

PROCESSO : 20212703700005 - E-PAT 011.001
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 166/2022
RECORRENTE : MBC ESTRUTURAS EIRELI
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 138/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O auto de infração foi lavrado, no dia 14/10/2021, em razão de o sujeito passivo, no ano de 2017, apropriou-se indevidamente de Crédito Tributário, pelo lançamento a Crédito Fiscal em sua EFD/SPED decorrentes de mercadoria para uso e consumo. Diante disso, foi lançado o ICMS que deixou de ser pago e aplicada a multa de multa de 90% (noventa por cento) do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente – a penalidade prevista no artigo 77, V, “a”, item 1, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação por meio do DET, em 26/10/2021, apresentou peça defensiva tempestivamente, alegando o Auto de Infração é nulo porque falta clareza no texto de descrição da infração de que houve a apropriação indevida de crédito tributário proveniente de aquisição de mercadorias para USO E CONSUMO e que a capitulação dos artigos 35, c/c artigo 41, inciso VI, do RICMS/RO - Decreto 8.321/98, não coaduna com a ocorrência de infração constatada. Ao fim, requereu a nulidade do Auto de Infração.

Submetido a julgamento de 1ª Instância, o julgador singular após analisar os autos e a peça impugnativa, como de fato a empresa se apropriou de crédito fiscal relativo à mercadoria para o uso e consumo, considerou configurada a infração tributária. Com base no art. 108 da lei 688/96 corrigiu os dispositivos infringidos, concluindo, ao final, pela procedência da ação fiscal.

A empresa foi notificada da decisão singular pelo DET, com ciência em 05/02/2022, inconformada interpôs Recurso voluntário, com as mesmas argumentações feitas na impugnação, acrescentou que não houve comunicação das prorrogações e que não consta da notificação prazo para pagamento ou manifestação conforme disciplinados no § 2º do Art.108, da Lei 688/96, requereu, ao final, a nulidade da ação fiscal.

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo, no ano de 2017, apropriou-se indevidamente de Crédito Tributário, pelo lançamento a Crédito Fiscal em sua EFD/SPED decorrentes de mercadoria para uso e consumo.

O dispositivo da penalidade indicado (art. 77, V, “a”, item 1, da Lei 688/96), determina a aplicação da multa de 90% (noventa por cento) do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente.

Do que consta nos autos restou comprovado que a empresa se apropriou de crédito fiscal irregular, pois decorrentes de operações com CFOP 1556 e 2407, operações de entrada de mercadorias destinadas a uso e consumo. A Autoridade Fiscal relacionou num demonstrativo as notas fiscais objeto da autuação e planilha de cálculo do crédito tributário, que como não foi contestada pela autuada, restou-se incontroverso.

O que se restou controvertido foi uma alegada falta clareza no texto de descrição da infração e que os dispositivos não se coadunam com a ocorrência de infração constatada. A não notificação das prorrogações e a não concessão de prazo para pagamento com desconto nos termos do § 2º do Art.108, da Lei 688/96.

Inicialmente é necessário pontuar que, no Auto de Infração, a Autoridade Fiscal descreveu de forma objetiva a infração ocorrida – apropriação indevida do crédito, referente à mercadoria de uso e consumo –, pois fez o relato objetivo da infração, citando o dispositivo legal que define a infração cometida e lhe comina penalidade (art. 77, V, “a”, item 1, da Lei 688/96). Ou seja, a ação fiscal foi realizada na forma definida pela lei (art. 100 da Lei 688/96).

Quanto à alegada falta clareza no texto de descrição da infração e que os dispositivos não se coadunam com a ocorrência de infração constatada, esclarece, para esse ponto que na forma como estabelece o art. 107 da Lei 688/96, as incorreções ou omissões do Auto de Infração não acarretarão a sua nulidade, quando nele constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator, o que se deu no presente caso, em que a infração está objetivamente descrita e a empresa identificada como a pessoa que cometeu a infração.

Ademais, o art. 108 define que estando o processo em fase de julgamento, os erros de fato e os de capitulação da infração ou da penalidade serão corrigidos pelo órgão de julgamento, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não sendo causa de decretação de nulidade, desde que da correção resulte penalidade de valor igual ou inferior ao constante no auto de infração, o que já foi feita na decisão singular proferida.

Com relação as prorrogações da ação fiscal e sua comunicação à empresa, destaca-se que elas foram feitas na forma como disciplina a legislação, pois o início da Ação Fiscal deu-se com a notificação, com ciência em 20/04/2021, foi prorrogado por duas vezes pela autoridade competente – Gerente de Fiscalização, conforme TERMO DE PRORROGAÇÃO DE AÇÃO FISCAL, com a primeira prorrogação em 18/06/2021 e a segunda em 17/08/2021, com o prazo final para conclusão da ação fiscal em 15/10/2021. Como o auto de Infração foi lavrado em 14/10/2021, estava dentro do prazo legal. A comunicação dessas prorrogações foi feita na notificação do encerramento da ação fiscal, atendendo o que prescreve a legislação (art. 12, § 3º, da IN 11/2018).

No que diz respeito a não concessão de prazo para pagamento com desconto, nos termos do § 2º do Art.108, da Lei 688/96, cumpre esclarecer que a empresa foi, em 23/11/2022, notificada para fazer o pagamento com desconto de 95% da multa concedido pelo REFAZ - Lei 5436/2022, ou seja, em percentual bem superior ao previsto pelo dispositivo apontado no recurso, que é de 50% (art. 108, § 2º, da Lei 688/96). Com isso, considera-se que a ausência da indicação do desconto concedido pela lei, na notificação da decisão singular, foi suprida pela notificação do REFAZ, razão pela qual rejeita-se a nulidade suscitada pela defesa.

Acrescenta-se, ainda, para esse ponto, que a empresa, nessa situação, não teve nenhum prejuízo, pois lhe foi dada a oportunidade de realizar o pagamento com o desconto de 95% e ela não o fez, o que fica evidenciado, por seu comportamento, que também não faria com o desconto apontado – o de 50%, base da alegação de nulidade.

No mérito, a legislação tributária estabelece que, sobre as mercadorias classificadas como materiais de uso e consumo do estabelecimento do contribuinte, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada dessas mercadorias, somente pode ser efetivado a partir de 1º de janeiro de 2033, (art. 33, I, LC 97/96). Logo, a apropriação dos créditos foi indevida, pois em desacordo com o previsto na legislação.

Art. 33....

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2033;

Tal regra também consta do artigo 40, §1º, inciso IV, do RICMS/RO, estabelecendo que, no momento, não geram direito a crédito de ICMS mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, pois, consoante o previsto, a empresa somente pode se creditar quando a aquisição ocorrer após 1º de janeiro de 2033.

IV - relativamente à aquisição de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, o contribuinte poderá creditar-se do imposto nas aquisições a partir de 1º de janeiro de 2033

Assim, como restou comprovada apropriação indevida dos créditos fiscais, como também a falta de pagamento do imposto, pois as mercadorias destinadas ao uso e consumo não dão direito ao crédito, com isso, a empresa infringiu a legislação, logo, o lançamento efetuado é regular e a ação fiscal deve ser considerada procedente.

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário interposto para negar provimento, mantendo a decisão singular que julgou procedente ação fiscal, com o crédito tributário no valor **de R\$ 110.456,79.**, devendo ser atualizado até a data do pagamento.

É como VOTO.

Porto Velho, 17 de julho de 2023.

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
AFTE Cad. 300039587
JULGADOR



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : 20212703700005 - E-PAT 011.001
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 166/2022
RECORRENTE : MBC ESTRUTURAS EIRELI
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : JULGADOR - AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 0138/23/1.^a CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 0204/2023/1^a CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS/MULTA – APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL – MATERIAL DE USO E CONSUMO – OCORRÊNCIA.** Restou provado nos autos que o sujeito passivo se apropriou de crédito fiscal referente a material de uso e consumo. A empresa somente terá esse direito para as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento com entradas partir de 1º de janeiro de 2033 (art. 33, I, da LC 87/96). Afastada as nulidades suscitadas, porque a comunicação das prorrogações foi feita na notificação do encerramento da ação fiscal, (art. 12, § 3º, da IN 11/2018). Suprida a ausência de notificação para fazer pagamento com redução da multa, porque a empresa foi notificada para fazer o pagamento com desconto concedido de 95% da multa pelo REFAZ - Lei 5436/2022, em percentual superior ao previsto pelo dispositivo apontado – de 50% (art. 108, § 2º, da Lei 688/96) . Infração não ilidida. Mantida a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração. Recurso Voluntário desprovido. Decisão Unânime entre os votantes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS – TATE**, à unanimidade em conhecer do recurso interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão primeira instância de **PROCEDÊNCIA** do auto de infração conforme Voto do Relator, constantes dos autos, que fazem parte integrante da presente decisão Participaram do julgamento os Julgadores: Amarildo Ibiapina Alvarenga, Leonardo Martins Gorayeb e Reinaldo do Nascimento Silva. Declarou-se impedido o julgador Dyego

Alves de Melo.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL

DATA DO LANÇAMENTO 14/10/2021: R\$ 110.456,79

***CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO**

TATE, Sala de Sessões, 17 de julho de 2023.

Anderson Aparecido Arnaut

Presidente

Amarildo Ibiapina Alvarenga

Julgador/Relator



Documento assinado eletronicamente por:

ANDERSON APARECIDO ARNAUT, Presidente do TATE,

, Data: **06/09/2023**, às **12:5**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS

TERMO DE ASSINATURA DO ACÓRDÃO

Neste ato, confirmo e valido as informações do ACÓRDÃO 137/2023 , relativa a sessão realizada no dia 09/08/2023 , que julgou o Auto de Infração como *Procedente* da qual participei e por isso a assino por meio deste Termo de Assinatura.

Porto Velho, 09/08/2023 .



Documento assinado eletronicamente por:

AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA, Auditor Fiscal, , Data: **06/09/2023**, às **12:6**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.