



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	193/2020
PROCESSO Nº:	2017/6750/500071
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.799
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2017/001399
RECORRENTE:	MAURO FERREIRA DE FREITAS
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.373.701-0
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO INDEVIDO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE – É nula a reclamação tributária quando constatado equívoco no levantamento, conforme disposto no art. 28, inciso IV da Lei nº 1.288/2001.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à ICMS decorrente de aproveitamentos indevidos de créditos de ICMS originários de aquisições de outros Estados de bens para integrar o ativo fixo, aquisições de produtos adquiridos para uso próprio ou consumo do estabelecimento e aquisições destinadas a estabelecimento diverso no exercício de 2014, totalizando o valor de R\$ 67.013,59, conforme auto de infração (fls. 02/05).

Foram anexados ao presente processo o levantamento básico do ICMS, demonstrativo dos créditos tributários, procuração, DANFES, BIC, Registro de Entradas, Apuração do ICMS e CIAP (fls. 06/89).

A autuada foi intimada por ciência direta e apresentou impugnação acompanhada de documentos e o processo é remetido para julgamento (fls. 90/172).

A julgadora de primeira instância, em sua sentença às fls. 173/180, nos fundamentos de fato e de direito assim se pronunciou:





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Todos os requisitos mínimos e necessários, previstos no art. 35 da Lei nº 1.288/01, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/11 devem ser observados na lavratura do auto de infração.

A impugnação é tempestiva e foi apresentada pelo próprio sujeito passivo, nos termos do *caput* do art. 20 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11.

Os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26 da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.598/12.

O autuante identificado no campo 10 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário.

A presente lide é referente à ICMS decorrente de aproveitamentos indevidos de créditos de ICMS originários de aquisições de outros Estados de bens para integrar o ativo fixo, aquisições de produtos adquiridos para uso próprio ou consumo do estabelecimento e aquisições destinadas a estabelecimento diverso no exercício de 2014, totalizando o valor de R\$ 67.013,59, conforme auto de infração (fls. 02/05).

A pretensão fiscal do campo 4.1 está tipificada e fundamentada no inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.549/11, inciso XVIII, do art. 45 da Lei nº 1.287/01, com suas alterações e inciso I, do art. 34, da Lei nº 1.287/01 com redação dada pela LC nº 70/2011 e a penalidade sugerida é a prevista na alínea “e”, do inciso IV, do art. 48, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.253/09.

A pretensão fiscal do campo 5.1 está tipificada e fundamentada no inciso II, do art. 44, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.549/11 e inciso XVIII, do art. 45, da Lei nº 1.287/01, com suas alterações e a penalidade sugerida é a prevista na alínea “e”, do inciso IV, do art. 48, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.253/09.

As pretensões fiscais dos campos 6.1, 7.1, 8.1 e 9.1 estão tipificadas e fundamentadas no inciso II, do art. 44, inciso XVIII, do art. 45, incisos I a VII, do § 3º, do art. 31, todos da Lei nº 1.287/01, com suas alterações c/c itens 1 a 8, da alínea “a”, do art. 18, inciso III, do § 6º, do art. 498-C e alínea ‘a”, do inciso I, do art. 498-D, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 2.916/06, com suas alterações e a penalidade sugerida para as infrações é a prevista na alínea “e”, do inciso IV, do art. 48, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.253/09.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O sujeito passivo não argüiu preliminar de nulidade do auto de infração. Desta forma passo a análise do mérito deste contencioso.

Em suas razões de mérito o sujeito passivo argumenta que as notas fiscais são de aquisições de bens do ativo permanente e que a apropriação dos créditos não é indevida e se fundamenta no art. 18 da Lei nº 1.287/01. Com o que em parte não concordo. Explico: as aquisições dos bens destinados a integrar o ativo fixo do sujeito passivo ocorreram no ano de 2014, conforme as notas fiscais de aquisições (fls. 23, 24/26, 27/30, 31/32 e 34/38) e relacionadas no demonstrativo de crédito tributário (fls. 07/08) e conforme se observa do livro de registros de entradas (fls. 39/73), do livro de apuração do ICMS (fls. 73/85) e do Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP (fls. 86/88), todos juntados pelo autor do lançamento, o sujeito passivo não efetuou a apropriação dos créditos, conforme determina os incisos I a VII, todos do § 3º, do art. 31, da Lei nº 1.287/01, com suas alterações.

Por outro lado, embora o presente auto de infração foi lavrado em 01/08/2017 e os referidos créditos de ICMS originários notas fiscais de aquisições (fls. 23, 24/26, 27/30, 31/32 e 34/38) e relacionadas no demonstrativo de crédito tributário (fls. 07/08) foram creditados integralmente no exercício de 2014, conforme comprovam os Livros de Registros de Entradas (fls.39/73) e de Apuração do ICMS (fls. 73/85) e da data da lavratura do presente auto de infração até o limite do aproveitamento de crédito em um quarenta e oito avos, embora não tenha decorrido o prazo de 4 anos, o aproveitamento dos créditos integralmente concorreu para a apuração a menor do ICMS no período. Na verdade o estorno desses créditos equivale ao valor do ICMS apurado a menor no período em decorrência da inobservância das regras de aproveitamento dos créditos de ICMS.

Observo que a nota fiscal 61532 (fls. 33) relacionada no demonstrativo de crédito tributário (fls. 08) se refere a uma nota fiscal de entrada e não se trata de uma aquisição feita pelo sujeito passivo. Vê-se que esta foi emitida pelo próprio fornecedor para acobertar a devolução das mercadorias. Portanto esta nota fiscal deve ser excluída do levantamento fiscal (fls. 08). Porém, o sujeito passivo se creditou do ICMS destacado na referida nota fiscal registrando-a nos seus livros de registros de entrada e de apuração do ICMS (fls. 39/73 e 73/85) e em se tratando de outra infração deveria ser lavrado em auto de infração distinto para exigir o ICMS no valor de R\$ 59,96 aproveitado indevidamente pelo sujeito passivo.

Desta forma discordo em parte do sujeito passivo e considero correto o estorno efetuado pelo autor do lançamento somente em relação às notas fiscais de aquisições (fls. 23, 24/26, 27/30, 31/32 e 34/38), que totalizam o valor de R\$ 3.633,51.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O sujeito passivo alega que em relação às notas fiscais 51282, 51281 e 51274 (fls. 18/20) destinadas a outro estabelecimento ele pode se creditar e se fundamenta no art. 20 do Regulamento do ICMS e que apenas inobservou a necessidade do requerimento para a sua utilização. Com o que não concordo. Explico.

Ora, o direito ao crédito em observância ao princípio da não-cumulatividade, o sujeito passivo pode se creditar somente do ICMS incidente nas operações e prestações nas entradas de mercadorias ou bens destinadas ao seu estabelecimento, como definido nos artigos 30 e 31 da Lei nº 1.287/01:

Além disso, os créditos aproveitados pelo sujeito passivo neste caso, não se refere a saldo credor, conforme ele se fundamenta no art. 20 do Regulamento do ICMS e sim de ICMS destacado nas notas fiscais 51282, 51281 e 51274 (fls. 18/20) destinadas a outro estabelecimento e mesmo que se referisse ao aproveitamento nos termos do art. 20 do Regulamento do ICMS, a Lei nº 1.287/01 no art. 29 estabelece que as regras devem estar previstas no Regulamento, assim como estão previstas no seu art. 21.

Desta forma, se observarmos de fato o sujeito passivo escriturou notas fiscais 51282, 51281 e 51274 (fls. 18/20) relacionadas no levantamento fiscal (fls. 07/08) e se aproveitou do ICMS destacado nos referidos documentos, conforme Livro de Registro de Entrada (fls. 70) e livro de apuração do ICMS (fls. 73/85), o que não é permitido. Portanto é correto, o estorno efetuado pelo autor do lançamento.

Alega também que algumas das notas fiscais consideradas como aquisições para uso e consumo não se referem a mercadorias para uso e consumo e foram adquiridas para integrar o ativo, pois se referem a materiais para construção. O sujeito passivo além de não ter razão, se quer cita quais as notas fiscais que foram consideradas pelo autor do lançamento como materiais para consumo e que na verdade são bens para integrar o seu ativo. Observado as notas fiscais 10740, 75159, 78262, 57304, 2361, 3526, 24150 e 25748 (fls. 10/17) e relacionadas no demonstrativo (fls. 07) não há dúvida que os produtos adquiridos são para uso do próprio estabelecimento e pela natureza e durabilidade não se enquadram como bens para integrar o ativo.

Desta forma, é correto dizer que o sujeito passivo não observou o mandamento previsto no inciso I, do art. 34 da Lei 1.287/01, com suas alterações.

Ora, o referido dispositivo legal é bastante claro e não permitia o creditamento do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições de mercadorias para uso próprio ou consumo e se observarmos o sujeito passivo escriturou todas as notas fiscais 10740, 75159, 78262, 57304, 2361, 3526, 24150 e 25748 (fls. 10/17) e





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

relacionadas no demonstrativo (fls. 07) nos livros de apuração do ICMS e registros de entradas (fls. 73/85 e 39/72) aproveitando-se do ICMS neles destacados. Portanto é correto o estorno dos referidos créditos efetuados pelo autor do lançamento, vez que o mesmo não observou as regras previstas na legislação tributária.

Além disso, o inciso XVIII, do art. 45 da Lei nº 1.287/01 é taxativo e diz claramente que é vedado ao contribuinte e ao responsável aproveitar créditos do imposto em desacordo com a legislação tributária.

Sendo assim, concluo que a razão em parte assiste ao sujeito passivo e que o mesmo infringiu as disposições no inciso II, do art. 44, inciso XVIII, do art. 45, incisos I a VII, do § 3º, do art. 31, todos da Lei nº 1.287/01, com suas alterações c/c itens 1 a 8, da alínea "a", do art. 18, inciso III, do § 6º, do art. 498-C e alínea "a", do inciso I, do art. 498-D, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 2.916/06, com suas alterações, bem como, também infringiu o disposto no inciso I, do art. 34, da Lei nº 1.287/01 com redação dada pela LC nº 70/2011 e deve ser penalizado nos termos da alínea "e", do inciso IV, do art. 48, da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.253/09.

Conheceu da impugnação, deu-lhe provimento parcial e julgou PROCEDENTE EM PARTE auto de infração nº 2017/001399, CONDENANDO o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de: R\$ 198,01 (cento e noventa e oito reais e um centavo), referente ao campo 4.11 do auto de infração, com a penalidade do campo 4.15 do auto de infração, mais os acréscimos legais; R\$ 6.313,07 (seis mil trezentos e treze reais e sete centavos), referente ao campo 5.11 do auto de infração, com a penalidade do campo 5.15 do auto de infração, mais os acréscimos legais; R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais), referente ao campo 6.11 do auto de infração, com a penalidade do campo 6.15 do auto de infração, mais os acréscimos legais; R\$ 12.043,81 (doze mil e quarenta e três reais e oitenta e um centavos), referente ao campo 7.11 do auto de infração, com a penalidade do campo 7.15 do auto de infração, mais os acréscimos legais; R\$ 43.465,23 (quarenta e três mil quatrocentos e sessenta e cinco reais e vinte e três centavos), referente ao campo 8.11 do auto de infração, com a penalidade do campo 8.15 do auto de infração, mais os acréscimos legais; R\$ 3.633,51 (três mil seiscentos e trinta e três reais e cinquenta e um centavos), referente à parte do campo 9.11 do auto de infração, com a penalidade do campo 9.15 do auto de infração, mais os acréscimos legais e, ABSOLVENDO o sujeito passivo do pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 59,96 (cinquenta e nove reais e noventa e seis centavos), referente à parte do campo 9.11 do auto de infração.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Inconformado com a decisão de primeira instância, o sujeito passivo, em recurso voluntário às páginas 190/192, pleiteando a nulidade da sentença (fls 173/180), reiterando que não se consumou o aproveitamento dos créditos tributários pelo fato de estar em todo o período com saldo credor de ICMS, que o direito de compensar os créditos tributários está amparado nos art. 30,31 e 18 da Lei 1.287/2001.

A Representação Fazendária, em seu parecer às fls. 209/211, em recurso voluntário, considerou que, a constituição do crédito tributário revestiu-se de todas as formalidades legais estabelecidas em lei, com as cominações e penalidades devidas e recomenda a confirmação da sentença de primeira instância.

É o Relatório.

VOTO

A presente lide é referente à ICMS decorrente de aproveitamentos indevidos de créditos de ICMS originários de aquisições de outros Estados de bens para integrar o ativo fixo e produtos adquiridos para uso próprio ou consumo do estabelecimento no exercício de 2014, totalizando o valor de R\$ 67.013,59, conforme auto de infração (fls. 02/05).

Observa-se inicialmente que, o autuante, não analisou detalhadamente o Livro de Apuração do ICMS, para concluir que o sujeito passivo possui significativo saldo credor de ICMS, no início, durante e ao final do exercício, o que lhe permitiria glosar algum possível crédito indevido, mandando o sujeito passivo proceder o estorno, conforme preparado na planilha à fls. 07/08, abatendo do saldo credor, o que é amparado pelos art. 30 e 31 da Lei 1.287/2001:

Art. 30. O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas operações anteriores por este ou por outro Estado.

Art. 31. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

[...]

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá considerar-se que: (grifo nosso)

I – a apropriação será realizada à razão de quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento; (grifo nosso)

A carência de melhor análise pelo autuante, da documentação que foi apresentada não lhe permitiu constatar que, sobre bens do ativo permanente, poderia apropriar proporcionalmente tantos 1/48 avos, entre o tempo de aquisição e da data do auto de infração, bem como deixou de considerar a utilização de insumos de produção da empresa ora autuada ou bens de uso e consumo permitidos pela legislação já citada.

Tais fatos caracterizam erro na determinação da infração e a conseqüente nulidade da infração descrita no campo 4.11, 5.11, 6.11, 7.11, 8.11 e 9.11, conforme preceitua o art. 28, inciso IV da Lei 1.288/2001.

Art. 28. É nulo o ato praticado:

[...];

IV – com erro na determinação da infração

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário, dou-lhe provimento e, em preliminar de nulidade por erro na determinação da infração por mim analisada, reformo a decisão de primeira instância e julgo nulo o auto de infração 2017/001399.

É como voto.

DECISÃO





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e por maioria, dar-lhe provimento, para acolher a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração, arguida pelo conselheiro relator, e reformar a decisão de primeira instância para julgar nulo o auto de infração. Voto divergente da conselheira Elena Peres Pimentel. O Advogado João Gabriel Spicker e o Representante Fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade fizeram sustentações orais pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. O representante fazendário manifestou favorável à nulidade do lançamento e solicitou que os autos retornem para refazimento. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal e Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya, Edson José Ferraz e Elena Peres Pimentel. Presidiu a sessão de julgamento aos doze dias do mês de novembro de 2020, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO VIRTUAL DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos nove dias do mês de dezembro de 2020.

Sani Jair Garay Naimayer
Conselheiro Relator

Luiz Carlos Da Silva Leal
Presidente em exercício

