

**Contencioso Administrativo-Tributário**

<b>ACÓRDÃO Nº</b>	<b>089/2018</b>
PROCESSO Nº:	2015/6040/503804
AUTO DE INFRAÇÃO nº	2015/003245
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.388
RECORRENTE:	RIQUENA NETO AR CONDICIONADO LTDA
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.416.855-9

**EMENTA**

ICMS. LEVANTAMENTO BÁSICO. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO PRESUMIDO. PREVISÃO LEGAL. IMPROCEDENTE – É improcedente a reclamação tributária que exclui créditos presumidos de ICMS escriturados pelo contribuinte referente às saídas beneficiadas com incentivo fiscal, quando legalmente previsto na legislação tributária.

**RELATÓRIO**

Versa a autuação sobre exigência de ICMS, no campo 4, referente a aproveitamento de crédito presumido de ICMS, proveniente de operações de saídas interestaduais de mercadorias importadas, com alíquota de 4%, adquirida de terceiros, na importância de R\$ 87.046,20 (oitenta e sete mil, quarenta e seis reais, vinte centavos), em desacordo com a Clausula Terceira do Convênio ICMS 38/2013 e Sub Cláusula Primeira e Segunda da Cláusula Segunda e Cláusula Décima Terceira do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 2.182/2009.

A autuada foi intimada por via postal, apresentou impugnação tempestiva às fls. 34/37, alegando que por tratar de mercadorias importadas adquiridas no território nacional, seguiu orientação prevista no Convenio 38/2013, em que a tributação destes produtos no momento da venda deve estar sujeita à uma alíquota de 4% sobre as vendas destes produtos e, em conformidade com o que previa a Lei 1.641/2005 e o TARE 2.182/2009, apropriou-se de crédito fiscal presumido de 3% a fim de assegurar que a carga tributária efetiva fosse de 1%.

Sendo que o agente fiscal não satisfeito com o procedimento da impugnante, procedeu ao estorno do crédito fiscal presumido apropriado, pautando sua conduta na Cláusula Décima Terceira do TARE nº 2.182/2009, onde estabelece que a empresa não poderia combinar os benefícios fiscais da Lei 1.641/2005 com quaisquer benefícios outorgados por outras leis.



Assim, a impugnante observa que o Convênio de ICMS 38/2013 não trata da concessão de benefícios fiscais, mas sim de regulamentação de alíquota de ICMS nas saídas interestaduais de mercadorias de origem estrangeira/importada.

E nesta linha de raciocínio, impossível se falar que o Convênio ICMS 38/2013 concedeu benefício fiscal na saída interestadual das mercadorias de origem estrangeira, apenas regulamentou a alíquota incidente.

A julgadora de primeira instância em despacho de nº 022/2016 às fls. 53, solicita que os autos retornem-se à Delegacia Regional de Fiscalização de Palmas para que o autor do procedimento reveja a alíquota e a base de cálculo informados nos campos 4.8 e 4.9, através de aditamento ao auto e se manifeste quanto às alegações da impugnante.

O autor do lançamento às fls. 55/56, elabora termo de aditamento com as seguintes correções:

Contexto e Base de Cálculo (campo 4.1 e 4.8 respectivamente).

Onde se lê, R\$ 512.036,47 (quinhentos e doze mil, trinta e seis reais e quarenta e sete centavos); leia-se R\$ 2.901.540,00 (dois milhões, novecentos e um mil, quinhentos e quarenta reais).

Alíquota (campo 4.9).

Onde se lê: 17% (dezesete por cento); leia-se 3% (três por cento).

Em manifestação às fls. 57/59, o autor do lançamento alega que o crédito tributário ora contestado, foi lançado em duplicidade nos livros fiscais da autuada, como crédito presumido a 11% e novamente a 3%, sendo que este já foi contemplado no lançamento previsto no TARE a 11%, caracterizando assim aproveitamento indevido (duplicidade) do benefício fiscal concedido.

Intimado do termo de aditamento e manifestação do autor do lançamento, a autuada por intermédio de seu advogado às fls. 64/65 alega que nas mercadorias nacionais utilizou crédito de 10 e 11%, conforme prevê o TARE e nos produtos importados utilizou o crédito de 3%, resultando no final, nas duas situações, uma carga tributária efetiva de 1%.

Em sentença às fls. 67/70, a julgadora de primeira instância observa que nos incisos da cláusula quarta do TARE, não consta o percentual de 3%.

Portanto, o entendimento do autuante está correto ao dispor que o aproveitamento das saídas interestaduais de produtos importados está inserido nos 11%, que se referem a todas as saídas interestaduais, caracterizando aproveitamento indevido por estar em duplicidade e julga procedente o auto de infração.

Intimada da decisão de primeira instância via postal, a autuada apresenta recurso, fls. 75/81 a este Conselho, alegando que o caso em questão não pode ser resolvido analisando exclusivamente o TARE 2.182/2009, pois ocorreu um erro da SEFAZ/TO, em não promover em tempo adequado a alteração e adequação do



referido TARE às disposições da Resolução 13/2012 e Convênio 38/2013, nas operações de saídas interestaduais de mercadorias importadas com alíquota de 4%.

A Representação Fazendária, em parecer às fls. 87/88, atesta que da análise aos autos, verifica-se que razões de inconformidade expostas pela recorrente, constituem em mero expediente processual não merecendo acolhida por este Conselho, haja vista não ilidir o âmago da questão, a de que os registros fiscais em anexo, demonstram a apropriação de duas modalidades de créditos presumidos ou seja, créditos nos percentuais de 3 e 11%, ambos destinados ao mesmo fim, fazer com que as operações finais resultassem numa carga tributária de 1%.

Destarte, tendo sido as operações de importações, realizadas por terceiros, estas mesmas mercadorias (importadas), deveriam ser tratadas como tantas outras mercadorias adquiridas para comercialização.

Recomenda ao final, a plena rejeição das razões recursais e a consequente confirmação da decisão de primeira instância.

Em sessão plenária realizada no dia vinte oito do mês de março de 2017, decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, converter o julgamento em diligência, conforme Resolução nº 007/2017 às fls. 93, para que o sujeito passivo comprove as saídas de mercadorias tributadas a 4%, referente às aquisições de mercadorias importadas e revendidas para outros estados.

A autuada em resposta à Resolução 007/2017, comparece aos autos (fls. 94) e apresenta por amostragem, documentos de fls. 95 a 143, e requer, por questão de economia processual, os arquivos apresentados em mídia digital neste processo, possam ser utilizados como prova emprestada para os processos de finais 805, 806 e 807.

A Representação Fazendária em manifestação às fls. 144/145, aduz que em reanálise aos autos, verifica-se que razões expostas na manifestação anterior divergiram dos fatos observados. E das provas anexadas aos autos pela impugnante nesta oportuna diligência, atestam a ocorrência de várias operações de saídas tributadas, destacando ICMS no percentual de 4%, alíquota instituída pelo Convênio 38/2013, nas operações subsequentes.

Considerando que o TARE proporciona à recorrente gozar do benefício da carga tributária de 1%, conclui-se que a medida adotada não configura nenhum ilícito tributário.

Assim, retifica o entendimento anterior e recomenda a reforma da decisão de primeira instância, que julgou procedente o presente feito.

É o Relatório.

**VOTO**



A presente lide se configura pela exigência de crédito tributário referente a aproveitamento de crédito de ICMS, proveniente de operações de saídas de mercadorias importadas, com alíquota de 4%.

A infração tipificada, tida como infringida, foi o art. 46, §§ 1º e 2º, combinado com art. 45, inciso XVIII, ambos da Lei 1.287/2001.

Em sua defesa, o sujeito passivo alega em síntese, tratar se de mercadorias importadas adquiridas no território nacional, e que obedeceu às disposições do Convenio 38/2013, cuja tributação destes produtos no momento da venda esta sujeita a uma alíquota de 4%.

Na decisão, de primeira instância, a julgadora singular concorda com o atuante ao dispor que a forma como o contribuinte efetuou o aproveitamento dos créditos por está em duplicidade, além de não ter previsão legal, e julga procedente o auto de infração.

A Representação Fazendária, em sua manifestação, recomenda a rejeição das razões recursais e a confirmação da decisão de primeira instância.

Em sessão plenária, o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, resolveu converter o julgamento em diligência, a pedido da parte recorrente.

A atuada em atenção à Resolução comparece aos autos e anexa documentos aos autos.

Na sequência, o processo foi remetido à Representação Fazendária, que retifica seu entendimento anterior e recomenda a reforma da decisão de primeira instância e pede a improcedência do lançamento fiscal.

Verificando os levantamentos elaborados pelo agente do fisco, corroborados com dados e documentos acostados aos autos, bem como os argumentos da atuada em sua defesa, e dos fatos que motivaram a decisão do julgador de primeira instância, constata-se, que na realização dos trabalhos de auditoria, o agente do fisco desconsiderou os créditos apropriados pela atuada, por entender que os mesmos foram aproveitados em desconformidade com a legislação, onde não consta o percentual de 3%. Motivo que levou a julgadora singular a decidir pela procedência do auto de infração.

Vejamos o que diz a Legislação, que deu base e sustentação aos fatos elencados pelo atuante, especialmente o Convênio 38/2013, a Lei 1.641/2005 e o próprio TARE 2.182/2009:

#### **Convenio 38/2013.**

**Cláusula primeira** – A tributação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, de que trata a Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012, dar-se-á com a observância ao disposto neste convênio.



Secretaria da  
Fazenda



GOVERNO DO  
**TOCANTINS**

**Cláusula segunda** – A alíquota do ICMS 4% (quatro por cento) aplica-se nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior que, após o desembaraço aduaneiro.

**Lei 1641/2005-** Concede benefícios fiscais nas operações que especifica, e adota outras providências.

**Art.1º** É facultado à pessoa jurídica, regularmente inscrita no cadastro de contribuintes deste Estado, que praticar atividade comercial, exclusivamente, via *Internet ou de vendas por correspondência*: (Redação dada pela Lei 2.041 de 18.05.09).

I – apropriar-se de crédito fiscal presumido, de forma que a carga tributária efetiva do ICMS resulte no percentual de 1% sobre vendas de bens ou mercadorias, nas saídas para outras unidades da federação; (Redação dada pela Lei 2.041 de 18.05.09).

**TARE** – Termo de Acordo de Regime Especial para fruição dos benefícios fiscais da Lei 1.641/2005.

(...)

**Cláusula quarta** – Em substituição ao regime normal de escrituração e apuração do imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, nas operações interestaduais, a acordada poderá creditar-se de:

I – 24% do valor das operações interestaduais quando mercadoria for tributada à alíquota de 25%;

II – 16% do valor das operações interestaduais quando mercadoria for tributada à alíquota de 17%;

III – 11% do valor das operações interestaduais quando mercadoria for tributada à alíquota de 12%.

Primeiramente há de se ressaltar que a atuada possui cadastro junto à Secretaria da Fazenda, com pacto através de Termo de Acordo, vigente à época da atuação, para gozar de benefício concedido pela Lei 1.641/2005, cuja carga tributária resulte em 1% nas operações interestaduais.

Vale ressaltar ainda, que o Termo de Acordo firmado entre as parte Contribuinte/Estado, trata se apenas de cumprimento de formalidade, onde o



contribuinte deve creditar-se da alíquota de 11%, nas saídas interestaduais tributadas à razão de 12% ensejando uma carga tributária final de 1%.

Mesmo não sendo incluído posteriormente no TARE a alíquota de 4%, disposta no Convenio 38 celebrado em 2012, o referido TARE não tem o condão de mudar ou alterar dispositivos legais vigentes, isto é, a Lei 1.641/2005.

A sistemática de cálculo adotada pelo contribuinte, ou seja, creditar-se da alíquota presumida de 3%, em nada alterou o resultado final do benefício legalmente permissivo, conseqüentemente tal procedimento a meu ver, embora não esteja explícito nos dispositivos estadual citados, não trouxe nenhum prejuízo ao erário público, e outro entendimento que não seja este, deve ser rejeitado.

Desta forma, a autuada não infringiu a Legislação Tributária Estadual, especificamente o art. 45, inciso XVIII da Lei 1.287/2001, que assim dispõe:

Art. 45 – É vedado ao contribuinte e ao responsável

(...)

XVIII – aproveitar crédito do imposto em desacordo com legislação tributária.

Assim, perante as provas em contrário existentes nos autos, entendo que a exigência fiscal ficou descaracterizada, não devendo prosperar.

Diante do exposto, voto reformando a decisão de primeira instância, que julgou procedente a exigência tributária, para julgar improcedente na importância de R\$ 87.046,20, campo 4.11 do auto de infração nº 2015/003245.

É como voto.

## DECISÃO

Certifico que na conformidade da ata da sessão ordinária hoje realizada, o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento para reformando a decisão de primeira instância, julgar improcedente a reclamação tributária constante do auto de infração de nº 2015/003245 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de R\$ 87.046,20 (oitenta e sete mil, quarenta e seis reais e vinte centavos), referente o campo 4.11. O Representante Fazendário Gaspar Maurício Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya, Kellen C. Soares Pedreira do Vale, Heverton Luiz de Siqueira Bueno e Josimar Júnior de Oliveira Pereira. Presidiu a sessão de julgamento aos nove dias do mês de janeiro de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.



Publicado no Diário Oficial de nº 5.112 de 15 de maio de 2018

Secretaria da  
Fazenda



GOVERNO DO  
**TOCANTINS**

PLENÁRI DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS  
FISCAIS, em Palmas, TO, aos onze dias do mês de maio de 2018.

Suzano Lino Marques  
Presidente

Luiz Carlos da Silva Leal  
Conselheiro relator

