

PROCESSO: 20222700300013
RECURSO: VOLUNTÁRIO E-PAT N.º 012.360
RECORRENTE: INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARGAMASSA ARGAMAZON
EIRELI
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 466/22/2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

1.0 RELATÓRIO

1.1 Do Auto de Infração.

Trata-se de Processo Administrativo Tributário com a seguinte Descrição da Infração:

“O sujeito passivo acima identificado, no período de 01/01/2017 a 31/12/2017, APROPRIOU-SE INDEVIDAMENTE DE CRÉDITO DE ICMS AO ESCRITURAR DOCUMENTOS FISCAIS DE ENTRADA REF. A AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS (CIMENTO) SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (Protocolo ICMS 11/85). O mesmo NÃO ESTORNOU OS CRÉDITOS DE ICMS EM EFD. Verificou-se que apesar do contribuinte ter escriturado as NF-es de entrada no CFOP 2101, a maior parte das mesmas foram destinadas a comercialização conf. demonstrativo anexo. O foi notificado previamente para se autorregularizar via DET 12933514 (ciência em 12/01/2022 10:08, apresentando contestação de que a mercadoria foi destinada a industrialização, porém não apresentou o livro RECOPE com as informações do consumo na industrialização. Valor nominal do ICMS apropriado indevidamente R\$ 290.832,05. Segue anexo: Demonst de Cálculos e Demonst de ICMS apropriado indevidamente, DFE, Termo de Início, Notificações, Mídia óptica e outros.x.x.x.x”

A infração tem por Capitulação da Infração o artigo 77, V, 1, artigo 31, §3.º e artigo 34, I, da Lei 688/96. A multa aplicada é a prevista no artigo 77, V, “a”, 1, da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$899.347,18.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

V - infrações relacionadas ao crédito do ICMS:

a) multa de 90% (noventa por cento):

1. do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente, ressalvado o disposto nas alíneas "b" e "d" deste inciso; e

1.2 Síntese dos autos.

Auto de Infração lavrado na data de 15/03/2022, sujeito passivo intimado na data de 22/03/2022 (pág. 02).

Sujeito passivo apresentou Defesa Administrativa na data de 17/05/2022. Preliminarmente, alega a nulidade do auto de infração, pois a Prorrogação da Ação Fiscal foi deferida por autoridade que não tinha competência para tal, descumprindo o previsto no artigo 65, V, da Lei 688/96 e contrário ao previsto no artigo 10 da IN 011/2022/GAB/CRE. No mérito, argumenta que utilizou de créditos não compensados, de produtos fabricados e vendidos que são alcançados na venda pela substituição tributária do ICMS, conforme artigo 40, II, do RICMS/RO. Alega que o Autor não comprovou que os créditos aproveitados sejam decorrentes da venda da mercadoria cimento (págs. 70 a 98).

O r. Julgador *a quo* proferiu a Decisão Procedente n.º 2022/01/41/TATE/SEFIN, afastou a preliminar de nulidade, fundamentando que o agente que deferiu a prorrogação da ação, tinha competência para tal, conforme previsto no artigo 18, §2.º, do Anexo XII, do RICMS/RO. No mérito, também rechaçou a tese defensiva. Delineou que o sujeito passivo foi devidamente notificado para realizar a autorregularização, momento em que apenas afirmou que os créditos apropriados decorriam unicamente das mercadorias destinadas à industrialização, que a legislação constante na notificação era destinada para produtos para adquiridos para comercialização, não sendo o seu caso. Demonstra que transcorreu o momento para tratar da compensação, instituto que de fato tem previsão legal no Anexo VI,

RICMS/RO. Quanto ao argumento de que cimento foi utilizado como insumo na fabricação da argamassa, entende que não há provas, o sujeito passivo não apresentou o livro RECOPE, e na planilha de fls. 23, está demonstrado que os créditos apropriados são da venda de cimento. (págs. 100 a 103)

Sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário na data de 22/07/2022. 1. Alega desrespeito ao contraditório e ampla defesa, previstos no artigo 5.º, LV, da CF, pois (i) não teve oportunidade de demonstrar que fórmula de cálculo utilizada pelo autor estaria em desacordo com a realidade, por deixar de considerar a venda dos produtos fabricados e a quantidade de cimento utilizado na produção, (ii) que a quantidade de cimento utilizada como insumo representa parte das aquisições da empresa e (iii) que os créditos a serem compensados são superiores aos créditos cobrados no PAT. 2. Argumenta nulidade em razão da competência da autoridade que deferiu o pedido de prorrogação da DFE não ter competência, sendo o ato inválido, fundamenta no artigo 10 da IN 011/2008/GAB/CRE. 3. No mérito. Narra que os créditos utilizados são inerentes a produção e não a venda direta e que os créditos de venda do produto final argamassa não foram compensados (págs. 105 a 109).

Saneado o PAT, vieram-me os autos para julgamento.

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O sujeito passivo foi autuado por apropriar-se indevidamente de crédito de ICMS por escriturar documentos fiscais de entrada referente a aquisição de cimento, mercadoria sujeita a substituição tributária, sem que tenha estornado o crédito na EFD.

Na lavratura do auto de infração, o autor capitulou o ilícito no artigo 77, V, 1, artigo 31, §3.º e artigo 34, I, da Lei 688/96.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

V - infrações relacionadas ao crédito do ICMS:

a) multa de 90% (noventa por cento):

1. do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente, ressalvado o disposto nas alíneas "b" e "d" deste inciso; e

Art. 31. Para a compensação a que se refere o artigo 30, é assegurado ao sujeito passivo o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo imobilizado, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no artigo 33.

§ 3º. É vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento ou prestação de serviços a ele feita:

I - para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto se tratar de saída para o exterior;

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

Art. 34. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

2.1 – Análise dos autos.

2.2 – Do desrespeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.

O sujeito passivo aponta desrespeito ao contraditório e ampla defesa, previstos no artigo 5.º, LV, da CF. Narra que: (i) não teve

oportunidade de demonstrar que fórmula de cálculo utilizada pelo autor estaria em desacordo com a realidade, por deixar de considerar a venda dos produtos fabricados e a quantidade de cimento utilizado na produção, (ii) que a quantidade de cimento utilizada como insumo representa parte das aquisições da empresa e (iii) que os créditos a serem compensados são superiores aos créditos cobrados no PAT.

Da análise.

O sujeito passivo foi intimado para realizar a autorregularização das pendências apuradas no presente auto de infração na data de 12/01/2022, conforme Notificação n.º 12933514, nas folhas 5 a 10.

Logo, temos entre a primeira notificação para autorregularização (12/01/2022) e a interposição do Recurso Voluntário (22/07/2022), o decurso do período de mais de 7 (sete) meses.

Assim sendo, não há que se falar que não houve a oportunidade de demonstrar erro na fórmula do cálculo apurado pelo autor do feito.

Cumprido destacar que, o sujeito passivo antes apresentação de Defesa, em primeira instância, requereu dilação de prazo, páginas 61 e 62, que foi concedida pelo r. Presidente deste Tribunal Administrativo, conforme consta na página 67.

Importante delinear, acerca da alegação do sujeito passivo quanto ao crédito para compensação que aduz possuir. O sujeito passivo deveria ter procedido com a compensação do crédito tributário antes da lavratura do auto de infração.

A compensação, qual o sujeito passivo, se detentor dos alegados créditos, poderia ter utilizado, está prevista no artigo 20, Anexo VI, do RICMS/RO.

Art. 20. O contribuinte que tiver recebido mercadoria ou serviço com o imposto retido anteriormente por substituição tributária, ou no caso do imposto ter sido calculado por antecipação com encerramento da fase, poderá ressarcir-se do valor do imposto retido ou de parte deste nas seguintes situações:

I – quando o fato gerador presumido não ocorrer;

II – quando promover saída destinada a outro Estado;

III – quando a saída da mercadoria for amparada por isenção ou não incidência.

Neste aspecto, a par de todo o exposto, compreendo que não houve nos autos cerceamento aos direitos do contraditório e ampla defesa, o sujeito passivo foi devidamente intimado de todos atos processuais e apresentou tempestivamente tanto sua Defesa Administrativa quanto o Recurso Voluntário, garantido em todo o PAT a sua participação e direito à livre manifestação.

Portanto, teses não providas.

2.3 – Da nulidade do auto de infração.

O sujeito passivo pleiteia a nulidade do AI, argumenta que o pedido de prorrogação de prazo da DFE foi deferido por autoridade não competente, sendo o ato portanto, inválido, fundamenta no artigo 10 da IN 011/2008/GAB/CRE.

Da análise.

Consultando o documento “Solicitação de Prorrogação de DFE”, constante nas páginas 16 e 17, verifico a existência de duas assinaturas, que autorizam a prorrogação do prazo da DFE.

A legislação, artigo 18, §2.º, Anexo XII, do RICMS/RO, determina que a ação fiscalizadora, ora DFE, pode ser prorrogada a primeira vez pelo Delegado Regional e mais duas vezes, a critério da GEFIS, mediante justificativa, *ipsis litteris*:

Art. 18. Considera-se iniciado o procedimento fiscal, para efeito de excluir a espontaneidade da iniciativa do sujeito passivo: (Lei 688/96, art. 94) (CTN, art. 138, parágrafo único)

§ 2º. A ação fiscalizadora deverá ser concluída em até 60 (sessenta) dias, prorrogável uma vez por igual período pelo Delegado Regional da Receita Estadual de circunscrição do AFTE fiscalizador, e mais duas vezes pelo mesmo prazo, a critério da GEFIS, mediante justificativa ao AFTE que presidir a ação fiscal e concordância do Delegado Regional da Receita Estadual respectiva. (Lei 688/96, art. 94, § 2º)

Da análise detida do documento "Solicitação de Prorrogação de DFE", verifico que é o 1.º e único pedido de prorrogação da DFE nos autos, é correta a aplicação do trecho da legislação supra: "*prorrogável uma vez por igual período pelo Delegado Regional da Receita Estadual de circunscrição do AFTE fiscalizador*".

Sendo assim, considerando que o documento foi devidamente assinado, pelo Delegado da DRRE/Cacoal (lado esquerdo) e pelo Auditor Fiscal (lado direito), e ainda, que o pedido está devidamente justificado, não observo razão para a declaração de sua nulidade.

Tese de nulidade não acolhida.

2.4 – Do mérito.

Narra que os créditos utilizados são inerentes a produção e não da venda direta e que os créditos de venda do produto final argamassa não foram compensados.

Da análise.

Não se pode olvidar que a Administração Pública tem sua função vinculada, devendo agir de ofício, não pode por mera liberalidade postergar sem fundamentos legais, a realização da atividade

fiscalizadora. Está esculpido na Constituição Federal que a Administração Pública reger-se-á pela eficiência.

O sujeito passivo por sua vez, sequer apresentou nos autos deste PAT comprovação de que produzia provas capazes de ilidir o auto de infração, e também, não requereu nova dilação de prazo ante a aproximação do prazo para apresentação do Recurso Voluntário.

O sujeito passivo, para comprovar o alegado, poderia ter juntado nos autos o livro RECOPE, desde o momento em que foi intimado para autorregularização, reprimindo a persecução da fiscalização.

Necessário destacar que o livro RECOPE é obrigação prevista em Lei, podendo a sua ausência também ser objeto de auto de infração, o artigo 56, do Anexo XIII, do RICMS/RO.

Art. 56. Os contribuintes e as pessoas obrigadas à inscrição deverão manter, em cada um de seus estabelecimentos, os seguintes livros fiscais, de conformidade com as operações e prestações que realizarem: (Convênio SINIEF S/N. de 15/12/70, art. 63)

III - Registro de Controle da Produção e do Estoque (RECOPE), modelo 3;

Nesta toada, compreendo que o sujeito passivo não se desincumbiu de seu ônus probatório para comprovar a alegação de que os créditos utilizados são da produção e não da venda direta.

Logo, tese não acatada.

Diante o exposto, voto no seguinte teor.

3.0 CONCLUSÃO DO VOTO

Nos termos do artigo 78, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto n.º 9.157, de 24 de julho de 2000, por tudo que consta nos autos, conheço do Recurso Voluntário interposto, para ao final negar-lhe provimento, mantendo a

Decisão de Primeira Instância que **JULGOU PROCEDENTE** ação fiscal, assim, declaro **DEVIDO** o crédito tributário no valor total de R\$899.347,18.

É como voto.


Porto Velho/RO, 23 de agosto de 2023.
DYEGO ALVES DE MELO
Relator/Julgador

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

PROCESSO: 20222700300013
RECURSO: VOLUNTÁRIO E-PAT N.º 012.360
RECORRENTE: IND. E COM. DE ARGAMASSA ARGAMAZON EIRELI
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : N.º 466/22/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO N.º. 0233/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS/MULTA – APROPRIAR INDEVIDAMENTE DE CRÉDITO ICMS NA AQUISIÇÃO DE CIMENTO – MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – OCORRÊNCIA - Provado nos autos que a empresa se utilizou de crédito referente a mercadoria sujeita à substituição tributária (não destinada a processo produtivo). Ausência de Livro RECOPE nos autos, não comprovado que os créditos utilizados são oriundos da produção. Infração Não Ilidida. Auto de Infração Procedente. Recurso Voluntário desprovido. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer do Recurso Voluntário interposto para negar-lhe provimento, mantendo a Decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** a ação fiscal, conforme Voto do Julgador Relator Dyego Alves de Melo acompanhado pelos julgadores: Leonardo Martins Gorayeb, Reinaldo do Nascimento Silva e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL/PROCEDENTE

DATA DO LANÇAMENTO 15/03/2022: R\$ 899.347,18

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

TATE, Sala de Sessões, 23 de agosto de 2023.


Anderson Aparecido Arnaut
Presidente


Dyego Alves de Melo
Julgador/Relator