



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº091/2022

15ª SESSÃO ORDINÁRIA, DE 15 DE JUNHO DE 2022.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4163/2013 A.I.: 1/201315326

RECORRENTE: TBM TEXTIL BEZERRA DE MENEZES S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: FELIPE SILVEIRA GURGEL DO AMARAL

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ERRO NA APURAÇÃO DO COEFICIENTE DE DIFERIMENTO DE ICMS EM OPERAÇÕES DO FDI. LIMITAÇÃO ÀS OPERAÇÕES COM PRODUÇÃO PRÓPRIA

1. Atuação fundada nos arts. 73 e 74 do RICMS, em razão de erro na apuração do percentual de diferimento do ICMS em operações do FDI, por inclusão de valores não advindos de sua produção industrial durante o exercício de 2009.

2. Julgamento de primeira instância de procedência da ação fiscal.

3. Existência de operações com algodão em pluma no CFOP 5152 e de vendas de subprodutos no CFOP 5102 e 6102, (strip de penteadeira, resíduos mistos, resíduos coloridos, pneumafio de algodão, pó de centrais, piolho, varreduras...), que não haviam sido consideradas pelo agente fiscal

4. Recurso ordinário parcialmente provido à unanimidade para, afastando a preliminar de nulidade, reconhecer o direito de *excluir do cálculo, as operações classificadas no CFOP 5152, relativas ao produto algodão em pluma, bem como considerar como produção própria as venda de subprodutos identificadas no CFOP 5102 e 6102, conforme apurado em perícia e homologado em sessão.* Dá-se ainda provimento ao recurso para fins de reenquadramento na da penalidade para a prevista no art. 123, I, “d”, da Lei n.º 12.670/1996, equivalente a 50% do valor do ICMS devido; tudo conforme entendimento adotado em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, contrário ao disposto no termos do parecer da Assessoria Processual Tributária.

PALAVRAS CHAVES – ICMS - DIFERIMENTO – FDI - OPERAÇÕES COM PRODUÇÃO PRÓPRIA

RELATÓRIO:

Trata-se de ação fiscal em que o contribuinte foi autuado sob o seguinte relato:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. APÓS ANÁLISE DA APURAÇÃO DO ICMS RELATIVO AO FDI, CONSTATAMOS QUE A EMPRESA DESCUMPRIU A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, UTILIZANDO EM SEUS CÁLCULOS VALORES QUE NÃO INTEGRAM O PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO PRÓPRIA, RECOLHENDO O ICMS DEVIDO A MENOR, CONFORME INFROMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA.

Em síntese, teria o contribuinte descumprido a legislação tributária, quanto, na apuração mensal do seu benefício fiscal proveniente do Fundo de Desenvolvimento Industrial - FDI, incluiu valores não advindos de sua produção industrial durante o exercício de 2009, repercutindo recolhendo o ICMS menor que o devido no importe de R\$ 3.116.406,21 (três milhões cento e dezesseis mil quatrocentos e seis reais e vinte e um centavos)

A matéria discutida diz respeito ao benefício do Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará – FDI, consistente no diferimento de 75% do valor do ICMS apurado mensalmente, incidente sobre as operações de produção própria. O benefício é regulamentado pelo Decreto n. 29.183/2008 e pelo Convênio CONFAZ 190/2017.

Nas informações complementares, o agente fiscal indicou diversas operações, de acordo com o CFOP, que não poderiam ser objeto do ICMS diferido, promovendo o respectivo recálculo.

Por outro lado, indica que as operações identificadas pelo CFOP's 5101, 6101 (venda de produção do estabelecimento) e 5122 e 6122 (venda de produção do estabelecimento remetida para industrialização, por conta e ordem, sem transitar no estabelecimento do adquirente) fariam jus ao diferimento, afastando-se "*as operações de saídas com mercadorias adquiridas*

de terceiros e todas as demais operações de saídas de bens e mercadorias que não sejam resultantes do processo industrial”.

Refazendo os cálculos, o agente fiscal encontrou o valor indicado no auto de infração. Reputou como violados os arts. 73 e 74 do RICMS, com aplicação da penalidade de 100% prevista no art. 123, I, c, da Lei 12.670/96.

Em sua impugnação, o contribuinte aponta os seguintes principais argumentos para infirmar a autuação:

1. O agente fiscal adotou critério que destoa da correta sistemática, violando o princípio da não cumulatividade.
2. O cálculo deveria ter segregado as operações com mercadorias de terceiros (não incentivadas), do cálculo pertinente à mercadoria de produção própria (incentivadas).
3. O critério utilizado, além de não autorizado pela legislação, acarreta, simultaneamente, pelo deslocamento do crédito, a redução da parcela incentivada, com o conseqüente aumento do recolhimento do imposto concernente às operações não incentivadas, uma vez que relativamente a estas não houve compensação de crédito.

Em decisão de primeira instância, manteve-se a procedência da ação fiscal, confirmando a metodologia adotada pelo agente fiscal como correta.

Interposto o recurso ordinário, o contribuinte reitera os fundamentos de sua defesa, acrescentando a ocorrência de exclusões indevidas feita pelo agente fiscal, tendo em vista não considerar a existência de subprodutos resultantes da transformação do algodão em pluma em fio. Exemplifica com produtos como *"strip, penteadeira, varredura, resíduos mistos, resíduos coloridos, pneumafio de algodão, pó de centrais, piolho, dentre outros"*.

Reconhece, nas razões recursais, que cometera erro na correta indicação do CFOP nestas vendas, classificando-as no CFOP 5.102 (venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiro), quando na verdade deveria tê-la classificada no CFOP 5.101 (venda de produção do estabelecimento).

Defende que, apesar o erro, a verdade material aponta para a confirmação de tratar-se de bens de produção própria, invocando ainda a verossimilhança pelo fato de que não se encontram tais produtos nas operações de entrada, mas tão somente as respectivas matérias primas.

Além disso, destaca a existência de operações internas de transferência de algodão em pluma, que ocorrem após o produto sofrer processo de beneficiamento, que é espécie do gênero industrialização.

Argumenta, ademais, que as operações com algodão e pluma, caso não se considerasse como produção própria, seriam contempladas com benefício fiscal ainda mais vantajoso, pois, de acordo com o disposto no art. 570 do Decreto 24.569/97, o diferimento seria de 100%.

Defende ainda que, para atender à finalidade do próprio incentivo fiscal FDI/PROVIN previsto no Leis 10.367/79, em especial art. 5º, §1º¹, o percentual de diferimento de 75% deveria incidir sobre todo o ICMS próprio gerado pela empresa beneficiária, não podendo norma infralegal limitar tal benefício a determinadas operações.

O recurso ascendeu então à apreciação da assessoria processual tributária, que solicitou a realização de perícia, com as seguintes finalidades:

1. Aferir se procederia o argumento da recorrente, de que haveriam subprodutos derivados do fio vendidos pelo CFOP 5102, promovendo o ajuste caso constatado
2. Promover o recálculo, conforme diretrizes descritas às fls. 158.

¹ § 1º Nas operações do FDI de que tratam os incisos IV e V do caput, o percentual do empréstimo ou do incentivo não poderá ultrapassar a 75% (setenta e cinco por cento) do ICMS próprio gerado pela sociedade empresária beneficiária, exceto para os seguintes segmentos e locais de implantação:

Em conclusão, esta primeira perícia registrou que as operações com FIO estariam indicadas pelo CFOP 1.152 (transferência para comercialização) de modo que concluiu não terem originado de processo industrial próprio. Logo, isto não teria repercutido em alteração dos cálculos.

Quanto ao refazimento dos cálculos, pelos critérios indicados pela assessoria processual tributária, teria sido encontrado um novo valor, de **R\$ 2.422.405,72**.

Sobre o laudo, a TBM se manifestou às fls. 210/214, criticando as conclusões da perícia, em cotejo com os argumentos indicados nas razões recursais.

A assessoria processual tributária, então, opinou pelo provimento parcial do recurso, homologando-se o novo valor apontado pela perícia realizada.

O processo entrou em pauta para julgamento nesta C. 1ª Câmara em 14/11/2019, ocasião em que fora suspenso em decorrência de pedido de vistas concedido. (fl. 232)

Em sessão seguinte, a C. 1ª Câmara decidiu converter o julgamento do feito em perícia, com os seguintes quesitos:

- 1) *Elaborar novo cálculo, levando em consideração a metodologia da proporcionalidade estabelecida para o cálculo do FDI, no Parecer da Coordenadoria da Administração Tributária-CATRI de nº 475/2018, onde o contribuinte deve apurar conjuntamente todos os créditos e débitos decorrentes do ICMS e, no final constatado o saldo devedor, aplicar o percentual a ele pertinente, relativamente ao FOI, proporcionalmente ao ICMS gerado nas saídas de produção própria;*

- 2) *Excluir do cálculo, as operações classificadas no CFOP 5152, relativas ao produto algodão em pluma, por serem albergadas pelo deferimento, nos termo do art. 570 RICMS/CE;*
- 3) *Incluir no rol das operações de produção própria as operações de venda de subprodutos classificados no CFOP 5102 e 6102, (strip de penteadeira, resíduos mistos, resíduos coloridos, pneumafio de algodão, pó de centrais, piolho, varredura..);*
- 4) *apresentar novo cálculo dos valores devidos.*
- 5) *Realizar os ajustes necessários na imputação do quanto de crédito indevido a partir do montante consignado no auto de infração;*
- 6) *Intimar a empresa a apresentar assistente técnico, CD's, livros e documentos contábeis, comerciais e fiscais, se necessário;*
- 7) *Outros esclarecimentos que porventura se considerar pertinentes para elucidação da infração apontada*

Naquela sessão, portanto, foram acatados diversos pontos de defesa suscitados pela Recorrente, notadamente (i) excluir as operações classificadas no CFOP 5152 e (ii) incluir no rol das operações de produção própria as vendas de subprodutos classificadas nos CFOP 5102 e 6102, o que naturalmente repercutiria em alteração do percentual de diferimento a ser aplicado.

Em nova perícia realizada, de acordo com as diretrizes traçadas por esta Colenda Câmara, fora encontrado um saldo devedor de ICMS de R\$ 930.912,70 (novecentos e trinta mil, novecentos e doze reais e setenta centavos), retornando os autos à apreciação da C. 1ª Câmara do CONAT.

É o Relatório

VOTO DO RELATOR

Inicialmente, conhece-se do recurso ordinário, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Digressiona-se, inicialmente, quanto à crítica feita pela parte recorrente em seu recurso ordinário quanto à metodologia empregada, suscitando em sessão, questão de ordem quanto à **nulidade** decorrente de uma suposta alteração da metodologia por ocasião da perícia.

Nada obstante os fundamentos invocados pela parte, não restou demonstrada a ocorrência de modificação entre metodologia utilizada pelo agente fiscal para apurar o crédito tributário e aquela realizada pela perícia.

Em ambas, segregou-se aquilo que corresponderiam às operações com produção própria, pois somente estas comportariam a benefício do diferimento do ICMS. Logo, o diferimento haveria de ser aplicado sobre o coeficiente entre operações com produções próprias das demais.

O recorrente, conquanto critique a forma como os cálculos foram feitos, não demonstrou que, caso realizado de modo diverso, chegar-se-ia a um outro resultado.

Reforçando a forma adequada de promover-se o cálculo da parcela do FDI, registrou-se no despacho para perícia a necessidade de observar as diretrizes do Parecer da Coordenadoria da Administração Tributária- CATRI de nº 475/2018, o qual deixou, de forma ainda mais clara a forma como os cálculos deveriam ser realizados.

Assim, ainda que erros de cálculos fossem deflagrados pela perícia, tal fato não repercutiria necessariamente em alteração da metodologia, que, em essência, teve como premissa a segregação de operações com produção própria das demais. Logo, rejeita-se a preliminar suscitada, em ratificação ao que já havia sido deliberado na sessão da C. 1ª Câmara do dia 14/11/2019.

Quanto ao mérito, registra-se inicialmente que não prospera, pelo menos na via administrativa, o fundamento da recorrente de que, à luz do art. art. 5º, §1º², da Leis 10.367/79, o percentual de diferimento de 75% deveria incidir sobre todo o ICMS próprio gerado pela empresa beneficiária, sendo ILEGAL a restrição do benefício por meio atos infralegais.

Logo, não sendo possível promover-se, nesta seara, controle de legalidade de decreto, tem-se que intransponível que o benefício FDI somente se aplica às operações com produção própria.

Por outro lado, assiste razão ao recorrente quanto à necessidade de considerar, para os respectivos cálculos, as operações no CFOP 5152 relativas ao produto algodão em pluma, por serem albergadas pelo deferimento de 100% nos termo do art. 570 RICMS/CE, bem como aquelas referentes a produção própria de vendas de subprodutos classificadas nos CFOP 5102 e 6102, conforme direcionado na sessão ordinária da C. 1ª Câmara ocorrida 14/11/2019.

Estas operações foram devidamente consideradas por ocasião da perícia realizada, devendo ser homologado o novo saldo devedor encontrado, no valor de R\$ 930.912,70 (novecentos e trinta mil, novecentos e doze reais e setenta centavos).

Merece igualmente acolhimento o pleito recursal, quando requer o reenquadramento da penalidade de 100% prevista no art. 123, I, “c”, da Lei para aquela prevista no 123, inciso I, alínea “d” da Lei 12.670/96, no percentual de 50%. Dispõe referidos dispositivos:

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas

² § 1º Nas operações do FDI de que tratam os incisos IV e V do caput, o percentual do empréstimo ou do incentivo não poderá ultrapassar a 75% (setenta e cinco por cento) do ICMS próprio gerado pela sociedade empresária beneficiária, exceto para os seguintes segmentos e locais de implantação:

alíneas "d" e "e" deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto;

d) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, **quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados**: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do imposto devido;

Verifica-se que a penalidade prevista no art. 123, I, "c", da Lei 12.670/96, mais grave, somente é aplicada quando não for possível o enquadramento na alínea "d", mais branda, que é aplicável quando as operações e imposto estiverem regularmente escrituradas.

No caso concreto, vê-se que as operações foram devidamente escrituradas, muito embora, por divergência na interpretação de norma jurídica ou mesmo erro de cálculo, o imposto não tenha sido calculado corretamente. Nada obstante, o contribuinte deu plena publicidade para que pudesse ser fiscalização, motivo pelo qual a pena do art. 123, I, "d", da Lei 12.670/96 revela-se a mais adequada.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO			
PERÍODO	ICMS	MULTA (50%)	TOTAL
jan/09	R\$ 7.903,58	R\$ 3.951,79	R\$ 11.855,37
fev/09	R\$ 17.172,81	R\$ 8.586,41	R\$ 25.759,22
mar/09	R\$ 10.537,90	R\$ 5.268,95	R\$ 15.806,85
abr/09	R\$ 20.935,64	R\$ 10.467,82	R\$ 31.403,46
mai/09	R\$ 65.527,68	R\$ 32.763,84	R\$ 98.291,52
jun/09	R\$ 309.790,08	R\$ 154.895,04	R\$ 464.685,12
jul/09	R\$ 127.725,73	R\$ 63.862,87	191588,595
ago/09	R\$ 150.317,92	R\$ 75.158,96	225476,88
set/09	R\$ 15.174,99	R\$ 7.587,50	22762,485
out/09	R\$ 122.564,23	R\$ 61.282,12	183846,345
nov/09	R\$ 73.551,63	R\$ 36.775,82	110327,445
dez/09	R\$ 9.010,51	R\$ 4.505,26	13515,765
TOTAL	R\$ 930.212,70	R\$ 465.106,35	R\$ 1.395.319,05

DECISÃO:

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4163/2013.A.I.: 1/ 201315326. RECORRENTE: TBM TEXTIL BEZERRA DE MENEZES. RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA: CONSELHEIRO RELATOR: FELIPE SILVEIRA GURGEL DO AMARAL. DECISÃO: A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve preliminarmente, afastar por unanimidade de votos a nulidade do julgamento singular, argüida pela recorrente. No mérito resolve, por unanimidade de votos, dar parcial provimento, para reformar a decisão de procedência exarada no julgamento monocrático, para julgar **PARCIAL PROCEDENTE** a acusação fiscal, alterando a penalidade da inserta no artigo 123, inciso I, alínea “c” da Lei 12.670/96, passando a aplicar a penalidade para a prevista no 123, inciso I, alínea “d” da Lei 12.670/96, nos termos do voto do conselheiro relator, em conformidade com o laudo pericial, entendimento adotado em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, contrário ao disposto no termos do parecer da Assessoria Processual Tributária. Os conselheiros Geider de Lima Alcântara e Felipe Silveira Gurgel do Amaral, destacaram que em função do zelo ao princípio da colegialidade curvaram-se pela procedência, referendando a decisão e entendimento sobre as nulidades argüidas e argumentos da recorrente, considerando como apreciadas e afastadas na 90ª sessão de 11 de Dezembro de 2019 desta colenda 1ª câmara. Presente a sessão para sustentação oral do recurso o advogado Dr. Ivan Lima Verde Júnior.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 15 de junho de 2022.

Raimundo Frutuoso de Oliveira Júnior
PRESIDENTE

Felipe Silveira Gurgel do Amaral
Conselheiro – Relator

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado