

A. I. Nº - 269130.0013/12-7
AUTUADO - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 06.03.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-02/13

EMENTA: ICMS. 1. REMESSA DE BENS PARA EXPOSIÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO DE MERCADORIAS ENVIADAS PARA EXPOSIÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração elidida em parte. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações não impugnadas. **3.** CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO DO CIAP A MAIOR. Corrigidos, na informação fiscal, erros na apuração do débito, o qual foi submetido a apreciação do sujeito passivo, sem qualquer manifestação do mesmo. Lançamento mantido parcialmente. **4.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Este fato constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Fato não contestado. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas na defesa, e negado o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 14/06/2012, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$1.392.847,48, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.211,37, em razão da remessa de bens para exposição, no mês de dezembro de 2008, sem o devido retorno, conforme demonstrativos às fls. 11 a 12.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de outubro a dezembro de 2008, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$122.310,84, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme documentos às fls. 38 a 67.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses outubro a dezembro de 2008, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$17.036,40, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo e documentos às fls. 68 a 87.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.102.117,84, no período de janeiro a dezembro de 2009, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos às fls. 127 a 151.

5. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$44,69, relativo às operações de saídas de mercadoria tributada efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao exercício 2009, conforme demonstrativos e documentos às fls. 363 a 379.
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho e agosto de 2009, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$132.773,40, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme documentos às fls. 227 a 346.
7. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses janeiro a abril, agosto a dezembro de 2009, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$17.352,94, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo e documentos às fls. 380 a 382.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 395 a 402, quantos às infrações 02, 03, 05, 06 e 07, reconheceu como devidos os débitos a elas inerentes e informou que está providenciando os respectivos pagamentos.

Com relação às infrações 01 e 04, destaca que as acusações fiscais se referem a falta de retorno de itens enviados para feira em 2008, e de apropriação indevida de crédito de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, em valor superior ao permitido na legislação, respectivamente.

Em seguida, analisando o direito aplicável, impugnou a infração 01, argüindo que ao contrário do alegado pela fiscalização, as notas fiscais nº 46 e 47, emitidas em 16/12/2008, cujas saídas se deram a título de demonstração em feira, foram efetivamente tributadas.

Quanto a infração 04, argui a nulidade por entender que o lançamento está eivado de nulidade por ausência de motivação, isto porque, foi alegado erro no cálculo do coeficiente de estorno sem especificar as saídas que deveriam compor o cálculo. Ou seja, que não foi demonstrada com clareza exigida por lei qual operação ou operações estão sendo consideradas para efeito do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP

Transcreveu o artigo 21 da Lei Complementar nº 87/96, que exige o estorno do crédito de ICMS nos casos em que o bem do ativo imobilizado participe diretamente na produção de produtos ou serviços isentos ou não tributados por aquele imposto estadual.

LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96

"Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta) sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;"

Com base no dispositivo acima transcrito, argui que é juridicamente possível e obrigatório o estorno do crédito de ICMS somente nos casos de saídas qualificadas pela isenção ou não-incidência do ICMS e, desde que essas saídas sejam definitivas diminuindo o patrimônio da empresa.

Destaca que há casos em que dá saída de seus equipamentos de forma não definitiva, a exemplo de locação, comodato, saída para conserto de ativo, saída de equipamento para montagem de torres e antenas e etc., não havendo, portanto, a desincorporação desses bens do seu ativo imobilizado não gerando, assim, qualquer efeito de ordem patrimonial para a empresa, pois não ocorre redução do seu ativo imobilizado.

Transcreveu resposta da Consulta Fiscal nº 794/98S efetuada a Consultoria do

Estado de São Paulo, a saber:

“CONSULTA Nº 794/98

Ativo permanente - Critério para cálculo do estorno de crédito nas saídas de mercadorias isentas/não tributadas.

- 1. A Consulente, operando no setor industrial, apresenta dúvidas de interpretação do artigo 21, parágrafos 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei Complementar nº 87/96, de 13 de setembro de 1996, que preceitua a respeito do estorno do valor do crédito de ICMS relativo a bens do ativo permanente utilizados para produzir mercadorias cujas saídas sejam isentas ou não tributadas.*
- 2. Quando da apuração do valor a estornar, indaga se deve considerar o valor total de saídas, incluindo até mesmo os bens do ativo permanente que são remetidos para conserto, ou apenas o total de vendas.*
- 3. No caso sob análise, devemos considerar o que pretendia o legislador quando estabeleceu a regra de estorno do valor do crédito em questão: excluir (estornar) o valor do imposto creditado por aqueles contribuintes que venham a praticar saídas ou prestações não geradoras de impostos.*
- 4. Assim, para o cálculo em questão, entendemos que a Consulente deve considerar apenas as saídas que afiguram caráter definitivo, que transferem titularidade, desconsiderando saídas provisórias, para conserto por exemplo, as quais não reduzem estoques, são deslocamentos físicos sem implicações de ordem patrimonial, não refletindo, a nosso entendimento, a vontade do legislador.” (grifamos)*

Além disso, diz que protocolou Consulta Fiscal objetivando dirimir dúvida de interpretação da legislação estadual do Rio de Janeiro relativamente a mesma matéria tributária objeto do presente lançamento tributário. Aduz que se tratava de dúvida sobre a obrigatoriedade ou não de incluir todas as saídas, inclusive aquelas que não implicavam na desincorporação do ativo imobilizado, no cálculo do coeficiente de estorno referente ao crédito de ICMS apropriado no livro CIAP.

Informa que a Consulta Fiscal foi respondida pela negativa, ou seja, as saídas de bens do ativo não definitivas que não implicavam na sua desincorporação do ativo e tampouco geravam quaisquer implicações de ordem patrimonial para a empresa, NÃO deveriam compor o total das saídas e prestações do período para efeito de cálculo do coeficiente de estorno, conforme transcrição abaixo:

“(…)

Vem a Consulente indagar, objetivamente, sobre a forma de se apurar o coeficiente de estorno, que é utilizado no CIAP para se determinar a parcela mensal do ICMS sobre o ativo imobilizado, previsto no artigo 26, parágrafo 7º, itens 1, 2 e 3 do RICMS/RJ, se deve ser considerado o total das saídas, inclusive aquelas que não geram a desincorporação do bem do ativo fixo da Consulente, isto é, as saídas não definitivas/ temporárias, ou se deve considerar o total das saídas definitivas, ou seja, somente aquelas que são desincorporadas do ativo fixo da Consulente gerando, assim, implicações de ordem patrimonial para a empresa, pois ocorre redução do seu ativo imobilizado.

RESPOSTA

A entrega de equipamento destinado à prestação de serviço de comunicação, feita ao usuário mediante contrato de locação ou comodato, em que seja obrigatória a devolução do equipamento ao estabelecimento da Consulente,

não descaracteriza sua integração ao ativo permanente. E assim sendo, o mero deslocamento do aparelho não é considerado dentre o total das operações ou prestações ocorridas no período' e não tem efeito algum para o cálculo da proporcionalidade a que se refere o item 2 do § 7º, do artigo 26, do Livro I, do RICMS.” (grifamos)

Por conta de tais argumentos, aduz que no presente processo não foi definida corretamente a matéria tributável, ofendendo, assim, as disposições do artigo 142 do CTN, não restando dúvida que o auto de infração em questão foi lavrado com preterição ou prejuízo do direito de defesa da Impugnante, bem como não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a pretensa infração cometida.

Prosseguindo, quanto a metodologia do cálculo do CIAP, relembra que a legislação aplicável ao cálculo do coeficiente de estorno, transcrevendo o artigo 20, da LC nº 87/96, que dispõe que o “imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. ” ; o artigo 21: “para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação. ”; e o § 1º deste artigo: “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. ”

Expressa seu entendimento de que devem ser observadas as regras de lançamento e estorno do imposto previstas nos artigos 20 e 21 da Lei Complementar nº 87/96, e frisa que o próprio artigo 21, quando determina que se faça o estorno do valor do imposto de que se creditou o sujeito passivo, *deixa explícito que o procedimento de estorno, no que diz respeito ao ativo imobilizado, só será realizado nos ativos.*

Assevera que de acordo com a legislação vigente, o coeficiente de estorno deve ser calculado considerando às operações isentas ou não-tributadas e desde que o ativo fixo participe diretamente na produção das mercadorias ou serviços objeto dessas operações.

Esclarece ainda que as operações de saídas realizadas pelo estabelecimento e respectivos CFOP, são as seguintes:

- CFOP 5.102 - venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro;
- CFOP 5.152 - transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro;
- CFOPs 5.301, 5.302, 5.303, 5.304 e 5.307 - prestação de serviço de telecomunicação;
- CFOP 5.405 - venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro no regime de substituição tributária;
- CFOP 5.409 - transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro sob o regime de substituição tributária;
- CFOP 5.552 - transferência de bem do ativo imobilizado;
- CFOP 5.557 - transferência de material de uso e consumo;
- CFOP 5.905 - remessa para depósito fechado ou armazém geral;
- CFOP 5.910 - remessa em bonificação, doação ou brinde; e

- *CFOP 5.949 - outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado.*

Com base nas operações acima elencadas, indaga:

- *Quais delas os bens pertencentes ao ativo imobilizado da Impugnante participam da atividade-fim da empresa e que, portanto, devem ser considerado na metodologia do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP?*
- *Na venda de mercadoria (CFOP 5.102), na transferência de mercadoria (CFOP 5.152), na transferência de bem do ativo (CFOP 5.552) ou na transferência de uso e consumo (CFOP 5.557) há participação direta da utilização de bens do ativo imobilizado?*

E conclui que tais operações não devem participar do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP por disposição expressa da Lei Complementar nº 87/96 (artigo 21), o que diz que não estar esclarecido no auto de infração, quais as saídas utilizadas no total das saídas da equação do cálculo, levando a conclusão que o coeficiente de estorno foi calculado considerando o total das saídas tributadas dividido pelo total das saídas, ou seja, que se considerou todas aquelas saídas acima elencadas, inclusive, aquelas que não guardam qualquer relação direta com os bens do ativo imobilizado da Impugnante.

Finaliza, argüindo que o presente auto de infração padece de flagrante ilegalidade seja por não especificar com exatidão a matéria tributável, seja por incluir no total de saídas da equação, saídas que não se relacionam com bens do ativo imobilizado da empresa, e não são resultantes de operações envolvendo bens do ativo fixo, e requer:

a) que seja julgada totalmente procedente a presente impugnação para desconstituir o auto de infração sob exame para afastar a cobrança da multa e do ICMS, seja em face da preliminar ou dos fundamentos jurídicos acima expendidos;

b) a produção de provas admitidas pela legislação pertinente; e

c) o deferimento de sustentação oral.

Na informação fiscal, fls. 421 a 425, quanto a infração 01, a autuante concordou com a alegação de que as notas fiscais nº 46 e 47 apresentam destaque de imposto, não cabendo a exigência fiscal quanto a estes documentos fiscais. Com relação às notas fiscais nºs 09 e 10, manteve o lançamento do débito.

No que se refere à infração 04, apropriação de crédito do CIAP a maior, destacou a nulidade suscitada na defesa de que não houve a demonstração como a fiscalização chegou aos valores do coeficiente de creditamento aplicado ao cálculo dos créditos relativos a bens do ativo permanente, bem como, quais foram os CFOP's utilizados pela fiscalização, pois apresenta argumentos para a seleção de alguns, o que modificaria o valor do cálculo em seu favor.

Rebateu os argumentos defensivos dizendo que deu cumprimento às disposições legais previstas no artigo 93, § 17, inciso II, do Decreto nº 6.284/07, cujo cálculo levou em consideração o seguinte:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito as seguintes disposições (Lei nº 7710):

(...)

*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;*

(...)

Total das Saídas (TS) = Total das saídas tributadas (TST) + Total das saídas isentas ou não-tributadas (TSnT).

Frisa que o decreto determina que não é possível tomar crédito em relação à proporção de isentas /não tributadas sobre o total de saídas, ou seja que, só se pode tomar crédito em relação à proporção do total de saídas tributadas sobre o total de saídas, donde: Coeficiente de creditamento (CoefC) = TST/TS

Observa que a legislação menciona simplesmente TOTAIS, não discriminando operações efetivamente tributadas daquelas em que o tributo é suspenso.

Quanto a alegação de que “o auto de infração não demonstra com clareza exatamente as operações que estão sendo consideradas para efeito do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP”, esclarece que a planilha demonstrativa do cálculo do coeficiente original encontra-se no CD de arquivos magnéticos, à página 388 dos autos.

Diz, ainda, que os totais necessários ao cálculo encontram-se no livro Registro de Apuração do ICMS, escriturado pela própria empresa e apresentado como arquivo magnético, em anexo ao auto de infração.

Feitas estas considerações, passa a explicar que:

Em janeiro de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 6.063.777,50. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.301, 5.302, 5.303, 5.307, 5.905, 5.949, 6.552. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto (tributadas) foi de R\$492.233,40, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em fevereiro de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 8.381.735,64. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.905, 5.949, 6.102, 6.552 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$ 1.199.489,98, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em março de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 11.451.270,33. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.905, 5.910, 5.949, 6.102, 6.152, 6.552, 6.910, 6.912 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$ 3.870.763,80, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em abril de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 4.484.081,13. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.905, 5.910, 5.949, 6.102, 6.152, 6.552, 6.910 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$2.793.477,36, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em maio de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$1.342.642,34. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.551, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.552, 6.557, 6.910 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$1.150.616,55, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em junho de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 2.689.471,92. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.949, 6.108, 6.152, 6.552, 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$1.793.993,06, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em julho de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 2.152.404,77. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.552,

6.915 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$1.814.805,65, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em agosto de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 2.280.049,40. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.552, 6.557, 6.915, 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$1.680.590,49, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em setembro de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 2.012.336,16. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.949, 6.102, 6.108, 6.552, 6.915, 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$1.595.069,55, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em outubro de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 2.774.506,79. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.552, 6.915, 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$2.161.066,91, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em novembro de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 4.198.479,53. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.905, 5.949, 6.102, 6.552, 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$1.823.089,87, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Em dezembro de 2009, o total das saídas escriturado foi de R\$ 2.895.081,32. Este total é a soma de todos os CFOP's, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.908, 5.910, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.552, 6.910, 6.915, 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$ 2.268.874,81, para os mesmos CFOP's. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Por conta disso, informa que são os valores copiados no “Demonstrativo do Cálculo do Coeficiente de Creditamento do livro CIAP”, anexo D da planilha para cálculo do CIAP corrigida, encontrada em anexo a sua informação fiscal.

Observa que os valores encontrados nesta nova planilha são diferentes daqueles encontrados no CD de arquivos magnéticos, 2009, _CIAP – NXT 2009 _planilha do PAF (página 388 deste processo).

Informa que ao redigir esta informação fiscal, verificou-se haver um engano no que se refere a alguns totais, utilizados no cálculo do coeficiente, cujos valores corrigidos encontram-se na planilha “CIAP – NXT 2009 _corrigida”, em cópia impressa e cópia em arquivo magnético da planilha corrigida, na qual, nesta planilha, “Valor das Operações tributadas” é o total da base de cálculo das operações com débito do imposto, e o “Total das Saídas” é o total do valor contábil das saídas conforme escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS.

Sobre a validade de se incluir CFOP's relativos à movimentação de imobilizado, argumenta que enquanto não for modificado o texto do decreto, não lhe resta outra alternativa, que não o cumprimento literal da lei.

Conclui pela manutenção da autuação referente à créditos do CIAP em seus novos valores.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 452 a 453, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 421 a 425, sendo-lhe entregues cópias, inclusive dos novos demonstrativos elaborados e de CD com arquivos magnéticos à fl. 451, porém, não foi apresentada qualquer manifestação a respeito.

Constam às fls.461 a 463, e 466 a 467, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$289.473,58 (valor principal) e R\$ 388.225,59 (valor com acréscimos legais).

VOTO

Inicialmente, saliento que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinado o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, que se encontra fundamentada em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam os itens impugnados, em especial o item 04. Ademais, o Auto de Infração segue estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, não ensejando em qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal, especialmente qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente.

Portanto, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cuja alegação de que o lançamento do item 04 está eivado de nulidade por ausência de motivação, isto porque, foi alegado erro no cálculo do coeficiente de estorno sem especificar as saídas que deveriam compor o cálculo, ou seja, que não foi demonstrada com clareza exigida por lei qual é a operação ou operações estão sendo consideradas para efeito do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP, deixo para apreciar tal preliminar por ocasião do exame do mérito.

Desta forma, inócorreu quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

Quanto aos questionamentos formulados na defesa, caracterizando um pedido indireto diligência/perícia, a ser realizada por fiscal estranho ao feito, o indefiro, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção, inclusive recalculando o débito, se necessário.

Além do mais, as indagações contidas nos quesitos apresentados, seja pelo que dos autos já se tem, desnecessária se faz a realização da prova pericial para o julgamento do presente feito, pelo se a rejeita na forma do art. 147, inciso II, do RPAF/99.

No mérito, das sete infrações contempladas no Auto de Infração não existe lide quanto ao débito dos itens 02, 03, 05, 06 e 07, pois o autuado em sua peça defensiva os reconheceu como devido, inclusive consta nos autos que foi recolhido o montante no total de R\$289.473,58, em 31/07/2012, referente aos citados itens, exceto o item 05, no valor de R\$44,69, tudo conforme documentos às fls. 461 a 463, e 466 a 467, extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”.

Portanto, tendo em vista o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, nos termos do art. 156, inciso I do CTN extinguem-se os créditos tributários inerentes aos itens abaixo especificados, exceto o item 05, no valor de R\$44,69, ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em relação aos citados itens, em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99.

Portanto, ante o reconhecimento do autuado, subsistem as infrações seguintes, homologando-se os valores recolhidos:

- ✓ Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal – Multa no valor de R\$122.310,84 – infração 02.
- ✓ Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal – Multa no valor de R\$17.036,40 – infração 03.
- ✓ Omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada através de levantamento quantitativo: imposto devido = R\$44,69 – infração 05 (não foi comprovado o recolhimento desta importância).
- ✓ Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal – Multa no valor de R\$132.773,40 – infração 06.

- ✓ Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal – Multa no valor de R\$17.352,94 – infração 07.

Passo agora a analisar as infrações impugnadas (infrações 01 e 04) de per si, cujos documentos constantes nos autos permite se concluir o que segue.

INFRAÇÃO 01

Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.211,37, em razão da remessa de bens para exposição, no mês de dezembro de 2008, sem o devido retorno, conforme demonstrativos às fls. 11 a 12.

Analizando o levantamento fiscal acima citado verifico que o débito deste item foi apurado mediante a demonstração das notas fiscais de mercadorias enviadas para feiras, conforme planilha à fl. 12, na qual encontram discriminadas as respectivas notas fiscais de remessa, com os códigos das mercadorias, e respectivos meses, quais sejam: NF nº 09, 10, 46 e 47. As quantidades das mercadorias apuradas nesta planilha foram transportadas para a planilha à fl.11, apurando-se os valores do imposto a recolher.

Na defesa foram impugnadas apenas as notas fiscais nº 46 e 47, emitidas em 16/12/2008, sob alegação de que as saídas que se deram a título de demonstração em feira, foram efetivamente tributadas.

Na informação fiscal, a autuante concordou com a defesa em relação às NFs 46 e 47, mantendo as demais notas fiscais constantes no levantamento fiscal.

Considerando que o autuado foi cientificado da informação fiscal e não se manifestou, considero o seu silêncio como uma aceitação tácita do quanto apurado pela fiscalização.

Desta forma, este item subsiste em parte no valor de R\$934,80.

| NF | VL.INICIAIS | VL.JULGADOS |
|---------|-------------|-------------|
| 9 e 10 | 119,76 | 119,76 |
| 9 e 10 | 167,76 | 167,76 |
| 9 e 10 | 431,52 | 431,52 |
| 9 e 10 | 215,76 | 215,76 |
| 46 e 47 | 276,57 | |
| SOMA | 1.211,37 | 934,80 |

INFRAÇÃO 04

Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.102.117,84, no período de janeiro a dezembro de 2009, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

A conclusão fiscal está baseada na planilha intitulada de “Demonstrativo do ICMS recolhido a menor, devido a utilização a maior de créditos de ICMS referente a incorporação de Ativo Permanente calculados no Livro CIAP (Controle dos Créditos de ICMS do Ativo Permanente) – Exercício”, fl.127, referente aos créditos que foram apurados mensalmente no período de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido o estorno sobre os totais que foram apropriados no citado período, tomando por base o total do crédito mensal do CIAP a utilizar menos os valores creditados, inclusive os lançados extemporaneamente, tudo de acordo com os valores escriturados no livro CIAP.

Verifico que os valores constantes na aludida planilha, também foram demonstrados nas planilhas “Resumo Mensal das Desincorporações do Ativo Permanente” e no “Demonstrativo do Crédito Mensal sobre as Entradas para o Ativo Permanente”, fls. 128 a 150.

Ao defender-se o sujeito passivo alegou ausência de motivação, por entender que houve erro no cálculo do coeficiente de estorno, pois não foram especificadas as saídas que deveriam compor o cálculo.

Apesar disso, verifico que o autuado não discordou dos números consignados na planilha de apuração do débito, tendo, no entanto, alegado que a origem da autuação está na forma de cálculo da proporção do crédito do ICMS aproveitável pelo estabelecimento, por não especificar com exatidão a matéria tributável, seja por incluir no total de saídas da equação, saídas que não se relacionam com bens do ativo imobilizado da empresa, ou seja, não são resultantes de operações envolvendo bens do ativo fixo.

Não acolho a alegação de não demonstração com clareza das operações que foram consideradas para efeito do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP, pois a conclusão fiscal está baseada em levantamentos que especificam o período de apuração, o número do documento fiscal, CFOP, valores da base de cálculo e do imposto devido, tudo conforme os levantamentos e demonstrativos acima aludidos, nos quais constam a assinatura de preposto fiscal do contribuinte.

Ademais, examinando as razões meritórias aduzidas na defesa, fica clara que o sujeito passivo entendeu perfeitamente o fulcro da autuação, tanto que apontou equívocos na apuração do débito que foram acolhidos pela autuante.

Ressalto que em virtude da alegação de que houve erro no cálculo do coeficiente de estorno, e que não foi demonstrada com clareza exigida por lei qual é a operação ou operações foram consideradas para efeito do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP, a autuante em sua informação fiscal prestou os necessários esclarecimentos para o deslinde das questões aduzidas pelo defendente, esclarecendo, mês a mês, os valores apurados como saídas, os CFOPs e base de cálculo e o imposto devido para cada período, além das planilhas de cálculo e CD contendo os referidos cálculos, tudo conforme documentos e CD às fls. 451.

Ou seja, verificou na informação fiscal haver um engano no que se refere a alguns totais, utilizados no cálculo do coeficiente, cujos valores corrigidos encontram-se na planilha “CIAP – NXT 2009 _corrigida”, em cópia impressa e cópia em arquivo magnético da planilha corrigida, na qual, nesta planilha, “Valor das Operações tributadas” é o total da base de cálculo das operações com débito do imposto, e o “Total das Saídas” é o total do valor contábil das saídas conforme escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS, resultando na diminuição do débito.

Considerando que, conforme intimação e AR dos Correios, fls.452 a 453, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.421 a 425, sendo-lhe entregues cópias, inclusive dos novos demonstrativos elaborados e de CD com arquivos magnéticos à fl.451, e não se manifestou, entendo que deve ser aplicado ao caso o disposto no artigo 140 do RPAF/99.

Por tudo acima exposto, concluo pela subsistência parcial deste no valor de R\$662.764,09.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no total de **R\$953.217,16**, ficando o demonstrativo de débito modificado conforme segue.

| INFRAÇÕES | VL.INICIAIS | VL.RECONHECIDOS | VL.JULGADOS |
|-----------|--------------|-----------------|-------------|
| 1 | 1.211,37 | | 934,80 |
| 2 | 122.310,84 | 122.310,84 | 122.310,84 |
| 3 | 17.036,40 | 17.036,40 | 17.036,40 |
| 4 | 1.102.117,84 | | 662.764,09 |
| 5 | 44,69 | 44,69 | 44,69 |
| 6 | 132.773,40 | 132.773,40 | 132.773,40 |
| 7 | 17.352,94 | 17.352,94 | 17.352,94 |
| SOMA | 1.392.847,48 | 289.518,27 | 953.217,16 |

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

| Data Ocor. | Data Vencto. | B. de Cálculo | Aliq.(%) | Multa (%) | Vr.do Débito | INF. |
|------------|--------------|---------------|----------|-----------|--------------|------|
| 31/12/2008 | 9/1/2009 | 5.498,82 | 17 | 60 | 934,80 | 1 |
| TOTAL | | | | | 934,80 | |

DEMONSTRAT. DO DÉBITO

| Data Ocor. | Data Vencto. | B. de Cálculo | Aliq.(%) | Multa (%) | Vr.do Débito | INF. |
|------------|--------------|---------------|----------|-----------|--------------|------|
| 31/1/2009 | 9/2/2009 | 51.383,88 | 17 | 60 | 8.735,26 | 4 |
| 28/2/2009 | 9/3/2009 | 313.753,53 | 17 | 60 | 53.338,10 | 4 |
| 31/3/2009 | 9/4/2009 | 378.746,94 | 17 | 60 | 64.386,98 | 4 |
| 30/4/2009 | 9/5/2009 | 299.436,59 | 17 | 60 | 50.904,22 | 4 |
| 31/5/2009 | 9/7/2009 | 288.776,29 | 17 | 60 | 49.091,97 | 4 |
| 30/6/2009 | 9/8/2009 | 374.067,76 | 17 | 60 | 63.591,52 | 4 |
| 31/7/2009 | 9/11/2009 | 298.123,82 | 17 | 60 | 50.681,05 | 4 |
| 31/8/2009 | 9/12/2009 | 353.977,71 | 17 | 60 | 60.176,21 | 4 |
| 30/9/2009 | 9/1/2010 | 340.719,76 | 17 | 60 | 57.922,36 | 4 |
| 31/10/2009 | 9/2/2008 | 338.722,24 | 17 | 60 | 57.582,78 | 4 |
| 30/11/2009 | 9/3/2008 | 547.965,59 | 17 | 60 | 93.154,15 | 4 |
| 31/12/2009 | 9/4/2008 | 312.938,18 | 17 | 60 | 53.199,49 | 4 |
| TOTAL | | | | | 662.764,09 | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0013/12-7**, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$663.743,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$663.698,89 e de 70% sobre R\$44,69, previstas no artigo 42, III, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$289.473,58**, previstas nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR