Publicado no Diário Oficial nº4.031, de 23 de dezembro de 2013

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

| | |
|---|---|
| ACÓRDÃO Nº: | 114/2013 |
| RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: | 8.036 |
| PROCESSO Nº: | 2011/7130/500199 |
| AUTO DE INFRAÇÃO Nº: | 2011/001156 |
| RECORRENTE: | BRITACAL - INDÚSTRIA E COM. DE BRITA E CALCÁRIO BRASÍLIA LTDA. |
| INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: | 29.406.185-1 |
| RECORRIDA: | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |

**EMENTA**

ICMS. LEVANTAMENTO BÁSICO DO ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO. ERRO NA TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO COMETIDA – É nula a exigência tributária, cuja tipificação da infração cometida não se relaciona com o histórico dos fatos tidos como infringidos.

**RELATÓRIO**

Versa a autuação no campo 4, referente aproveitamento indevido de créditos de ICMS nos meses de maio a julho de 2008, oriundo da falta de estorno proporcional de crédito de 60%, relativo às aquisições de mercadorias tributadas, cujas saídas foram beneficiadas com a mesma redução, na importância de R$ 18.799,90 (dezoito mil, setecentos e noventa e nove reais e noventa centavos), constatado por meio do Levantamento Básico do ICMS e Livro de Apuração do ICMS.

O sujeito passivo foi intimado por via direta, comparecendo aos autos, apresentando impugnação tempestiva (fls. 16/24), alegando que é plenamente possível a manutenção de 100% dos créditos relativos a saídas ocorridas sob o auspício da redução da base de cálculo, conforme expressa disposição da Constituição Federal, da Lei 87/96 e da própria legislação estadual.

Alega também, que o percentual da multa aplicada é confiscatório.

A julgadora de primeira instância em sentença às fls. 50/54, conhece da impugnação apresentada, nega-lhe provimento e julga procedente o auto de infração, por entender que a redução nas saídas impõe ao sujeito passivo reduzir os seus créditos proporcionalmente nas entradas, conforme estabelecido no Código

Tributário Estadual em seu art. 37, parágrafo segundo da Lei 1287/01, e que está correta a reclamação do crédito tributário.

Ciente da decisão prolatada em primeira instância, a autuada apresentou recurso voluntário tempestivo (fls. 58/69) a este Conselho, com as mesmas alegações arguidas em sede de impugnação.

A Representação Fazendária – REFAZ, em suas considerações às fls. 82/84, após análise, na verificação aos termos das alegações de recurso, para melhor formação de juízo, requer diligência no sentido que o autuante ou seu substituto, faça juntada de cópia de documentos fiscais e livros, conforme enumerados, referente ao período autuado. Se necessário, elaborar Relatório Demonstrativo Circunstanciado dos documentos.

Em atenção ao solicitado, foi anexado aos autos, documentos de fls. 88/1.151.

A Representação Fazendária – REFAZ, em seu parecer às fls. 1.153/1.160, após sua contra razões, conclui que as mercadorias especificadas nas saídas interestaduais, estão inseridas no benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS, postulados no art. 8º, inciso VI, alínea “d” do RICMS – aprovado pelo Decreto 2912/2006 e que o art. 19 do mesmo Regulamento contempla com a manutenção do crédito do imposto relativo às entradas de mercadorias e insumos desde que utilizados no processo de industrialização.

Assim, deve ser mantido os créditos na sua totalidade referente à energia elétrica e explosivos, com exceção dos produtos correia transportadora e óleo diesel por não integrarem o produto no processo Industrial.

Ao final, recomenda para conhecer do recurso voluntário apresentado tempestivo, negar-lhe provimento parcial, reformar a sentença singular, que julgou pela procedência do auto de infração, e em julgar pela procedência em parte do auto de infração, no valor de R$ 2.957,10, e absolver o sujeito passivo do valor de R$ 15.842,80.

**VOTO**

A presente lide se configura na autuação por aproveitamento indevido de créditos de ICMS, referente a falta de estorno proporcional de crédito de 60%, relativo às aquisições de mercadorias tributadas, cujas saídas foram beneficiadas com a mesma redução.

Foi constatado como infração o art. 44, inciso II, combinado com o art. 45, inciso XVIII e o art. 46, §§ 1º e 2º, todos da Lei 1.287/2001.

Em sua defesa, o sujeito passivo alega que é plenamente possível a manutenção de 100% dos créditos relativos a saídas com redução da base de cálculo, conforme expressa disposição da legislação própria.

Por outro lado a julgadora de primeira instância entende que a redução nas saídas impõe ao sujeito passivo reduzir os seus créditos proporcionalmente às

entradas conforme estabelecido pelo Código Tributário Estadual em seu art. 37, parágrafo segundo da Lei 1287/2001, e que está correta a reclamação do crédito tributário.

Ao analisar a peça inicial, acostada aos autos às fls.02/03, em específico a infração tipificada como infringida, campo 4.13, onde prescreve o art. 44, inciso II, combinado com o art. 45, inciso XVIII e art. 46, §§ 1º e 2º, todos da Lei 1.287/2001, com a seguinte redação:

> **Art. 44.** São obrigações do contribuinte e do responsável:
>
> (...)
>
> II – escriturar nos livros próprios, com fidedignidade e nos prazos legais, as operações ou prestações que realizar, ainda que contribuinte substituto ou substituído;
>
> **(...)**
>
> **Art. 45.** É vedado ao contribuinte e ao responsável:
>
> **(.**..)
>
> XVIII – aproveitar créditos do imposto em desacordo com a legislação tributária;
>
> (...)
>
> **Art. 46.** Constitui infração toda ação ou omissão do contribuinte, responsável ou intermediário de negócios que importe em inobservância de normas tributárias, especialmente das contidas nos art. 44 e 45.
>
> § 1º Quem, de qualquer modo, concorra para a infração por ela se responsabiliza, na medida da sua participação.
>
> § 2º A responsabilidade por infração às normas do ICMS independe da intenção do contribuinte, responsável ou intermediário de negócios, e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos da ação ou omissão.

Nota-se que a redação do inciso II do art. 44, refere-se a escrituração de livros fiscais. E o inciso XVIII do art. 45, precitados, refere-se a aproveitamento de crédito do imposto.

Enquanto que a narrativa dos fatos, contexto 4.1, diz tratar de **aproveitamento indevido** de créditos, oriundo da falta de **estorno proporcional** de crédito e 60%. Entendo que um fato contradiz o outro, pois se houve aproveitamento indevido de crédito, por si, já é uma infração. Inexistindo automaticamente a outra ocorrência.

Neste caso, o correto seria a aplicação do inciso “X”, do art. 44, da Lei 1.287/2001, que espelha de forma precisa e isolada o ocorrido, conforme redação a seguir:

> **Art. 44.** São obrigações do contribuinte e do responsável:
>
> (...)
>
> X – estornar créditos do imposto, quando exigido na legislação;

Vale ressaltar, que o artigo 46 e seus parágrafos, tratam de generalidades e não servem, propriamente, como qualificativo de ato infracional.

Portando, a exigência fiscal como formulada, contraria a Legislação Tributária Estadual, propriamente o art. 35, inciso I, alínea "d", da Lei 1.288/2001, que assim prescreve:

> **Art. 35.** O Auto de Infração:
>
> I – formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:
>
> (...)
>
> d) o dispositivo legal infringido;

Desta forma, está caracterizada a ocorrência de erro na tipificação da infração, o que nulifica a exigência fiscal por deixar de indicar corretamente o dispositivo legal infringido, um dos principais requisitos que deve conter o auto de infração.

Assim sendo, voto reformando a decisão de primeira instância que julgou procedente a exigência tributária, e pela nulidade do auto de infração nº 2011/001156, sem julgamento de mérito.

**DECISÃO**

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração por erro na tipificação dos dispositivos legais infringidos, arguida pelo conselheiro relator e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito. O Senhor Heverton Luiz de Siqueira Bueno fez sustentação oral pela Fazenda Pública e solicitou o refazimento dos trabalhos de auditoria, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Deides Ferreira Lopes, Kellen Crystian Soares Pedreira do Vale e Valcy Barboza Ribeiro. Presidiu a sessão de julgamento aos 30 dias do mês de setembro de 2013, o conselheiro Edson Luiz Lamounier.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, EM Palmas, TO, aos 19 dias do mês de dezembro de 2013.

Luiz Carlos da Silva Leal
Presidente em exercício

Luiz Carlos da Silva Leal
Conselheiro Relator