



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
2ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº 024 /2020

Sessão: 74ª Sessão Ordinária de 15 de outubro de 2019

Processo Nº 1/2891/2016

Auto de Infração Nº: 1/201615603

Recorrente: TIM CELULAR S.A CGF 06.699.697-0

Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Conselheiro Relator: Cláudio Célio de Araújo Lopes

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO OU DECORRENTE DA NÃO-REALIZAÇÃO DE ESTORNO ESCRITURADO NA CONTA- GRÁFICA DO ICMS – DESCONTOS CONDICIONAIS. AUTO DE INFRAÇÃO EXTINTO EM RAZÃO NULIDADE MATERIAL DE AUTO DE INFRAÇÃO ANTERIOR CONSUBSTANCIADO NA RESOLUÇÃO Nº 277/2015 – 2ª CÂMARA. PRAZO DECADENCIAL REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN. DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS E DE ACORDO COM A MANIFESTAÇÃO ORAL DO REPRESENTANTE DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. DECISÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 173, I, DO CTN E ART. 87, II, “a” DA LEI 15.614/2014.

PALAVRAS-CHAVE ICMS. Crédito indevido. Auto de Infração Anterior Julgado Nulo. Ausência de fatos novos e falta de Prova Essencial. Nulidade Material. Decadência.

RELATÓRIO

Dispõe o relato do presente Auto de Infração:

**CREDITO INDEVIDO, ASSIM CONSIDERADO TODO
AQUELE ESCRITURADO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS
EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO OU DECORRENTE
DA NÃO-REALIZAÇÃO DE ESTORNO, NOS CASOS
EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO.**

A Autoridade Fiscal Autuante aponta como Artigos infringidos os arts. 28 e 65 da Lei 12.670/96 e arts. 25 e 90 do Decreto 24.569/97 - Regulamento do ICMS (RICMS). Sugere como penalidade a prevista no art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

CÁLCULO DO IMPOSTO:

ICMS ----- R\$ 1.895.486,22
MULTA ----- R\$ 1.895.486,22
TOTAL ----- R\$ 3.790.972,44

Os Agentes do Fisco demonstram no relato do Auto de Infração que o contribuinte escriturou na apuração do SPED FISCAL de março de 2012, na rubrica "Outros Créditos" o valor de R\$ 1.895.486,22 em desacordo com o Parecer CATRI 922/2012.

Nas Informações Complementares demonstram que:

I - Trata-se de uma Ação Fiscal de repetição referente ao mesmo fato e período da Ação Fiscal que foi lavrado o AI 20123734 julgado nulo pela 2ª Câmara do CONAT.

II - A competência da Célula de Revisão Fiscal - CEREF, que pertence a Coordenadoria de Pesquisa e Análise Fiscal - CEPAF está estabelecida no art. 35 I do Dec. Nº 31.603/2014. Como o crédito não foi efetivamente constituído e a decadência ainda não foi atingida, resolveram repetir o lançamento, ou seja, o fato gerador – crédito indevidamente levado à apuração – ocorrido em 2012 ainda não atingiu a decadência, baseados no art. 173, Inc. I e o art. 195, § único do CTN.

III - Foi oferecida espontaneidade para realizar o estorno dos créditos fiscais de ICMS levados à apuração sob a rubrica "outros créditos" escriturados no Sped Fiscal no mês de março/2012

O autuado ingressa com a impugnação alegando:

1 – Preliminarmente:

Nulidade do AI 201615603 por não atender aos requisitos do Art. 142, do CTN e contendo os mesmos vícios do AI 201213734-2

- a) falta de identificação, com exatidão, da natureza dos descontos concedidos pela impugnante aos seus clientes,
- b) falta de especificação do quanto do crédito glosado decorreu de cada uma das ofertas promocionais.,



- c) Casos julgados envolvendo a impetrante: Resolução 277/2015 da 2ª Câmara, A.I 201022226-0
Falta de Recolhimento, 2ª Câmara Improcedência

2 – Mérito:

Pela Improcedência já que os créditos de ICMS aproveitados são descontos incondicionais.

3 – Penalidade aplicada deve ser cancelada em virtude da sua natureza confiscatória ou sua redução para 50% conforme prevista no art. 123, Inc. I, alínea “d” da Lei 12.670/96.

O Julgador de 1ª Instância decide pela Procedência da autuação através da leitura dos Regulamentos dos planos: "Superdescontos TIM Pós" e "Crédito TIM Chip Avulso" que apresenta como exigências:

a) Contratação de um plano de telefonia,

b) Durante o período em que estiver recebendo o desconto referente aos planos acima mencionados, não poderão adquirir aparelhos com subsídio. A concessão do desconto nos planos acima citados somente se efetivarão com a sua adesão e continuidade vinculada à não fazer, impondo ao cliente um dever de abstenção, da impraticabilidade de ato que poderia livremente fazer se não estivesse atrelado às exigências previstas no regulamento dos planos promocionais.

A Empresa apresenta Recurso Ordinário tempestivo reforçando os argumentos formulados por ocasião da defesa:

a) Nulidade da Ação Fiscal;

b) Os descontos concedidos são incondicionais;

c) Caráter confiscatório da multa de 100% do valor dos débitos autuados;

d) Da aplicabilidade da penalidade prevista no art.123, Inc. I, alínea "d" da Lei 12670/96.

e) Requer o seu provimento de modo que seja determinado o cancelamento dos débitos de ICMS relacionados aos descontos incondicionais por ela concedidos na prestação de serviços de telecomunicação, conforme decisão da Comarca de São Paulo.

A Célula de Assessoria Processual Tributária emite Parecer opinando pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento no sentido de decidir pela Procedência da autuação. A PGE adota o Parecer do Consultor Tributário.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

O Processo do AI 201615603-5 apresenta Recurso Ordinário onde é Recorrente TIM CELULAR S.A. (CGF: 06.669.697-0) e Recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA, através do qual a Recorrente se insurge contra decisão de procedência proferida no Julgamento Singular.

O lançamento tributário materializado no Auto de Infração 201615603-5 trata-se de crédito indevido que o contribuinte escriturou na apuração do SPED FISCAL de março de 2012, na rubrica “Outros Créditos” o valor de R\$ 1.895.486,22 em desacordo com o Parecer CATRI 922/2012.



A Autoridade Fiscal atuante informa que é uma Ação Fiscal de repetição referente ao mesmo fato e período da Ação Fiscal que foi lavrado o AI 20123734 cuja Resolução 277/2015 da 2ª Câmara do CONAT foi pela nulidade em face da ausência de comprovação segura da infração denunciada. Como o crédito não foi efetivamente constituído e a decadência ainda não foi atingida, resolveram repetir o lançamento, ou seja, o fato gerador – crédito indevidamente levado à apuração – ocorrido em 2012 ainda tinha atingido a decadência, baseados no art. 173, Inc. I e o art. 195, § único do CTN.

Entretanto, como bem se verifica na Resolução do Conat de fls. 277/2015, a nulidade do Auto de Infração nº 20123734 foi declarada pela nulidade material em face da ausência de comprovação segura da infração denunciada, ou seja, não foi apresentada prova essencial à comprovação do ilícito tributário imputado à Autuada. Como segue o voto do Relator:

“ Ex positis, VOTO no sentido de conhecer do Recurso interposto, dar-lhe provimento para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e, em grau de preliminar, declarar a nulidade processual ante a ausência de comprovação segura quanto a totalidade da infração denunciada”

Entretanto, é necessário distinguir quando a nulidade declarada de uma autuação é de natureza formal ou material. Quando em razão de terem sido apresentadas provas, mas estas não foram elaboradas corretamente, neste caso a nulidade declarada é de natureza formal. Assim deve reiniciar a contagem do prazo decadencial a partir da decisão de nulidade, conforme designado no art. 173, II, do CTN. Porém, quando nos deparamos com a ausência de prova essencial à demonstração do fato imputado a nulidade declarada é material, por se referir a própria matéria em questão, devendo o prazo decadencial ser contado na forma prevista no art. 173, I, do CTN.

I - Desta maneira, no caso em tela, a nulidade exarada na Resolução do Conat nº 277/2015 apresenta a natureza de ordem material, pois examinando a Resolução verifica-se que houve análise de mérito na decisão, conforme demonstra o voto do Conselheiro Relator abaixo transcrito:

“(…) Desta forma, quedo-me convencido de que os descontos concedidos pela Recorrente, através das ofertas "SUPERDESCONTO TIM PÓS" e "CRÉDITO TIM CHIP AVULSO" possuem a natureza de descontos incondicionais.

Cabível, portanto, a exclusão dos respectivos valores da base de cálculo ICMS. A peça acusatória, por outro lado, não trouxe nenhum elemento de prova que, objetivamente, demonstrasse o contrário.

Insta consignar, ainda, que examinando os documentos fiscais anexados pela Recorrente observei que os descontos em questão foram realmente lançados em favor dos usuários nas faturas mensais emitidas pela empresa.

Por fim, entendo que a somatória dos elementos de



convicção trazidos à baila é bastante para que seja reconhecida a improcedência da autuação relativamente às ofertas intituladas "SUPERDESCONTO TIM PÓS" e "CRÉDITO TIM CHIP AVULSO".

Observei, porém, que quando a empresa pediu autorização da Secretaria da Fazenda para compensar os créditos de ICMS pagos a maior, a mesma mencionou uma terceira oferta promocional intitulada "DESCONTO PLANO DE SERVIÇO". Todavia, no Recurso interposto a empresa não fez qualquer referência a esta oferta, nem tão pouco apresentou o regulamento da mesma, tal como fez em relação às outras duas ("SUPERDESCONTO TIM PÓS" e "CRÉDITO TIM CHIP AVULSO").

Os agentes promotores da ação fiscal, por sua vez, também não forneceram nenhuma informação a respeito dessa oferta, como de resto, a respeito de nenhuma delas. Além disso, os Auditores também não especificaram quanto do crédito fiscal glosado através do Auto de Infração decorreu de cada uma das ofertas promocionais em destaque.

Assim, diante da falta de elementos que permita uma manifestação segura e estreme dúvidas acerca da natureza dos descontos concedidos através da promoção "DESCONTO PLANO DE SERVIÇO", não é possível afirmar se, em relação a esta, a acusação do Fisco procede ou não.

Ex positis, VOTO no sentido de conhecer do Recurso interposto, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e, em grau de preliminar, declarar a nulidade processual ante a ausência de comprovação segura quanto à totalidade da infração denunciada. (...)"

II -- Neste diapasão, a contagem da decadência rege-se pelo art. 173, I, do CTN, como os fatos geradores ocorreram em 2009 e 2010 e o presente AI foi lavrado em 25/07/2016 constata-se que já tinha ocorrido a decadência do direito do Fisco lançar o crédito tributário.



Assim, deve ser extinto o presente feito fiscal com fulcro no art. 87, II, a, da Lei nº 15.614/2014.

Por todo o exposto, voto no sentido de que seja o Recurso Ordinário conhecido para dar-lhe provimento, no sentido de declarar a extinção do feito fiscal em razão da decadência, com fundamento no art. 173, I, do CTN e com fulcro no art. 87, II, a, da Lei nº 15.614/2014.

É o voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente: TIM CELULAR S.A CGF 06.699.697-0 e Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento pra modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a **extinção processual** em razão da decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário, com fundamento no art. 173, I, do CTN, tendo em vista que o lançamento anteriormente efetuado por meio do Auto de Infração nº 201213734 foi anulado em razão de vício material, conforme consignado na Resolução nº 277/2015, desta Câmara. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado, que em sessão modificou o Parecer anteriormente adotado.

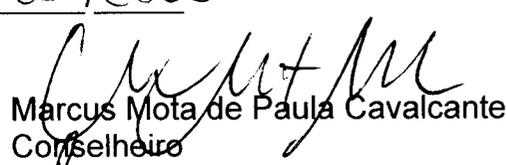
SALA DA SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 28 de 01 de 2020.

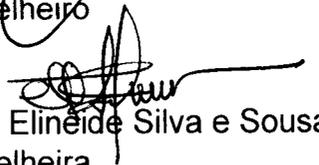

Francisco José de Oliveira Silva
Presidente

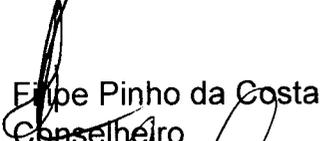

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

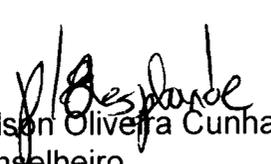
28/01/2020

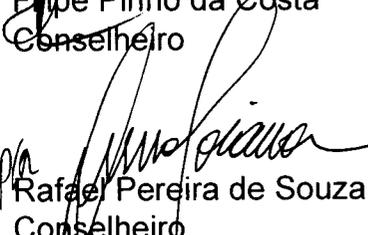

Cláudio Célio de Araújo Lopes
Conselheiro


Marcus Mota de Paula Cavalcante
Conselheiro


Maria Elinéide Silva e Sousa
Conselheira


Eribe Pinho da Costa
Conselheiro


Leilson Oliveira Cunha
Conselheiro


Rafael Pereira de Souza
Conselheiro