



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

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

Resolução Nº 174 /2022

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

Processo Nº 1/5957/2018

Auto de Infração Nº: 1/201814229

Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL S/A

Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Conselheiro Relator: Cláudio Célio de Araújo Lopes

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO - LANÇAMENTO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO – APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DA MESMA NATUREZA SUJEITAS AO DIFERIMENTO NOS TERMOS DO CONV.ICMS 17/2013.

Palavra Chave: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO - LANÇAMENTO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO.

Relatório

Trata-se de Processo de crédito indevido, proveniente do lançamento na conta gráfica do ICMS em desacordo com a legislação. o contribuinte aproveitou créditos de ICMS na aquisição de serviços de comunicação para prestação de serviços da mesma natureza sujeitas ao diferimento nos termos do Conv.ICMS 17/2013 no valor de R\$ 703.880,61 nos exercícios de 2013 e 2014.

Tendo como relato da infração:

“ CRÉDITO INDEVIDO, PROVENIENTE DO LANÇAMENTO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. O CONTRIBUINTE APROVEITOU CRÉDITOS DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS AO DIFERIMENTO NOS TERMOS DO CONV.ICMS 17/2013 NO VALOR DE R\$ 703.880,61 NOS EXERCÍCIOS DE 2013 E 2014, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR EM ANEXO”

Apontada infringência ao art.49, 52 e 53 da Lei 12.670/96, e imposta penalidade preceituada no Art. 123, Inc. II, alínea “a” da Lei 12.670/96.

VALORES:

ICMS R\$ 703.880,61

MULTA R\$ 703.880,61

TOTAL R\$ 1.407.761,22

A empresa acima qualificada aproveitou indevidamente créditos de ICMS relativo à aquisição de serviços de comunicação para execução de serviço da mesma natureza, lançados na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD).

A prestação de serviços de telecomunicação para outras empresas do ramo de comunicação denomina-se cessão de meios de rede. Estes serviços devem ser escriturados na EFD, por parte da empresa adquirente, nos códigos fiscais de operações e prestações (CFOPs) 1301 e 2301, os quais registram as aquisições de serviço de comunicação para execução de serviço da mesma natureza em operações internas e em operações interestaduais, respectivamente.

O imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede, devido na prestação de serviço de telecomunicação entre empresas relacionadas no ATO COTEPE, fica diferido para o momento da prestação do serviço de telecomunicação ao usuário final. Portanto, não deverá haver destaque de ICMS na nota fiscal de serviço de telecomunicação (NFST) que acoberta a prestação de serviços de telecomunicação entre empresas relacionadas no ATO COTEPE 13/2013 e, tampouco, aproveitamento de crédito por parte da empresa tomadora do serviço, conforme dispõe o convênio ICMS 17/2013 em sua Cláusula Primeira com vigência a partir de 12/04/2013.

A empresa foi intimada em 05/04/2018 e com ciência em 17/04/2018 a justificar o aproveitamento de crédito de ICMS e em primeira resposta solicitou um prazo de 20 dias



para esclarecer. Posteriormente, em 10 de setembro de 2018, a empresa Telefônica apresentou nova resposta nos seguintes termos:

"PELA ANÁLISE DAS NOTAS FISCAIS E DA REDAÇÃO DO ITEM ABAIXO, CUIDA-SE DE CESSÃO ONEROSA DE MEIOS DE REDE (EILD), DENTRE OUTROS SERVIÇOS DE INTERCONEXÃO. CONSIDERANDO QUE A TELEFÔNICA EMPRESAS S/A E A TELEFÔNICA DATA S/A (TOMADORAS DOS SERVIÇOS DAS NOTAS ENVIADAS) NÃO ESTAVAM RELACIONADAS NO ATO COTEPE 13/2013, SEGUE RESPOSTA:

OCORRE QUE, CONFORME EXPRESSO NA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CITADO CONVÊNIO, TAL SISTEMÁTICA DE RECOLHIMENTO SE APLICA APENAS PARA AS EMPRESAS RELACIONADAS NO ATO COTEPE 13/13 (anexo), O QUE NÃO ERA O CASO DA TELEFÔNICA EMPRESAS S/A E DA TELEFÔNICA DATA S/A EM 09/2013, CONTRA AS QUAIS FORAM EMITIDAS AS NOTAS FISCAIS ORA QUESTIONADAS."

- IMPUGNAÇÃO – DEFESA

A empresa entrou tempestivamente com a impugnação alegando preliminarmente a nulidade da autuação com base na ilegitimidade da inclusão dos administradores da impugnante como corresponsáveis pela dívida tributária pelo fato que não há provas de que tenham praticado atos com excessos de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do Art. 135, III, do CTN;

No mérito solicita:

1 - Extinção dos créditos tributários pela Decadência conforme Art. 150, § 4º e Art. 156, V do CTN haja vista que a empresa foi autuada em 17/09/2018;

2- Seja extinto integralmente o crédito tributário exigido visto que o creditamento do ICMS concernentes à aquisição de serviços de comunicação para execução de serviço de mesma natureza (CFOP 5301) é perfeitamente devido com base na observância do Art. 60, IV, do regulamento do ICMS/Ce em face da aplicação do Princípio da Não-Cumulatividade e da impossibilidade de enriquecimento ilícito do estado diante de flagrante **bis in idem**

3-Sucessivamente, o descumprimento de obrigação acessória, ensejaria tão somente aplicação de penalidade isolada, nunca a exigência de valores a título de principal de imposto, pelo que necessária a convolação da autuação em aplicação de multa isolada

- JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



A Julgadora de 1ª Instância esclarece que a menção das pessoas nas informações complementares se deve a declaração de quem seriam os responsáveis juridicamente pela empresa atuada e também com o simples objetivo de instrução processual para deferimento de mandatos (procuração), autorizações para atuação de seus representantes jurídicos nos feitos judiciais ou administrativos-fiscais.

A tese da Decadência não é acatada visto que o lançamento dos autos se caracteriza como lançamento de ofício seguindo a regra disposta no Art. 173, inc. I do CTN.

Conforme o convênio ICMS 17/2013 (cláusula primeira):

"na prestação de serviços de telecomunicações entre empresas no "ATO COTEPE 13/13, de 13 de março de 2013, fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede ao prestador do serviço ao usuário final.

§ 1º aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no caput desta cláusula, desde que observando o disposto na cláusula segunda e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada"

Desta maneira conforme dispositivo acima o imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede, devido na prestação de serviços de telecomunicação entre empresas relacionadas no ATO COTEPE 13/2013 fica diferido para o momento da prestação do serviço de telecomunicação ao usuário final, de modo que não deve haver destaque de ICMS na nota fiscal de serviço de telecomunicação que acoberta a prestação de serviço de telecomunicação entre empresas relacionadas no já mencionado ATO COTEPE e, conseqüentemente, não é cabível aproveitamento de crédito por parte da empresa tomadora do serviço.

Cumpram destacar que a empresa atuada estava, à época da infração, relacionada no ATO COTEPE 13/2013, conforme documento acostado aos autos (fls 20 a23). Assim sendo, o aproveitamento do crédito realizado pelo atuado fere o disposto no Art. 52 da Lei nº 12.670/96.

"art. 52 - salvo disposição em contrário, não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, conforme definidos em regulamento"



Desta maneira não assiste razão ao impugnante o argumento do direito ao crédito com base no princípio da Não-Cumulatividade e enriquecimento ilícito do Estado, além de entender que a desobediência ao procedimento previsto para a restituição de tributo indevidamente recolhido é mero descumprimento de obrigação acessória cabendo apenas aplicação de penalidade isolada.

Neste caso o que existe não é apenas formalidade ou procedimento adequado mas de vedação legal em casos em que haja destaque indevido no documento fiscal o destinatário deve se limitar ao determinado na norma, senão vejamos:

"art. 51. o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do ICMS, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

§ 3º quando o ICMS destacado no documento fiscal for maior do que o exigível na forma da lei, o seu aproveitamento como crédito terá por limite o valor correto, observadas as normas sobre correção previstas em regulamento"

O Estado não pode e não quer enriquecimento ilícito, razão pela qual existem, como já disse o contribuinte em sua defesa, procedimentos específicos para o caso de recolhimento feito indevidamente ou em valor maior que o devido. Esse procedimento deve ser adotado por quem de direito, não sendo permitido ao contribuinte escolher a forma que deseja realizar para corrigir falhas na emissão dos documentos fiscais ou na escrituração dos mesmos.

A julgadora de 1ª Instância opta pela procedência da autuação mantendo os valores dos cálculos apresentados pelo agente fiscal:

ICMS R\$ 703.880,61
MULTA R\$ 703.880,61
TOTAL R\$ 1.407.761,22



- Assessoria Processual Tributária

O processo foi encaminhado para a Assessoria Processual Tributária que conhece do recurso ordinário, negando-lhe provimento e mantém a decisão da 1º Instância pela procedência da autuação.

Em sessão o representante da PGE acolheu o Parecer da Assessoria Processual Tributária.

O processo foi encaminhado para julgamento na 2ª câmara de julgamento que decidiu na sexagésima oitava 68º sessão ordinária (07/11/2021), por unanimidade de votos, conhecer do recurso ordinário, afastando as preliminares de extinção, adotando os fundamentos contidos no parecer da assessoria tributária. na sequência resolve, por unanimidade de votos e considerando o princípio da busca da verdade material, converter o curso do julgamento do processo em realização de perícia, para verificar se houve a escrituração na EFD e o pagamento do imposto, quando devido, referente às notas fiscais objeto da autuação, não seladas, para aplicação do § 12 do Art. 123 da Lei 16.258/2017.

O Processo foi encaminhado para a Célula de Perícias e Diligências Fiscais - CEPED a fim de que:

1 - verificar se houve a escrituração na efd e o pagamento do imposto, quando devido, referente às notas fiscais objeto da autuação, não seladas, para aplicação do § 12 do art. 123 da lei nº 12.670/96, alterada pela lei nº 16.258/2017.

2 - apresentar quaisquer outras informações necessárias ao esclarecimento da presente lide.

Após o trabalho da perícia foi concluído que todas as notas fiscais apontadas no levantamento da autuante estavam registradas na efd, por sua vez levadas à apuração na conta gráfica (fls 09 e 10) no qual foi elaborado um quadro com valores das operações não seladas no montante de R\$ 43.429,02 como também o novo valor da multa e R\$ 868,58 calculado com base no § 12 do Art. 123 da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 16.258/2017

- VOTO

O Auto de Infração foi lavrado em nome da empresa e em conformidade com os dados cadastrais da empresa. Não há que se falar sobre a ilegitimidade passiva dos sócios arrolados como corresponsáveis. Esta indicação dos administradores 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 cabe a este órgão administrativo



de julgamento tecer análise de responsabilidade individual dos sócios na infração, mas tão somente se houve a ocorrência ou não da infração apontada.

Com relação a Decadência parcial dos créditos lançados aos fatos ocorridos antes de 17/09/2013 lembramos que trata a acusação de lançamento e aproveitamento de crédito efetuado pelo contribuinte em desacordo com a legislação, e relativamente ao setembro de 2013, apontado no recurso a decadência, ressaltamos, que tais créditos foram apurados e lançados em outubro de 2013, devendo ser recolhido até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente, para ser homologado pelo fisco, conforme estabelece o Art. 74, inc. III do Dec. 24.569/97.

Determina a Súmula 555 do STJ 555 que:

" quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa"

No presente caso foi constatado que houve por parte do contribuinte declaração débito e recolhimento do ICMS em outubro de 2013, assim, o fisco tinha conhecimento do montante lançado e recolhido pelo contribuinte, devendo ocorrer à homologação dentro do prazo previsto no art. 150 § 4º do CTN, assim, poderia o fisco lançar o auto de infração até outubro de 2013.

Quanto ao mérito trata a acusação de crédito indevido em razão de infringência, a Cláusula Primeira do Conv. 17/2013. Afirma a empresa fiscalizada que as emitentes dos documentos fiscais, Telefônica Empresas S/A e Telefônica Data S/A, não estavam relacionadas no ATO COTEPE 13/2013, porém analisando o levantamento realizado pelo fisco, planilhas mídia anexa, fls 27, cujo o montante do crédito indevido foi lançado na inicial, verificamos que foram apontadas diversas operações de lançamento de créditos com as empresas relacionadas no ATO COTEPE/ICMS 13/2013, no período fiscalizado, empresas estas diversas das citadas pelo recorrente, conforme documentos anexos fls. 20 a 23.

Desta feita voto pela PROCEDÊNCIA da autuação mantendo a decisão de 1ª instância e confirmada pela Assessoria Tributária



Pelo exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário negar-lhe provimento, para afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, julgar procedente a acusação fiscal, nos termos deste voto mantendo a decisão de 1ª instância e de acordo com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária adotado, em sessão, pelo Representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO


ICMS R\$ 703.880,61
MULTA R\$ 703.880,61
TOTAL R\$ 1.407.761,22

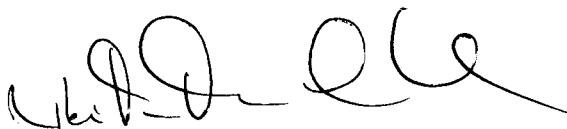
DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL 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, negar-lhe 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 24 de 05 de 2022

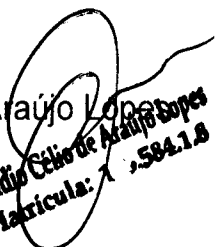
PIR 
Francisco José de Oliveira Silva
Presidente


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

Em 24 / 05 / 2022



Cláudio Célio de Araújo Lopes
Conselheiro


Cláudio Célio de Araújo Lopes
Matricula: 1.584.18

Jucileide Maria Silva Nogueira
Conselheira

Carlos Raimundo Rebouças Gondim
Conselheiro

Rafael Pereira de Souza
Conselheiro

Leilson Oliveira Cunha
Conselheiro

Wander Araújo de Magalhães Uchôa
Conselheiro