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

ACÓRDÃO Nº:	027/2015
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.168
PROCESSO Nº:	2013/6010/500435
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2013/000534
RECORRENTE:	SOCIC – SOCIEDADE COMERCIAL IRMÃS CLAUDINO S/A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.342.012-2
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DE ICMS POR FALTA DE ESTORNO NA MESMA PROPORÇÃO DA REDUÇÃO APLICADA NAS SAÍDAS. MERCADORIA TRIBUTADA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL. FALTA DE CLAREZA. NULIDADE – É nula a exigência tributária quando apoiada em levantamento fiscal elaborado com erro e/ou falta de clareza.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário por meio do auto de infração nº 2013/000534, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente ao aproveitamento indevido de crédito do ICMS.

Foram anexados aos autos Acórdão nº 004/2013, levantamento básico do ICMS e livros de registros de apuração do ICMS, entradas e saídas (fls. 04/422).

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal (fls. 425), apresentando impugnação, tempestivamente, com as seguintes alegações (fls. 426/435):

> Que adquire mercadorias de diversos remetentes localizados neste Estado ou em outra Unidade da Federação; que o crédito destacado em seus documentos fiscais referentes às entradas interestaduais pode ser de 12% ou de 7%; que as mercadorias adquiridas para fins de saída assumem uma condição de imprevisibilidade, no que tange

> aos seus destinos, já que a empresa não tem como adivinhar se determinada mercadoria será vendida internamente ou transferida em operações estaduais; que programou o seu sistema de contabilidade para que fizesse o estorno de todos os créditos relativos a todas as operações de entrada internas e externas, como se todas as mercadorias fossem ser vendidas dentro do Estado do Tocantins; que como a redução da base de cálculo nas operações de saídas internas é de 29,41%, programou para que todos os créditos relativos às entradas fossem estornados proporcional ao mesmo percentual aplicado no benefício fiscal da redução de base de cálculo para operações internas; que os estornos de débitos proporcionais promovidos pela impugnante em relação às operações de saídas interestaduais tributadas com alíquota de 12%, por não possuírem o benefício fiscal da redução da base de cálculo, é absolutamente legal; que no período fiscalizado remanesce um crédito final; que, por isso, requer a declaração do direito de compensar os débitos em favor da Fazenda Estadual, reconhecendo o direito de pedir a restituição administrativa de todo o período fiscalizado.

Sobreveio a sentença de primeira instância às (fls. 455/458), que firmou entendimento no sentido:

> Que o contribuinte inovou na escrituração fiscal e apuração do ICMS, utilizando-se de procedimento totalmente diverso do previsto na legislação tributária; que estornava todos os créditos nas entradas, efetuando estornos de débitos quando das saídas interestaduais; que a impugnante afirma, ainda, que possui crédito fiscal para com a Fazenda Pública, requerendo sua compensação e a declaração do direito de pedir restituição administrativa; que o Contencioso Administrativo Tributário de Primeira Instância não é órgão competente para conceder compensação ou restituição de indébito tributário; que, caso o contribuinte entenda mesmo que possui créditos a restituir, deve observar o procedimento previsto no art. 72 da Lei nº 1.288/01 e no Decreto nº 3.088/07 que regulamenta os procedimentos especiais.

Desta forma, a ilustre julgadora de primeira instância conhece da impugnação apresentada para negar-lhe provimento, julgando procedente o auto de infração de nº 2013/000534 para condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R$ 261.605,45 (duzentos e sessenta e um mil, seiscentos e cinco reais e quarenta e cinco centavos), com a penalidade do campo 4.15, mais os acréscimos legais.

O sujeito passivo, em sede de recurso voluntário (fls. 463/478), sem preliminar, reafirma no mérito seu pedido da inicial e solicita agora revisão de oficio do lançamento tributário nas apurações mensais do ICMS, resguardando o direito do credito pela entrada.

De outro lado, a Representação Fazendária – REFAZ, em parecer às (fls. 526), pede a confirmação da decisão singular, por seus próprios fundamentos.

Emitido parecer pelo Subprocurador Fiscal e Tributário (fls. 527), em conformidade com o art. 5º-B, inciso IV, da Lei 1.288/2001, onde adota, na íntegra, a

manifestação exposta pelo Representante Fazendário e determina o retorno dos autos à origem para providências legais.

É o relatório.

VOTO

Visto, analisado e discutido o presente processo referente ao aproveitamento indevido de crédito do ICMS devido a estornos de débitos em 29,41% do ICMS incidente nas saídas interestaduais, em desacordo com a legislação tributária, nas entradas externas de mercadorias tributadas.

Tal pretensão fiscal encontra respaldo no art. 45, inciso XVIII, da Lei nº 1.287/01, tipificado no campo 4.13 do auto.

A penalidade aplicada está prevista no art. 48, inciso IV, alínea *e* da Lei nº 1.287/01, sugerida no campo 4.15 do auto de infração.

A ilustre julgadora *a quo* julgou procedente o auto de infração em tela, haja vista que o impugnante inovou na escrituração fiscal e apuração do ICMS, utilizando-se de procedimento totalmente diverso do previsto na legislação tributária. O Código Tributário Estadual dispõe:

> **Art. 37.** (...)
>
> § 1º Na hipótese de a operação ou prestação subseqüente ser beneficiada com redução da base de cálculo, o estorno do crédito do imposto será proporcional a esta.

O Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 2.912/06 trata da mesma forma o estorno de créditos. Vejamos:

> **Art. 28.** Salvo disposição em contrário, é vedado o aproveitamento do crédito do ICMS nas seguintes hipóteses:
> (...)
>
> XIII – quando as saídas subseqüentes forem beneficiadas com:
> (...)
>
> b) redução de base de cálculo, hipótese em que a vedação deve ser proporcional ao benefício;
>
> **Art. 30.** O contribuinte deve efetuar, obrigatoriamente, o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:
> (...)
>
> V – beneficiar-se de redução da base de cálculo na operação ou prestação subseqüente, hipótese em que o estorno é proporcional à redução.

A autuada, em suas alegações, confessa que não utilizava o procedimento acima descrito, estornando todos os créditos nas entradas e efetuando estornos de débitos quando efetuava saídas interestaduais, fato que contraria o disposto no Código Tributário Estadual e no Regulamento do ICMS.

Possíveis créditos a restituir, devem observar o procedimento previsto no art. 72 da Lei nº 1.288/01 e no Decreto nº 3.088/07 que regulamenta os procedimentos especiais.

Em que pese a ilustre julgadora de primeira instância entender que está correto o trabalho realizado pelo autor do procedimento ao considerar os estornos de débitos efetuados pela empresa como aproveitamento indevido, com a devida vênia entendo que o auto de infração deve ser apoiado em levantamento fiscal que demonstra com clareza e exatidão a origem do crédito tributário e, que nos autos não foram demonstrados, ferindo o exigido no art. 35, inciso IV, da Lei 1.288/01, o que torna o auto de infração nulo, conforme orientação já exarada por este Conselho de Contribuintes, senão vejamos:

> **ACÓRDÃO Nº: 060/2014** – ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL. FALTA DE CLAREZA. NULIDADE - É nula a exigência tributária quando apoiada em levantamento fiscal elaborado com erro e falta de clareza.

Por certo, a norma não traz uma forma especifica consentânea ao demonstrativo do crédito tributário, não obstante se espera que a constituição do crédito tributário seja embasada em documentos suficientes a provarem sua origem com a máxima clareza e exatidão de informações, não produzidos apenas unilateralmente pelo agente do fisco, sob pena de ferir os mais comezinhos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, decido pela reforma da decisão de primeira instância, para julgar nulo o auto de infração nº 2013/000534, por conter erro no levantamento fiscal e falta de clareza no demonstrativo do crédito tributário.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, acatar a preliminar de nulidade do auto de infração por conter erro no levantamento fiscal e falta de clareza no demonstrativo do crédito tributário, arguida pelo sujeito passivo e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito. Os Senhores Rafael Nishimura e Heverton Luiz de Siqueira Bueno fizeram sustentações orais pela Recorrente e Fazenda Pública, respectivamente. O representante fazendário sugeriu o refazimento dos trabalhos de auditoria, conforme prevê o Regimento Interno. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ademar Andrade de Oliveira, Islan Nazareno Athayde do Amaral, Luiz Carlos da Silva Leal,

José Wagner Pio de Santana, João Alberto Barbosa Dias e Guilherme Trindade Meira Costa. Presidiu a sessão de julgamento aos 28 dias do mês de janeiro de 2015, o conselheiro Edson Luiz Lamounier.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte dias do mês de fevereiro de 2015.

Edson Luiz Lamounier
Presidente

Ademar Andrade de Oliveira
Conselheiro relator