

PROCESSO : 20232700400023 - EPAT 27.990
RECURSO : VOLUNTÁRIO 002/2024
RECORRENTE : CARAMORI COMERCIO E ALIMENTOS LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 099/2024/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O auto de infração foi lavrado, no dia 24/04/2023, em razão de o sujeito passivo, no período de 01/01/2019 a 31/12/2019, ter se apropriado indevidamente de créditos fiscais. Afirma a Autoridade fiscal que o contribuinte se utilizou de crédito tributário em desacordo a legislação tributária ao se creditar de ICMS decorrente da entrada de mercadorias destinadas ao ativo permanente em valores superiores aos empregados nas atividades fins do estabelecimento, isto é, em finalidade alheia as atividades do estabelecimento. Diante disso, foi cobrado ICMS e aplicada a multa cabível 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 pelo DET, com ciência em 26/04/2023, apresentou peça defensiva tempestivamente alegando, em preliminar, que a ação fiscal deve ser considerada nula por falta de clareza e liquidez do Auto de Infração e que não foi notificado e dado oportunidade para correção no prazo estabelecido pela lei. No mérito, alega que as mercadorias lançadas com aproveitamento de crédito devem ser consideradas como pertencentes ao ativo imobilizado da empresa, que pelo princípio da não cumulatividade o crédito de ICMS a que faz jus o contribuinte é o valor do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores. Diz ainda, que o § 2º do artigo 20, da Lei Complementar 87/96 presume que são alheios à atividade da empresa apenas os veículos de transporte pessoal e que os demais bens são inerentes à sua atividade e autorizam o crédito de ICMS nas operações de entradas. Ao final requer que lhe seja dada oportunidade de se autorregularizar, e que o auto de infração seja julgado improcedente.

Submetido a julgamento de 1ª Instância, o julgador singular após analisar os autos e a peça impugnativa, afastou a preliminar porque a empresa foi notificada para proceder a regularização de forma espontânea, o que não foi feito pela empresa, conforme consta do Relatório Fiscal, destacou que o sujeito passivo regularizou parte das pendências encontradas. No mérito considerou indevidos os créditos utilizados, porque esses créditos fiscais, são relativos aos bens, mercadorias e serviços são alheios à atividade da empresa e que não fazem parte da atividade-fim da empresa. Relatou que embora, os imóveis façam parte contábil do ativo permanente da empresa, os materiais adquiridos não se destinam à revenda e nem são utilizados direta ou indiretamente na industrialização ou comercialização da mercadoria. Acrescentou que

está pacificado nos tribunais superiores o entendimento de que os materiais aplicados na construção, reforma ou manutenção do local de funcionamento da empresa, não são passíveis de reconhecimento de crédito fiscal para compensação do imposto, por não serem relacionados à atividade fim da empresa, por fim, considerou que está configurada a infração – apropriação indevida de créditos fiscais e falta de pagamento de ICMS, decidindo pela procedência da ação fiscal.

A empresa foi notificada da decisão singular pelo DET, com ciência em 30/10/2023. Inconformada com a decisão, interpôs o Recurso Voluntário pugnando pela reforma da decisão singular com os mesmos argumentos da impugnação já feita, qual seja, de que por falta de clareza e liquidez o Auto de Infração é nulo, que inexistente previsão legal para anular o crédito ativo imobilizado. Alega, ainda, que o Decreto nº 22.721/18 - RICMS/RO, em seu art. 44, define o que consisteria como bem alheio à atividade, não excluindo imóveis utilizados como estabelecimento da empresa. Requereu, ao final, a improcedência do Auto de Infração.

Em 15/07/2024, o processo foi retirado de pauta em razão de a empresa ter protocolizado aditamento à defesa, em que alega que este Auto de infração tem o mesmo fato gerador e fundamentação legal do auto de infração nº 20232700400016, referente ao ano de 2019, requerendo a nulidade pela duplicidade de cobrança.

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 período de 01/01/2019 a 31/12/2019, ter se apropriado indevidamente de créditos fiscais, uma vez que se utilizou mercadorias usadas em construção civil que é considerada como finalidade alheia às atividades do estabelecimento.

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.

Dos autos consta que na apuração da Escrituração Fiscal Digital e CIAP - Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente do período auditado, a empresa se creditou da construção da área total de 29.198,96 m² sendo que o hipermercado (estabelecimento) utiliza da área 7.358,27 m², sendo o restante de outros empreendimentos de outros estabelecimentos de terceiros ressarcidos via aluguel.

Do que consta nos autos, restou comprovado que a empresa apropriou de créditos fiscais de materiais aplicados na obra de construção - na edificação do prédio do estabelecimento do contribuinte. A questão que se restou controvertida foi uma possível nulidade sobre a ausência de notificação para que a empresa procedesse a regularização da irregularidade encontradas, e se materiais utilizados na construção civil

dão direitos ao crédito ou se são considerados alheio a atividade da empresa como afirma a fiscalização.

A defesa alega que a Autoridade Fiscal não observou nenhum dos procedimentos indicados para o desenvolvimento dos trabalhos de Serviço e não respeitou os princípios que nortearam a sua edição, pois a fiscalização foi realizada em desacordo com o novo modelo de fiscalização implementado pela Sefin.

De fato, a Sefin inaugurou, no ano de 2019, um novo modelo de fiscalização, com incentivo à autorregularização, com a possibilidade do Fisco de orientar os contribuintes para que corrijam voluntariamente eventuais inconsistências em suas declarações. Tal modelo foi feito inicialmente, pelo Decreto 23.856/2019, com instituição do Sistema Fisconforme.

Em razão disso, como bem pontuou o julgador singular, que “o contribuinte foi notificado para proceder a regularização de forma espontânea, o que não foi feito pela empresa, conforme consta do Relatório Fiscal sobre o Monitoramento, inclusive o sujeito passivo regularizou parte das pendências encontradas, conforme consta nas folhas 18 do relatório. Além disso, foi oportunizado que apresentasse provas no Termo de início da fiscalização nº 20231100400007, Termo de Intimação nº 20232600400008 e Termo de Regularização enviados em 21/03/2023, e com ciência em 22/03/2023 através da notificação nº 13672115”. Ou seja, diferentemente do que alegou a empresa, ela foi notificada para proceder a autorregularização, razão pela qual mantém-se a rejeição da preliminar de nulidade suscitada.

Quanto à nulidade pela alegada ausência de liquidez e certeza do crédito tributário, cumpre esclarecer que o Auto de Infração foi feito com base da escrita fiscal da empresa – EFD/SPED, consta planilha demonstrando os valores e os produtos considerados como finalidade alheia as atividades do estabelecimento, logo, não existe nulidade sobre esse ponto. A questão é de mérito, e serão analisados se essas mercadorias geram, ou não, direito ao crédito.

Com relação aos materiais aplicados na obra de construção, apesar da tese da defesa de que são necessários para seu funcionamento, a construção de sua sede, e de que houve medição equivocada na área de uso pela empresa, consoante entendimento da jurisprudência, tais mercadorias não geram direito ao crédito por serem considerados alheias à atividade fim da empresa, foi o que entendeu o STJ no julgamento do Recurso Especial, REsp 860701 7 MG 2006/0047743-7

“não gera direito a crédito de ICMS a aquisição de materiais de construção utilizados na edificação da sede de um hipermercado, haja vista serem estas mercadorias alheias às atividades fins do contribuinte, o que encontra óbice expresso na LC/87/96. (...) Assim, incorporados os materiais de construção ao imóvel do apelante, perde-se a qualidade de mercadoria, o que desautoriza o pleiteado aproveitamento de

crédito de ICMS.” O Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Recurso Especial, REsp 860701 7 MG 2006/0047743-7

Nesse mesmo sentido também decidiu a 2ª Turma STJ no Agravo em Recurso Especial 1358361/RS:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ARTIGOS 489 E 1022, I e II, CPC/2015. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MATERIAIS ADQUIRIDOS. USO DESTINADO ÀS ATIVIDADES NÃO AFETAS AO ESTABELECIMENTO. DIREITO AO CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Ausência de violação dos artigos 1022, parágrafo único, incisos i e II, 489, §1º, I e IV do CPC, pois o acórdão recorrido, conforme trecho colacionado ao acórdão de origem, manifestou-se de forma expressa acerca dos pontos apontados como omissos.

2. Os valores de ICMS advindos dos materiais adquiridos para a construção do prédio onde funcionará o supermercado, por serem mercadorias alheias à finalidade da empresa, não podem ser objeto de creditamento, conforme permite o artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, em virtude da exceção prevista em seu parágrafo 1º. Precedentes. (AgRg no Ag 1.145.693 /RS, Relator Ministro Hamílton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 3/8/10)

3. Agravo interno não provido”

Do mesmo modo, no que se refere aos créditos provenientes das aquisições de produtos destinados ao ativo imobilizado, a Lei 688/1996 estabelece que não dão direito a crédito a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento (art. 31, § 1º)

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.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

É bem verdade que, na forma como alegada pela empresa, a obra de construção civil faz parte do ativo permanente da autuada, todavia, essa situação não autoriza o

aproveitamento do crédito correspondente aos materiais de construção nelas aplicadas, por não se sujeitarem à incidência do ICMS. Pois, em obediência ao princípio da não cumulatividade, aplica-se a regra geral de que o direito ao crédito é restrito à existência de débito do imposto sobre o qual possa compensar. Ou seja, não existindo débito, os créditos, por ventura existentes, devem ser anulados (art. 155, § 2º, II, 'b', da CF/88).

No que diz respeito à tese de duplicidade do lançamento o que levaria a nulidade do presente Auto de Infração, para esse ponto, cumpre esclarecer que, de fato, o auto de infração nº 20232700400016 indicado como tendo os mesmos fatos e os fundamentos jurídicos – aproveitamento de crédito decorrente de aquisição de mercadorias destinados a uso e consumo – que deram ensejo a este lançamento, se refere ao período de janeiro/2019 a maio/2021, logo, nele estão contidos os valores aqui lançados.

Todavia, em 09/04/2024, aquele auto de infração (20232700400016) foi julgado pela Segunda Câmara deste Tribunal, que por meio do ACÓRDÃO Nº 045/2024/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN decidiu pela parcial procedência, excluindo os valores lançados neste Auto de Infração, com isso, reduziu o crédito tributário originalmente lançado naquele auto, de R\$ 1.360.496,73 para o valor devido R\$ R\$ 818.959,09, conforme o trecho da Ementa que se reproduz: “Excluído o crédito tributário referente ao exercício de 2019, uma vez que o mesmo se encontra lançado no auto de infração 20232700400023, configurando bis in idem.”

Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade por duplicidade de lançamento, pois ela não se consolidou em lançamento definitivo, uma vez que o crédito tributário lançado neste Auto de Infração foi excluído do outro processo. No mérito, da análise realizada na escrita da empresa, ficou comprovada a apropriação indevida dos créditos fiscais, como também a falta de pagamento do imposto, pois materiais aplicados na construção de sua sede (construção civil) 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 procedência, mantendo a decisão singular que julgou procedente a ação fiscal, com o crédito tributário no valor de R\$ 526.963,23, devendo ser atualizado até a data do pagamento.

É como VOTO.

Porto Velho, 21 de outubro de 2024.

~~Amanda Ibiapina Alvarenga~~
AFTE Cad.
JULGADOR

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

PROCESSO : 20232700400023 - E-PAT 027.990
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 002/2023
RECORRENTE : CARAMORI COMÉRCIO E ALIMENTOS LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
REP. FISCAL : ROSILENE LOCKS GRECO

ACÓRDÃO Nº 0189/2024/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS/MULTA – APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL – MATERIAL USADO NA CONSTRUÇÃO CIVIL – OCORRÊNCIA - Restou provado nos autos que o sujeito passivo se apropriou de crédito fiscal referente a material utilizado na construção de sua sede (construção civil). Crédito fiscal indevido por serem considerados alheio a atividade da empresa. Afastada preliminar de nulidade por duplicidade no lançamento, porque o auto de infração nº 20232700400016, que continha os fatos deste lançamento, em 09/04/2024, foi julgado com o ACÓRDÃO Nº 045/2024/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN que decidiu pela parcial procedência, com a exclusão dos valores lançados neste Auto de Infração. Infração não ilidia. Mantida a decisão que julgou procedente o Auto de Infração. Recurso Voluntário desprovido. 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 interposto para no final negar-lhe provimento, mantendo a decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb e Reinaldo do Nascimento Silva.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: R\$ 526.963,23

DATA DO LANÇAMENTO 24/04/2023

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

TATE, Sala de Sessões, 21 de outubro de 2024.

Fabiano Emanuel F. Caetano
Presidente

Amarildo Ibiapina Alvarenga
Julgador/Relator