

PROCESSO Nº 1452582016-0
ACÓRDÃO Nº 0019/2021
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: CLARO S/A
Advogado: GABRIEL ROSA DA ROCHA (OAB/RJ nº 123.995) E OUTROS
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA
Autuante: EVACI FERREIRA DE ABREU
Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

CRÉDITO INDEVIDO DO ICMS (ATIVO IMOBILIZADO). COEFICIENTE DE CREDITAMENTO EQUIVOCADO - DENÚNCIA CONFIGURADA. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL. SAÍDAS ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO E/OU COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO – INFRAÇÃO COMPROVADA. INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITOS AO IMPOSTO ESTADUAL – DENÚNCIA COMPROVADA – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- O permissivo legal para utilização dos créditos de ICMS relativos às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado alberga-se no princípio da não-cumulatividade deste tributo. Todavia, o creditamento está condicionado ao cumprimento das disposições contidas no artigo 78 do RICMS/PB. *In casu*, restou demonstrado que a Autuada superavaliou os valores referentes aos coeficientes de creditamento.
- A ocorrência de saídas de mercadorias com base de cálculo inferior ao valor da entrada e/ou com redução de base de cálculo, impõe ao contribuinte o estorno do crédito em valor proporcional à redução.
- Evidenciada irregularidade de falta de recolhimento do ICMS, pela falta de débito do ICMS nos documentos fiscais emitidos, ante o fato de o contribuinte considerar indevidamente como isentas do ICMS as operações sujeitas ao imposto

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

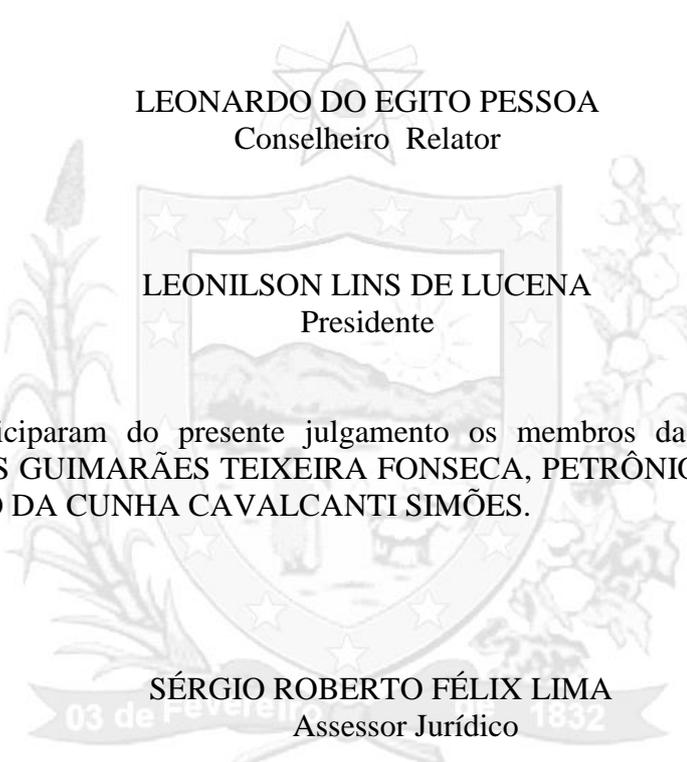
A C O R D A M Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo a sentença prolatada na primeira instância, declarando procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001802/2016-40, lavrado em 30 de setembro de 2016, contra a empresa CLARO S.A., inscrição estadual nº 16.158.601-5, devidamente qualificada nos autos, impondo o ônus desta ação fiscal, imputando-lhe o crédito tributário no valor de **R\$ 54.531,26 (cinquenta e quatro mil, quinhentos e trinta e um reais e vinte e seis centavos)**, sendo R\$ 27.645,76 (vinte e sete mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e setenta e seis centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 78, I, II e III; 106 c/c 85, III e 106, c/c artigos

52 e 54, §2º, I e II, Art. 2º e Art. 3º, Art. 60, I, "b", e III, "d" e "i", todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec.18.930/97 e R\$ 26.885,50 (vinte e seis mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e cinquenta centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, IV e V, "h", todos da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de janeiro de 2021.



LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor Jurídico

Processo nº 1452582016-0

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: CLARO S/A

Advogado: GABRIEL ROSA DA ROCHA (OAB/RJ nº 123.995) E OUTROS

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA

Autuante: EVACI FERREIRA DE ABREU

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

CRÉDITO INDEVIDO DO ICMS (ATIVO IMOBILIZADO). COEFICIENTE DE CREDITAMENTO EQUIVOCADO - DENÚNCIA CONFIGURADA. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL. SAÍDAS ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO E/OU COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO – INFRAÇÃO COMPROVADA. INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITOS AO IMPOSTO ESTADUAL – DENÚNCIA COMPROVADA – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- O permissivo legal para utilização dos créditos de ICMS relativos às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado alberga-se no princípio da não-cumulatividade deste tributo. Todavia, o creditamento está condicionado ao cumprimento das disposições contidas no artigo 78 do RICMS/PB. *In casu*, restou demonstrado que a Autuada superavaliou os valores referentes aos coeficientes de creditamento.

- A ocorrência de saídas de mercadorias com base de cálculo inferior ao valor da entrada e/ou com redução de base de cálculo, impõe ao contribuinte o estorno do crédito em valor proporcional à redução.

- Evidenciada irregularidade de falta de recolhimento do ICMS, pela falta de débito do ICMS nos documentos fiscais emitidos, ante o fato de o contribuinte considerar indevidamente como isentas do ICMS as operações sujeitas ao imposto.

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário interposto contra a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001802/2016-40 (fls. 2-4), lavrado em 30 de setembro de 2016 contra a empresa CLARO S/A, inscrição estadual nº 16.158.601-5.

Na referida peça acusatória, constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

0332 – CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO IMOBILIZADO) EM VIRTUDE DE APURAÇÃO INCORRETA DO CRÉDITO FISCAL >> Falta de recolhimento do ICMS, em virtude de o contribuinte ter aproveitado o crédito fiscal, concernente à aquisição de ativo fixo, em montante superior ao devido, tendo em vista a inobservância da correta forma para a apuração do imposto em cada período.

0325 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: MOTIVADO PELA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL ORIUNDO DA FALTA DE ESTORNOS DE CRÉDITOS DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS C/TRIBUTAÇÃO NORMAL E QUE FORAM OBJETO DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR A BASE DE CÁLCULO DAS ENTRADAS E DOS ESTORNOS DOS CRÉDITOS FISCAIS RELATIVO AOS PRODUTOS DE INFORMÁTICA EM OPERAÇÕES INTERNAS, CONTRARIANDO DISPOSTO NO ART. 85, III DO RICMS/PB, APROV.P/DEC. N.18.930/97 E CONSEQUENTE FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO APURADOS ATRAVÉS DA RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS.

0188 – INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(s) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo isenta(s) de ICMS.

Em decorrência dos fatos acima, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido os artigos 78, I, II e III; 106 c/c 85, III e 106, c/c artigos 52 e 54, §2º, I e II, Art. 2º e Art. 3º, Art. 60, I, "b", e III, "d" e "i, do RICMS/PB, aprovado p/Dec.18.930/97, lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 54.531,26 (cinquenta e quatro mil, quinhentos e trinta e um reais e vinte e seis centavos)**, sendo R\$ 27.645,76 (vinte e sete mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e setenta e seis centavos) de ICMS e R\$ 26.885,50 (vinte e seis mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e cinquenta centavos) a título de multas por infração, com arrimo no artigo 82, IV e V, "h", da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios às fls. 5 a 19 dos autos.

Depois de cientificada na própria peça acusatória em 18 de outubro de 2016 (fls. 04), a autuada, por intermédio de advogados devidamente habilitados para representá-la (fls. 56/65), apresentou Impugnação tempestiva aos lançamentos nele consignados, protocolada em 17/11/2016 (fls. 22 usque 54), por meio da qual alega que:

- a) A interposição da peça de defesa foi realizada de forma tempestiva;
- b) Em seguida, narra os fatos apurados pela fiscalização;
- c) Na sequência, se opõe aos cálculos efetuados pelo Fisco para a determinação do percentual relativo ao coeficiente de creditamento correspondente à relação entre o valor das saídas/prestações tributadas e o total das saídas, afirmando que foram considerados incorretamente pelo sujeito ativo, no presente trabalho, como prestações não tributadas, os seguintes itens, relativos à atividade fim da empresa, às quais também devem ser classificadas como tributadas pelo "ICMS":

- as vendas e transferências de mercadorias adquiridas de terceiros, sujeitas ao regime de substituição tributária (CFOP 5.405 e 5.409);
- as operações com brindes ou doações (CFOP 5.910 e 6.910);
- as prestações de serviços originadas de Terminais de Uso Público e chamadas de cartões telefônicos “pré-pagos” (CFOP 5.949);
- as transferências temporárias de bens do ativo imobilizado (CFOP 5.552).

d) Transcreve o seguinte normativo: o art. 20, §5º da Lei Complementar nº 87/96;

e) Cita e reproduz a Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 55/05 e o art. 45 do RICMS/PB;

f) No que diz respeito à infração de falta de recolhimento do imposto estadual, ratifica o entendimento de que a parcela dos descontos incondicionais não deve ser incluída na base de cálculo do ICMS, todavia, questiona a impossibilidade do direito de se creditar desta fração descontada, mesmo no caso de ocorrer revenda aos seus clientes, por preço inferior ao da aquisição, motivado por descontos incondicionais;

g) Argumenta que não pode prevalecer a interpretação da fiscalização, alegando que a vedação ao crédito do ICMS, apenas ocorrerá nos casos em que a saída posterior ocorre por preço inferior ao da entrada da mercadoria, exclusivamente quando decorrer de isenção ou não incidência;

h) Registra que há evidente incompatibilidade entre a compreensão do Fisco e os termos do art. 155, §2º, da CF/88;

i) Quanto à exigência fiscal “indicar como isentas pelo ICMS, operações com mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual” noticia que todos os valores exigidos pela fiscalização foram integralmente recolhidos, ainda, durante o período de apuração do imposto, conforme discriminado no campo “outros débitos” do seu Livro de Apuração do ICMS”;

j) Que caso subsista qualquer cobrança executiva, dela deve ser decotada as multas aplicadas nos percentuais de 100% e 75% sobre o valor do débito, pois os percentuais arbitrados mostram-se desproporcionais e com efeitos nitidamente confiscatórios;

k) Alega violação aos princípios da razoabilidade, do não confisco e da proporcionalidade, pelo fato de que a valoração da multa deve estar em perfeita consonância com o princípio que veda o confisco na exigência exacional, sob pena da ocorrência de dilapidação do patrimônio do suposto infrator da obrigação fiscal;

l) Cita e transcreve o art. 113, § 3º, do CTN;

m) Cita jurisprudência do STF consolidando o entendimento de que mesmo uma multa no patamar de 25% pode ser declarada confiscatória;

- n) Requer a realização de diligência/perícia fiscal com a finalidade de esclarecer as questões de fato expostas, consubstanciada na solução dos seguintes quesitos, entre outros a serem apresentados em oportunidade futura:
- i) queira o ilustre auditor-perito informar se nas operações de vendas e transferência de mercadorias entre estabelecimentos da Impugnante do Estado de Pernambuco para o Estado da Paraíba (CFOP 5.409), há influência do ICMS na formação do preço das mercadorias, ou seja, informar se a operação é tributada em algum momento pelo ICMS;
 - ii) queira o ilustre auditor-perito esclarecer se as prestações de serviços originadas a partir da ativação de cartões “pré-pagos” e terminais de uso público (CFOP 5.949), foram requalificadas no trabalho fiscal como isentas ou não tributadas pelo “ICMS”;
 - iii) queira o ilustre auditor-perito responder se o quanto questionado nos itens “i” a “ii” acima, impacta no cálculo do coeficiente “CIAP” de aproveitamento dos créditos do ICMS;
 - iv) queira o ilustre auditor-perito esclarecer se os modems e tablets vendidos pela impugnante por preço inferior ao de compra tiveram sua base de cálculo reduzida por isenção ou não-incidência;
 - v) e, por fim, queira o ilustre auditor-perito esclarecer se, a partir da documentação acostada aos autos, é possível verificar o devido recolhimento do imposto devido, relativamente às operações equivocadamente indicadas pela Impugnante como isentas/não tributadas.
- o) Ao longo de toda a peça de defesa, a Impugnante apresenta numerosas jurisprudências e doutrinas com o fito de sustentar as teses apresentadas.

Com base nos argumentos apresentados, a Impugnante requer seja dado provimento integral à Impugnação, para que seja reconhecida a total improcedência do Auto de Infração ora em análise.

Com informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 324), porém sem repercussão, foram os autos conclusos (fls. 325) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz que exarou sentença considerando o auto de infração PROCEDENTE, conforme ementa abaixo:

TELECOMUNICAÇÕES. CRÉDITO FISCAL DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO. PROPORCIONALIDADE. APROVEITAMENTO INDEVIDO. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO COMO SAÍDAS TRIBUTADAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DOS COEFICIENTES DE CREDITAMENTO DO CIAP. DENÚNCIA COMPROVADA. CRÉDITOS FISCAIS REFERENTES A MERCADORIAS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO CUJAS SAÍDAS POSTERIORES FORAM A TÍTULO DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO E DE DESCONTOS INCONDICIONAIS, SEM INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. ESTORNO NÃO REALIZADO. GLOSA CORRETAMENTE EFETIVADA. INDICAR COMO ISENTAS, OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO ICMS. ILICITUDE CONFIRMADA.

- Imputação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos às aquisições de bens para o Ativo Permanente, uma vez que a escrituração do livro CIAP mostra-se incorreta, bem como o cálculo dos coeficientes mensais de apropriação dos créditos.

- Não há como se falar em crédito fiscal do imposto, nem em direito de crédito fiscal, em relação às mercadorias entradas no estabelecimento cujas saídas posteriores sejam promovidas sob qualquer beneplácito fiscal, exceto se expressamente prescrito tratamento mais benéfico que admita a manutenção do crédito, porém não contemplado no caso presente.

- O não oferecimento à tributação do valor integral das operações de saídas de mercadorias tributadas, mediante a prática de escriturá-las e oferecê-las à tributação em desconformidade como registradas nos respectivos ECFs utilizados no estabelecimento, constitui infração fiscal. Correta a imposição tributária para exigir imposto e multa.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão de primeira instância via DTE em 25/07/2019 (fls. 346), a atuada, por meio de advogados legalmente habilitados (fls. 56-65), apresentou tempestivamente recurso voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais em 26/08/2019 (fls. 347 a 375), ocasião em que apresenta uma síntese dos fatos e ao final defende que a decisão de primeira instância merece ser reformada, pois, não descumpriu a legislação fiscal, conforme passa a demonstrar:

1) Com relação a **acusação 01 “crédito indevido – ativo imobilizado”**, se opõe aos cálculos efetuados pelo Fisco para a determinação do percentual relativo ao coeficiente de creditamento correspondente à relação entre o valor das saídas/prestações tributadas e o total das saídas, afirmando que foram considerados incorretamente pelo sujeito ativo, no presente trabalho, como prestações não tributadas, os seguintes itens, relativos à atividade fim da empresa, às quais também devem ser classificadas como tributadas pelo ICMS:

1.1) as vendas e transferências de mercadorias adquiridas de terceiros, sujeitas ao regime de substituição tributária (CFOP 5.405 e 5.409);

1.2) as prestações de serviços de chamadas de cartões telefônicos “pré-pagos” (CFOP 5.949);

1.3) as operações com brindes ou doações (CFOP 5.910 e 6.910);

- Transcreve o seguinte normativo: o art. 20, §5º da Lei Complementar nº 87/96;

- Cita e reproduz a Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 55/05.

2) No tocante a **acusação 02 “falta de recolhimento do ICMS em virtude de falta de estorno de crédito”**, ratifica o entendimento de que a parcela dos descontos incondicionais não deve ser incluída na base de cálculo do ICMS, todavia, questiona a impossibilidade do direito de se creditar desta fração descontada, mesmo no caso de ocorrer revenda aos seus clientes, por preço inferior ao da aquisição, motivado por descontos incondicionais. Argumenta que não pode prevalecer a interpretação da fiscalização, alegando que a vedação ao crédito do ICMS, apenas ocorrerá nos casos em que a saída posterior ocorre por preço inferior ao da entrada da mercadoria, exclusivamente quando decorrer de

isenção ou não incidência. Por fim, registra que há evidente incompatibilidade entre a compreensão do Fisco e os termos do art. 155, § 2º, da CF/88;

3) No que concerne a **acusação 03 “indicar como isentas operações sujeitas ao imposto estadual”**, deixou de apresentar defesa de mérito para a referida acusação;

4) Requer novamente o afastamento da multa de ofício, pois aplicada em patamar estratosférico, com nítido caráter confiscatório.

Por todas as suas razões, requer seja conhecido e dado provimento integral ao recurso a fim de que se reconheça a insubsistência do Auto de Infração ora guerreado, de modo a reformar a decisão de primeira instância, cancelando-se, por conseguinte, os valores nele materializados.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Com pedido de sustentação oral, requerido via e-mail após publicação da pauta de julgamento (fls. 379), foi emitida solicitação de parecer (fls. 380/381), com expedição do mesmo pelo assessor jurídico da Casa, doutor Sérgio Roberto Félix Lima (fls. 382/391).

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, nos moldes do que apregoa o artigo 77 da Lei 10.094/2013, interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001802/2016-40 lavrado em 30/09/2016 (fls. 2-4) em desfavor da empresa CLARO S.A., inscrição estadual n.º 16.158.601-5, já devidamente qualificada nos autos.

Inicialmente, importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto na Lei n.º 10.094/13.

Antes de qualquer análise do mérito da questão, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, seja por vício material, seja por vício formal.

Sem preliminar a ser analisada, passo a análise do mérito de forma individualizada por acusação.

- Do Mérito

- Acusação 03

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO

Com relação a infração em destaque, é preciso fazer o esclarecimento de questões que reduzem a discussão: o recurso apresentado, limitou o objeto litigioso ao abordar apenas as acusações relativas a crédito indevido (ativo imobilizado) e falta de recolhimento do ICMS em virtude de falta de estorno de crédito, sendo omissa quanto às demais acusações.

Pois bem, analisando a peça recursal no tocante a acusação em destaque, verificamos que a Recorrente não teceu quaisquer considerações acerca da citada acusação, restando-me apenas o exame da regularidade do procedimento de apuração da falta, a qual ressaltamos que, após cuidadosa análise da peça acusatória, verificamos que estão delineadas as formalidades prescritas no art. 142 do CTN e nos dispositivos constantes nos artigos 14, 16 e 17 da Lei estadual nº 10.094/2013 (Lei do PAT), portanto, apta a produzir os seus regulares efeitos.

Também merece atenção a redação do art. 77, §1º, Lei estadual nº 10.094/2013 (Lei do PAT), vejamos:

Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência da sentença.

§ 1º O recurso que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário.

Destarte, nos termos do dispositivo acima transcrito, em se tratando de créditos não impugnados, resta acatada a denúncia de “Indicar como Isentas do ICMS, Operações c/ Mercadorias Sujeitas ao Imposto” contidas na inicial, tomando-se os lançamentos referentes à citada acusação como não contenciosos.

Neste sentido e em consonância com a decisão singular, mantenho na íntegra a acusação de “Indicar como Isentas do ICMS, Operações c/ Mercadorias Sujeitas ao Imposto”, mantendo a exigibilidade do crédito tributário constante do libelo acusatório no montante de **R\$ 5.540,99 (cinco mil, quinhentos e quarenta reais e noventa e nove centavos)**, sendo R\$ 3.041,02 de Icms e R\$ 2.499,97 de multa por infração.

Acusação 01

CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO IMOBILIZADO) EM VIRTUDE DE APURAÇÃO INCORRETA DO CRÉDITO FISCAL

No libelo acusatório, no tocante a acusação em tela, consta como infringido o artigo 78, I, II e III, do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 78. Para efeito do disposto no art. 72, relativamente aos créditos decorrentes das aquisições, a partir de 1º de janeiro de 2001, de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, deverá ser observado (Lei nº 7.334/03):

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 mensalmente será o 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 e prestações com destino ao exterior;

IV - o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, *pro rata die*, caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês;

V - na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos, contado da data de sua aquisição, o creditamento de que trata este artigo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio, somente poderá ser aproveitado mensalmente pelo novo destinatário dos bens localizado neste Estado, através da emissão de Nota Fiscal Modelo 1 ou 1-A, na forma do inciso I (Lei nº 7.334/03);

VI - serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no art. 20, em documento próprio, para aplicação do disposto neste artigo, observado os §§ 1º ao 3º;

VII - ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado. (g. n.)

O permissivo legal para utilização dos créditos de ICMS de que trata o dispositivo acima transcrito alberga-se no princípio da não cumulatividade deste tributo, por meio do qual se compensa o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou à prestação de serviços, com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal, em observância ao que dispõe o artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal de 1988:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

A não cumulatividade garante ao contribuinte do ICMS o direito de deduzir do montante devido o valor anteriormente pago em operações anteriores. Todavia, o creditamento do ICMS, relativamente aos créditos decorrentes das aquisições de mercadorias destinadas ao

ativo permanente do estabelecimento, está condicionado ao cumprimento das disposições contidas no artigo 78 do RICMS/PB.

O inconformismo demonstrado pela defesa firma-se, sobretudo, na metodologia empregada pela Fiscalização, alegando que o coeficiente do numerador (saídas tributadas) por esta utilizada, está contaminado por vícios na formação, por entender, equivocadamente, que algumas das operações ou prestações estão ao abrigo da isenção ou não incidência. Ao assim proceder, o Fisco obteve, como resultado, coeficientes inferiores aos apurados pela autuada.

Em verdade, é determinante especificar que, compulsando os autos, resta incontestado que o procedimento realizado tem legitimidade, vez que implementado sobre os registros fiscais da própria recorrente e, conforme defesa formulada, muitas incongruências combatidas pela autuada nesta oportunidade, a despeito de sua insurgência, são tratadas como efetivamente lançadas em seus registros, o que se comprova pela peça de defesa apresentada, onde a digna recorrente trata determinada matéria de uma forma em sua escrituração e busca, em sua defesa, a revelia de sua escrituração, reconhecer a natureza jurídica das operações de modo diverso.

Pois bem, o contribuinte do ICMS que pretenda apropriar-se de crédito fiscal relativo ao ingresso de bens/itens/mercadorias destinadas ao seu ativo fixo/imobilizado/permanente, deve guiar-se na seguinte equação:

$\text{Crédito Fiscal Mensal} = 1/48 \times \frac{\text{Valor das operações de saídas e prestações tributadas}}{\text{Valor das operações de saídas e prestações do período}}$
--

Assim, para o deslinde da questão faz-se necessário verificar qual das partes (defesa ou acusação) procedeu de acordo com a Legislação do Icms do Estado da Paraíba, no tocante a correta apuração do coeficiente de creditamento para o Icms dos bens do ativo permanente.

Portanto, para solução da lide, mostra-se imprescindível a análise de cada um dos itens contestados pela Autuada, iniciando pelo **item 1.1** – vendas e transferências de mercadorias adquiridas de terceiros, registradas sob os CFOPs 5.405 e 5.409, os quais são regularmente tributados, só que em etapa anterior via substituição tributária.

A divergência quanto as operações de vendas/transferências de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária reside no fato de a fiscalização tê-las tratado como operações não tributadas.

Ao meu sentir, agiu acertadamente a fiscalização, pois as mercadorias quando remetidas a autuada foram objeto de substituição tributária, sendo sua posterior saída realizada sem destaque do ICMS, ou seja, não são tributadas pelo ICMS, motivo pelo qual, não devem compor, na condição de tributadas, o coeficiente de apropriação de créditos decorrentes das entradas de bens e mercadorias para o ativo permanente, tanto é verdade que a própria escrituração fiscal do contribuinte não tem informação de débito do imposto nessas operações.

Pelas razões acima, tal argumento não merece guarida, uma vez que a apuração do coeficiente de creditamento deve ser calculada de forma mensal, considerando as operações tributadas e o valor total de saídas no respectivo mês, de maneira que o fato das operações serem tributadas em momento distinto, não altera a realidade de que, quando ocorreram, não

houve a incidência do tributo, sendo, portanto, corretamente classificadas como não tributadas nessa fase.

Assim, não devem ser incluídas tais operações no numerador (valor das operações de saídas e prestações tributadas) do coeficiente de apropriação de créditos do ativo imobilizado.

No tocante ao **item 1.2** – que trata das prestações de serviços de chamadas de cartões telefônicos “pré-pagos” (CFOP 5.949), onde são devidamente tributados, portanto, deve ser consideradas no numerador para o cálculo do coeficiente de creditamento CIAP.

No caso das operações relativas às vendas de cartões pré-pagos (recarga virtual), ocorre a tributação no momento quando da ativação do serviço, como prevê o Convênio ICMS nº 55/05, *verbis*:

Cláusula primeira Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, será emitida Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação – Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização:

I – para utilização exclusivamente em terminais de uso público em geral, por ocasião de seu fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento;

II - de créditos passíveis de utilização em terminal de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado.

§ 1º Para os fins do disposto no inciso II, a disponibilização dos créditos ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicação, que possibilite o seu consumo no terminal.

§ 2º Aplica-se o disposto no inciso I quando se tratar de cartão, ficha ou assemelhado, de uso múltiplo, ou seja, que possa ser utilizado em terminais de uso público e particular.

O caso guarda certa similaridade com a cessão de meios de rede, pois se refere a receitas de serviços de telecomunicação cuja tributação se dará no momento da ativação do serviço. Portanto, tratando-se de operações desoneradas do imposto, nesta fase de tributação, os valores, a ela referentes, devem compor o cálculo do coeficiente de creditamento, apenas, no denominador da equação.

Logo, por se tratarem de prestações de serviço de telecomunicação, onde o ICMS é devido em etapa posterior, não há parcela de créditos a apropriar nessas operações quando sua realização, portanto, considero correto o procedimento da fiscalização ao computar o valor dessas operações, apenas no denominador da equação para o cálculo do coeficiente de creditamento.

Com relação ao item **item 1.3** - que as operações referentes à remessa em bonificação e/ou brinde, quais sejam: as registradas pelos CFOPs 5.910/6.910, mesmo que escriturada de forma errônea pela autuada (isentas/não tributada) devem sim compor o numerador da fração algébrica pois são operações tributáveis nos termos do art. 501 e seguintes do RICMS/PB.

Como bem reconhecido pela própria atuada e devidamente corroborado pela sua escrituração fiscal, as operações com brindes e/ou doações realizadas pelo contribuinte não foram oferecidas a tributação, conforme atesta as suas EFDs, pois escrituradas como isentas, outras e/ou não tributadas.

Dessa forma, as operações com brindes e/ou doações da forma como registrada pela atuada, não podem ser consideradas no numerador (valor das operações de saídas e prestações tributadas) para efeito de cálculo do coeficiente de creditamento referente ao crédito do ativo imobilizado.

Assim, não podem ser acatados os argumentos da defesa quanto à adição desses valores ao numerador do quociente, quando da distribuição de brindes e doações, pois a atuada registrou essas receitas em sua escrita fiscal na coluna “Outros/Isentos”, segundo se observa em seu Livro de Registro e Apuração do ICMS, não sendo cabível mudar a classificação fiscal/contábil adotada para fins casuísticos, se, podendo escriturar essas receitas como saídas tributadas, optou o contribuinte por adotar enquadramento diverso.

De mais a mais, por ocasião do julgamento recente de questão de idêntica natureza tendo a recorrente como atuada, este Conselho de Recursos Fiscais exarou o Acórdão nº 292/2019, da lavra da eminente Cons^a Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões, que assim decidiu a questão cuja ementa transcrevo:

CRÉDITO INDEVIDO DO ICMS (ATIVO IMOBILIZADO). COEFICIENTE DE CREDITAMENTO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

O aproveitamento de créditos relativos às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa deve obedecer aos parâmetros exigidos na legislação do ICMS do Estado da Paraíba.

Exclusão da multa recidiva, ocorrência da infração anteriormente ao trânsito em julgado, em observância aos ditames do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

Neste diapasão, e após rigorosa análise do caderno processual, hei de concluir que a sentença da primeira instância no tocante a presente acusação está correta, uma vez que a ação fiscal tem respaldo nos dispositivos de lei supracitados, e nos próprios lançamentos realizados pela atuada em sua escrita fiscal, daí porque mantenho a decisão singular.

Acusação 02

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL (EM VIRTUDE DE FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO)

Nesta acusação, a fiscalização apurou falta de recolhimento do ICMS, nos meses de fev/13, mar/13, abr/13, jul/13, ago/13, dez/13 e maio de 2014, motivado pela utilização indevida de crédito fiscal oriundo da falta de estornos de créditos das mercadorias adquiridas com tributação normal e que foram objeto de saídas com base de cálculo inferior a base de cálculo das entradas e os relativos às saídas com produtos de informática em operações internas, conforme os demonstrativos (levantamento fiscal – fls. 7/17).

Com efeito, a constatação das operações acima impõe ao contribuinte o estorno dos créditos referente às entradas em valor proporcional à redução, como determina o art. 85, incisos I e III, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 85. O sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, observado o disposto no § 6º:

I - for objeto de saídas não sujeitas ao imposto, por isenção, não-incidência ou redução de base de cálculo, sendo esta circunstância imprevisível à data da entrada, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito; (g.n.)

II - tiver o imposto devolvido, no todo ou em parte, ao próprio ou a outro contribuinte, mesmo sob a forma de prêmio ou estímulo;

III - for objeto de saída com base de cálculo inferior à operação de entrada, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução; (grifou-se).

(..)

Sobre a acusação em tela, ressaltamos que a falta de recolhimento de ICMS identificada nos períodos acima identificados, foram devidamente apurados após recomposição da conta gráfica dos exercícios de 2013 e 2014.

Em sua peça recursal, a recorrente apresenta as mesmas razões apresentadas na primeira instância, onde assevera o seu direito ao crédito de ICMS sobre as entradas de mercadorias tributadas, mesmo que as saídas posteriores sejam a título de redução de base de cálculo ou de descontos incondicionais, com base no princípio constitucional da não cumulatividade aplicável ao ICMS, o qual, da forma como delineado, constitui-se como um direito fundamental do contribuinte. E, nestas condições, comporta somente as restrições expressamente previstas na Constituição Federal, quais sejam, no tocante à isenção e a não incidência do imposto, conforme art. 155, II e § 2º, I e II, da CF/88. Até porque, para a defesa, a redução de base de cálculo ou os descontos incondicionais não se configuram como hipóteses de isenção ou não incidência, trazendo, como consequência, a redução do preço médio.

Data vênia, reputo insubsistente o argumento defensivo.

A matéria em apreciação nos remete, *in limine*, aos aspectos legais a serem observados para fruição desse direito, de que é titular o sujeito passivo.

O direito ao crédito fiscal decorre do caráter não-cumulativo do ICMS, instituído na Carta Magna de 1988, onde o montante devido em cada operação deve ser compensado com os valores cobrados nas operações anteriores. Esta sistemática evita a oneração excessiva do imposto, fazendo-o incidir, apenas, sobre o valor acrescido em cada fase da cadeia produtiva e de distribuição, conforme dispõe o artigo 155 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Como se observa, nos termos da Constituição Federal, o direito ao crédito fiscal está condicionado à ocorrência de uma saída tributada subsequente, sendo adequado às operações com mercadorias destinadas à revenda ou à industrialização, ressalvada a determinação em contrário da legislação.

No caso em exame, tenho como indiscutível que o sujeito passivo apropriou-se, indevidamente, de créditos fiscais relativos a mercadorias entradas em seu estabelecimento, tendo em vista não ter realizado o devido estorno proporcional quando das saídas subsequentes promovidas sob o manto da redução de base de cálculo ou dos descontos incondicionais, conforme comando insculpido no art. 85, incisos I e III, do RICMS/PB.

Neste diapasão, resta clarividente que o Estado da Paraíba optou por conceder o benefício da redução da base de cálculo para os produtos de informática, mas contrariamente ao entendimento da recorrente, não dispensou o estorno proporcional dos créditos.

Destarte, não há como se falar em crédito fiscal do imposto, nem em direito de crédito fiscal, em relação às mercadorias entradas no estabelecimento cujas saídas posteriores sejam promovidas sob qualquer beneplácito tributário, exceto se expressamente prescrito tratamento mais benéfico que admita a manutenção do crédito. Situação que, no caso em comento, não se verifica.

Portanto, não vejo qualquer desobediência constitucional diante do procedimento fiscal realizado, além do que, o trabalho fiscal mostra-se diametralmente dentro da razoabilidade e da proporcionalidade, coletando dados e informações satisfeitas pelo próprio sujeito passivo, sem qualquer produção insubsistente de prova material para fluir as diferenças verificadas pelo fiscal autuante e constante do auto de infração.

Corretas as exigências fiscais.

DA MULTA POR INFRAÇÃO

Com relação a multa aplicada, afirma a recorrente que a aplicação de multa em percentuais de 100% e 75% se mostra injusta, desproporcional e confiscatória.

Quanto à alegação de que a penalidade imputada ao contribuinte é exorbitante e confiscatória, a análise acerca de inconstitucionalidade de lei é matéria que extrapola a competência dos órgãos julgadores, por força do artigo 55, I, da Lei nº 10.094/13, que dispõe

sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Não bastasse este fato, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não são confiscatórias as multas que não ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.

Nesse sentido, confirmam-se os julgados:

TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral.

(RE 833.106- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.

II A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.

III Agravo regimental improvido. (RE 748.257-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

Ademais, a matéria já foi sumulada, tendo, inclusive, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis. Vejamos a redação do artigo 90, § 3º, da Lei nº 10.094/13, bem como o teor da Súmula 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico, em 19 de novembro de 2019:

Art. 90. Compete ao Conselho de Recursos Fiscais, apreciar proposta de súmula para consolidar suas decisões reiteradas e uniformes.

(...)

§ 3º Depois de publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Receita - DOe-SER, a súmula terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Portaria nº 00311/2019/SEFAZ

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019)

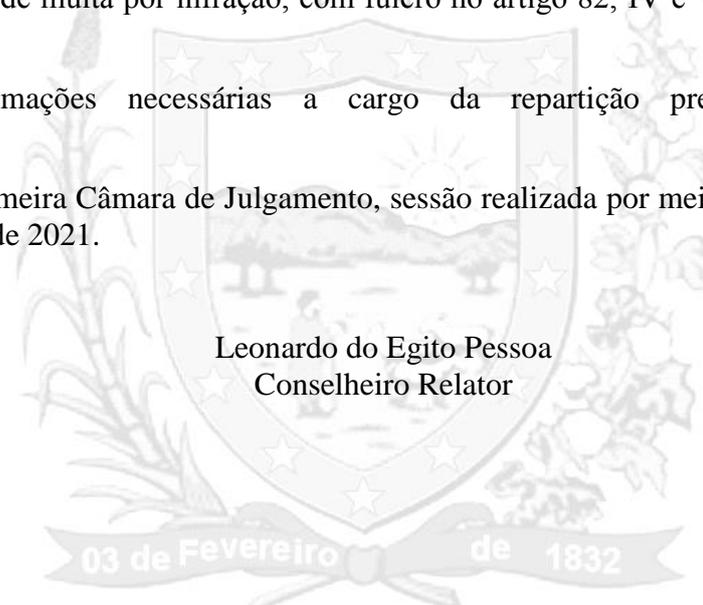
Pelos fundamentos acima evidenciados e sem reparos a fazer quanto ao procedimento do julgador singular, venho a ratificar a decisão de primeira instância que se procedeu conforme as provas dos autos e os termos da legislação de regência.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo a sentença prolatada na primeira instância, declarando procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001802/2016-40, lavrado em 30 de setembro de 2016, contra a empresa CLARO S.A., inscrição estadual nº 16.158.601-5, devidamente qualificada nos autos, impondo o ônus desta ação fiscal, imputando-lhe o crédito tributário no valor de **R\$ 54.531,26 (cinquenta e quatro mil, quinhentos e trinta e um reais e vinte e seis centavos)**, sendo R\$ 27.645,76 (vinte e sete mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e setenta e seis centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 78, I, II e III; 106 c/c 85, III e 106, c/c artigos 52 e 54, §2º, I e II, Art. 2º e Art. 3º, Art. 60, I, "b", e III, "d" e "i", todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec.18.930/97 e R\$ 26.885,50 (vinte e seis mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e cinquenta centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, IV e V, "h", todos da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de janeiro de 2021.



Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator

03 de Fevereiro de 1832