



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº: 259 /2019 79ª SESSÃO ORDINÁRIA - 12.11.2019 – 08:30h
PROCESSO Nº: 1/889/2012 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 201200894-3
RECORRENTE: VIVO S A
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
CONSELHEIRA RELATORA: ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. Contribuinte registrou e aproveitou crédito indevido de ICMS proveniente de operações de entrada de bens ou mercadorias para o ativo permanente do estabelecimento, em desacordo com o art. 60, § 3º do Dec. 24.569/97 e art. 20, § 5º, I, II e III da LC 87/96. Inconsistências detectadas no cálculo do CIAP. Defesa tempestiva. Realização de perícia para exclusão de CFOPs que não se inserem no campo de incidência do ICMS. Preliminares de nulidade afastadas. Modificada a decisão de 1ª Instância para a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, adotando os valores constantes no Laudo Pericial de fls 276/279. Penalidade prevista no art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96. Decisão unânime e em conformidade com o entendimento do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS CHAVES: CRÉDITO INDEVIDO. ATIVO IMOBILIZADO. CÁLCULO CIAP. PROCEDÊNCIA. UNANIMIDADE.

RELATÓRIO:

O presente processo trata da acusação de falta de recolhimento do ICMS relativo à entradas de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa. A peça de autuação traz o seguinte relato:

"LANÇAR CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS, PROVENIENTE DE OPERAÇÃO DE ENTRADA DE BEM OU MERCADORIA PARA O ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. O CONTRIBUINTE REGISTROU E APROVEITOU INDEVIDAMENTE NO ANO DE 2009 CRÉDITOS DE ICMS NO TOTAL DE R\$ 858.425,39, DECORRENTES DE ENTRADAS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA."

O agente autuante aponta como artigos infringidos os arts. 60, IX, a, do Decreto nº 24.569/97, art. 20, § 5º, I, II e III da LC 87/96, e sugere a aplicação da penalidade prevista no art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96.

A empresa regularmente intimada da autuação ingressa tempestivamente com impugnação trazendo os seguintes argumentos:

- Nulidade do feito fiscal por cerceamento ao direito de defesa, por entender que a planilha de cálculos anexa aos autos não informa quais teriam sido os supostos erros cometidos pela empresa no preenchimento do Livro Controle de Créditos de ICMS do Ativo Permanente – CIAP;
- Ausência de descrição clara e objetiva dos fatos motivadores da ação fiscal;
- O Fisco incluiu no numerador (operações tributadas) receitas decorrentes de atividades alheias ao fato gerador do ICMS, tais como multas, juros, encargos moratórios, parcelamentos, doações, dentre outros;
- Solicita perícia a fim de verificar a exatidão do lançamento
- Multa com caráter confiscatório.

Por ocasião do julgamento em primeira instância, a julgadora singular afasta as preliminares por cerceamento ao direito de defesa entendendo que a infração está clara e a fiscalização indicou de forma precisa e objetiva a metodologia aplicada na apuração do crédito. Pontuou ainda que a empresa identificou apenas de forma exemplificativa as inconsistências por ela argüidas, ocasião em que afastou o pedido de perícia entendendo que o material probatório acostado aos autos seria suficiente para formar seu convencimento. Por fim, afastou o caráter confiscatório da multa argüido pela parte e concluiu pela procedência do feito fiscal, aplicando a penalidade prevista no art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96.

Irresignado com a decisão singular a empresa, tempestivamente, interpõe Recurso Ordinário ratificando os mesmos argumentos da impugnação acima pontuados.

Consta à fls 168 dos autos Parecer da Assessoria Processual Tributária manifestando-se pela procedência do feito fiscal, entendimento este adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

No dia 20 de fevereiro de 2013, a 1ª Câmara de Julgamento, por unanimidade de votos, resolve afastar as preliminares de nulidade por cerceamento ao direito de defesa e converter o julgamento em realização de perícia a fim de que "seja elaborado mês a mês o demonstrativo do valor dos créditos que a empresa teria direito em razão da aquisição de bens do ativo, devendo considerar como tributadas as operações com remessa de bens para conserto, juros, multas, refaturamento, dentre outros, nos termos do Despacho a ser elaborado pela Conselheira Relatora".

Às fls 177 dos autos foi acostado laudo pericial com a seguinte conclusão:

“O presente trabalho tem por objeto responder os quesitos do julgador, assim como trazer aos autos qualquer fato relevante para a realização da justiça fiscal.

Até o presente momento, o contribuinte não atendeu a intimação para apresentar as notas fiscais de refaturamento e os documentos fiscais com juros, multas e ICMS diferido (ver quesito 1).

Dessa forma, excluimos do coeficiente de crédito somente as operações com remessa de mercadorias ou bens para conserto ou reparo lançadas no CFOP 6915 extraídas da DIEF, sendo o valor de R\$ 391.022,97 (trezentos e noventa e um mil vinte e dois reais e noventa centavos) do denominador (valor contábil) e R\$ 30.163,35 (trinta mil cento e sessenta e três reais e trinta e cinco centavos) do numerador (base de cálculo).

Feitos os ajustes no CIAP 2009, restou um crédito indevido de R\$ 840.428,94 (oitocentos e quarenta mil quatrocentos e vinte e oito reais e noventa e quatro centavos), conforme anexos ao laudo pericial.(...)”

Às fls 226 a empresa apresenta manifestação ao laudo pericial defendendo que “além das operações sob o CFOP **6915**, há outras lançadas nas DIEFs que também devem ser excluídas do cálculo do CIAP por não configurarem hipóteses de incidência do ICMS (seguindo a mesma lógica das remessas para conserto)”, ao que cita as operações de CFOPs **5552** (transferência de bens do ativo imobilizado para outro estabelecimento da mesma empresa); **5908** (remessa de bens por conta de contrato de comodato); **6552** (transferência de bens do ativo imobilizado para outro estabelecimento da mesma empresa) e **6908** (remessa de bens por conta de contrato de comodato), além dos CFOPs **5403** (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro em operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária) e **5409** (transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro em operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária).

No dia 26 de junho de 2019, por ocasião da 40ª Sessão Ordinária, a 1ª Câmara de Julgamento, por decisão unânime, resolveu novamente converter o curso do julgamento em perícia para que seja **incluído** no numerador do cálculo do CIAP os CFOPs **5403** e **5409** e **excluído** do denominador os CFOPs: **5552**, **6552**, **5908** e **6908**.

Em atendimento ao Despacho da Relatora, a Célula de Perícias e Diligências concluiu seus trabalhos com a seguinte manifestação:

“A partir do Levantamento Pericial feito com base na DIEF informada pelo contribuinte, realizaram-se os seguintes ajustes:

- 1) Foram incluídas no numerador do coeficiente de crédito operações informadas no CFOP 5403 (**venda de mercadoria sujeita à substituição tributária**) e CFOP 5409 (**transferência de mercadoria sujeita à substituição tributária**), na coluna Outras da DIEF, que totalizaram o valor de R\$ 102.267,59 (**cento e dois mil duzentos e sessenta e sete reais e cinqüenta e nove centavos**), conforme Quadro I do quesito I.*

- 2) Foram excluídas do coeficiente de crédito do imposto operações informadas nos CFOPs 5552/6552 (**transferência de bem do ativo**), 5908/6908 (**remessa de bem em comodato**) e 5915/6915 (**remessa para conserto ou reparo**), nas colunas Valor Contábil e Base de Cálculo, que totalizaram, respectivamente, o valor de R\$ 4.527.845,93 (**quatro milhões quinhentos e vinte e sete mil oitocentos e quarenta e cinco reais e noventa centavos**), excluído do denominador; e o valor de R\$ 1.118.964,37 (**um milhão cento e dezoito mil novecentos e sessenta e quatro reais e trinta e sete centavos**), excluído do numerador, conforme quadro II do quesito II.
- 3) Feitos os ajustes resultou uma base de cálculo no valor de R\$ 768.826,37 (**setecentos e sessenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e trinta e sete centavos**).

Por último, a recorrente se manifesta às fls 289 requestando “nova complementação do laudo para incluir no numerador as operações com ICMS diferido e excluir do denominador os serviços referentes a juros, multas, refaturamentos, parcelamentos, doações, serviços-meio e atividades complementares”, entendendo que a Célula de Perícias e Diligências não cumpriu a decisão da 1ª Câmara de Julgamento, proferida em 20.03.2013.

Este é o Relato.

VOTO DA RELATORA:

Conforme exposto alhures, o libelo basilar trata de aproveitamento indevido de crédito de ICMS referente ao diferencial de alíquota, proveniente de operações de entrada de bens destinados ao ativo permanente da empresa.

As preliminares de nulidade apontadas pela empresa foram afastadas ante a inexistência de cerceamento ao direito de defesa e de quaisquer vícios insanáveis, tendo em vista que as informações complementares e as provas acostadas aos autos, dentre elas a documentação e as informações prestadas pelo próprio contribuinte em sua DIEF, demonstraram de forma clara os fatos motivadores do feito fiscal.

No mérito, a matéria encontra-se plasmada no art. 60, § 13 do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

Art. 60. Para fins de compensação do ICMS devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

(...)

IX – à entrada de bem:

a) para incorporação ao ativo permanente;

(...)

§ 13. Para efeito do disposto no inciso IX, alínea “a” deste artigo, relativo ao crédito decorrente de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado o seguinte:

I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II – em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações, isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III – para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas de mercadorias e as prestações com destino ao exterior;

In casu, após a realização de duas perícias onde foram excluídos e incluídos no cálculo do CIAP os CFOPs indicados pela empresa e acatados pela Colenda Câmara, por não se inserirem no campo de incidência do ICMS, restou uma base de cálculo no valor de R\$ 768.826,37 de crédito indevidamente tomado pela empresa.

A parte se insurge acerca do não atendimento da decisão proferida na Ata da 36ª Sessão ocorrida no dia 20.02.2013, em relação à exclusão dos CFOPs referentes a juros, multas, refaturamento, diferimento, dentre outros. Aqui imperioso trazer à baila as conclusões do laudo pericial acostado à fls 179 dos autos, onde a Célula de Perícias e Diligências Fiscais pontua acerca da não entrega da documentação requestada à empresa, senão vejamos:

“ DOS QUESITOS

1. *Elaborar, mês a mês, demonstrativo do valor dos créditos que a empresa teria direito em razão da aquisição de bens do ativo, devendo considerar como tributadas as operações com ICMS diferido (portanto, incluídos no numerador) e excluídos deste as operações com remessa de bens para conserto, juros, multas, refaturamento, dentre outros”;*

RESPOSTA

Até o presente momento, o contribuinte não atendeu a intimação para apresentar as notas fiscais de refaturamento e os documentos fiscais com juros, multas e ICMS diferido.]Como não há CFOP específico para o registro de juros e multas, sendo esses serviços cobrados em qualquer documento fiscal, faz-se necessário que o contribuinte identifique os itens desses serviços nos documentos fiscais em que foram lançados.

Na falta dessa informação nenhum ajuste fizemos no coeficiente em relação às multas e juros. No caso de refaturamento, faz-se necessário que o contribuinte apresente, além do próprio documento fiscal, a nota fiscal de origem do serviço para que se comprove o débito do imposto.

Na falta dessa informação, nenhum ajuste fizemos no coeficiente em relação ao refaturamento.

Quanto às operações com ICMS diferido, faz-se necessário que o contribuinte apresente os documentos fiscais para fins de verificação da adequação do diferimento do imposto à legislação do Estado.

Na falta dessa informação, nenhum ajuste fizemos no coeficiente em relação ao ICMS diferido.(...)"

Com efeito, conforme se observa do teor do laudo pericial acima, a parte não apresentou a documentação requestada pela CEPED. Desta feita, entendo que não houve descumprimento por parte da Célula de Perícias quanto à não exclusão dos valores referentes ao CFOPs destacados, tendo em vista que referidos valores deveriam ter sido identificados por meio da apresentação dos documentos da empresa, os quais não foram apresentados, motivo pelo qual, com esteio no art. 88, II do Decreto nº 32.885/2018, afasto o pedido de nova realização de perícia.

No que concerne às alegações da parte quanto ao caráter confiscatório da multa, convém trazer à colação as previsões constantes no § 2º do art. 48 da Lei 15.614/14, que assim disciplina:

Art. 48 (...)

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;

II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;

III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.103-A da Constituição Federal.

Referido artigo regula a competência para a autoridade julgadora afastar aplicação de norma sob fundamento de violação de dispositivo constitucional, somente em sede de ações declaratórias de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade, de inconstitucionalidade por via incidental e quando de Súmula Vinculante aprovada pelo STF, não se inserindo na competência deste órgão de julgamento afastar inconstitucionalidade de norma, daí que no caso concreto a arguição de nulidade de multa confiscatória por inobservância ao princípio da vedação ao confisco não deve ser objeto de acolhimento.

Por todo o exposto, entendo que restou caracterizado o cometimento da infração em relação ao creditamento indevido de ICMS pela recorrente, cuja sanção está legalmente prevista no artigo 123, II, "a" da Lei nº 12.670/97, ao que conheço do Recurso, dou parcial provimento, a fim de modificar a decisão de 1ª Instância e julgar **PARCIAL PROCEDENTE** o feito fiscal, adotando os valores levantados no Laudo Pericial acostado às fls 276/279, e em conformidade com o entendimento proferido pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Este é o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

MULTA: R\$ 768.826,37 (123, II, "a")


DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente a empresa **VIVO S/A**, a 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve preliminarmente em relação ao pedido de perícia, afastar por decisão unânime com fundamento no art. 88, II, do Decreto 32.885/2018. No mérito, resolve por decisão unânime, dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão proferida em 1ª Instância e julgar **PARCIAL PROCEDENTE** o auto de infração, nos termos do voto da Conselheira Relatora e em conformidade com o parecer da Assessoria Processual Tributária e último Laudo Pericial constante às folhas 276 a 279 dos autos. Decisão referendada pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 06 de dezembro de 2019.



MANOEL MARCELO AUGUSTO M. NETO
Presidente



MATHEUS VIANA NETO
Procurador do Estado
Ciência: 06/12/2019



JOSÉ WILAME FALCÃO DE SOUZA
Conselheiro



FELIPE SILVEIRA GURGEL DO AMARAL
Conselheiro



ANTONIA HELENA TEIXEIRA GOMES
Conselheira Relatora



SANDRA ARRAES ROCHA
Conselheira



MÔNICA MARIA CASTELO
Conselheira



CARLOS CESARI QUADROS PIERRE
Conselheiro