



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: *INDUSTRIA E COMERCIO DE ARGAMASSA ARGAMAZON EIRELI*
ENDEREÇO: *Avenida Luiz Maziero , 4051 - Jardim América - Vilhena/RO - CEP: 76980-726*
PAT Nº: *20222700300013*
DATA DA AUTUAÇÃO: *15/03/2022*
CAD/CNPJ: *04.822.307/0001-29*
CAD/ICMS: *00000001081888*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2022/1/417/TATE/SEFIN

1. Apropriar-se de crédito fiscal indevidamente. 2. Com defesa. 3. Infração não ilidida. 4. Auto de infração procedente.

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo acima qualificado foi autuado, pois, no período de 01/01/2017 a 31/12/2017, apropriou-se indevidamente de crédito de ICMS ao escriturar documentos fiscais de entrada referentes à aquisição de mercadorias (cimento) sujeitas a substituição tributária (Protocolo ICMS 11/85), porém, o mesmo não estornou os créditos de ICMS na EDF, sendo verificado que apesar do contribuinte ter escriturado as NF-es de entrada no CFOP 2101, a maior parte das mesmas foram destinadas a comercialização, conforme demonstrativo anexo. O sujeito passivo foi notificado previamente para se auto regularizar via DET 12933514 (ciência em 12/01/2022, 10:08), tendo apresentado contestação de que a mercadoria foi destinada a industrialização. Valor nominal do ICMS apropriado indevidamente R\$ 290.832,05. Em anexo foram juntados o Demonstrativo de Cálculos e Demonstrativo de ICMS apropriado indevidamente, DFE, Termo de Início, Notificações, Mídia óptica e outros.

Para a capitulação legal da infração foi indicado o art. 77-V-a, art. 31-§ 3º e art. 34-I da Lei 688/96, e para a multa o art. 77-V-a-1 da Lei 688/96.

O crédito tributário, à época da lavratura, tem a seguinte composição:

TRIBUTOS ICMS	R\$ 290.832,06
MULTA	R\$ 411.348,14
JUROS	R\$ 30.945,46
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 166.221,52
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 899.347,18

O sujeito passivo foi regularmente notificado da autuação via DET (Notificação 13121596, art. 59-C da Lei 688/96) em 22.03.2022, e apresentou defesa tempestiva em anexo.

2 – ARGUIÇÕES DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Em sua defesa o sujeito passivo trouxe, inicialmente, questão preliminar de suposta nulidade do auto de infração, sob a alegação de descumprimento do art. 65-V da Lei 688/96, pois o pedido de prorrogação da DFE teria sido deferida por autoridade incompetente, contrariando o art. 10 da IN 011/2008/GAB/CRE, ou seja, tal prorrogação não poderia ter sido feita pelo Delegado da 4ª DRRE de Cacoal, como ocorreu, mas somente pela autoridade outorgante competente, no caso o Gerente de Fiscalização, como previsto no citado artigo (o que tornaria inválida a DFE e os atos praticados pela Douta Auditora autuante), trazendo à baila a Apelação e Reexame Necessário nº 70011258761, Quarta Câmara Cível, Tribunal de justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 23/11/2005, decidindo pela nulidade absoluta de ato administrativo praticado por autoridade incompetente, além dos Ac. 267 e 122/20 e 086/21, todos da 1ª CÂMARA/TATE/SEFIN, com o entendimento de nulidade da ação fiscal por ausência de DFE.

Quanto ao mérito a defesa alegou que a fiscalização, supostamente, não teria considerado no auto de infração os créditos não compensados pela recorrente, relativos aos insumos adquiridos para produção, os quais possui também o ICMS/ST na venda, e que, conforme planilha em anexo, seriam superiores ao suposto ato infracional.

Que além da revenda de cimento CPIX, utiliza-o como insumo para fabricação de argamassa e outros produtos, cujo produto por ela fabricado, na venda também é tributado e sujeito ao ICMS-ST, portanto, além do crédito do ICMS próprio do insumo cimento CPIX utilizado na fabricação de argamassa, teria direito de creditar-se do ICMS-ST, o qual é pago na fonte pela indústria fornecedora, conforme se infere nas notas fiscais em anexo.

Que os créditos aproveitados foram os próprios de sua industrialização, e que a fiscalização não teria demonstrado que os créditos utilizados pela recorrente tenham sido aqueles de venda de cimento, sendo, assim, o auto de infração totalmente improcedente.

Que diante dos fatos, ainda que se considere procedente o auto de infração, o que não acredita, e apenas a título de argumentação, entende que se deve aplicar a compensação dos créditos da Recorrente não compensados, o que certamente iria demonstrar valor superior ao valor considerado pela Douta Auditora, não havendo, desse modo, qualquer incidência de infração ou recolhimento de exação que possa dar guarida à multa aplicada, trazendo o art. 37 da CF/88, c/c o art. 50-II-§1º da Lei 9784/99, enfatizando a motivação do ato administrativo, sob pena de nulidade, uma vez que não haveria nenhuma motivação por parte da Douta Auditora para desconsiderar o direito ao crédito da Recorrente, previsto no art. 40-II do RICMS-RO, sendo nulo o ato de lavratura do auto de infração.

Em vista do exposto, requereu seja anulado o presente auto de infração por descumprimento do art. 65-V da Lei 688/96, c/c o art. 10 da IN nº 011/2008/GAB/CRE e por falta de motivação para afastar o direito a crédito da recorrente, e no mérito seja julgado improcedente, visto que não fora considerado pela Auditora seu direito contido no art. 40-II do RICMS-RO, bem como não teria restado demonstrado que os créditos apropriados são de venda de cimento.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça básica, o sujeito passivo foi autuado por ter, no ano de 2017, se apropriado indevidamente de crédito de ICMS nas aquisições de cimento abrangidas pela substituição tributária (Protocolo ICMS 11/85), escriturando as NFes com crédito de ICMS e não estornando os aludidos créditos em sua EDF, sendo verificado que apesar do contribuinte ter escriturado as NF-es de entrada no CFOP 2101, a maior parte das mesmas foram destinadas a comercialização, conforme demonstrativo anexo.

Irresignado, a autuada pugnou inicialmente pela nulidade do auto de infração por entender que o Delegado da 4ª DRRE não tinha competência para prorrogar a DFE nº 20212500300016, bem como diante da inexistência de motivação da autuante para negar o direito ao crédito para

insumo pelas entradas de cimento CPlI, e no mérito, requereu a improcedência da autuação alegando que não foram considerados os créditos não compensados, relacionados aos insumos adquiridos para produção, os quais possui também o ICMS/ST na venda, e que, de acordo com sua planilha anexada, seriam superiores aos valores cobrados.

Pois bem, após analisar os fatos, as provas e a peça defensiva do sujeito passivo, verifico que o auto de infração lavrado em razão de apropriação de crédito fiscal indevida no período fiscalizado deve ser mantido, levando, assim, este Julgador, ao convencimento da procedência do mesmo, pelos fundamentos a seguir aduzidos.

De início, tem-se que a questão preliminar de nulidade suscitada de eventual incompetência do Delegado da 4ª DRRE para prorrogar a DFE nº 20212500300016, em desacordo com o art. 65-V da Lei 688/96), como já se decidiu em processo semelhante do mesmo contribuinte, é descabida, porquanto, passou despercebido pela Recorrente que, ao contrário do alegado, o Delegado tem, sim, competência para efetuar a questionada prorrogação, ao que se vê no art. 18-§2º do Anexo XII do novo RICMS-RO, *in verbis*, logo, não há que se falar em nulidade do auto de infração na hipótese aventada:

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)*

(...) (G.n.)

Quanto à questão de mérito do caso vertente aduzida pela defesa, que não teria sido considerado no auto de infração os créditos pelas entradas de cimento CPlI como insumos não compensados pela recorrente a que tem direito com base no art. 40-II do RICMS-RO, o que não se discute, contudo, antes da lavratura do auto de infração em 15.03.2022, com ciência em 22.03.2022 (Notificação nº 13121596), o sujeito passivo, conforme Relatório Circunstanciado que integra o auto de infração, foi notificado via DET (Notificação nº 12933514, com ciência em 12.01.2022) para que se auto regularizasse, ou seja, retificar os arquivos EFDs do período de 2017, recolhendo a diferença apurada, ou, discordando, apresentasse contestação da notificação, e ao fazê-la (sem qualquer força para fins de contestação efetiva), limitou-se a afirmar que os créditos apropriados decorriam unicamente de mercadorias destinadas à industrialização (cimento), e que a legislação destacada na notificação se aplicava a produtos adquiridos para comercialização, e que não era seu caso.

Deve-se ressaltar, ainda, que em face da Notificação nº 12933514 (oportunidade para retificar as irregularidades) não faz sentido nesta fase de julgamento o pedido de compensação com os supostos créditos citados pelo autuado a que tinha direito, tendo em vista que o momento próprio para tanto já transcorreu, e tinha como fundamento o art. 20 do Anexo VI do novo RICMS-RO (DO RESSARCIMENTO, quando o fato gerador presumido não ocorrer), sendo descabido qualquer pedido de compensação nos autos.

Em relação ao argumento de que o cimento foi utilizado como insumo na fabricação de argamassa, não há provas disso qualquer prova cabal, ao contrário, como a fiscalização não dispunha de informações a respeito de industrialização e consumo da matéria-prima “cimento” (não apresentou, sequer, o livro RECOPE com as informações do consumo da suposta industrialização), as planilhas elaboradas informam a quantidade de mercadorias adquiridas para “comercialização”, ainda que a escrituração indicasse industrialização”, sendo que para a apuração dos valores apropriados indevidamente, considerou-se os cálculos de aquisições e vendas mensais do “cimento 50kg”, aproveitando-se os dados das NFes de entrada e NFes de saídas, assim como os valores de ICMS apropriados em EFD, conforme fórmulas que constam às fls. 23 do citado Relatório Circunstanciado (Metodologia utilizada), do qual teve pleno acesso e conhecimento a recorrente, não havendo, por lógica decorrência, que se falar em ausência de demonstração, por parte da autuante, de que os créditos apropriados seriam de venda de cimento.

Portanto, correta a ação fiscal que apurou o crédito fiscal apropriado indevidamente no ano de 2017 (em desacordo com o art. 41-VII-§1º-3, c/c o art. 46-I, ambos do antigo RICMS-RO) quando o mesmo deveria ter sido estornado.

Dessa forma, vez que restou demonstrado que o sujeito passivo não se desincumbiu da acusação imposta, conheço da defesa, sem acolhimento dos seus termos, decidindo pela procedência do presente auto de infração.

4 - CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no art. 12, I, da Lei 912, de 12 de julho de 2000, no uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO PROCEDENTE** o auto de infração e DEVIDO o crédito tributário de R\$ 899.347,18, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário devido no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantido o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em dívida ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Porto Velho, 22/06/2022.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal, _____, Data: **22/06/2022**, às **2:8**.

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