

ACÓRDÃO Nº: 094/2018
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 8.260
PROCESSO Nº: 2012/6040/501731
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2012/000961
RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE
TELECOMUNICAÇÕES LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.032.744-0
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS. MATERIAIS DE USO E CONSUMO. PROCEDÊNCIA EM PARTE. É procedente em parte a reclamação tributária que considera indevidos os aproveitamentos de créditos do ICMS sobre mercadorias destinadas ao uso e consumo e registradas como sendo para integrar o ativo permanente, conforme registros no livro “Controle de Crédito do ICMS – CIAP”.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constitui crédito tributário em desfavor do sujeito passivo qualificado na peça inaugural, decorrente de aproveitamento indevido do ICMS relativo à aquisição de mercadorias ao uso e consumo e ativo fixo.

Foram anexados aos autos levantamentos, livro de registro de apurados do ICMS e documentos auxiliares de notas fiscais (fls.05/146).

O contribuinte foi intimado do auto de infração por via postal (fls.148) apresentando impugnação, tempestivamente, com as seguintes alegações (fls.149/171):

Que não foi considerado que o crédito efetivamente aproveitado correspondia ao montante após aplicação do coeficiente de estorno; que desconsideraram a natureza das mercadorias adquiridas como ativo imobilizado, considerando-as como uso e consumo; que a tabela deixa claro o equívoco incorrido pelas autoridades fiscais; que existe caráter confiscatório da multa de 120%; que afronta diretamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; que o direito brasileiro rejeita o confisco, limitando o poder de tributar dos entes políticos e evitando a instituição de multa cujo crédito tributário respectivo seja excessivo.



Contencioso Administrativo-Tributário

Fez juntada de substabelecimento, identidade de advogado, procuração, diário oficial, atas de reuniões do conselho de administração e de assembleias gerais e ordinárias e extraordinária, estatuto social e livros de registros de apuração do ICMS e guia judicial (fls.172/317 e 345/346).

O processo é devolvido ao autor do procedimento (319/320 e 384) que lavrou termo de aditamento retificando o contexto, a base de cálculo, o valor originário e a infração descritos nos campos 4.1, 4.8, 4.11 e 4.13 do auto de infração e fez juntada do levantamento retificado (fls.644/673).

O contribuinte foi intimado dos termos aditivos por via postal (fls.678), apresentando manifestação com as mesmas alegações da impugnação e ainda (fls.679/710):

Que após a apresentação da defesa, as autoridades fiscais entenderam por reduzir o valor autuado original sem explicitar o que causou a redução, limitando-se a juntar as planilhas de fls. 644/673, o que dificulta sobremaneira a defesa por parte da impugnante.

O julgador de primeira instância, em sentença às folhas 454/458, aduz que:

A causa da redução foi exatamente a primeira impugnação apresentada que apontava falhas na elaboração do levantamento original e que foi observada e atendida pelo auditor fiscal; que a multa e o percentual aplicados estão previstos na legislação tributária estadual, não se tratando de confisco; que o Contencioso Administrativo tributário de primeira instancia não tem competência para decidir e julgar matéria constitucional;

Ante o exposto, conhece da impugnação apresentada, nega-lhe provimento e julga PROCEDENTE o auto de infração nº 2012/000961, CONDENANDO o sujeito passivo ao pagamento do CRÉDITO TRIBUTÁRIO conforme valore indicado no campo abaixo:

Campo 4.11 – Termo de aditamento 017/2013 (fls.641/643) no valor de R\$ 75.894,00 (setenta e cinco mil, oitocentos e noventa e quatro reais) com a penalidade do campo 4.15, mais acréscimos legais.

Intimado a se manifestar, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário (717/745), tempestivamente, com os mesmos argumentos feitos em sede de impugnação, enfatizando que a julgadora singular deixou de apreciar a preliminar de nulidade da autuação arguida em virtude de nítido cerceamento do seu direito de defesa, por não demonstrar quais itens que teriam gerado o valor remanescente autuado, após, termo de aditamento.



Contencioso Administrativo-Tributário

A Representação Fazendária, em parecer às fls. 747/748, pede que seja mantida a decisão de primeira instancia, proferida pela Julgadora Singular, que julgou pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

Em sessão plenária realizada no dia 17.06.2016 decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade converter o julgamento em diligencia, a pedido do Conselheiro Relator, para que o autuante faça juntada de cópias das notas fiscais por amostragem de aquisição do ativo permanente e memória de cálculo de apuração do ICMS.

Instado a se manifestar, o sujeito passivo em manifestação às fls.558/559 aduz que o crédito tributário não pode subsistir, já que o creditamento do ICMS foi realizado nos moldes do Regulamento de ICMS do estado do Rio de Janeiro, situação permitida pelo art.259, Decreto Estadual n. 2.912/06.

Fez juntada de cópia das notas fiscais por amostragem de aquisição de bens para seu ativo permanente, memória de cálculo mantida pela recorrente relativamente ao calculo do coeficiente de apropriação de créditos de ICMS do CIAP, de modo a comprovar a regularidade dos créditos tomados pela empresa durante o período atuado (fls. 560/781).

O autuante, em cumprimento ao despacho n. 083/2016, apresentou manifestação onde demonstra novos valores apropriados indevidamente (fls.782/790).

A Representação Fazendária, em parecer às fls. 798/800, pede que seja mantida a decisão de primeira instancia, proferida pela Julgadora Singular, que julgou pela PROCEDENCIA do auto de infração.

Em seguida o processo foi remetido ao Contencioso Administrativo Tributário para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A presente lide refere-se a aproveitamento indevido do ICMS relativo à aquisição de mercadorias para uso e consumo classificado indevidamente como ativo fixo.

O autor do procedimento faz termo de aditamento retificando o contexto, descritos nos campos 4.1, 5.1 e 6.1 do auto de infração.



Contencioso Administrativo-Tributário

Verifica-se que, em parte, razão assiste ao julgador a quo, uma vez que, para o legítimo aproveitamento de crédito de ICMS decorrente das entradas de mercadorias destinadas ao ativo permanente, o contribuinte é obrigado a cumprir a legislação tributária, seja da unidade federada da matriz ou do Tocantins.

Nos livros apresentados e denominados de CIAP não foram realizados todos os registros obrigatórios e os ajustes que definem o valor do ICMS a ser apropriado e escriturado no livro de registro de apuração do ICMS. Não há como analisar as informações dos referidos livros, pois estão incompletos.

Por fim, não apresentou no CIAP a forma como foi apurado o valor do crédito do ICMS apropriado e escriturado no item 006 – Outros créditos do livro de registro de apuração do ICMS.

A Autuada não trouxe aos autos nenhum elemento onde poderia ser comprovado que não houve o aproveitamento indevido do ICMS.

Referida pretensa fiscal encontra respaldo nos arts. 34, inciso I e 45, inciso XVIII da Lei 1.287/01, *in verbis*:

Art. 34. Na aplicação do art. 31 observar-se-á o seguinte:

I – somente dão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1o de janeiro de 2020.

Art. 45. É vedado ao contribuinte e ao responsável:

XVIII – aproveitar créditos do imposto em desacordo com a legislação tributária;

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins já analisou matérias análogas e assim decidiu:

ACÓRDÃO Nº 097/2012 EMENTA : ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE - Legítimo o estorno dos créditos aproveitados na totalidade quando as aquisições são destinadas ao uso e consumo, bem como, quando não aproveitados na proporção mensal de 1/48 em relação aos bens destinados ao ativo permanente e não escriturados no Controle do ICMS Ativo Permanente - CIAP, conforme estabelecido em lei.

ACÓRDÃO Nº 081/2016 EMENTA : ICMS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DO ICMS SOBRE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. PROCEDÊNCIA. São procedentes os créditos tributários reclamados por considerar indevidos os aproveitamentos de créditos do ICMS sobre mercadorias destinadas ao uso e consumo e registradas



Contencioso Administrativo-Tributário

como sendo para integrar o ativo permanente, conforme registros no livro Controle de Crédito do ICMS - CIAP.

No que tange à multa e o percentual aplicados, estão previstos na legislação tributária estadual, não se tratando de confisco. Ademais o Contencioso Administrativo tributário de primeira instancia não tem competência para decidir e julgar matéria constitucional.

Porém podemos verificar que houve erro nos cálculos do levantamento de fls. 769/781, onde traz informações dos valores totais das saídas e saídas tributadas e exportação. O correto seria estabelecer que a apropriação do crédito é devida na proporção das saídas tributadas todas com exportação. Para tanto elaboramos o cálculo do aproveitamento devido do crédito do ICMS, conforme tabela:

ANO	TOTAL SAIDAS	SAIDAS TRIBUTADAS EXPORTAÇÃO	PERCENTUAL SAÍDAS TRIBUTADAS	VALOR CREDITO APROPRIADO	VALOR A APROPRIAR	VALOR APROPRIAÇÃO A MAIOR
2008	46.433.684,37	45.044.540,81	97%	428.371,73	415.520,57	12.850,55
2009	47.898.276,21	46.526.193,94	97.14%	494.948,16	480.792,64	14.155,51
2010	51.064.476,78	48.610.550,02	95.19%	504.324,01	480.066,02	24.257,99

Por todo o exposto, tem-se que está caracterizada a procedência em parte do presente auto de infração.

Portanto, à luz dos elementos fáticos e jurídicos acima delineados, decido pela reforma da decisão de primeira instancia, e julgo PROCEDENTE EM PARTE o auto de infração nº 2012/000961, conforme valores indicados nos campos abaixo:

Campo 4.11 – CONDENAR no valor de R\$ 12.850,55 (doze mil, oitocentos e cinquenta reais e cinquenta e cinco centavos) e ABSOLVER no valor de R\$ 415.521,18 (quatrocentos e quinze mil, quinhentos e vinte e um reais e dezoito centavos) conforme tabela acima, mais acréscimos legais.

Campo 5.11 – CONDENAR no valor de R\$ 14.155,51 (quatorze mil, cento e cinquenta e cinco reais e cinquenta e um centavos) e ABSOLVER no valor de R\$ 480.792,65 (quatrocentos e oitenta mil, setecentos e noventa e dois reais e sessenta e cinco centavos) conforme tabela acima, mais acréscimos legais.

Campo 6.11 – CONDENAR no valor de R\$ 24.257,98 (vinte e quatro mil, duzentos e cinquenta e sete reais e noventa e oito centavos) e ABSOLVER no valor de R\$ 480.066,03 (quatrocentos e oitenta mil, sessenta e seis reais e três centavos) conforme tabela acima, mais acréscimos legais.



É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, rejeitar o pedido de diligência arguida pela Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento parcial para, reformando a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte as reclamações tributárias constante do auto de infração de nº 2012/000961 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 12.850,55 (doze mil, oitocentos e cinquenta reais e cinquenta e cinco centavos), referente parte do campo 4.11, R\$ 14.155,51 (quatorze mil, cento e cinquenta e cinco reais e cinquenta e um centavos), referente parte do campo 5.11 e R\$ 24.257,98 (vinte e quatro mil, duzentos e cinquenta e sete reais e noventa e oito centavos), referente parte do campo 6.11, mais os acréscimos legais, e absolver do valor de R\$ 415.521,18 (quatrocentos e quinze mil, quinhentos e vinte e um reais e dezoito centavos), referente parte do campo 4.11, R\$ 480.792,65 (quatrocentos e oitenta mil, setecentos e noventa e dois reais e sessenta e cinco centavos), referente parte do campo 5.11 e R\$ 480.066,03 (quatrocentos e oitenta mil, sessenta e seis reais e três centavos), referente parte do campo 6.11. Os senhores William Wagner da Luz e Rui José Diel fizeram sustentação oral pela Recorrente e Fazenda Pública, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Kellen C. Soares Pedreira do Vale, Paulo Robério Aguiar de Andrade, Josimar Júnior de Oliveira Pereira, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante e Juscelino de Oliveira Cesar. Presidiu a sessão de julgamento aos cinco dias do mês de fevereiro de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos quinze dias do mês maio de 2018.

Suzano Lino Marques
Presidente

Kellen C. Soares Pedreira do Vale
Conselheira Relatora

