



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 133/2021

22ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 20 DE OUTUBRO DE 2020

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/1123/2019

AI Nº 1/2018.19055

RECORRENTE: DANCOR S.A INDÚSTRIA MECÂNICA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: FRANCISCO ALEXANDRE DOS SANTOS LINHARES.

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. NULIDADE.

1. O Decreto nº 29.183/2008 estabeleceu que a base para aplicação do benefício seria o ICMS relativo às operações da PRODUÇÃO própria gerado pela sociedade empresária beneficiária, e que o valor do ICMS diferido corresponderia ao imposto relativo às operações da produção própria do contribuinte.
2. Nenhum dos dispositivos estipula a obrigatoriedade de o contribuinte apurar separadamente as operações de entrada e saída destinadas à produção própria daquelas não destinadas à produção própria, mediante informação em seus registros fiscais.
3. A metodologia de cálculo do FDI nas operações industriais consiste no critério da proporcionalidade entre o ICMS devido em decorrência da produção própria e das demais operações, não sendo possível realizar cálculo que leve em consideração a segregação das operações das operações (próprias e não próprias) na EFD do contribuinte.
4. A fiscalização se baseou no não recomendado método de segregação.
5. Inadequação da metodologia aplicada pela administração tributária no cômputo do imposto devido.

Palavras Chaves: ICMS – falta de recolhimento do ICMS – erro de metodologia – FDI – Segregação - Nulidade

RELATÓRIO

Após obediência ao prazo de início e conclusão da fiscalização (20/07/2018 a 07/12/2018), contados da ciência do contribuinte, houve a finalização da ação fiscal nº 2018.07906.

A presente demanda versa sobre o auto de infração nº 1/201819055, lavrado em função do 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 documentação fiscal do contribuinte acima epigrafado, constatamos que durante o exercício de 2015, o mesmo deixou de recolher ICMS quando utilizou mercadorias adquiridas para revendas nos cálculos do diferimento do FDI. Conforme inform. Complementares e plan. Cálculos anexas”.

Apontou como infringidos os artigos 73 e 74 RICMS, Dec. 29.183/2008 e Termo de Acordo FDI/PROVIN 010/2, sugerindo a penalidade inserta no artigo 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96.

Na Impugnação, em síntese, a empresa apresentou os seguintes argumentos:

- Que a fiscalização tão somente utiliza o argumento de que, tanto nas entradas como nas saídas, o contribuinte utilizou-se de uma mesma NCM's e, portanto, todas as saídas com o mesmo código de produto seriam irregulares;
- Que houve um equívoco na parametrização do sistema, mas já foi resolvido;
- Nem todos os produtos são para revenda, mas a grande maioria é fabricado, e ainda há outros que, mesmo sendo a mesma NCM, passam por um processo de fabricação o que altera o código do produto;
- Necessidade de perícia técnica para apurar a veracidade dos argumentos utilizados

Na célula de julgamento de primeira instância, o ilustríssimo julgador de primeiro grau, ao conhecer da impugnação, julgou **TOTALMENTE PROCEDENTE** a autuação, firmando o seu entendimento no sentido de que o contribuinte havia se aproveitado quando utilizou mercadorias para revendas nos cálculos do diferimento do FDI.

Em face da decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso ordinário, sustentando, em síntese, as seguintes premissas:

- Houve a utilização pela célula de julgamento de 1ª instância da mesma fundamentação da decisão proferida no auto de infração nº 2018.19057-8;
- Nem todos os produtos são revenda, de forma que a grande maioria é fabricada e ainda há outros que, mesmo sendo a mesma NCM, passa por um processo de fabricação que altera o código do produto. Assim para que não fique configurado o cerceamento de defesa, é imperioso o deferimento da perícia;
- Utilizou seu direito de defesa, embasado pela Constituição Federal para realizar a devida impugnação.

O Parecer de nº 221/2020, emitido pela Célula de Assessoria Processual Tributária, opinou por conhecer e negar provimento ao recurso ordinário, sob o fundamento de que autuado não trouxe aos autos provas para contrapor o argumento utilizado pela fiscalização, de forma que os argumentos oferecidos pelo contribuinte não teriam o condão de descaracterizar o procedimento discal.

Eis o relatório.

VOTO DO RELATOR

A Lei nº 10.367/79, ao disciplinar o benefício do Fundo de Desenvolvimento Industrial – FDI estabeleceu em seu art. 5º que nas operações enquadradas, o incentivo não poderia ultrapassar a 75% do ICMS próprio gerado pela sociedade empresária beneficiária.

No presente caso, a fiscalização entendeu que a recorrente havia realizado o cálculo do ICMS de acordo com o benefício, com a inclusão de bens de revenda. Note-se:

“Ao analisarmos as dificuldades operacionais e fabris da empresa e seus lançamentos de notas fiscais de aquisições no SPED Fiscal, constatamos que o contribuinte ora fiscalizado, além das aquisições de insumos para a fabricação de Bombas D’água, o mesmo também adquiriu através de transferências, produtos acabados para revenda, sendo que, a empresa das saídas desses produtos, emitindo notas fiscais eletrônica com CFOP 5101 e 6101 (venda de produção do estabelecimento), se beneficiando de maneira irregular do FDI. A infração pode ser constatada quando verificamos os registros no SPED ENTRADAS 2015 do código 2152 (transferência para comercialização), e não

foram registrados saídas dessas mercadorias como revendas de produtos acabados, causando um prejuízo ao erário, quando a empresa, ora auditada, deixou de recolher ICMS de produtos não fabricados pela mesma.”

Ressalta-se que o FDI é um fundo que objetiva a promoção do setor industrial, a fim de permitir que empresas venham a se sediar no Estado, criando um mecanismo que permite às mesmas benefícios e incentivos tributários que viabilizem suas operações, sendo regulamentado mais recentemente pela Lei Complementar nº 160/2017 e pelo Convênio CONFAZ 190/2017, no tocante à remissão de créditos já constituídos ou sua reinstauração.

O Estado do Ceará assegurou o benefício a partir da promulgação da Lei nº 10.367/79, que determina os parâmetros para que indústrias o obtenham, condicionado aos requisitos ali previstos e à celebração de termo formal que represente ajuste com o ente público.

A recorrente firmou com Estado do Ceará protocolo de intenções, passando a ser beneficiária do referido incentivo para toda a sua produção própria, porém, no que pertine às mercadorias por ela comercializadas que não sejam de produção própria, cabe o recolhimento integral do imposto.

Entretanto, inexistente regulamentação na referida lei sobre o critério de apuração do cálculo do ICMS sobre operações próprias e não próprias, uma vez que trata unicamente dos parâmetros de natureza geral relacionados ao benefício (diferimento, crédito presumido e outros), porém, delega ao Poder Executivo toda sua regulamentação, conforme art. 5º:

Art. 5º São operações do FDI, regulamentadas por Decreto do Chefe do Poder Executivo:

(...)

IV - a concessão de incentivos fiscais relativos ao ICMS, através:

- a) da dilação do prazo de pagamento de parcela do saldo devedor mensal do imposto, com dedução de percentual dessa parcela, no caso de liquidação do débito até a data do vencimento da dilação;
- b) do diferimento do momento de pagamento total ou parcial do imposto, com dedução de percentual total ou parcial do montante diferido, no caso de liquidação do débito até a data do vencimento do diferimento;
- c) da concessão de crédito fiscal presumido e de redução da base de cálculo do imposto.

V - a concessão de incentivos financeiros relacionados ao ICMS, com a concessão de empréstimos, a médio e longo prazos, inclusive com subsídios sobre o principal e encargos financeiros.

(...)

§ 3º Nas operações do FDI de que trata o inciso IV do caput deste artigo o contribuinte do ICMS beneficiário do PROVIN deverá, por ocasião da apuração mensal do imposto, deduzir do saldo devedor apurado o valor correspondente ao incentivo, conforme disposto em regulamento.

Ainda, com a edição do Decreto nº 29.183/2008 (vigente à época) que regulamentou o FDI, ficou estabelecido que a base para aplicação do benefício seria o ICMS relativo às operações da PRODUÇÃO própria gerado pela sociedade empresária beneficiária, e que o valor do ICMS diferido corresponderia ao imposto relativo às operações da produção própria do contribuinte. Note-se, inclusive, o que diz os arts. 17 e 25:

CAPÍTULO V

DA FORMA, VALOR DE DESEMBOLSO E PRAZO DO BENEFÍCIO

Art. 17. O percentual de benefício, tendo por base o ICMS relativo às operações da produção própria gerado pela sociedade empresária beneficiária, na forma prevista na legislação de regência do Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará - FDI, não poderá ultrapassar 75% (setenta e cinco por cento).

[...]

Art.25. O contribuinte do ICMS beneficiário do FDI/PROVIN, por ocasião da apuração mensal, deverá deduzir do saldo devedor apurado, o valor correspondente ao que seria o da parcela do empréstimo financeiro, nos moldes do contrato de mútuo firmado com o órgão gestor do FDI.

(...)

§3º O valor do ICMS diferido corresponderá ao imposto relativo às operações da produção própria do contribuinte e terá como valor o percentual estabelecido em resolução do Conselho Estadual de Desenvolvimento Industrial – CEDIN.

Veja-se: ambos os dispositivos legais determinam o mesmo percentual do benefício a ser aplicado sobre a produção própria das indústrias, mas nenhum deles estipula a obrigatoriedade de o contribuinte apurar separadamente as operações de entrada e saída destinadas à produção própria daquelas não destinadas à produção própria, mediante informação em seus registros fiscais.

Com efeito, essa matéria foi objeto de solução de consulta junto à Célula de Consultoria e Normas da Sefaz, tendo sido lavrado o Parecer CECON nº 475, de 10 de setembro de 2018, no qual restou formalmente informado que o critério de segregação de mercadorias não representa a forma adequada para o cálculo do FDI, conforme se vê da seguinte parte do parecer:

Parecer CECON nº 475

4ª indagação: caso entenda que o FDI somente seja aplicado sobre as operações de produção própria, conforme Decreto nº 29.183/2008, o contribuinte beneficiário poderá apurar em separado as operações de entrada e de saída destinadas à produção própria, evitando com isso as perdas financeiras dos créditos de mercadorias não destinadas às operações de produção própria; Caso seja positivo, como fazer essa apuração em separado, informando isso no SPED Fiscal;

*Resposta: **O contribuinte beneficiário deve apurar conjuntamente todos os créditos e débitos decorrentes do ICMS e, ao final, constatado o saldo devedor, aplicar o percentual que a ele pertine, relativamente ao FDI, proporcionalmente ao ICMS gerado nas saídas de produção própria. Desta forma, não há que se falar em apuração em separado. Esse é o procedimento, haja vista que não constam na EFD campos próprios que permitam a***

segregação de todas as operações realizadas pelo contribuinte beneficiário do FDI, de maneira a possibilitar o destino previsto em resolução CEDIN no saldo devedor apurado.

Impende ressaltar, aqui, pois que importante, que a concessão dos benefícios do FDI decorre de pleito dos contribuintes interessados. Uma vez concedidos os benefícios fiscais relativos ao ICMS, é dever dos contribuintes observar as formalidade e condições de apropriação desses benefícios.

A título de exemplo, pode-se indicar uma empresa que teria saldo credor relativo a operações comerciais (que não estão compreendidas no conceito de operação própria) no montante de R\$ 50.000,00. Nessa mesma hipótese, teria um saldo devedor relativo às operações próprias no valor de R\$ 150.000,00. No caso em tela, o saldo devedor, para fins de apuração do ICMS devido seria de R\$ 100.000,00 (saldo devedor de operações próprias – saldo credor de operação enquadrada como própria). Isso seria diferente de se aplicar o benefício diretamente sobre o saldo devedor de R\$ 150.000,00. E aqui, não há que se falar em duas operações, apenas consideração conjunta de todos os créditos e débitos da empresa.

*Por fim, do resultado obtido da diferença entre créditos e débitos (aqui considerado como saldo devedor efetivo), deve-se segregar a **proporção do ICMS gerado nas saídas decorrentes de produção própria**, com o ICMS total gerado pela empresa, chegando-se ao percentual que incidirá sobre a base total e, a seguir, sofrerá a aplicação da alíquota do benefício da empresa". (grifou-se)*

Vê-se que a metodologia de cálculo do FDI nas operações industriais consiste no critério da proporcionalidade entre o ICMS devido em decorrência da produção própria e das demais operações, não sendo possível realizar metodologia de cálculo que leve em consideração a segregação das operações das operações (próprias e não próprias) na EFD do contribuinte.

Aliás, o referido registro no SPED é completamente inaplicável, uma vez que não existe nessa Declaração Fiscal campo próprio para apuração em separado do ICMS decorrente das operações da produção própria daquele ICMS decorrente das NÃO operações da produção própria.

No presente caso, a fiscalização se baseou no não recomendado método de segregação. Assim, vislumbra-se a inadequação da metodologia aplicada pela administração tributária no cômputo do imposto devido.

Ainda, considerando haver o contribuinte calculado o benefício de acordo com o Parecer CECON nº 475/2018, impõe-se a decretação da nulidade da ação fiscal, sobretudo porque não seria possível, nessa fase processual, realizar perícia para correção da metodologia aplicada pela fiscalização, mercê do regramento do parágrafo único do art. 87 da Decreto 32.885/2018.

Isto posto, VOTO por conhecer e dar provimento ao Recurso Ordinário, para que seja reformada a decisão condenatória de 1ª instância, julgando NULO o feito fiscal, contrariando o parecer da Assessoria Processual Tributária, que considerava procedente

a autuação, e a manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, que recomendava a realização de perícia.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que o recorrente é DANCOR S/A INDÚSTRIA MECÂNICA e recorrido CELULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA instância, resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento para declarar de ofício a Nulidade da ação fiscal, em razão de erro de metodologia aplicada. Votaram também pela nulidade porém, com fundamento diverso do Conselheiro Relator os Conselheiros, Michel André Bezerra Lima Gradvohl e Dalcília Bruno Soares, por entenderem que o levantamento fiscal separou as operações por CFOP e efetuou dois lançamentos distintos (AI 201819057 e AI 20189055), o que torna impraticável o envio à perícia para calcular a proporcionalidade do ICMS de produção própria por período de apuração, pertencente aos dois autos, com fundamento na Lei nº13.377/2003 e Decreto nº29.183/2008. Decisão contraria a manifestação oral do representante da douda procuradoria Geraldo Estado e Parecer da Assessoria processual Tributária..

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 23/junho/2021.

JOSE AUGUSTO
TEIXEIRA:224139953
15

Assinado de forma digital por JOSE
AUGUSTO TEIXEIRA:22413995315
Dados: 2021.06.23 16:22:07 -03'00'

José Augusto Teixeira
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA

RAFAEL LESSA
COSTA BARBOZA

Assinado de forma digital por
RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA
Dados: 2021.06.24 15:04:47
-03'00'

Rafael Lessa Costa Barboza
**PROCURADOR DO ESTADO DO
CEARÁ**

FRANCISCO
ALEXANDRE DOS
SANTOS
LINHARES:80430961391

Assinado de forma digital por
FRANCISCO ALEXANDRE DOS
SANTOS LINHARES:80430961391
Dados: 2021.06.23 15:44:37
-03'00'

Francisco Alexandre dos Santos Linhares
CONSELHEIRO