



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

RESOLUÇÃO Nº. 154/2017
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
60ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 14/07/2017
PROCESSO Nº. 1/1267/2010
AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 1/201004187-4
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: TIM NORDESTE S/A
AUTUANTE: Francisco Lúcio Mendes Maia e outros
MATRÍCULA: 03790916
RELATORA: Conselheira Mônica Maria Castelo

EMENTA: 1. AI - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. 2. Contribuinte deixou de recolher o ICMS, quando da transferência de aparelhos celulares do estoque para o imobilizado, nas operações de comodato. **3.** Decisão amparada com base nos artigos 4º, inciso VIII e Parágrafo Único; 590, *Caput* e Parágrafo Único do Decreto 24.569/97. Penalidade prevista no art.123,I, "C" da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03. **4.** Autuação PARCIAL PROCEDENTE, conforme 2º Laudo Pericial. **5. DEFESA TEMPESTIVA.**

PALAVRAS-CHAVES: FALTA RECOLHIMENTO ICMS - APARELHOS CELULARES- ESTOQUE-IMOBILIZADO-OPERAÇÕES DE COMODATO.

RELATÓRIO

A presente autuação refere-se à FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. "A empresa deixou de transferir para o imobilizado mercadorias adquiridas para estoque, tendo em vista que houve operações de comodato com aparelhos celulares sem a devida imobilização dos mesmos, ocasionando falta de recolhimento do ICMS, conforme informação complementar anexa."



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

O contribuinte deixou de recolher ICMS, referente ao exercício de 2006, no montante de R\$3.097.405,80, conforme análise realizada nos livros e documentos fiscais do contribuinte, com base no Convênio ICMS 57/1995.

Nas **INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES** ao AI, os agentes do fisco relataram que: no exercício financeiro de 2006, a empresa deixou de transferir para o imobilizado, mercadorias adquiridas para estoque, tendo em vista que houve operações de comodato sem a devida imobilização, fato que ocasionou a falta de recolhimento do imposto.

Tempestivamente, o contribuinte apresentou Impugnação alegando, **PRELIMINARMENTE** que o auto de infração é nulo, posto que não foi verificada nenhuma hipótese de arbitramento da base de cálculo do ICMS, ferindo seu direito ao contraditório e ampla defesa; que sempre procedeu ao regular recolhimento do ICMS; erro material ao aplicar a alíquota de 17%, quando o correto seria de 5%, correspondente a alíquota interestadual; que a penalidade aplicada não poderia ter sido exigida da Impugnante, devido à ocorrência de incorporação; que a multa aplicada foi de caráter confiscatório, devendo ser substituída pela prevista no artigo 123, I, d da Lei nº12.670/1996; que a realização de perícia contábil ajudará a esclarecer o alegado. Por fim, requereu a improcedência do lançamento dos créditos tributários.

Anexos à Impugnação, encontram-se quesitos encaminhados à Perícia.

A Julgadora Singular, analisando a acusação feita ao contribuinte e fazendo as devidas considerações, encaminhou processo à Célula de Perícia.

De acordo com o laudo pericial, o contribuinte/representante legal recebeu todos os termos da perícia; que o arquivo trabalhado pela fiscalização foi o SINTEGRA, fornecido pela própria autuada; que foram solicitadas várias vezes, mediante Termos de Intimação, documentos que comprovassem a remessa de aparelhos telefônicos do Estoque para o Imobilizado; que foi apresentado pela autuada arquivo com livros de saídas e inventário, porém não foram apresentadas as notas fiscais que comprovassem as operações de transferência do Estoque para o Imobilizado; que a autuada não apresentou nenhum documento que justificasse a diferença encontrada. Desta feita, a Perícia manteve os valores encontrados pela fiscalização.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

O contribuinte se manifestou ao laudo pericial basicamente nos mesmos termos da impugnação, acrescentando que os livros apresentados serviriam para comprovar a existência de saldo inicial de telefones; que a não realização de perícia sob argumento de falta de documentos apresentados viola o direito de defesa do contribuinte; solicita nova perícia para confirmar a improcedência do lançamento.

A julgadora singular decidiu pela procedência, resumidamente, com o seguinte fundamento: Equivoca-se o contribuinte, pois não foi realizado nenhum arbitramento para se obter o valor da base de cálculo; a BC foi obtida pela diferença entre o valor total de operações de contrato de comodato com aparelhos celulares e o que possuía disponível para essas operações; que o levantamento fiscal demonstrou o contrário do que o contribuinte afirmou; que a empresa incorporadora continua com a personalidade jurídica e responsável pelas multas punitivas da incorporação; que a multa indicada na autuação é a correta, visto que prevista em norma; que a multa solicitada pela impugnante não se aplica; que não cabe prosperar o argumento da alíquota de 5%; que não merece acolhida as demais colocações feitas pela autuada, posto que a Fiscalização não se embasou em premissas equivocadas como alega a impugnante; que a perícia não foi respondida em todos os quesitos pela falta de disponibilização de documentos pelo contribuinte e que, foi confirmado que nem todos os aparelhos remetidos para comodato foram antes imobilizados; portanto, deixou de acolher novo pedido de perícia.

Em sede de Recurso Ordinário, a recorrente alegou, em síntese, que foram apresentadas todas as informações necessárias ao desenvolvimento do trabalho pericial; que a não realização de nova perícia implica nítida violação ao direito de defesa da Recorrente; que a decisão singular prejudicou sua ampla defesa. Por fim, renovou os mesmos argumentos defensórios; requereu preliminarmente a nulidade do auto de infração e no mérito, o julgamento pela improcedência e o cancelamento da multa ou sua substituição por outra.

A Assessoria Processual Tributária fundamentou seu parecer e entendeu pela procedência da ação fiscal.

O Representante da Procuradoria do Estado acompanhou o parecer.

Em sede de memoriais, o Recorrente alegou novamente arbitramento da base de cálculo do ICMS; que a multa de ofício aplicada foi de 100% do imposto apurado; que não restou comprovado que a Recorrente sempre realizou transferência de aparelhos do estoque para o imobilizado, antes da operação de comodato; que todas as informações fiscais



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

necessárias foram encaminhadas à perícia técnica; que a não realização de nova perícia implica violação ao direito de defesa da Recorrente; da impossibilidade da aplicação da multa por força do artigo 132 do CTN. Por fim, requereu que fosse dado seguimento à perícia; que seja reconhecida a nulidade; no mérito seja julgado improcedente o auto; redução da alíquota aplicada para 5% e a multa seja cancelada ou reenquadrada.


Na 103ª Sessão Ordinária do dia 16 de setembro de 2014, a 2ª CRT decidiu, por maioria, determinar o retorno do processo à Célula de Perícia, a fim de que fossem atendidos os seguintes quesitos: 1) manifestação acerca dos bens constantes no ativo imobilizado, antes de 2006; 2) análise dos demais elementos de prova das alegações do contribuinte; 3) apresentação de documentos fiscais próprios.

De acordo com novo laudo pericial, das fls.341 a 379, foi constatado que: a empresa apresentou o Inventário em arquivo eletrônico, sem dados correspondentes em livros físicos formais; que a empresa apresentou 411 notas fiscais de saídas de baixa de estoque para o ativo imobilizado; Das notas periciadas, puderam ser consideradas uma parte; que não foi possível considerar o Inventário em arquivo eletrônico. A perícia elaborou quadro informativo dos valores constantes no LRApuração, DIEF e arquivo magnético SINTEGRA e que os valores estão coincidentes. Que apurou nova diferença no valor de R\$7.932.026,26.

A Recorrente se manifestou com relação ao laudo, resumidamente, nos seguintes termos: de acordo com o laudo pericial, diversas notas fiscais demonstraram a transferência dos aparelhos telefônicos do estoque para o ativo permanente da empresa, razão pela qual o auto de infração deve ser nulo; que esse erro confirma a realização do procedimento de arbitramento para a lavratura do AI; que, sucessivamente requer o acolhimento das alegações quanto à aplicação da alíquota de 5%; que a multa não poderia ter sido exigida da Recorrente, em razão da incorporação, mas apenas quanto ao tributo e que a penalidade deverá ser cancelada, dado seu caráter confiscatório; por fim, a substituição da multa.

Em sede de memoriais, a Recorrente reforçou seus argumentos defensórios, praticamente nos mesmos termos das peças anteriores.

É o relatório.



4/9



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

DA FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO

O Recurso Ordinário preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a Recorrente **TIM NORDESTE S/A**, CGF:06.998.161-2, foi autuada pela **FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO**, referente ao período de janeiro a dezembro de 2006, por ter infringido o dispositivo constante no art. 590, parágrafo único do Decreto nº 24.569/97, cuja penalidade encontra-se fundamentada no art.123,I, c da Lei 12.670/96.

O AI nº 201004187-4 tem como principal o valor de R\$3.097.405,80 e multa de igual valor.

Nas Informações Complementares ao auto de infração, a Fiscalização relatou que, após ter analisado os livros fiscais de Entradas - CFOPs de compra e transferência de bem para o ativo imobilizado e de Saídas - CFOPs remessa de bem por comodato e transferência de mercadorias de terceiros, constatou que foram realizadas operações de comodato com aparelhos celulares, no montante de R\$32.611.693,11.

No entanto, o levantamento fiscal constatou também que a empresa só havia transferido para seu ativo imobilizado, o valor de R\$14.391.658,99. O montante da atuação foi justamente essa diferença, R\$18.220.034,12.

As operações de comodato estão previstas no artigo 4º, inciso VIII do Decreto nº 24.569/97, como não incidentes de ICMS, desde que não haja venda do bem. Ocorrendo a venda da mercadoria, o imposto passa a ser obrigatório.

O Parágrafo Único do artigo 4º traz o conceito de comodato: é a operação de empréstimo a título gratuito de bens móveis infungíveis, a qual se perfaz com a simples tradição do objeto, mediante contrato escrito.

No caso em apreço, os bens móveis são aparelhos celulares. O contribuinte, quando da aquisição desses aparelhos tem que registrá-los em seu estoque. Ocorrendo a venda, deverá ser emitida a nota fiscal de venda. No entanto, na operação de comodato, o



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

contribuinte também deverá emitir nota fiscal com destaque do imposto e transferido para seu ativo imobilizado, nos termos da legislação do ICMS.

De acordo com o RICMS, o artigo 590 determina que, quando ocorrer o consumo ou a integração ao ativo permanente de mercadoria adquirida para comercialização, o estabelecimento deverá emitir nota fiscal com destaque do imposto, descrevendo a natureza da operação. Continua no parágrafo único que a base de cálculo será o valor registrado em sua contabilidade ou na sua falta, o custo de aquisição.


Acontece que a Fiscalização constatou pelos registros do contribuinte que não foi feita essa transferência dos aparelhos celulares do estoque para o ativo, a fim de que fosse possível realizar as operações de comodato, o que acarretou numa infração a legislação do ICMS, no montante de R\$32.611.693,11 .

Conforme se pode depreender do acima exposto, a Fiscalização não realizou nenhuma operação de arbitramento, como a Recorrente tem alegado em sua defesa. A base de cálculo do ICMS foi encontrada, pela diferença entre o total das operações de comodato(R\$32.611.693,11) e o que havia de disponível no Imobilizado(R\$14.391.658,99) para essas operações. Portanto, não merece prosperar o pedido da parte pela nulidade do auto de infração, com base nesse argumento.

Também não cabe prosperar quaisquer alegativas de cerceamento do direito de defesa, visto que foi oportunizado ao contribuinte se defender em todas as fases do processo.

Com a realização da 2ª perícia, foi constatado que o contribuinte deu baixa em seu estoque para o ativo imobilizado por meio do código de CFOP 5949- Outras Saídas de mercadorias não especificado, no valor de R\$10.288.007,86. Apesar de registradas no livro do contribuinte, a baixa do estoque para o ativo, deveria ter sido feita nos termos da legislação, que determina que a natureza da operação seja: “ Consumo ou integração ao ativo permanente”, conforme *Caput* do artigo 590 do RICMS.

Os CFOPs das operações de saídas para o ativo encontram-se, a partir do código 5550 ou 6550. O contribuinte não pode alegar um erro a que deu causa e dele se beneficiar. Portanto, não tem como ter entendimento diverso que não seja pela parcial procedência, com a inclusão dos valores encontrados pela perícia, afastando, portanto, o pedido de nulidade, ou de improcedência da autuação feito pela Recorrente.

 6/9



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

Quanto a alegação de erro ao aplicar a alíquota de 17% sobre a base de cálculo, devendo ser aplicada a alíquota de 5%, não cabe prosperar. A alíquota incidente sobre a operação em questão é de 17%. A fim de que a mercadoria seja imobilizada, o contribuinte deve emitir nota fiscal com a alíquota cheia.

Quanto a colocação de que a penalidade aplicada não poderia ter sido exigida da Recorrente, em decorrência da incorporação que ocorreu, o entendimento que se tem adotado é de que a responsabilidade da empresa incorporadora alcança tanto os tributos, quanto as multas incorridas.

Por fim, quanto ao pedido de cancelamento da multa em virtude de seu caráter confiscatório, também não merece acolhida, visto que a infração praticada possui penalidade específica em lei. Da mesma forma, não cabe tampouco, qualquer substituição da multa aplicada por outra qualquer.

Com base no todo exposto, voto por conhecer do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, a fim de confirmar a decisão de parcial procedência, de acordo com o 2º Laudo Pericial.

DEMONSTRATIVO

ICMS R\$1.348.444,46 MULTA R\$1.348.444,46 TOTAL R\$2.696.888,93

É o VOTO.

DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/1267/2010 - Auto de Infração: 1/201004187. Recorrente: TIM NORDESTE S/A. Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relatora: Conselheira MÔNICA MARIA CASTELO. Decisão: A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e, em referências às questões suscitadas pela recorrente, tomar as seguintes deliberações: 1. Com relação à preliminar de nulidade



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

sob a alegação de que **"não se verificou a ocorrência de nenhuma das hipóteses excepcionais que autorizassem a realização de procedimento de arbitramento"** - Afastada, por unanimidade de votos, tendo em vista que a fiscalização não utilizou, no presente caso, a técnica de arbitramento suscitada pela parte. 2. **Sobre a alegação que a fiscalização estadual não formalizou o prévio e necessário procedimento administrativo para o fim de garantir à Recorrente o exercício do seu direito ao contraditório e à ampla defesa** - Afastada, por unanimidade de votos, uma vez que não há, nos autos, qualquer circunstância que tenha inviabilizado o direito ao contraditório e à ampla defesa da recorrente. 3. **Com relação a alegação de que a Fiscalização Estadual incorreu em erro material na apuração do montante dos créditos tributários de ICMS, ao aplicar a alíquota de 17% (dezesete por cento)** - Afastada, por unanimidade de votos, tendo em vista que, por tratar-se de operação de saída de mercadoria do estoque do contribuinte, a nota fiscal de saída deve ser com a alíquota cheia. 4. **Com relação à exclusão da responsabilidade sucessória no que concerne às penalidades** - Afastada, por unanimidade de votos, sob o entendimento de que a empresa incorporadora é responsável também pelos tributos e pela multa em razão de descumprimento de obrigação tributária. 5. **Em relação ao argumento de que a multa aplicada tem efeito confiscatório** - Foi rejeitado por unanimidade de votos, considerando tratar-se de matéria constitucional, sendo o presente órgão incompetente para sua análise, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas. Além disso, a cobrança da multa está adequada à infração, nos termos da legislação estadual. **Com relação ao pedido de reenquadramento da penalidade para o art. 123, I, "d", da Lei nº 12.670/96** - Afastada, por unanimidade de votos, uma vez que referida multa não se aplica ao caso concreto, visto que a falta de recolhimento decorreu da ausência de notas fiscais que comprovassem a transferência de mercadorias do estoque para o ativo imobilizado. **No mérito, resolvem por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso interposto, para modificar, em parte, a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, e julgar parcial procedente a acusação fiscal, nos termos**





**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda


**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

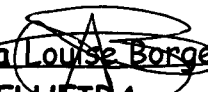
do laudo pericial de fls. 341 a 347 dos autos, conforme voto da Conselheira relatora e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. Ausente por ocasião deste julgamento, a Conselheira Agatha Louise Borges Macedo. Nada mais havendo a tratar, a Sra. Presidente deu por encerrados os trabalhos, tendo antes convocado os membros da Câmara a participarem da próxima sessão no dia 16 (dezesesseis) de agosto do corrente ano, às 8h 30min. (*oito horas e trinta minutos*). E para constar, eu, Silvana Rodrigues Moreira de Souza, Secretária da 2ª Câmara, lavrei a presente ata que vai por mim subscrita e assinada pela Presidente e demais membros da Câmara.


22/08/2017

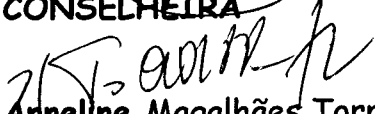

Antônia Helena Teixeira Gomes
PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA

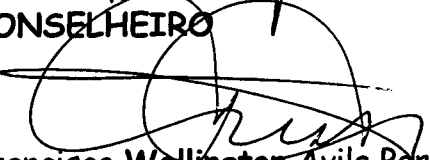

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Mônica Maria Castelo
CONSELHEIRA


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior
CONSELHEIRO


Anelise Magalhães Torres
CONSELHEIRA


Francisco Wellington Avila Pereira
CONSELHEIRO


Pedro Jorge Medeiros
CONSELHEIRO