

A. I. N° - 279468.0025/10-7
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - MARIA CRISTINA OLIVEIRA ALMEIDA, ROQUELINA DE JESUS e
SANDRA MARIA SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10/07/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0155-03/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÕES DE BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. ESCRITURAÇÃO NO CIAP. UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO FISCAL EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelas autuantes, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de decadência e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/12/2010, refere-se à exigência de R\$3.948.575,28 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da utilização indevida de crédito fiscal relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2005.

Consta, na descrição dos fatos, que o autuado, quando da escrituração do Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), utilizou indevidamente crédito fiscal em razão de: a) imposto oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal; b) escrituração de crédito a maior que o destacado na nota fiscal; c) bens destinados ao uso ou consumo; d) notas fiscais escrituradas em duplicidade; e) bens do ativo imobilizado adquiridos pelo contribuinte com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de devoluções.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 15 a 47 do PAF. Após comentar sobre a tempestividade da defesa e fazer uma síntese dos fatos, o defensor alega que o crédito tributário exigido encontra-se parcialmente extinto pela decadência e que a autuação deve ser julgada improcedente, uma vez que a Fiscalização se equivocou no cálculo do coeficiente de creditamento e, por consequência, no de estorno. Também entende que se deve reconhecer a abusividade da multa aplicada, na razão de 60% do valor do crédito tributário, resultando em flagrante efeito confiscatório.

Quanto à preliminar decadência das parcelas anteriores a 09/12/2005 o defensor alega que o Código Tributário Nacional preleciona que, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo de 05 (cinco) anos para a extinção do crédito tributário conta-se da ocorrência do fato gerador. É o que prescreve o artigo 150, § 4º, do CTN, que reproduziu. Diz que o CTN define que será aplicada a regra do § 4º do art. 150 para o caso em que há pagamento do tributo, ainda que parcial, e o art. 173, I, do CTN só será admitido para as hipóteses em que inexiste qualquer pagamento, o que não é o caso dos autos. Afirma que é aplicável à hipótese dos autos, o art. 150, § 4º, do CTN. Cita a jurisprudência. Salienta que somente nas hipóteses em que o contribuinte deixar de recolher antecipadamente absolutamente todo o tributo apurado, que não é o caso dos autos, não dando ensejo, assim, à dita “homologação do pagamento” pela Fiscalização, é que opera a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, I do CTN, segundo a qual o termo inicial do quinquênio é adiado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Afirma que a inexistência de dolo, fraude ou simulação no presente caso - de resto não argüida na autuação fiscal - leva à inexorável conclusão pela aplicabilidade do art. 150, § 4º, do CTN. Diz que esse mesmo entendimento do

Superior Tribunal de Justiça vem sendo reproduzido também nos julgamentos na esfera administrativa. Neste sentido, transcreve trechos de decisão proferida pelo Julgador singular do Corpo de Julgadores da Secretaria da Fazenda do Estado do Piauí, citando, também, a jurisprudência do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba. Salienta que no presente caso, o autuado somente foi cientificado do auto de infração em 09.12.2010. Entende que todos os créditos existentes até a data de 09.12.2005 encontram-se extintos pela decadência, face à inércia do fisco pelo prazo fixado no artigo supracitado. Como o impugnante somente foi cientificado da autuação em 09.12.2010, entende que deve ser declarada, com base no art. 156, V, do CTN, a extinção parcial dos créditos constantes do presente auto de infração que - por serem anteriores a 09.12.2005 - já foram fulminados pela decadência.

No mérito, o defendant alega que o percentual do crédito apurado pela Fiscalização decorre da utilização de fórmula de cálculo prevista para o estorno do ICMS-ativo permanente nos artigos 29, § 6º, III, da Lei nº 7.014/96 e art. 93, § 17, III, do RICMS/BA. Diz que restou claro a necessidade de conjugação de duas regras para o cálculo mensal do crédito de ICMS de ativo permanente: (i) a apropriação em razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês e (ii) a vedação de crédito sobre prestações isentas ou não tributadas. Tece comentários quanto à fórmula de cálculo do coeficiente de aproveitamento dos créditos fiscais.

Em seguida, o defendant passa a demonstrar que o modo pelo qual foram realizados seus cálculos de CIAP corresponde aos ditames da legislação. Para tanto, anexa documentos para comprovar o alegado e antecipa o pedido de perícia contábil. Assegura que no ano de 2005 realizou a apuração de seus créditos, conforme planilha que anexou (doc. nº 04). Dentre as receitas tributáveis, o impugnante inclui no cômputo do numerador as rubricas de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), que também pode ser denominada simplesmente de *interconexão - DETRAF*, equivocadamente consideradas pela Fiscalização como isentas e não tributadas. Informa que a interconexão consiste na prestação de serviço de telecomunicação de uma a outra prestadora de serviços de telecomunicações, em que a primeira oferece à segunda uma linha dedicada para transmissão de dados. Transcreve o art. 2º do Anexo à Resolução nº 402 da ANATEL dá a definição do que seja o serviço de EILD. Também transcreve os arts. 61 e 32 do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução da Anatel nº 73 e da Resolução nº 402 da ANATEL, respectivamente. Diz que o recolhimento do tributo se submete ao regime especial de diferimento estabelecido pela cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98, haja vista se tratar de prestação de serviço para cessionárias que não se constituem usuárias finais. Afirma que, para evitar o recolhimento em dobro do tributo pela cedente ao fornecer a linha dedicada e pela cessionária ao prestar o serviço de telecomunicação ao usuário final, sua arrecadação é concentrada na fatura ao consumidor - o que economicamente significa a mesma arrecadação, visto que o valor arrecadado pela cedente seria utilizado como crédito pela cessionária. Por não haver isenção, entende que tais receitas devem ser consideradas como saídas tributadas, e por consequência lógica, excluídas do total de saídas e prestações isentas e não-tributadas do período, figurando no numerador da fração em tela. Diz que esta é solução da Consulta 02/2002 - DITRI-DF, publicada no DOE de 22/03/2002 (doc. nº 05). Afirma que se trata de mero diferimento do ICMS devido pela empresa, e que o ICMS é devido pela prestação de serviços de EILD. Reafirma que tais valores devem estar presentes no numerador da fração para o cálculo do coeficiente de aproveitamento, sendo vedado ao Fisco subtrair os valores correspondentes a EILD, com o intuito de diminuir o coeficiente e o montante do crédito a ser aproveitado, e que as receitas de EILD e de interconexão DETRAF compõem o numerador da equação para cálculo do coeficiente de aproveitamento, devendo ser excluídas do numerador da equação do percentual de estorno já que não se tratam de operações isentas ou imunes, mas tributadas, estando apenas submetidas a um regime de diferimento.

Em relação aos serviços de porta, prestados em 2005 diz que inicialmente foram considerados como não tributados, mas foram pagos, haja vista tratarem-se efetivamente de serviço sujeito ao ICMS. Tratando-se de serviço tributável, deve ser incluído tanto no numerador quanto no

denominador do coeficiente de aproveitamento, devendo, para tanto, ser excluído do numerador da equação de cálculo do percentual de estorno, já que não se trata de prestação isenta ou não tributada, conforme discriminado na planilha em anexo (Anexo 08 - doc. nº 04). Apresenta o entendimento de que os Fiscos estaduais, na intenção de alargar o denominador e, consequentemente, diminuir o coeficiente de aproveitamento e o crédito, computam ali operações realizadas pelas prestadoras de serviço de telecomunicações que nem em princípio se sujeitariam ao ICMS. Em razão disso, autuam os contribuintes por subtrair várias receitas do total das saídas. Cita as receitas que não podem ser consideradas como receitas advindas de fatos geradores de ICMS: a) receitas de recebimento de terceiros; b) multa, juros e encargos moratórios; c) telegramas fonados; d) parcelamento e refaturamento; e) doações; e) serviços-meio e atividades complementares.

O defendente afirma que o ICMS incide tão-somente sobre os serviços de comunicação e não sobre atividades preparatórias e necessárias para que o serviço de comunicação seja colocado à disposição do usuário (serviços-meios) ou serviços que servem para oferecer maiores facilidades e comodidades ao cliente (serviço de valor adicionado), potencializando um serviço de comunicação pré-existente, mas que com ele não se confunde. Afirma que o Fisco Estadual insiste em considerar a execução de tais serviços como fato gerador do ICMS, o que o leva, constantemente, a discordar da operação de subtração de tais valores do denominador da fração cujo resultado é o coeficiente de aproveitamento. Diz que a Constituição Federal expressamente determinou a incidência do ICMS sobre dois serviços distintos: (i) prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal (ICMS-transporte), e (ii) prestação de serviços de comunicação (ICMS-comunicação). Entende que todos os demais serviços encontram-se sob a competência tributária dos Municípios. Que atendendo ao comando constitucional, a LC nº 87/96 esclarece que o fato gerador do ICMS-comunicação é prestação onerosa de serviços de comunicação. Entretanto, além do serviço de comunicação propriamente dito (fato gerador do ICMS), as empresas de telefonia podem auferir receitas decorrentes de outros serviços/atividades, desde que aprovadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Dentre estas receitas alternativas, encontram-se aquelas que advêm dos chamados serviços complementares. Trata-se de serviços totalmente autônomos, com materialidades próprias, e que não transmitem qualquer mensagem, visto que representam meras facilidades e comodidades disponibilizadas ao usuário (serviços complementares). Assegura que tais serviços, ainda que prestados pelas operadoras de telefonia, não se confundem, sob hipótese alguma, com serviços de telecomunicações propriamente ditos, não podendo ser tributados via ICMS-comunicação. Isso porque a hipótese de incidência do imposto estadual é única e exclusivamente a prestação onerosa de serviços de comunicação, assim entendida a intermediação de mensagens entre duas ou mais pessoas, por meio de negócio jurídico oneroso. Transcreve o art. 13 da LC nº 87/96, e diz que a base de cálculo da exação estadual corresponde unicamente ao preço cobrado pelas operadoras de telefonia em virtude da prestação do serviço de comunicação, e não sobre receitas decorrentes de outras atividades acessórias que são por elas disponibilizadas aos seus usuários. Cita o posicionamento da doutrina especializada sobre o tema e conclui que as receitas advindas das atividades preparatórias e complementares não devem constar no denominador da fração para o cálculo do coeficiente de aproveitamento do CIAP, tendo em vista não serem suscetíveis à incidência do ICMS.

Quanto à remessa de bens para conserto e reparo; bens objeto de contrato de comodato e transferência de bens do ativo imobilizado, alega que essas operações não configuram efetivas saídas. Que não há que se falar em desincorporação dos referidos bens, pois retornaram para o estabelecimento da Impugnante dentro do prazo exigido pela lei, assim sendo, não são computados como saídas do estabelecimento da empresa.

O defendente também contestou a multa aplicada, alegando que, a referida multa, no percentual de 60% sobre o valor do débito, é descabidamente abusiva. Entende que a multa deve ser razoável, proporcional e não excessiva, sob pena de reinstalação do confisco no Sistema

Tributário. Sua aplicação tem que se dar em valores condizentes com seus propósitos de indução de comportamentos, em caráter educativo, não em percentuais exorbitantes sobre o valor do tributo supostamente não-pago - que configura, no caso em tela, verdadeiro adicional do ICMS. Cita ensinamentos de Leandro Paulsen, em uma exposição objetiva sobre do princípio da vedação ao confisco, e diz que a multa de 60% do valor do crédito em discussão é, na esteira da jurisprudência da Corte Suprema, confiscatória e merece, por isso, ser decotada do montante a ser exigido ou reduzida a patamares razoáveis.

O impugnante informa que pretende comprovar o alegado por perícia contábil que afira a inexatidão do lançamento, apresentando como assistentes técnicos para a prova pericial contábil os Srs. Alexei Ribeiro Nunes, e Gleidiston de Almeida Castello Branco, e apresenta os quesitos a serem respondidos pelo perito.

Pede o cancelamento do auto de infração e requer o cadastramento do nome do advogado Eduardo Fraga, OAB/BA nº 10.658 para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade.

As autuantes prestaram informação fiscal às fls. 90 a 99 dos autos. Informaram que o autuado é uma empresa concessionária de serviço público de comunicação, atuando predominantemente na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), denominação utilizada pela ANATEL para caracterizar a prestação onerosa de serviços de telefonia fixa no Brasil.

Quanto ao argumento de decadência, dizem que não tem fundamento, face ao exposto no art. 150, em seu § 4º do CTN. Que o Código Tributário da Bahia - Lei Nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, atendendo ao que estabelece o mencionado § 4º, do art. 150 do CTN fixou o prazo à homologação como sendo de 05 anos. Dizem que da mesma forma e seguindo o mesmo entendimento, o Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, em seu artigo 965, também estabelece o prazo da fazenda pública para constituir o crédito tributário.

As autuantes informam que efetuaram o lançamento fiscal referente às operações registradas no período de janeiro a dezembro de 2005; os trabalhos de fiscalização foram iniciados no ano de 2009, concluídos com a lavratura do auto de Infração em 03/12/2010 e ciência ao contribuinte em 09/12/2010, dentro do prazo previsto na Lei nº 3.956/81 e no RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Entendem que não há porque se falar em decadência das parcelas anteriores a 09/12/2005, e que não cabe no âmbito de suas atribuições a discussão sobre entendimentos judiciais, posto que devem obediência à legislação do Estado da Bahia, por responsabilidade funcional.

No mérito, dizem que o autuado limitou-se a questionar a fórmula de cálculo do percentual de estorno, não se manifestando sobre as infrações detalhadas nos itens 1 e 2 deste Auto de Infração que repercutiram no cálculo do estorno de crédito do ICMS do ativo permanente. Discordam das alegações defensivas, afirmando que todos os dispositivos legais indicados na autuação que definem o cálculo do crédito de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, determinam que o montante do crédito a ser apropriado será 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 prestações tributadas as saídas e prestações com destino ao exterior. Afirmam que não existe dispositivo legal que estabeleça inclusões ou exclusões sobre os serviços de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), interconexão (DETraf) e outras operações sugeridas pelo impugnante. Que a legislação equipara às prestações de serviços tributados, apenas, à prestação, de serviços de telecomunicações, com destino ao exterior. Como existe especificação para prestações com destino ao exterior, se fosse imperioso haver a inclusão ou exclusão de outros serviços e/ou operações, o legislador teria estabelecido tais hipóteses.

Quanto às receitas com o aluguel de portas, observam que o autuado apresentou um fato novo, qual seja, a informação da mudança de seu entendimento quanto à incidência do imposto e de

que os valores dos serviços referentes à porta, prestados em 2005, tiveram o ICMS correspondente registrado no campo de "Outros débitos" do livro de Apuração de 2005, conforme deveria estar demonstrado no Anexo 08 do CD elaborado pelo Contribuinte e apensado à fl. 73 deste PAF. Entretanto, após o confronto entre as informações apresentadas pelo impugnante e os valores registrados no campo de "Outros débitos" do livro Registro de Apuração de 2005, foram encontrados valores que divergem das informações apresentadas pelo impugnante.

Quanto à solicitação para incluir os valores informados no Anexo 08 do CD no numerador e no denominador do coeficiente de aproveitamento, dizem que não foi acatada visto que estão divergentes dos valores registrados no campo de "Outros débitos" do livro Registro de Apuração de 2005.

Sobre a dissertação que o autuado faz acerca do entendimento da fiscalização de outros estados, entendem que o defendant tem o direito de opinar e discordar sobre a legislação tributária vigente, mas não pode exigir que a opinião de outros, a sua própria opinião e os novos cálculos por ele apresentados, prevaleçam sobre as normas legais já estabelecidas no estado da Bahia, sendo que estas considerações poderão até, futuramente, serem apreciadas para aprimorar as normas legais vigentes, mas não para sobrepor-las. Afirmam que, sem uma norma legal não é possível incluir ou excluir determinadas prestações de serviços de telecomunicações e ou operações, motivo pelo qual a metodologia aplicada pela fiscalização do Estado da Bahia, está correta, tendo em vista que obedeceu ao estabelecido no art. 93, § 17, III do RICMS/BA.

Em relação ao questionamento sobre o percentual da multa aplicada, considerado como confiscatório, informam que a multa foi aplicada em conformidade com o art. 42, inciso II, alínea "f", da Lei 7.014/96 e art. 915, inciso I, do Regulamento do ICMS/BA (Dec. 6.284 /97), que prevê a multa de 60% do valor do imposto no caso em tela. Além disso, dizem que não cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre a razoabilidade deste percentual, posto que, por responsabilidade funcional devem obediência à legislação vigente no estado da Bahia.

Em relação ao pedido apresentado pelo defendant para realização de perícia contábil, as autuantes não concordam com o mencionado pedido, porque entendem que a solicitação é completamente descabida, em virtude de não encontrar nenhum amparo legal para sua concessão no RPAF/BA, conforme art. 147 Inciso II do mencionado Regulamento.

Afirmam que o pedido apresentado pelo autuado é meramente procrastinatório e concluem pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 102/103 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à ASTEC solicitando que os cálculos fossem refeitos utilizando a fórmula que traduz o que consta na alínea "e" do inciso II do § 1º do art. 339 do RICMS/97, e após a apuração do coeficiente de creditamento devidamente ajustado, que fossem elaborados novos demonstrativos, inclusive o de débito.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 57/2012 (fls. 105/108), o autuado foi intimado no dia 02/03/2012, sendo concedido prazo para que a documentação fosse apresentada. Foi disponibilizada pelo autuado cópia do Registro de Apuração do ICMS, que está anexada à diligência, assim, como uma planilha com os valores analíticos e também sintéticos das operações tributáveis e não tributáveis, consolidados por CFOP, que possibilitaram a interferência na planilha elaborada pelas autuantes, de forma a se alcançar o objetivo do pedido da diligência. O diligente acrescenta que o CD com os dados da autuação à folha 10, anexado pelas autuantes, apresenta valores desconexos com os lançamentos à folha 02 do PAF, mas foi providenciada a planilha original, que lastreou as informações que resultaram no auto de infração, e a partir desta planilha, foram procedidas as alterações solicitadas. Também informa que consta em anexo, CD com os dados apresentados pelo impugnante, cuja planilha está nomeada como CIAP TLM BA 2005 – DEFESA, que foram conferidos com os dados inclusos no Registro de Apuração do ICMS de forma a se comprovar a veracidade das informações ali contidas.

O diligente esclarece que foram encontradas algumas inconsistências entre os valores que estavam na planilha e aqueles declarados na cópia do livro de apuração. Por exemplo, no anexo 08, onde consta o valor dos serviços não tributados referente à porta, no mês de janeiro, consta o valor de R\$1.348.549,34 mas, ao se comparar com o valor do ICMS lançado em outros débitos nos ajustes do Registro de Apuração (R\$248.548,90), fica evidente que a base de cálculo para tal valor de ICMS é R\$920.551,48. Para o cálculo efetuado na diligencia, os valores de aluguel de portas totalizam uma base de cálculo de R\$ 8.046.998,00 e não R\$8.474.995,90. Outro exemplo de discrepância entre os valores apresentados pelo impugnante e aqueles que foram encontrados pela diligencia, é o da fl. 26 deste processo, onde a impugnante ao refazer o cálculo do índice de creditamento coloca os valores referentes á parcela de EILD e DETRAF, em valores inferiores aos reais. Informa que no mês de janeiro, o demonstrativo da folha 26 apresenta o valor de R\$3.675.864,70 enquanto no anexo 7 do demonstrativo apresentado, tal valor é de R\$6.383.486,59. Disse que em reunião no escritório da impugnante tais divergências foram explicadas e a funcionária analista do impugnante reconheceu os equívocos. Os cálculos foram refeitos de acordo com o entendimento do fiscal diligente, restando a convicção de que os cálculos foram efetuados com base nos valores que realmente constam no livro Registro de Apuração do ICMS. No entanto, durante os levantamentos efetuados, o preposto da ASTEC diz que constatou aquilo que parece ser equívoco do pedido do relator, dado o fato de que certos aspectos do cálculo só ficam esclarecidos no decorrer da diligência.

Em seguida, o diligente faz uma análise dos dados apurados e os pedidos da diligência fiscal e refaz os cálculos, conforme o seu entendimento, apresentando novo demonstrativo de débito. Informa que o valor total lançado inicialmente no auto de infração é de R\$3.948.575,28. O critério utilizado na primeira planilha reduz o total originalmente lançado para R\$2.406.802,32, devendo-se considerar que neste total está aplicado o valor negativo do saldo credor do mês de fevereiro (- R\$9.153,52). No entanto, como a alteração impacta processos, pelo fato de as autuantes reconhecerem que houve um erro no saldo inicial do CIAP em janeiro de 2005, conforme *e-mail* anexo e outros autos de infração foram lavrados na sequência, informa que é necessário conhecer o resultado final desta diligência para dar seguimento aos processos dos meses subseqüentes. O preposto da ASTEC sugere que este processo e os demais sejam encaminhados para as autuantes procederem as devidas modificações no saldo inicial.

Intimado do PARECER ASTEC N° 57/2012, o defendante apresentou manifestação às fls. 170/173, informando que recebeu a intimação acerca da realização da diligência fiscal solicitada e da lavratura do parecer técnico de fls. 105 a 165 no dia 24.07.2012. Assegura que na impugnação apresentada demonstrou a correção do modo pelo qual realizou o cálculo do estorno e aproveitamento de seus créditos do ativo permanente (CIAP). Afirma que o Auditor responsável pelo PARECER ASTEC, ao realizar as alterações procedidas de acordo com o entendimento da diligência (fl. 109), para obter o valor do ICMS pretensamente devido pelo impugnante, utilizou-se dos novos coeficientes de creditamento encontrados. Contudo, considerou o valor antigo do “Saldo Acumulado de Crédito do Ativo Imobilizado” do Exercício Fiscal de 2005, que corresponde ao valor de R\$ 1.004.558.991,30, reconhecido pelas Auditoras responsáveis pelo lançamento, como equivocados (fl. 114). Entende que a nova diligência para se obter o valor pretendamente devido pela impugnante por recolhimento a menor de ICMS, deverá ser realizada da seguinte forma: a) considerar o saldo acumulado de crédito do ativo imobilizado retificado pelas Auditoras Fiscais responsáveis pela lavratura do auto de infração, que corresponde ao montante de R\$ 1.103.823.095,57; b) considerar os coeficientes de creditamento encontrados pela diligência fiscal (fl. 109).

Requer seja realizada nova diligência fiscal, tal como requisitado pelo próprio Auditor responsável pelo Parecer de fls. 105/108, para revisar e consolidar o valor da autuação, considerando o Saldo Acumulado de Crédito do Ativo Imobilizado do Exercício Fiscal de 2005, devidamente retificado pelas Autoridades Fiscais responsáveis pela autuação impugnada, que

corresponde ao montante de R\$ 1.103.823.095,57, e os coeficientes de creditamento encontrados pela diligência fiscal (fl. 109).

Por fim, o impugnante reitera os termos da impugnação apresentada, para que seja cancelado o auto de infração e extinto o crédito tributário nele consubstanciado.

As autuantes apresentaram novo pronunciamento às fls. 179/180, esclarecendo que na oportunidade da realização da diligência, o preposto da ASTEC entrou em contato com as autuantes, que informaram sobre os equívocos cometidos na fórmula da planilha “CIAP-Resumo”. Dizem que o preposto da ASTEC não corrigiu o saldo inicial informado pelas autuantes, como também, não foram corrigidos no demonstrativo “CIAP ALTERADA DILIGÊNCIA”. Também informam que elaboraram outro demonstrativo gravado no CD acostado à fl. 181 deste PAF, onde foi acrescentada a planilha CIAP Resumo (2), que deve substituir a planilha CIAP Resumo. Acrescentam que constataram um erro na fórmula de apuração do Saldo Acumulado na planilha “CIAP Resumo” e informam como foram efetuados novos cálculos.

Considerando as alterações ocorridas após correção do saldo inicial do CIAP 2005 e das fórmulas acima mencionadas, as autuantes devolveram o presente PAF sugerindo que fosse encaminhado ao preposto da ASTEC para conhecimento do pedido do Contribuinte às fls. 170 a 173 e das modificações por elas efetuadas, explicitadas na planilha “CIAP Resumo (2)”, que alterou a planilha original “CIAP Resumo” oriunda do Auto de Infração, para as necessárias alterações nas planilhas elaboradas na diligência fiscal.

O presente PAF foi redistribuído para o atual relator porque a relatora anterior foi designada e assumiu como Conselheira da Câmara de Julgamento Fiscal.

Tendo em vista que foram realizados novos estudos sobre a matéria em questão, concluindo-se que na apuração do coeficiente mensal visando determinar o montante do crédito a ser apropriado, devem ser consideradas apenas as operações e prestações concernentes às atividades operacionais da empresa, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência (fls. 186/187), recomendando que fossem observados critérios na definição do que deve figurar no numerador da equação, do que deve figurar no denominador e do que não deve figurar, nem no numerador, nem no denominador.

Em atendimento, as autuantes prestaram nova informação fiscal às fls. 188 a 190, dizendo que obedecendo aos critérios indicados no encaminhamento da diligência, os cálculos foram refeitos, conforme Anexos 05, 05-A e 05-B. Informam como foram efetuados os cálculos e dizem que, com base no novo coeficiente elaboraram os demonstrativos gravados no CD anexo à fl. 191, onde foi apurado o valor do crédito fiscal utilizado a mais, no valor total de R\$653.312,62. Salientam que o procedimento fiscal que gerou o Auto de Infração em lide foi realizado com base na legislação vigente à época, e que as exclusões e inclusões foram efetuadas para atender ao solicitado na diligência.

Considerando que não constava nos autos comprovação de que o autuado recebeu cópias da informação fiscal e respectivos demonstrativos, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem (fl. 195) para ser expedida intimação ao autuado com a entrega de cópias da referida informação fiscal e respectivos demonstrativos acostados aos autos (fls. 188 a 191), mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal devidamente identificado, com a indicação do prazo de trinta dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

O defensor foi intimado e se manifestou às fls. 199 a 202 dos autos. Após fazer uma síntese dos fatos, alega que em relação ao coeficiente de aproveitamento do CIAP pugna para que os cálculos sejam aceitos *in toto* por esta Junta de Julgamento Fiscal, por entender que respeitaram os ditames da Lei Complementar 87/96. Entretanto, quanto ao saldo acumulado de créditos do ativo permanente, afirma que esse não deve prevalecer, porque a diferença encontrada pelos Fiscais

está na não aceitação do mecanismo contábil utilizado pela empresa e na aceitação de créditos que foram considerados pelos Fiscais como uso e consumo.

Cita o art. 20, § 5º, inciso V da LC 87/96, e informa que, por questão de dificuldades operacionais de se manter o controle do bem ativado na base do CIAP, o impugnante tributa todas as notas fiscais de alienação de bens do ativo, para posteriormente compensar o estorno dos créditos que deveria ser feito no momento da venda. Afirma que se trata de mero procedimento contábil que não implica qualquer prejuízo ao Erário. Transcreve o art. 6º, VIII do RICMS/BA e alega que nos casos de transferências entre estabelecimentos, como ocorreu em alguns casos, não é devido o ICMS, conforme entendimento do STJ (Súmula 166). Diz que apesar da não tributação dessas operações de venda e de transferência, quando o defendantee realiza essas operações, ele se tributa justamente com o objetivo de impedir o aproveitamento de crédito a maior, compensando-se com a glosa de crédito que deveria ser realizada. Diz que o Fisco não aceitou este procedimento e calculou manualmente o ICMS sobre os bens transferidos no período e abateu os valores do saldo do crédito acumulado no CIAP. Entende que foi identificado um suposto aproveitamento de crédito a maior, o que inexistiu, ante o recolhimento indevido do tributo na saída do ativo, o que corresponde ao aproveitamento de crédito (recuperação do pagamento indevido)

Ainda em relação ao saldo acumulado, diz que o Fisco desconsiderou alguns bens por entendê-los como sendo de uso e consumo. Entende que tal equívoco decorre da nomenclatura utilizada nos livros fiscais do impugnante que aparece como “bateria automotiva”. No entanto, essas baterias não são utilizadas em automóveis, mas sim nas centrais telefônicas, sendo patente que tais bens podem ser aproveitados pelo defendantee, o que impõe a revisão dos cálculos efetuados pelas autuantes.

Requer seja acatada a diligência na parte que se refere ao cálculo do coeficiente de aproveitamento do CIAP, mas no que se refere ao saldo acumulado de créditos do ativo permanente requer que seja aceito o mecanismo utilizado pelo impugnante para a alienação/transferência dos bens do ativo permanente, bem como sejam aceitos os créditos decorrentes de aquisição de baterias de automóveis utilizadas na planta de operação. Pede que seja realizada nova diligência para ajuste desses valores.

As autuantes prestaram nova informação fiscal às fls. 206 a 212, esclarecendo que o Fisco desconsiderou a forma utilizada pelo defendantee para compensar a falta de estorno do imposto no CIAP, haja vista que o autuado criou uma metodologia peculiar de tratar a situação, sem nenhum respaldo legal.

Entendem que a justificativa do autuado de que houve dificuldade operacional para manter o controle do ativo na base do CIAP, tributando todas as notas fiscais de alienação de bens do ativo, para posteriormente compensar o estorno dos créditos que deveria ser feito no momento da venda, o impugnante admite que criou este método por uma questão interna de falta de controle de seus bens do ativo. Dizem que se discute neste item é a desincorporação de bens do ativo imobilizado, ocorrida pela remessa de bens para demonstração ou conserto sem o efetivo retorno, transferência interestadual entre estabelecimentos do mesmo titular, bem como devolução de mercadoria adquirida de terceiro cujo valor não foi baixado no CIAP, situações que estão normatizadas no RICMS/BA/97, conforme dispositivos que reproduziram.

As autuantes salientam que o RICMS/BA prevê que quando um bem é transferido em caráter definitivo para estabelecimento da mesma empresa em outra unidade da Federação, deverá ser baixado no CIAP, o que não foi feito pelo autuado, conforme admitiu nas razões de defesa. Dizem que, independentemente do tempo de uso, salvo se ficar provado que a incorporação tenha completado 48 meses de uso, deverá haver baixa no CIAP.

Dizem que o fato de o autuado estar alegando pagamento do imposto a mais, se esta ocorrência fosse efetivamente confirmada, ensejaria solicitação de restituição através de processo pertinente. Mas nada exime o autuado de baixar no seu CIAP os bens desincorporados, porque, mesmo que ficasse comprovada a sua utilização por mais de um ano no próprio estabelecimento, quando da saída, os saldos remanescentes do CIAP deveriam ser baixados, salvo se ficasse demonstrado que a incorporação tivesse completado 48 meses de uso.

Em relação aos créditos glosados pela fiscalização, por serem referentes a materiais de uso e consumo, entendem que não há o que discutir. Dizem que os materiais descritos nos livros fiscais como “baterias automotivas” e que, o impugnante alegou que não estariam sendo utilizados em automóveis, mas sim nas centrais telefônicas, as autuantes entendem que somente dariam direito à utilização do crédito no CIAP se o defensor comprovasse que foram utilizados na implantação ou ampliação das plantas dessas centrais, o que não foi feito. Dizem que o defensor não apresentou qualquer contrato com a empresa Delphi Automotive Systems do Brasil Ltda., fornecedora das baterias, que fizesse referência à utilização das baterias para instalação ou ampliação de plantas de centrais telefônicas, e que se pode observar nas cópias das notas fiscais às fls. 213 a 218 dos autos, que no campo dados adicionais consta a palavra “manutenção”. Entendem que a simples afirmação do autuado de que tais bens não seriam materiais de uso e consumo sem a devida comprovação formal não enseja direito ao creditamento do ICMS, por isso, discordam das alegações defensivas. Pedem a manutenção dos cálculos e valores constantes nos demonstrativos gravados no CD à fl. 191 deste PAF.

VOTO

Inicialmente, cabe analisar a preliminar de decadência suscitada pelo defensor, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente a fatos ocorridos no exercício de 2005, sendo alegado pelo defensor que o fisco não exerceu, de forma tempestiva, o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos antes de 09/12/2005, fundamentando a sua alegação no art. 150, § 4º do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

§ 5º *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2005 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2010. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 03/12/2010, com data de ciência em 09/12/2010, nessa data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

O defendant requereu a realização de perícia contábil. Fica indeferido o mencionado pedido, com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foram realizadas diligências, inclusive por preposto da ASTEC, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto aos resultados das referidas diligências.

Observo que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência ou perícia acontece quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Assim, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, reafirmo o indeferimento do pedido, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões sobre a autuação fiscal.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS em razão da utilização indevida de crédito fiscal relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2005.

De acordo com a descrição dos fatos, o autuado, quando da escrituração do Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), utilizou indevidamente crédito fiscal em razão de: a) imposto oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal; b) escrituração de crédito a maior que o destacado na nota fiscal; c) bens destinados ao uso ou consumo; d) notas fiscais escrituradas em duplicidade; e) bens do ativo imobilizado adquiridos pelo contribuinte com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de devoluções.

O defendant alegou que o percentual do crédito apurado pela Fiscalização decorre da utilização de fórmula de cálculo prevista para o estorno do ICMS referente ao ativo permanente e que restou claro a necessidade de conjugação de duas regras para o cálculo mensal do crédito de ICMS de ativo permanente: (i) a apropriação em razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês e (ii) a vedação de crédito sobre prestações isentas ou não tributadas.

Observo que o crédito a ser apropriado em cada mês é calculado de acordo com o índice ou fator determinado com base na proporção das operações ou prestações tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período. Para o mencionado cálculo é necessário levar em conta a distinção entre operações isentas ou não tributadas e “outras saídas”.

Para melhor entendimento, transcrevo a seguir os dispositivos da legislação que se referem à matéria tratada neste item da autuação.

Lei 7.014/96:

Art. 29. 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 o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 6º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivo serviço de transporte, deverão ser observadas as seguintes disposições (LC 87/96 e 102/00):

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 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, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;

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. 28, em livro próprio ou de outra forma que o regulamento determinar, para aplicação do disposto nos incisos I a IV deste parágrafo; e

VII – ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado.

RICMS/97:

Art. 93.

§ 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):

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 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, contados, da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;*

VI - *serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo, na forma prevista no § 2º do art. 339, para aplicação do disposto nos incisos I a V deste parágrafo;*

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

O problema é definir o que deve figurar no numerador e que deve figurar no denominador da equação que apura o índice mensal de crédito. Na apuração do mencionado índice devem ser observados os seguintes parâmetros:

1. Devem figurar no numerador e no denominador: a) as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços tributadas pelo ICMS; b) as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços destinadas ao exterior.
2. Devem figurar apenas no denominador: as operações de saídas de mercadorias ou prestações de saídas isentas, se não houver disposição legal expressa de manutenção do crédito fiscal; as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços realizadas com redução de base de cálculo, se não houver disposição legal expressa de manutenção do crédito fiscal.
3. Não devem figurar nem no numerador nem no denominador da equação, as operações ou prestações definidas por lei como não compreendidas no campo de incidência do ICMS, a exemplo de valores relativos a elementos estranhos ao campo de incidência do ICMS, tais como, locação, comodato, multa, juros moratórios, parcelamentos de dívidas por atrasos no adimplemento das obrigações; saídas não definitivas de mercadorias, efetuadas com suspensão da incidência do imposto, relativas a remessas de bens e de mercadorias para prestação de serviços, conserto, exposição, demonstração ou industrialização por terceiros, sujeitas a devolução.

Vale salientar que esses critérios estão de acordo com a legislação em vigor, haja vista que são resultado de estudos efetuados sobre a matéria, estando em conformidade com os dispositivos da legislação já reproduzidos neste voto.

Por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, foram realizadas diligências fiscais, inclusive por preposto da ASTEC, no sentido de que fossem refeitos os cálculos incluindo parcelas e retirando outras no numerador, de acordo com os critérios mencionados neste voto, calculando o coeficiente a ser utilizado na apuração do crédito fiscal. Por isso, os cálculos foram refeitos pelas autuantes, acatando parcialmente as alegações defensivas, juntando aos autos novos demonstrativos.

Na última manifestação, o autuado pede para que os cálculos sejam aceitos por esta Junta de Julgamento Fiscal, por entender que respeitaram os ditames da Lei Complementar 87/96. Entretanto, quanto ao saldo acumulado de créditos do ativo permanente, alega que esse não deve prevalecer, porque a diferença encontrada pelas autuantes está na não aceitação do mecanismo contábil utilizado pela empresa e na aceitação de créditos que foram considerados pelos Fiscais como uso e consumo. No que se refere ao saldo acumulado de créditos do ativo permanente requer que seja aceito o mecanismo utilizado pelo impugnante para a alienação/transferência dos bens do ativo permanente, bem como sejam aceitos os créditos decorrentes de aquisição de baterias de automóveis utilizadas na planta de operação. Pede que seja realizada nova diligência para ajuste desses valores.

Quanto à alienação de bens do ativo permanente antes de decorridos 48 meses da aquisição, o procedimento a ser adotado por cada contribuinte pode ser compreendido com a simples leitura do art. 20, § 5º, inciso V da Lei Complementar 87/96, abaixo reproduzido:

LC 87/96

Art. 20. 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 o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 5º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado:

V – na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;

Na informação fiscal as autuantes dizem que em relação à justificativa do autuado de que houve dificuldade operacional para manter o controle do ativo na base do CIAP, tributando todas as notas fiscais de alienação de bens do ativo, para posteriormente compensar o estorno dos créditos que deveria ser feito no momento da venda, o impugnante admite que criou este método por uma questão interna de falta de controle de seus bens do ativo.

Observo que no caso de caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Quanto à Súmula 166 do STJ, citada nas razões de defesa, o entendimento daquela Corte Superior encontra-se em processo de mudança, haja vista que o próprio Poder Judiciário através de um de seus Tribunais Superiores entende ser possível estabelecer base de cálculo em operações de transferência interestadual entre dois estabelecimentos de uma mesma empresa. Neste caso, ficou

evidenciado que foi negado efeito jurídico à aplicação da súmula 166, haja vista que tais operações, submetidas ao rigor da Lei Complementar estão sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo lícito aos Estados cobrar tal imposto, naquelas operações em que a lei lhes ampara. Assim, conclui-se que após a edição da Lei Complementar nº. 87/96, a Súmula 166 do STJ tornou-se inaplicável.

Entendo que não podem ser acatadas as alegações defensivas, haja vista que o contribuinte não pode adotar método próprio de apuração do ICMS e, caso tenha efetuado recolhimento de forma indevida, pode ser requerida restituição do indébito e compensação com o imposto a ser recolhido em etapa posterior.

Sobre as “baterias automotivas”, consideradas como de uso ou consumo pelas autuantes, o impugnante alegou que não estariam sendo utilizados em automóveis, mas sim nas centrais telefônicas. Neste caso, concordo com as autuantes, de que somente dariam direito à utilização do crédito no CIAP se o deficiente comprovasse que foram, efetivamente, utilizados nas plantas dessas centrais, o que não foi feito no presente PAF.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$653.312,62, conforme demonstrativo elaborado pelas autuantes à fl. 191 deste PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279468.0025/10-7**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$653.312,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 28 de junho de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR