



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

RESOLUÇÃO Nº: 104/2020

7ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL, em 04.08.2020, as 08:30h

PROCESSO Nº: 1/4062/2018

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201808303-6

RECORRENTE: INAPI INDUSTRIA NORDESTINA DE ACESSÓRIOS PARA IRRIGAÇÃO LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO PROVENIENTE DO LANÇAMENTO EM CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. CONTRIBUINTE LANÇOU A CRÉDITO EM CONTA GRÁFICA VALORES DE ICMS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. INFRAÇÃO AOS ARTS. 49, 52 e 53 DA LEI Nº 12.670/96; ARTS. 57 E 65 DO DEC. Nº 24.569/96. PENALIDADE APLICADA: ART. 123, II, A DA LEI Nº 12.670/96. PRELIMINARES DE NULIDADE AFASTADAS. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, MANTIDA A DECISÃO SINGULAR DE **PROCEDÊNCIA DO FEITO FISCAL, COM APLICAÇÃO DA PENALIDADE PREVISTA NO ART. 123, II, A, DA LEI Nº 12.670/96, ALTERADA PELA 13.418/04, NOS TERMOS DO JULGAMENTO SINGULAR E DE ACORDO COM A MANIFESTAÇÃO DO REPRESENTANTE DA DOUTA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.**

PALAVRAS CHAVES: CRÉDITO INDEVIDO. ORIGEM NÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA.

RELATÓRIO:

A acusação fiscal traz em seu bojo o seguinte o seguinte relato:

CRÉDITO INDEVIDO PROVENIENTE DO LANÇAMENTO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. O CONTRIBUINTE LANÇOU ICMS A CRÉDITO NA EFD COM A RUBRICA "OUTROS CRÉDITOS". DEC. 24.569/97 – ART. 446, PARÁGRAFO 2-INCISO I, NO ENTANTO AO SER INTIMADO A APRESENTAR A MEMORIA DOS VALORES LANÇADOS NÃO ATENDEU A INTIMAÇÃO.

Auditoria Fiscal Plena.

MAF: 2018.0668

Período de 01/2014 a 07/2015

Artigos Infringidos: Art. 49, 52 e 53 da Lei nº 12.670/96 e art. 57 e 65 do Dec. 24.569/97..

Penalidade sugerida: Art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96.

ICMS: R\$ 165.069,19

Multa: R\$ 165.069,19

Nas informações complementares o autuante informa que o contribuinte estava cadastrado no setor de indústria, nos CNAES 2451200 – fundição de ferro e aço, 2452100 – fundição de metais não ferrosos e suas ligas e 2812700 – fabricação de equipamentos hidráulicos e pneumáticos, encontrando-se ativo e realizando operações comerciais, apresentando no período de janeiro de 2014 a julho de 2015 saldo devedor, mas no período de agosto a dezembro de 2015 apresentava saldo credor.

Que ao analisar a escrita fiscal digital – EFD do contribuinte, mais especificamente o campo - APURAÇÃO DO ICMS, constatou o lançamento de ICMS a crédito na rubrica “outros créditos” durante os exercícios de 2014 e 2015.

Informa ainda o autuante que intimou o contribuinte por meio do Termo de Intimação de nº 201805582 a apresentar as memórias de cálculo dos valores lançados a crédito como “outros créditos”, entretanto o mesmo não atendeu à sua solicitação.

Desta feita, foi lavrado o presente auto de infração para cobrança do ICMS que deixou de ser recolhido em razão de aproveitamento de créditos indevidos com base no que dispõe o art. 57 do Decreto nº 24.569/97 e art. 51 e 53 da Lei nº 12.670/96, com a aplicação da penalidade inserta no art. 123, II, A da referida lei.

Para demonstração do valor cobrado foi elaborada a planilha **CRÉDITO INDEVIDO – OUTROS CRÉDITOS**.

Em sede de impugnação, tempestivamente, a autuada alega:

Nulidades

* **omissão do número do Ato Administrativo Designatório da ação fiscal chancelado pela autoridade competente no Termo de Início de nº 2018.05582 e Termo de Conclusão de Fiscalização – Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2018.05282 – a omissão do ato designatório no Termo de início/conclusão de fiscalização do AI 201808303-6 fere nuclearmente o artigo 821, I do Dec. 24.569/97, cujos efeitos jurídicos dele decorrentes não poderão também prosperarem e se**

manterem no mundo jurídico por apresentar vícios de ilegalidade insanáveis. O Termo de conclusão com a imputação de multas e seus desdobramentos jurídicos e repercussão financeira e patrimonial não podem prosperar.

* **Falta de intimação regular da empresa para tomar conhecimento da ação fiscal nº 2018.00668.** Nunca tomou conhecimento por meio de intimação escrita de qualquer ato de solicitação ou intimação para prestar esclarecimentos acerca da investigação fiscal. Não consta do caderno processual referência de recebimento por AR ou representante legal da empresa impugnante do Termo de Início e de conclusão da Fiscalização. Violação ao direito do contraditório e legítima defesa. Não ocorreu a intimação por escrito e válida da empresa ora impugnante.

* **Ausência de motivação do ato administrativo de conclusão do auto de infração e imprestabilidade de seus efeitos jurídicos.** A empresa não tomou conhecimento regular dos motivos determinantes que resultaram na produção do ato administrativo AI 2018.08303-6, em que relata a infração cometida ou imputada. O CD apresentado não tem informações idôneas que demonstre a fonte de pesquisa que fundamentou as conclusões do auto de infração. A atuada não tomou conhecimento de forma regular dos motivos determinantes que resultaram na produção do auto de infração, que relata o ilícito imputado.

A julgadora singular, após apreciar todos os argumentos da parte, constata a regularidade formal da ação fiscal, pois realizada por autoridade competente e não impedida, estando munida de Mandado de Ação Fiscal com motivo e período determinados que se coadunam com a acusação constante no auto de infração. Após afastar as nulidades suscitadas, decide pela **PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, com a aplicação da penalidade prevista no art. 123, II, a da Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei nº 13.418/03, consignando ter restado demonstrado que o contribuinte creditou-se indevidamente de ICMS, sem a comprovação da origem dos referidos créditos, caracterizando infração ao art. 874 do Decreto nº 24.569/97.

Irresignada com a decisão singular, tempestivamente, a empresa interpõe recurso ordinário repisando as mesmas alegações constantes da impugnação, qual seja:

- Nulidade por ausência do número do ato designatório da ação fiscal cancelado pela autoridade competente, no Termo de Início de nº 2018.02750 e no Termo de Conclusão de nº 201808300;
- Nulidade da ação fiscal por falta de intimação regular da empresa para tomar conhecimento da ação fiscal nº 2018.00668. Não se encontra nos autos nenhuma referência de recebimento por AR por representante legal da empresa recorrente do Termo de Início de Fiscalização de nº 2018.02750;
- Ausência de motivação no Termo de Conclusão para a lavratura do auto de infração. A mídia entregue à atuada deveria estampar tudo o que fora objeto de fonte de pesquisa para fundamentar as conclusões do auto de infração, somente assim a atuada poderia conhecer os motivos determinantes que resultaram na lavratura do auto de infração – cerceamento ao direito de defesa da parte.

- Situação da recorrente perante os Convênios ICMS 71/89 e 137/02. - Por estar enquadrada no regime de recolhimento do ICMS "outros", deve ser considerado suficiente o recolhimento dos impostos, tendo em vista que o tratamento tributário dado à recorrente adequa-se à situação dos Convênios ICMS 71/89 e 137/02 que regem os estabelecimentos da construção civil.
- Improcedência do auto de infração, considerando que a recorrente é real contribuinte do ICMS em respeito ao diferencial de alíquotas interna e interestadual. A empresa emitente é responsável pela aplicação da alíquota interestadual de 12% e a empresa destinatária pelo percentual de 5%, não se vislumbrando, desta forma, insuficiência no recolhimento realizado pela recorrente, pois o Estado do Ceará era signatário do Convênio 137/02, logo, não deveria ser cobrada a alíquota cheia de 17%.

Às fls. 136 dos autos consta manifestação da Assessoria Processual Tributária, que por meio do Parecer de nº 103/2020, que após afastar as preliminares de nulidade sugeriu a manutenção da decisão singular de PROCEDÊNCIA da autuação, com a aplicação da penalidade inserta no art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03, em razão do aproveitamento do crédito.

Referido parecer foi aprovado em sua integralidade pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO DA RELATORIA

Analisando-se os presentes fólios, facilmente verifica-se que a inicial acusatória atende a todas as exigências previstas no § 2º do art. 41 do Decreto nº 32.885/2018. Relato da infração descrito de forma clara e precisa, identificando o fato que motivou a autuação e as circunstâncias em que foi praticado, fazendo-se acompanhar dos relatórios, planilhas, demonstrativos e demais elementos indispensáveis à comprovação do ilícito narrado, produzidos em meio digital.

Antes de se perquirir o mérito da autuação, impende apreciar as preliminares trazidas pela parte às quais, pela nossa compreensão, não merecem ser acolhidas, se não vejamos:

1. O ato designatório que ampara a ação fiscal (MAF nº 2018.00668) não consta indicado nos Termos de Início e nem no Termo de Conclusão de fiscalização, relacionados ao AI 201808303-6, o que fere nuclearmente o artigo 821, I do Dec. 24.569/97, "cujos efeitos jurídicos dele decorrentes não poderão também prosperarem e se manterem no mundo jurídico por apresentar vícios de ilegalidade insanáveis".

Conforme constatado, o Mandado de Ação Fiscal de nº 2018.0668 encontra-se acostado às fls 06 dos autos e está indicado logo abaixo do Termo de Início de Fiscalização n. 2018.02750 (fls7), por meio do qual a autoridade fiscal informou ao contribuinte acerca do início dos trabalhos de fiscalização e o intimou a apresentar no prazo de 10 dias seus livros, documentos e arquivos que pudessem subsidiar a ação fiscal ou justificar possíveis inconsistências que viessem a ser detectadas.

Imperioso ressaltar que todos os atos praticados na ação fiscal em análise encontram-se em consonância com as previsões constantes na Instrução Normativa de nº 49/2011, a qual trata detalhadamente dos procedimentos relativos ao desenvolvimento das ações fiscais.

2. Nulidade por falta de intimação regular da empresa para tomar conhecimento da ação fiscal nº 2018.00668. Não se encontra nos autos nenhuma referência de recebimento por AR por representante legal da empresa recorrente do Termo de Início de Fiscalização de nº 2018.02750:

Também não merece guarida as alegações da recorrente quanto à ausência de intimação regular, visto que, conforme cópia dos avisos de recebimentos anexados aos autos, todos os documentos referentes à presente ação fiscal foram encaminhados para o endereço informado pela autuada à Sefaz e à Receita Federal, e recepcionados pelo Sr. João Batista Veras, porteiro da empresa.

Aqui, calha citar a vasta Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que considera válida a citação realizada na pessoa de quem se identifica como preposto da empresa e recebe a documentação sem ressalva quanto à inexistência de poderes para tal, com base na Teoria da Aparência, oportunamente mencionada pela julgadora singular e pela nobre parecerista.

Ressalte-se ainda o teor do Parágrafo único do art. 78 da Lei nº 15.614/17, que assim prescreve:

“Art. 78. A intimação far-se-á sempre na pessoa do sujeito passivo ou responsável e do fiador, ou do requerente em Procedimento Especial de Restituição, podendo ser efetivada pelo titular, sócio, acionista, mandatário, administrador, preposto, ou advogado regularmente constituído nos autos do processo administrativo-tributário.

*Parágrafo único – Considera-se preposto, para fins do disposto no caput, qualquer dirigente **ou empregado vinculado ao estabelecimento, ao titular, ao sócio, ao sócio, ao acionista, ao mandatário, ao advogado regularmente constituído, ou à edificação residencial ou ao endereço informado por seu procurador regularmente constituído.** 9G.N)*

3. Ausência de motivação no Termo de Conclusão para a lavratura do auto de infração. A mídia entregue à autuada deveria estampar tudo o que fora objeto de fonte de pesquisa para fundamentar as conclusões do auto de infração, somente assim a autuada poderia conhecer os motivos determinantes que resultaram na lavratura do auto de infração – cerceamento ao direito de defesa da parte.

Não vejo também a ausência de motivação para a lavratura do auto de infração citado pela parte. Note que a motivação da autuação encontra-se perfeitamente identificada e demonstrada na documentação acostada aos autos, senão vejamos, de início, no próprio auto de infração (fls 5):

*“Tendo em vista que até a presente data o contribuinte não atendeu ao Termo de Intimação nº 201805582 em anexo, ou seja, não apresentou a memória de cálculo dos valores lançados a crédito para verificação da documentação (idoneidade, liquidez, validade etc); lavramos o presente AUTO de INFRAÇÃO para cobrança do ICMS que deixou de ser recolhido em razão de **aproveitamento de créditos indevidos** com base no que estabelece especialmente o art. 57 do Dec. 24.569/97 e os arts. 51 e 53 da Lei 12.670/96 e aplicamos como penalidade o previsto do art. 123 - II – A da Lei 12.670/96, ou seja, uma vez o valor do imposto indevidamente aproveitado.”*

Também no Termo de Conclusão de Fiscalização de nº 2018.08300 (fls 17) resta claramente delineada a motivação da lavratura do auto de infração, quando pontua o resultado da fiscalização e as infrações detectadas, com identificação dos Autos de Infração lavrados sob o manto do mesmo MAF, valores de ICMS e multas devidas.

Cite-se ainda o teor do Termo de Intimação de nº 2018.05288, intimando a empresa a “APRESENTAR MEMÓRIA DE CÁLCULO REFERENTE AOS VALORES LANÇADOS A CRÉDITOS COMO “OUTROS CRÉDITOS”-DECRETO 24.569/1997. ART. 446, PARAG 2-INCISO I, NA EFD RELACIONADOS NA PLAN-OUTROS CREDITOS EM ANEXO.”

Quanto à mídia acostada aos autos verifica-se que o CD traz todas as informações que embasaram o levantamento, tais como valores dos créditos que não tiveram suas origens comprovadas e os respectivos períodos, não restando configurado nenhum cerceamento ao direito de defesa da parte.

Ademais, imperioso ressaltar que o levantamento fiscal realizado foi extraído da própria escrituração fiscal do contribuinte – EFD, o qual informou no campo “outros créditos” os valores identificados, informações estas compiladas no CD acostado aos autos, motivo pelo qual há de se afastar os argumentos da parte.

Quanto ao mérito da questão, o artigo 51 da Lei nº 12.670/96 prevê o direito à compensação e aproveitamento dos créditos do ICMS da seguinte forma:

Art. 51. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do ICMS, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

§ 1º Os créditos tributários poderão ser compensados com outros créditos da mesma espécie líquidos e certos, desde que vencidos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, na forma disciplinada em regulamento.

§ 2º A compensação a qual se refere o parágrafo anterior poderá ser efetuada quando da comprovação, por parte do sujeito passivo, da liquidez dos créditos compensáveis.

O art. 53 do mesmo comando legal assim estabelece:

Art. 53. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele efetuada:

(...)

V – quando a operação ou a prestação não estiver acobertada pela primeira via do documento fiscal, salvo comprovação do registro ou da prestação no livro Registro de Saídas do contribuinte que a promoveu.

Da percepção dos comandos legais acima transcritos, não há dúvida nenhuma quanto à exigência de comprovação por parte do sujeito passivo, do direito ao crédito a ser compensado por meio de documentação fiscal.

No caso concreto, perfilando a situação fática trazida na autuação, a despeito das diversas intimações enviadas pela fiscalização e recepcionadas pela empresa, requestando a demonstração da origem dos créditos escriturados, a empresa em nenhum momento foi capaz de apresentar elementos que pudessem justificar os créditos apontados nem quando da impugnação, e nem mesmo por ocasião de seu recurso, levando-nos à constatação de que, efetivamente, a empresa tomou referidos créditos de forma indevida, posto não ter restado comprovada a sua origem.

No que concerne ao tratamento tributário concedidos à construção civil por meio dos Convênios ICMS 71/89 e 137/02, não merece acolhida tal argumento, pois a autuada pertence ao segmento industrial, com atividade principal de fabricação de ferro e aço, cadastrada sob o regime de recolhimento “normal”, não se enquadrando nas mesmas características da construção civil, que tem regras próprias e está sujeita ao regime de recolhimento “outros”.

Por todo o exposto, voto pelo improvimento do recurso ordinário interposto, mantendo-se a decisão singular de **PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, com a aplicação da penalidade inserta no art. 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96, com as alterações da Lei nº 13.418/03.

É como voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 165.069,19
MULTA : R\$ 165.069,19
TOTAL A RECOLHER: R\$ 330.138,38

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente a empresa **INAPI INDUSTRIA NORDESTINA DE ACESSÓRIOS PARA IRRIGAÇÃO LTDA**, a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto resolve, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidades suscitadas pela recorrente: **1.** Omissão do número do ato administrativo designatório da ação fiscal nos Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização; **2.** Falta de intimação regular da ação fiscal; **3.** Falta de motivação da conclusão da ação fiscal. Nulidades afastadas com os fundamentos contidos na decisão singular e parecer da Assessoria Processual Tributária, ratificado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. No mérito, por decisão unânime, decide confirmar a decisão proferida em 1ª instância, julgando **PROCEDENTE** a acusação fiscal, nos termos do voto da conselheira relatora e de acordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária e manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos ____ de _____ de 2020.

MANOEL MARCELO
AUGUSTO MARQUES
NETO:22171703334

Assinado de forma digital por
MANOEL MARCELO AUGUSTO
MARQUES NETO:22171703334
Dados: 2020.09.03 14:26:54 -03'00'

MANOEL MARCELO AUGUSTO M. NETO

Presidente

MATTEUS VIANA

NETO:15409643372

Assinado de forma digital por
MATTEUS VIANA NETO:15409643372
Dados: 2020.09.10 10:43:28 -03'00'

MATTEUS VIANA NETO

Procurador do Estado

Ciência: ____/____/____

ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES 24728462315

ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES

Conselheira Relatora