



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

RESOLUÇÃO Nº: 112/2020

6ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL, em 03.08.2020, as 08:30h

PROCESSO Nº: 1/4060/2018

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201805951-6

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. 1. CONTRIBUINTE LANÇOU INDEVIDAMENTE A CRÉDITO EM SUA CONTA GRÁFICA, VALORES DE ICMS DESTACADO EM NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO E BENS DE ATIVO PERMANENTE. 2. INFRINGÊNCIA AS ARTS. 60, IX – A, § 13 E 65, II, DO DEC. Nº 24.569/97. 3. NULIDADES AFASTADAS. 4. 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. MATERIAL DE USO E CONSUMO. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. 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 INDEVIDAMENTE A CRÉDITO O ICMS DESTACADO EM NFE DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO E TAMBÉM LANÇOU INDEVIDAMENTE O ICMS INTEGRALMENTE DESTACADO EM NFE DE ATIVO PERMANENTE QUANTO DEVERIA TER LANÇADO 1/48 AO MÊS.

A empresa em epígrafe está cadastrada no segmento de Indústria, nas atividades de fundição de ferro e aço, além de fabricação de equipamentos hidráulicos e pneumáticos, estando ativa à época da fiscalização e exercendo suas atividades comerciais.

Em cumprimento ao Mandado de Ação Fiscal de nº 2018.06668, foi realizada uma Auditoria Fiscal Plena, referente aos exercícios de 2014 e 2015, restando constatado que em 02/2014 a 13/2014, 08/2014 e 03/2015, a empresa fiscalizada teria escriturado a crédito, em sua EFD, notas fiscais de entrada CFOP 1556 e 2556 – compras de material para uso e consumo e CFOP 1552 e 2551 – compras de ativo imobilizado, contrariando os arts. 49 da Lei 12.670/96, 57, 60-IX-A, § 13 e 65, II do Decreto nº 24.569/97.

Pelas notas fiscais o agente do Fisco identificou que as mercadorias eram peças de reposição, de material de proteção individual EPI, de material para uso na administração, etc, produtos estes que não geram crédito de ICMS, sendo portanto, considerados como indevida a sua compensação.

Após a emissão de vários Termos de Intimação sem que o contribuinte atendesse e justificasse os lançamentos em conta a crédito do ICMS destacados nas notas fiscais de entrada, sem resposta do contribuinte, foram lavrados diversos autos de infração, inclusive por embarço a fiscalização, com esteio no art. 815 do Decreto nº 24.569/97.

Por meio do Termo de Intimação de nº 2018.05288 foi dada a oportunidade de questionar o levantamento realizado nas planilhas anexadas ao referido Termo.

Planilha I – Notas fiscais de material de uso/consumo e ativo imobilizado (CFOP 251 e 2556);

Planilha II – Apuração do crédito indevido de MATERIAL DE USO/CONSUMO E ATIVO IMOBILIZADO, contendo os créditos considerados indevidos;

Planilha III – Resumo dos créditos indevidamente aproveitados.

Considerando a ausência de manifestação da parte e diante das infrações detectadas, foi lavrado o presente auto de infração para cobrança do ICMS que deixou de ser recolhido em razão de aproveitamento de créditos indevidos de material de uso/consumo e de ativo imobilizado de acordo com o estabelecido na legislação do ICMS com a aplicação de multa prevista no art. 123, II, A da Lei nº 12.670/96 (uma vez o valor do imposto).

Em sede de impugnação, tempestivamente, a autuada alega:

Preliminares de Nulidades

* **omissão do número do Ato Administrativo Designatório da ação fiscal chancelado pela autoridade competente no Termo de Início e Termo de Conclusão de Fiscalização** – Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2018.05288 – a omissão do ato designatório no Termo de início/conclusão de fiscalização do AI 201805951-6 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 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 de Fiscalização nº 1018.02750. 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 2018.05951-6, em que relata a infração cometida ou imputada. O CD apresentado não tem informações idôneas que demonstre a forma a fonte de pesquisa que fundamentou as conclusões do auto de infração.

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 pela parte, decide pela PROCEDÊNCIA do feito fiscal, consignando ter restado demonstrado que o contribuinte creditou-se de ICMS proveniente das aquisições de bens de uso/consumo durante os exercícios de 2014 e 2015, de forma indevida, pois só poderia fazê-lo a partir de 1º de janeiro de 2020.

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

- Nulidade por ausência do número do ato designatório da ação fiscal chancelado pela autoridade competente, no Termo de Início de nº 2018.02750 e no Termo de Conclusão de nº 201808300;

- 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;
- 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.
- 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. 126 dos autos consta manifestação da Assessoria Processual Tributária, que por meio do Parecer de nº 108/2020, após afastar as preliminares de nulidades suscitadas pela parte, sugeriu a manutenção da decisão singular de 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.

Referido Parecer fora acolhido pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese, é o que se tem a relatar.

DO VOTO DA RELATORA.

Analisando-se os presentes fólhos, facilmente se verifica que a inicial acusatória atende a todas as exigências previstas no § 2º do art. 41 do Decreto nº 32.885/2018. O Relato da infração encontra-se 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, senão vejamos:

1. O ato designatório que ampara a ação fiscal (MAF nº 2018.00668) não consta indicado nos Termos de Início (2018.02750) e no Termo de Conclusão de fiscalização (2018.08300), relacionados ao AI 201805951-6, 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 07 dos autos e está indicado logo abaixo do Termo de Início de Fiscalização n. 2018.02750 (fls8), 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 4):

“Diante do exposto, lavramos o presente Auto de Infração para cobrança do ICMS que deixou de ser recolhido em razão de aproveitamento de créditos indevidos de material de uso/consumo e de ativo imobilizado de acordo com estabelecido na legislação do ICMS e aplicamos como multa o previsto no art. 123, - II-A da Lei 12.670/96 c/c Lei nº 16.258/17...”

Também no Termo de Conclusão de Fiscalização de nº 2018.08300 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 “CONFERIR O LEVANTAMENTO REALIZADO NAS PLANILHAS I, II E III, REF, A CRÉDITOS INDEVIDOS DE R\$ 14.152,19 (ICMS R\$ 14.152,19 E MULTA DE IGUAL VALOR) EM ANEXO E APRESENTAR AS CORREÇÕES DEVIDAS.”

Quanto à mídia acostada aos autos verifica-se que o CD traz todas as informações que embasaram o levantamento, tais como notas fiscais, valores de ICMS, diferenças de recolhimentos, destacando as notas fiscais adquiridas para consumo e as adquiridas para ativo permanente inclusive com as chaves de acesso, em planilhas separadas, logo, resta clarividente que a empresa tinha conhecimento de todo o levantamento que estava sendo realizado, assim como das inconsistências detectadas, 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 e nas operações registradas nos sistemas corporativos da Sefaz e da Receita Federal, restando estas informações perfeitamente consignadas nos autos.

Quanto ao mérito da questão, pelas planilhas acostadas depreende-se que o contribuinte lançou nos exercícios de 2014 e 2015, valores a crédito de ICMS decorrentes da aquisição de bens destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, em desacordo com as previsões constantes no § 5º do art. 49 da Lei nº 12.670/96, e art. 65, II, do Decreto nº 24.569/97, que assim estabelecem:

Art. 49 (...)

*§ 5º O crédito relativo à aquisição de bens de uso ou de consumo do estabelecimento, bem como os respectivos serviços de transporte, **somente será permitido a partir de 1º de janeiro de 2020. (g.n)***

Art. 65 – Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

(...)

II – entrada de bem destinado ao uso e consumo do estabelecimento, bem como os respectivos serviços de transporte, até a data prevista em Lei Complementar.

Note que, à época da autuação, a Lei Complementar nº 87/96, assegurava o direito ao crédito do ICMS para fins de compensação, decorrente de operação de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, somente a partir de 1º de janeiro de 2020, a teor do art. 33, in verbis:

Art. 33 Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

*I – somente darão direito ao crédito as mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, **nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020. (g.n)***

A Lei Complementar nº 171/19, alterou o art. 33 da referida lei prorrogando o prazo de início para apropriação dos créditos de ICMS de mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento até 2033.

Também resta perfeitamente demonstrado que a autuada creditou-se de ICMS proveniente da aquisição de bens para o ativo imobilizado (Planilha II), sem atender às proporções permitidas por lei, previstas no art. 49 da Lei 12.670, a saber:

Art. 49. (...)

§ 4º Para efeito do disposto deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes da entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado:

I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que correr a entrada no estabelecimento;

II – em cada período de apuração do imposto só será admitido o creditamento de que trata o inciso I, proporcionalmente às operações de saídas ou prestações tributadas, efetuadas no mesmo período;

III – para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será obtido multiplicando-se o valor total das operações de saídas e prestações tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;

IV - (...).

Desta feita, considerando ter restado demonstrado nos autos a materialidade da infração sem que a recorrente trouxesse algum elemento concreto que pudesse afastar as conclusões da fiscalização, posto que não se insurge sequer quanto ao mérito da questão, entendo pela procedência do feito fiscal, devendo ser mantida a decisão proferida em instância singular.

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\$	14.152,19
MULTA	R\$	14.152,19
TOTAL A RECOLHER	R\$	28.304,38

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 Assinado de forma digital por
AUGUSTO MARQUES MANOEL MARCELO AUGUSTO
NETO:22171703334 MARQUES NETO:22171703334
Dados: 2020.09.03 14:31:18 -03'00'

MANOEL MARCELO AUGUSTO M. NETO
Presidente

MATTEUS VIANA Assinado de forma digital por
NETO:15409643372 MATTEUS VIANA
Dados: 2020.09.10 10:47:39 -03'00'

MATTEUS VIANA NETO
Procurador do Estado
Ciência: ____ / ____ / ____

ANTONIA HELENA TEIXEIRA
GOMES:24728462315

Assinado de forma digital por ANTONIA HELENA
TEIXEIRA GOMES:24728462315
Dados: 2020.09.02 11:21:06 -03'00'

ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES
Conselheira Relatora