nas operações e prestações internas, reduzindo-se a carga tributária para: (Redação dada pela Lei 1.350 de 16.12.02)
>
> VI – 8%, até 30 de junho de 2009, nas operações com: (Redação dada pela Lei 2.912 de 30.06.09)
>
> a) caminhão, promovidas por concessionárias ou revendedores autorizados, mantido o crédito do ICMS da operação anterior; (Redação dada pela Lei 1.875 de 20.12.07).

Desta forma, quando se fala em “facultado ao contribuinte”, conforme o texto da lei, entende-se como uma posição a ser pré-determinado, ou seja, a escolha da forma como vai efetivar a tributação da operação tem que anteceder ao fato, conforme condiciona o § 4º do mesmo diploma legal, a saber:

> § 4º A opção pelo benefício previsto neste artigo sujeita-se:
> (...)
>
> II – à consignação, pelo contribuinte, no Livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrência.

Nota-se que no exercício de 2008 o contribuinte deu saídas com a alíquota normal a 12%, depois emitiu corretivo alterando a base de cálculo para a carga tributária de 8%, não efetuando a opção, em detrimento ao disposto na legislação, o que veio a provocar a autuação dos valores em questão.

Quanto ao exercício de 2009, alega a impugnante que no período de referência da autuação, isto é, janeiro e fevereiro de 2009 emitiu documentos fiscais com a alíquota normal do imposto a 12%, e que embora a vigência da lei tenha retroagido a 1º de janeiro, somente utilizou os benefícios a partir da sua publicação.

Acontece que os valores autuados, originaram da diferença de alíquota (4%), correspondente ao estorno de débito do imposto em período subsequente, o que contradiz com suas alegações, ao afirmar que utilizou dos benefícios a partir da publicação da lei, em 28/02/2009.

Desta forma, tanto no período de 2008, quanto em 2009, quem suportou a carga tributária foi o consumidor final, não cabendo ao autuado se beneficiar de

valores suportados por outrem. Nesta linha de conduta o Código Tributário Nacional, no seu art. 166, assim determina:

> Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Sendo o ICMS um tributo de natureza indireta, por incorporar o preço do produto, torna o contribuinte de fato consumidor final da mercadoria ou do serviço prestado, que suportou de forma efetiva a carga tributária, enquanto que a empresa é o contribuinte de direito, que ao repassar no preço das operações o tributo incidente, se incumbe de recolher aos cofres públicos o imposto incluso no valor pago pelo consumidor.

Portanto, analisados os presentes autos, resta claro que o sujeito passivo, se apropriou de ICMS lançado indevidamente em seus livros fiscais, e por não apresentar provas que modificassem o feito, entendo que está correta a exigência dos créditos tributários lançados nos campos 4 e 5 do auto de infração.

Diante do exposto, conheço do recurso apresentado tempestivo, nego-lhe provimento, e voto confirmando a sentença prolatada em primeira instância que julgou procedente o auto de infração de nº 2011/000224 em todos os seus campos, mais os acréscimos legais.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração arguida pela Recorrente, por não ter preenchidos os requisitos legais de lavratura. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração de nº 2011/000224 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R$ 71.460,80 (Setenta e um mil, quatrocentos e sessenta reais e oitenta centavos) e R$ 33.664,27 (trinta e três mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e vinte e sete centavos), referentes aos campos 4.11 e 5.11, respectivamente, mais os acréscimos legais. O Senhor Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Evaniter Cordeiro Toledo, Fernanda Teixeira Halum e João Gabriel Spicker. Presidiu a sessão de julgamento aos 12 dias do mês de setembro de 2012, o conselheiro Edson Luiz Lamounier.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, ao 1º dia do mês de novembro de 2012.

Edson Luiz Lamounier
Presidente

Luiz Carlos da Silva Leal
Conselheiro Relator