

Contencioso Administrativo Tributário

Conselho de Recursos Tributários

2ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº 077 /2022

Sessão: 83ª Sessão Ordinária Virtual de 06 de dezembro de 2021

Processo Nº 1/5959/2018

Auto de Infração Nº: 1/201814165

Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL S/A – 066688779

Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância

Conselheiro Relator: Leilson Oliveira Cunha

Ementa: ICMS. Crédito Indevido. Registro de créditos fiscais em desacordo com a legislação. Ressarcimento de ICMS-ST. Duplicidade de pagamento de ICMS de operação própria (ICMS-OP). Inocorrência. Ausência de emissão de documento fiscal para ativação de mercadorias adquiridas para comercialização. Falta de comprovação documental que deram ensejo aos registros indevidos de créditos fiscais.

1. Caracterizado crédito indevido praticado pela autuada razão de registros na escrita fiscal inerentes a ressarcimento indevido de ICMS-ST e suposta duplicidade de pagamento de ICMS normal (operação própria), em violação à legislação tributária e ante ausência de documentos comprobatórios das alegações trazidas pela recorrente. 2. Afastada preliminar de exclusão dos sócios/diretores do polo passivo decorrente de que a autuação se dera em face da pessoa jurídica, não tendo o lançamento imputado quaisquer condutas praticadas pelos sócios/diretores com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, como exige o art. 135 do CTN. 3. Não comprovada a emissão de nota fiscal para incorporação ao ativo de mercadorias adquiridas para revenda conforme exige o art. 590 do Dec. 24.569/97. 4. Impossibilidade de pretensão ressarcimento por ausência de prova de ativação das mercadorias adquiridas, com especial inobservância do disposto no inciso III do § 3º do art. 138 do Dec. 24.569/97. 5. Não comprovação de pagamento em duplicidade de ICMS normal (operação própria). 6. Utilização de créditos fiscais em explícita violação ao art. 450 do Dec. 24.569/97. 7. Dispositivos infringidos os arts. 57; 60, I e § 13º; 438, § 3º, III; 450 e 590, todos do RICMS e penalidade nos termos do art. 123, II, “a” da Lei 12.670/96. 8. Recurso Ordinário conhecido e não provido. 9. Auto de Infração **Procedente** conforme voto do relator, julgamento singular e parecer da assessoria processual tributária acolhido pela Procuradoria Geral do Estado.

Palavra Chave: ICMS. Crédito Indevido. Ressarcimento de ICMS-ST. Duplicidade de pagamento. Inocorrência.

RELATÓRIO

A acusação fiscal tem o seguinte relato de infração:

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

A EMPRESA, NO EXERCÍCIO DE 2014, APROVEITOU, INDEVIDAMENTE, CRÉDITOS DE ICMS LANÇADOS NA SUA APURAÇÃO MENSAL, NO CAMPO OUTROS CRÉDITOS SEM INFORMAR OU APRESENTAR DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS.

Auto de infração com imposto e multa fixados, respectivamente, em R\$ 994.449,47 (novecentos e noventa e quatro mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e quarenta e sete centavos). Artigos Infringidos: arts. 57, 65 do RICMS. Penalidade fixada nos termos do art. 123, II, A da Lei 12.670/96. Período da infração: 04 a 06/14 e 10 a 12/14.

Nas razões da autuação (informações complementares) a equipe fiscal aduz haver detectado que a autuada aproveitou, indevidamente, créditos do Imposto sobre Operações relativas a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), informados na apuração mensal de sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) no campo "Outros Créditos". Informa, ainda, que intimou o contribuinte (TI 201803765) para que justificasse e/ou apresentasse os documentos fiscais que deram origem aos referidos créditos constantes em planilha (fls. 06), conforme comanda o artigo 51 da Lei nº. 12.670/96 e o artigo 89 do RICMS. Nesse sentido, a empresa apresenta justificativas suportadas em documentação idônea e como preceitua a legislação, as quais foram acatadas pelas auditoras fiscais, referente ao registro de crédito em 11/2014 no valor de R\$ 40.000,00 e em 02/2013 no valor de R\$ 1.423,11 os quais não foram objeto de autuação, todavia, quedando-se silente, até a data da lavratura do auto, referente aos demais registros na rubrica "Outros Créditos" de sorte a resultar na presente autuação, visto que a empresa não pode, deliberadamente, lançar créditos fiscais em sua apuração que, por sua vez, determinam a diminuição do ICMS a recolher no mês de seu lançamento, sem que estes créditos estejam amparados por documentação idônea ou, ainda, registrar valores que julgue haverem sido pagos indevidamente sem estrita obediência às formalidades exigidas no regulamento próprio, importando no montante de R\$ 994.449,47 (R\$ 31.800,10 – abril/14; R\$ 30.189,93 – maio/14; R\$ 386.107,65; R\$ 6.818,11 – outubro/14; R\$ 148.139,57 – novembro/14 e R\$ 391.394,11 – Dezembro/14).

Irresignada com o feito fiscal, a autuada interpõe tempestiva impugnação tendo o julgador singular afastado seus argumentos contidos na impugnação, decidindo pela procedência do lançamento, compreendendo que o contribuinte

lançou valores na rubrica "Outros Créditos" sem a documentação comprobatória devida.

O contribuinte comparece aos autos interpondo tempestivo Recurso Ordinário em que consigna resumidamente conforme abaixo:

- a) Preliminar de impossibilidade de indicação de sócios ou diretores como responsáveis pelo pagamento de dívidas da sociedade ante a inoccorrência das hipóteses do art. 135 do CTN;
- b) Legitimidade dos créditos glosados consequência inoccorrência do fato gerador presumido e ocorrência de recolhimento em duplicidade. Hipóteses de ressarcimento previstas na legislação;
- c) Que os bens objetos dos créditos glosados pela Fiscalização foram adquiridos pela Recorrente, inicialmente, com a intenção de revenda (classificando-os, portanto, como mercadorias), motivo pelo qual a empresa recolheu o ICMS-ST (substituição tributária) e o ICMS-OP (operação própria) sobre os mesmos quando de sua entrada no Estado do Ceara, tudo de acordo com a legislação estadual;
- d) Posteriormente a Recorrente decidiu, por razões empresariais, efetuar a transposição dos referidos bens para o seu ativo imobilizado, alterando, portanto, a sua destinação e classificação (de mercadorias para ativo imobilizado), motivo pelo qual, nos termos da legislação em vigor, tem direito ao creditamento do ICMS-ST, haja vista a inoccorrência do fato gerador presumido quando da entrada dos bens em território;
- e) No que concerne ao ICMS-OP, a Recorrente equivocadamente efetuou o seu recolhimento em duplicidade, sendo o primeiro quando da aquisição dos bens e o segundo quando da sua transposição para o ativo imobilizado, fazendo jus ao creditamento efetuado em razão da inoccorrência do fato gerador do ICMS na segunda ocasião evitando, assim, o bis in idem;
- f) A não ocorrência da revenda – fato gerador presumido do ICMS-ST com o recolhimento em duplicidade do ICMS, são elementos hábeis a convalidar a apropriação do crédito, ainda que extemporâneo, sob pena de inviabilizar a não-cumulatividade do ICMS;
- g) Relata que a empresa fabricante vende um lote de aparelhos a recorrente, sendo que esta recolhe ICMS-ST e ICMS-OP sobre os mesmos quando de sua entrada no Estado, nesse momento, os aparelhos dão entrada no estoque da empresa, classificados como mercadorias para revenda, a priori;
- h) Em seguida, a Recorrente incorpora parte dos aparelhos ao seu ativo imobilizado, passando a fazer jus ao credito do ICMS-ST - haja vista a inoccorrência do fato gerador presumido quando da sua entrada dos bens em território cearense - e de ICMS-OP - em razão de a empresa ter recolhido o imposto em duplicidade: no momento da aquisição dos bens e depois quando realizou a sua transposição para o ativo imobilizado;

- i) Na maioria dos casos, a Recorrente cede em comodato os aparelhos celulares imobilizados aos seus próprios clientes, com objetivo de viabilizar sua atividade fim, qual seja, a prestação de serviços de comunicação;
- j) Para comprovar o quanto alegado, a Recorrente requereu a juntada de planilha descritiva que detalha o número das notas fiscais que deram origem aos créditos, as mercadorias nelas descritas, bem como o ICMS-ST e ICMS-OP suportados e recolhidos pela empresa (doc. n° 03), e, ainda junta, nesta oportunidade, a Escrituração Fiscal Digital (EFD) referente aos anos de 2009 a 2011 (período em que ocorreram as operações que deram origem aos créditos - doc. n° 04), notas fiscais exemplificativas das operações de saídas (doc. n° 05), cópias de algumas das GNREs (doc. n° 06) e os Livros de Controle CIAP dos anos de 2009 e de 2010 (doc. n° 07);
- k) Eventual infração meramente formal – o cumprimento fora do prazo dos procedimentos previstos na legislação cearense para recuperação dos créditos - não possui o condão de subtrair o direito material ao crédito do imposto glosado;
- l) A empresa cumpriu com toda a formalidade prevista na legislação cearense a respeito do crédito, conforme art. 438, § 3º, III, do RICMS, apresentando requerimento para ressarcimento do ICMS-ST pago no período de 2009 a 2012 (protocolo n° 8305610/2014, acompanhado da nota fiscal correspondente (NF 167 de 09/10/14 no valor de R\$ 562.920,47) e do ICMS-OP (NF 166 de 09/10/14 no valor de R\$ 681.018,35) , protocolado em 22/12/14, passados mais de 5 anos não obteve resposta e nos termos do art. 90 do Dec. 24.569/97, formulado o pedido de restituição e não sendo respondido no prazo de 90 dias o contribuinte poderá compensar o valor pago indevidamente no período de apuração seguinte;
- m) Em relação ao ICMS-OP recolhido em duplicidade, observa-se que há previsão, na legislação cearense, no sentido de que o contribuinte terá direito ao ressarcimento do ICMS que foi antecipado, ao qual não houve a ocorrência do fato gerador presumido, mediante a simples emissão de Nota Fiscal de entrada, constando o valor correspondente ao ressarcimento a ser aproveitado como crédito fiscal;
- n) O mero descumprimento de obrigação acessória ensejaria tão somente aplicação de penalidade isolada, e não a glosa de crédito legítimo (valor principal de imposto), como efetivado pela Fiscalização;
- o) Requer perícia para: a) constatar a transposição dos bens para o ativo imobilizado e, conseqüentemente, a não ocorrência do fato gerador presumido de ICMS-ST; (b) detectar o pagamento do imposto estadual no momento da entrada; (c) bem como apurar pagamento em duplicidade do ICMS-OP pela Recorrente. Elabora quesitos nesse sentido;
- p) Ao final, requer a exclusão dos sócios ou diretores da condição de responsáveis; improcedência da autuação; ante a legitimidade dos créditos seja a autuação convalidada em aplicação de penalidade isolada razão de mero descumprimento de obrigação acessória e baixa dos autos em diligência pericial.

• A Assessoria Processual Tributária se manifesta pela procedência da autuação, inicialmente relata que a autuação se dera em razão da pessoa jurídica e que a indicação societária na informação complementar poderá ser útil apenas quando da execução da dívida, se for o caso, e depois de transitado em julgado o processo, não cabendo a este órgão administrativo de julgamento tecer análise de responsabilidade individual dos sócios na infração. No mérito, discorre que o recorrente não apresentou aos autos de forma documental, clara e precisa, quais foram as mercadorias adquiridas para revenda e que posteriormente foram incorporadas ao imobilizado da empresa, que correspondam ao ressarcimento da ST e aos períodos indicados pelo fisco nos autos. Também aduz que o recorrente apenas anexou parte da escrituração fiscal do contribuinte, cópias de notas fiscais de comodato, sem fazer qualquer *link* com os períodos indicados na acusação fiscal, como também, não apresentou notas fiscais de entrada da incorporação dos bens, ou ainda o livro CIAP correspondentes os créditos do imposto das mercadorias incorporadas.

O Parecer queda-se acolhido pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Em apertada síntese, é o que se relata.

VOTO DO RELATOR

Trata-se a presente acusação fiscal de crédito indevido na escrita fiscal da autuada decorrente de registros na sua apuração mensal do imposto, no campo outros créditos, sem informar ou apresentar documentos comprobatórios, no período de 04 a 06/14 e 10 a 12/14.

Convém de início apreciar preliminar trazida pela recorrente de exclusão dos sócios/diretores do polo passivo da autuação. Nesse sentido, se deve ter presente que a autuação se dera em razão da pessoa jurídica, em nada dispondo as autoridades fiscais de possíveis condutas praticadas pelos sócios/diretores com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, como exige o art. 135 do CTN e, ademais, sequer foram intimados como sujeitos passivos, por responsabilidade, na presente lide para oferecimento de razões defensórias de cunho pessoal, de modo que de forma indubitosa se tem que o lançamento fora efetuado em face da pessoa jurídica e, sendo assim, não há de ser acolhida tal preliminar aventada pela recorrente dado que os sócios/diretores não compõem o polo passivo da presente autuação.

Passa-se a análise de mérito.

Os argumentos centrais trazidos na peça recursal da autuada se centram em refutar o lançamento objeto dos créditos glosados, tidos indevidos pela fiscalização, porque tais registros se deram ante a inocorrência do fato gerador presumido decorrente de recolhimento de ICMS-ST quando da aquisição dos aparelhos celulares, os quais não foram objeto de posterior venda em face de incorporação ao ativo permanente da empresa e destinados, em posteriores operações, à cessão em comodato aos clientes da autuada, e, ainda, ante a ocorrência de recolhimento em duplicidade decorrente de ICMS referente a operações próprias quando da aquisição dos referidos aparelhos celulares pela empresa e, ainda, pelo recolhimento de ICMS ocorrido quando da incorporação dos aparelhos adquiridos para revenda e que posteriormente foram transferidos para o ativo imobilizado da autuada. Assim considerado, a empresa se utilizou para de registros de créditos fiscais no campo "outros créditos" na apuração do imposto.

Compulsando os autos verificamos que não há evidência suportada em emissão de documento fiscal da suposta incorporação dos citados aparelhos adquiridos para revenda, e que foram objeto de recolhimento do ICMS-ST, que seria, a um só tempo, elemento probatório, nos termos do art. 590 do Dec. 24.569/97, para caracterizar a ativação das mercadorias compradas para revenda que ensejaria o pedido de ressarcimento da empresa ante inocorrência de futuras operações de vendas de celulares e, ainda, de possível crédito pelo destaque do imposto que é exigido na emissão da nota fiscal de incorporação ao ativo imobilizado, para o registro de crédito fiscal na fração de 1/48 avos incidente sobre o valor do ICMS destacado no referido documento fiscal de incorporação,

conforme exigido no § 13 do art. 60 do RICMS (Dec. 24.569/97). Portanto, a ausência da emissão de documento fiscal para comprovação da incorporação de aparelhos celulares, adquiridos para revenda, ao ativo permanente da autuada, obsta de per si os registros de créditos fiscais efetuados na escrita do contribuinte, tornando-os, assim mesmo, indevidos. Também não haveria possibilidade de registro de crédito na escrita fiscal de imposto recolhido por substituição tributária como alegado pela não concretização do fato gerado presumido em operações posteriores de venda, dado que este haveria de ser objeto de procedimento específico de ressarcimento nos termos do art. 438 do Dec. 24.569/97, não autorizando o procedimento alegado pela empresa no art. 90 do referido decreto, e, de mais a mais, conforme se depreende dos autos, ante o fato da empresa não ter obedecido o disposto no inciso III do § 3º do citado art. 438, porquanto ao protocolizar o pedido de ressarcimento do ICMS-ST pago no período de 2009 a 2012, (protocolo nº 8305610/2014), tão somente o fez acompanhado da nota fiscal nº 167 de 09/10/14, no valor de R\$ 562.920,47, despidido de quaisquer documentos comprobatórios do direito pleiteado.

Em mesmo sentido, não há de se falar em duplicidade de pagamento de ICMS de operações próprias conforme alegado pela recorrente. Ora, em nenhum momento há comprovação de tal recolhimento dado que sequer há de se falar em tributação por operação própria pela recorrente, conquanto é devido o ICMS normal na referida operação de venda pelo vendedor dos aparelhos celulares, por aqueles que emitiram as notas fiscais e as escrituraram em sua escritura fiscal se debitando do imposto destacado nos aludidos documentos fiscais. O fato de a autuada suportar o ônus do imposto destacado no documento fiscal não se confunde com recolhimento de imposto algum. Ademais, como já dito, não houve a emissão de documento fiscal para comprovar suposta incorporação dos aludidos aparelhos ao ativo permanente, com destaque de imposto nem tampouco comprovação de registro de débito fiscal na escrita fiscal da autuada, de modo a autorizar possível crédito fiscal e que no caso presente, se ocorrida a emissão da nota fiscal, seria, quando muito, em parcelas resultantes da aplicação da fração de 1/48 avos em face do imposto destacado no documento fiscal, nunca pelo valor integral como realizado pela recorrente. Por tudo exposto, não poderia a recorrente ter se creditado da forma como o fez em violação aos dispositivos antes mencionados e, ainda, ao disposto no art. 450 do RICMS.

De outra sorte, também não tenho como elementos probatórios, os documentos anexados pela recorrente, visto que apenas anexou parte da escrituração fiscal do contribuinte, cópias de notas fiscais de comodato (diga-se, sem os respectivos contratos de comodatos), sem fazer qualquer conexão, *link*, com os períodos indicados na acusação fiscal, como também, descuro de sua obrigação de apresentar as notas fiscais de entrada da incorporação dos citados aparelhos.

Quanto ao pedido de perícia o afasto com base no art. 97, incisos III e IV, combinado com art. 93, § 1º, inciso II, da Lei nº 15.614/2014, razão de não terem sido trazido aos autos as contraprovas aptas a consubstanciar o pedido de perícia

e, ademais, os fatos e os elementos probatórios da infração me serem suficientes a formação do convencimento da conduta infratora.

Assim considerado, restou apta e suficientemente materializada a infração praticada pela recorrente de se creditar indevidamente como apontado na inicial acusatória, em notória violação aos dispositivos legais infringidos, quais sejam, os arts. 57; 60, I e § 13º; 438, § 3º, III; 450 e 590, todos do RICMS, com penalidade nos termos do art. 123, II, “a” da Lei 12.670/96.

Ante o exposto, conheço do Recurso Ordinário nego-lhe provimento, confirmando-se a decisão exarada pela instância singular, declarando a **PROCEDÊNCIA** do feito fiscal nos termos deste voto.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 994.449,47

Multa: R\$ 994.449,47

É como voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL S/A – 066688779 e Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, para deliberar nos seguintes termos: **1. Quanto ao pedido para que se reconheça a ilegitimidade passiva dos corresponsáveis em razão da falta de comprovação dos elementos dispostos no art. 135 do CTN** – Afastada por unanimidade de votos, sob o fundamento de que, no âmbito do Estado do Ceará, o procedimento de auditoria fiscal que resulta no processo administrativo, desenvolve-se entre o Fisco e a Recorrente, pessoa jurídica, não sendo chamado, por intimação pessoal, a título individual, nenhum dos sócios para compor a demanda. Logo o que apurou e resultou em autuação fora a responsabilidade tributária da pessoa jurídica, e não sob o crivo pessoal, de cada sócio, individualmente. **2. Quanto ao pedido de perícia formulado pela parte** – Foi afastado por unanimidade de votos, com base no art. 97 incisos III e IV, combinado com art. 93, § 1º, inciso II, da Lei nº 15.614/2014. **3. No mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão **condenatória** exarada em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, a representante legal da Recorrente, Dra. Larissa Giarola Pinheiro.

SALA DA SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 06 de 04 de 2022

MARIA ELINEIDE SILVA E
SOUZA:25954237387

Assinado de forma digital por MARIA ELINEIDE
SILVA E SOUZA:25954237387
Dados: 2022.03.21 07:56:14 -03'00'

Francisco José de Oliveira Silva
Presidente

André Gustavo Carreiro Pereira
Procurador do Estado
Em ____/____/2021

Cláudio Célio de Araújo Lopes
Conselheiro

Jucileide Maria Silva Nogueira
Conselheira

Carlos Raimundo Rebouças Gondim
Conselheiro

Wander Araújo de Magalhães Uchôa
Conselheiro

LEILSON OLIVEIRA
CUNHA:29724481387

Assinado de forma digital por LEILSON
OLIVEIRA CUNHA:29724481387
Dados: 2022.01.04 19:04:52 -03'00'

Leilson Oliveira Cunha
Conselheiro

Rafael Pereira de Souza
Conselheiro