

PROCESSO - A. I. Nº 279692. 0010/12-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TNL PCS S/A. (OI)
RECORRIDOS - TNL PCS S/A. (OI) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0224-01/13
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 05/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0103-12/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. CÁLCULO INCORRETO DO COEFICIENTE DE CREDITAMENTO. O crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de bens destinados ao ativo permanente e respectivos serviços de transporte é utilizado à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, 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. A legislação fixa critérios jurídicos que encerram uma equação matemática, cabendo ao intérprete identificar o que deva figurar no numerador e no denominador da equação ínsita na norma, sendo que, tal interpretação, requer precisão conceitual quanto aos fatos que constituam efetivas operações ou prestações e às situações que configurem meros deslocamentos físicos de bens sem que haja, jurídica ou economicamente, uma “operação” ou “prestação” em sentido estrito, bem como quanto ao sentido jurídico do que se deva considerar como “isento”, “tributado” e “não tributado”, em especial, as situações classificadas na categoria “outras”, haja vista os critérios peculiares fixados pela legislação quanto a esse aspecto, e sem perder de vista as situações de isenção com e sem manutenção de crédito. Foi determinada diligência para realização de revisão do lançamento com base nas recomendações indicadas pelo órgão julgador. Acatado o resultado. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado para imputar ao contribuinte o cometimento de quatro infrações, sendo objeto de ambos os Recursos apenas a primeira infração, como a seguir descrito:

Infração 1 - utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado em valor superior ao permitido pela legislação, por não aplicar o coeficiente de creditamento correto, sendo glosado crédito no valor de R\$2.690.564,00, com multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu a lide administrativa, *in verbis*:

O presente Auto de Infração compõe-se de 4 lançamentos. Foi impugnado apenas o 1º lançamento, que cuida de utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a bens do ativo imobilizado em valor superior ao permitido pela legislação.

O contribuinte comenta a complexidade da apuração do coeficiente de aproveitamento de créditos de ICMS relativos a bens do ativo permanente. Questiona o critério adotado pela fiscalização, pontuando serviços e operações que no seu entender são tributados pelo ICMS, e portanto devem ser considerados no numerador da fração mediante a qual se apura o referido coeficiente.

Essa questão do crédito fiscal de ICMS relativo a bens do ativo permanente requer cuidados especiais por quem procede à auditoria. As considerações que passo a fazer são fruto de estudos que fiz há algum tempo em conjunto com a nobre colega Denise Mara Barbosa em torno dessa melindrosa questão, que carece de uma disciplina visando orientar a fiscalização, quer mediante portaria, quer mediante instrução normativa.

O crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de bens destinados ao ativo permanente e respectivos serviços de transporte, nos termos do § 6º do art. 29 da Lei nº 7.014/96, é utilizado à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, devendo a primeira parcela ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento (o contribuinte não perde o direito a esse crédito se deixar para utilizar o crédito de uma só vez ao final dos 48 meses). 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, ou seja, operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas. Para isso, é preciso levar em conta a distinção entre “operações isentas ou não tributadas” e “outras” saídas. Remessas e retornos de bens em virtude de locação (aluguel) não são “operações”. Também não são “operações” as remessas de mercadorias ou bens para conserto ou manutenção. O valor do crédito a ser apropriado obtém-se multiplicando o valor total do respectivo crédito pelo índice ou fator igual a 1/48 (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 esse fim, as saídas e prestações com destino ao exterior. Em caso de alienação de bens do ativo permanente antes de decorrido o prazo de 4 anos (48 meses) contado da data de sua aquisição, não deve ser admitido, a partir da data da alienação, o creditamento do imposto em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio. Ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito deve ser cancelado. Calcula-se o índice mensal de crédito acima referido mediante a seguinte equação:

$$\text{Índice mensal de crédito} = \frac{\text{operações de saídas ou prestações tributadas}}{\text{total das operações de saídas ou prestações}}$$

O grande problema é definir o que deva figurar no numerador e o que deva figurar no denominador da referida equação, e o que nela não deva figurar, sob pena de distorcer os resultados e consequentemente o propósito do legislador. É lógico e razoável que no cálculo do crédito fiscal das aquisições de bens do ativo permanente e respectivos serviços de transporte devem ser levados em conta apenas as operações e prestações concernentes às atividades operacionais da empresa relativamente ao ICMS. Sendo assim, na equação acima exposta devem figurar:

- 1. no numerador: as operações de saídas ou prestações tributadas;*
- 2. apenas no denominador:*
 - a) as operações de saídas de mercadorias ou prestações de saídas isentas, se não houver disposição legal expressa de manutenção do crédito fiscal;*
 - b) 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. 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;*
 - c) as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços isentas, pelo total da operação ou prestação, se houver disposição legal expressa de manutenção do crédito fiscal;*
 - d) as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços realizadas com redução de base de cálculo, se houver disposição legal expressa de manutenção do crédito fiscal total;*
 - e) as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços realizadas com redução de base de*

cálculo:

- *no numerador, até o limite percentual de manutenção do crédito fiscal total;*
- *no denominador, o valor total da operação ou prestação;*
- f) *as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços realizadas com o ICMS pago por substituição ou antecipação tributária com fase de tributação encerrada, bem como demais casos operações e prestações tributadas em regime sumário;*
- g) *as operações realizadas a título de doação;*
- h) *as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços realizadas com o ICMS pago por substituição ou antecipação tributária com fase de tributação encerrada, bem como demais casos operações e prestações tributadas em regime sumário;*
- i) *o valor do IPI, na operação de saída de mercadoria destinada a consumidor ou usuário final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo permanente de estabelecimento de contribuinte.*

Por outro lado, não devem figurar nem no numerador nem no denominador da equação:

1. *os fatos ou situações relativos a operações ou prestações definidos por lei como não compreendidos no campo de incidência do ICMS (imunidade e não incidência);*
2. *os 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;*
3. *as saídas não definitivas de mercadorias, efetuadas com suspensão da incidência do imposto, relativas a remessas de vasilhames e de mercadorias para conserto, exposição, demonstração ou industrialização por terceiros, sujeitas a devolução, sendo que, constatando-se que a existência de saída de mercadoria com suspensão da incidência do imposto sem o devido retorno, nas condições estabelecidas pela legislação, deve-se apurar o valor do débito pelas saídas, refazendo-se a conta corrente fiscal;*
4. *as saídas definitivas de bens do ativo permanente em virtude de desincorporação (ou baixa do ativo), bem como as saídas provisórias por transferência, pelas seguintes razões:*
 - a) *não fazem parte das atividades operacionais da empresa;*
 - b) *se a saída (ou baixa do ativo) ocorrer em prazo inferior a 48 meses contado da aquisição, o crédito fiscal do bem considerado não poderá mais ser utilizado após a desincorporação, e, portanto, a sua inclusão no cálculo do estorno dos demais bens do ativo apenas duplicaria o contribuinte;*
 - c) *se a saída do bem do ativo permanente (ou baixa do ativo) ocorrer com mais de 48 meses de uso no estabelecimento, o objetivo de sua incorporação já foi atingido, isto é, o bem foi utilizado para produzir mercadorias ou serviços pelo prazo mínimo estabelecido na legislação;*
5. *as transferências de material de uso ou consumo, pelas seguintes razões:*
 - a) *não fazem parte das atividades operacionais da empresa;*
 - b) *quando os materiais de uso ou consumo entraram no estabelecimento, o contribuinte efetuou o pagamento da diferença de alíquotas, encerrando-se a tributação daqueles materiais;*
6. *o valor do IPI, quando a operação, realizada entre contribuintes do ICMS e relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.*

No tocante aos bens destinados a fins alheios às atividades operacionais relativas ao ICMS, a exemplo de veículos para uso pessoal de sócios, gerentes, administradores ou terceiros, é vedado o crédito fiscal, inclusive o crédito relativo aos serviços a eles correspondentes. Se tal destinação não era prevista por ocasião de sua aquisição, deve-se exigir o estorno ou anulação do crédito fiscal, inclusive o crédito relativo aos serviços a eles correspondentes, no mês em que vierem a ser utilizados em fim alheio à atividade do estabelecimento, sendo que tal estorno ou anulação não deverá influir no cálculo dos créditos dos demais ativos constantes no CIAP, e por isso não se incluirá o valor de sua saída nem no numerador nem no denominador da supracitada equação.

Com relação à locação ou comodato de bens, tais fatos, em princípio, são alheios ao campo de incidência do ICMS. Porém, no caso particular do autuado nestes autos, a locação de equipamentos está relacionada à prestação dos serviços de comunicação, pois os valores cobrados a título de locação constituem despesas acessórias e por conseguinte integram a base de cálculo do ICMS relativo à prestação do serviço. Por conseguinte, no caso específico deste contribuinte, os valores relativos a locações devem ser considerados tributados, integrando, por conseguinte, tanto o numerador como o denominador da equação considerada.

Este processo foi remetido em diligência à repartição de origem, solicitando-se aos fiscais autuantes que procedessem à revisão do lançamento levando em conta as recomendações pontuadas no despacho às fls. 137/143, feitas com base num estudo genérico aplicável a situações em geral, relativamente ao que deveria figurar no numerador da aludida fração e no denominador, bem como ao que deveria figurar tanto no numerador quanto no denominador, e ao que não deveria ser considerado na equação, acentuando-se que, tendo em vista a situação específica inerente ao ramo de atividade do autuado, fazia-se necessário atentar para os seguintes aspectos:

- a) as receitas de cessões onerosas de meios de redes (interconexões) são tributáveis pelo ICMS, nos termos do art. 569-A, VII, do RICMS, devendo por conseguinte ser consideradas no numerador da equação. Tendo em vista que tais receitas já haviam sido consideradas no denominador, fica entendido que elas devem figurar tanto no numerador quanto no denominador;*
- b) cartões telefônicos pré-pagos são tributados por antecipação, devendo igualmente ser considerados tanto no numerador quanto no denominador;*
- c) com relação à locação ou comodato de bens, tais fatos, em princípio, são alheios ao campo de incidência do ICMS. Porém, quando a locação de equipamentos está relacionada à prestação dos serviços, constituindo os valores cobrados a título de locação despesas acessórias, integrando por isso a base de cálculo do ICMS relativo à prestação do serviço, os valores relativos a locações devem ser considerados tributados, integrando, por conseguinte, tanto o numerador como o denominador da equação considerada.*

Advertiu-se naquela diligência que, quando o órgão julgador solicita que a fiscalização atenda a determinada medida, essa solicitação visa instruir o processo com elementos que possibilitem a Decisão da lide, porém tal solicitação não significa prejulgamento, pois ao determinar a diligência nada foi decidido ainda, de modo que a Decisão final pode ou não basear-se nos elementos que se pretende que sejam carreados aos autos, ponderando-se que a primeira instância tem uma função preparadora, devendo cuidar no sentido de que todos os elementos relevantes venham aos autos, de modo que, em caso de Recurso, a instância superior disponha de dados que propiciem a Decisão sem necessidade de diligências saneadoras.

Os fiscais autuantes atenderam a diligência na forma solicitada, observando que procederam aos ajustes sugeridos pelo órgão julgador, porém ressaltam que o seu entendimento continua o mesmo que foi manifestado na informação anterior, no sentido de que se faz adicionar no RICMS dispositivos legais que estabeleçam cálculo do coeficiente de creditamento do livro CIAP. Concluem dizendo que é responsabilidade do CONSEF o resultado final do novo demonstrativo de cobrança à fl. 174, obtido após a revisão determinada em diligência.

O § 6º do art. 29 da Lei nº 7.014/96 fixa critérios jurídicos que encerram uma equação matemática, cabendo ao intérprete identificar o que deva figurar no numerador e o que deva figurar no denominador da equação implícita naquele dispositivo. A interpretação desse dispositivo requer precisão conceitual quanto aos fatos que constituam efetivas operações ou prestações e às situações que configurem meros deslocamentos físicos de bens sem que haja jurídica ou economicamente uma “operação” ou “prestação” em sentido estrito, bem como quanto ao sentido jurídico do que se deva considerar “isento”, “tributado” e “não tributado”, em especial as situações classificadas na categoria “outras”, haja vista os critérios peculiares fixados pela legislação quanto a esse aspecto, e sem perder de vista as situações de isenção com manutenção de crédito e as situações de isenção sem manutenção de crédito.

Têm toda razão os autuantes quanto à necessidade de expedição de um ato normativo que venha orientar a fiscalização no cálculo de coeficiente de creditamento do ICMS em função das aquisições de bens do ativo imobilizado. É evidente que isso não há de ser feito no RICMS, como sugerem os fiscais. O que consta na lei e no regulamento já é suficiente. O que falta é a disciplina, em “linguagem didática”, dos aspectos a serem considerados na interpretação dos termos empregados pela lei e pelo regulamento. Tal disciplina decerto será objeto em breve de alguma portaria ou instrução normativa, haja vista ser necessário padronizar os trabalhos de auditoria fiscal e fixar critérios técnicos de avaliação por parte das demais instâncias do fisco estadual, em face da complexidade dos conceitos jurídicos e dos aspectos contábeis envolvidos.

Enquanto tal disciplina geral e abstrata não vem a lume, compete ao órgão julgador, em cada caso, determinar o sentido e alcance dos dispositivos legais em questão e seus efeitos no âmbito fiscal. Foi isto precisamente o que se buscou neste caso.

O resultado da revisão efetuada pelos nobres autuantes encontra-se às fls. 171/174.

Ao ter ciência da revisão, o contribuinte manifestou-se dizendo que concorda com o resultado da diligência, porém reclama que persistiria um equívoco em relação ao saldo acumulado de crédito do ativo permanente em virtude da descon sideração, pelo fisco, do procedimento adotado pela empresa para o estorno do crédito em razão da transferência de bens do ativo permanente para outras filiais, haja vista que, embora não incida o imposto nas saídas de bens com mais de um ano de uso no estabelecimento, a empresa, por dificuldades operacionais em manter o controle dos bens ativados na base do CIAP, tributa todas as saídas em transferência,

conforme provas apresentadas na defesa.

Foram de fato apresentadas na defesa cópias de 8 Notas Fiscais de transferência (fls. 119/126). Nelas consta o destaque do ICMS. Mas isso não quer dizer que em todas as transferências ocorra o mesmo fato.

O fiscal autuante, ao prestar a nova informação (fl. 187), limitou-se a dizer “Ciente”.

O órgão julgador não tem acesso aos fatos. Tem acesso apenas à versão dos fatos. O julgador ouve o que alega o autuado e ouve o que informa a autoridade autuante. É estranho que a autoridade fiscal diga simplesmente “Ciente”. O contribuinte e o órgão julgador precisam saber o que ele pensa. Essa é uma decorrência do princípio do contraditório, e para o contribuinte as explicações da autoridade fiscal têm reflexos no tocante ao conceito de ampla defesa.

Seria o caso de baixar-se o processo em diligência para que a informação fosse prestada na forma prevista no § 6º do art. 127 do RPAF.

Porém no presente caso essa questão das transferências foi um dos pontos objeto da diligência às fls. 137/143. Mais precisamente às fls. 140 e 141, foi assinalado o que o órgão julgador solicitava que fosse feito em relação às saídas definitivas de bens do ativo permanente em virtude de desincorporação (ou baixa do ativo), bem como as saídas provisórias por transferências, observando-se que elas não deveriam figurar nem no numerador nem no denominador da equação, porque: a) tais saídas (desincorporações) não fazem parte das atividades operacionais da empresa; b) se a saída do bem (ou baixa do ativo) ocorrer em prazo inferior a 48 meses contado da aquisição, o crédito fiscal do bem considerado não poderá mais ser utilizado após a desincorporação, e, portanto, a sua inclusão no cálculo do estorno dos demais bens do ativo apenas duplamente o contribuinte; c) se a saída do bem do ativo permanente (ou baixa do ativo) ocorrer com mais de 48 meses de uso no estabelecimento, o objetivo de sua incorporação já foi atingido, isto é, o bem foi utilizado para produzir mercadorias ou serviços pelo prazo mínimo estabelecido na legislação.

Na mesma diligência (fl. 141), foi assinalado que também não deveriam figurar nem no numerador nem no denominador da equação as transferências de material de uso ou consumo, do mesmo modo que as transferências internas de bens do ativo imobilizado, sendo que no caso de transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado deveria ser adotado o mesmo tratamento dispensado à desincorporação.

Os fiscais declararam que cumpriram o que foi solicitado na diligência (fls. 169-170).

No demonstrativo à fl. 172 consta que as transferências foram excluídas do numerador. E no demonstrativo à fl. 173 consta que as transferências foram excluídas do denominador.

Considero sem sentido a reclamação do autuado em sua última manifestação.

Acato o resultado da revisão efetuada pelos autuantes, com base nas diretrizes fixadas no despacho da diligência determinada pelo órgão julgador.

O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nos seguintes elementos, tomando por fonte os dados do instrumento à fl. 174:

- janeiro de 2009.....	R\$ 17.064,15
- fevereiro de 2009....	R\$ 14.537,82
- março de 2009.....	R\$ 26.409,26
- abril de 2009.....	R\$ 11.621,18
- maio de 2009.....	R\$ 15.446,47
- junho de 2009.....	R\$ 15.161,57
- julho de 2009.....	R\$ 22.215,03
- agosto de 2009.....	R\$ 14.462,93
- setembro de 2009....	R\$ 35.009,55
- outubro de 2009.....	R\$ -,-
- novembro de 2009...	R\$ 8.841,11
- dezembro de 2009....	R\$ 6.358,63
Total:	R\$ 187.127,70

Os demais itens não foram impugnados.

Quanto à alegação de que as multas tem efeito confiscatório, cumpre dizer que as penas aplicadas têm previsão legal e não é razoável discutir no âmbito administrativo a inconstitucionalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, inicialmente pedindo a retificação de sua denominação nas intimações a ele dirigidas, haja vista que, na intimação recebida, consta “*como Impugnante “TNL PEÇAS LTDA.”*”, entretanto, seu estabelecimento se denomina “TNL PCS S/A”.

Aduz que a “*Decisão, que fora proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, foi fundamentada robustamente e é digna de ser adotada por esse Conselho Administrativo em outros julgamentos*”, entretanto, alega que, na resolução do acórdão, “*houve equívocos que merecem ser sanados por essa Câmara*”, porque, “*apesar de a Junta ter acatado os cálculos realizados na diligência fiscal, a qual concluiu ser devido a quantia de R\$ 187.127,70, conforme trecho do voto à fl. 12 do acórdão, na parte dispositiva a Junta determinou o pagamento de R\$ 191.123,07 relativo ao principal*”.

Requer que este Colegiado “*homologue todo o pagamento já realizado e reforme a parte dispositiva da Decisão que determina o pagamento do valor relativo à multa acessória na quantia de R\$ 4.830,27*”, já devidamente recolhida.

Por fim, pede que “*seja mantida a Decisão de 1º grau no que toca aos ajustes realizados, e que seja dado provimento ao presente Recurso voluntário, apenas para que sejam realizados os ajustes indicados nas razões acima*”.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria José Coelho de A. Sento-Sé, opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, reconhecendo que “*é pertinente a correção do erro material contido no acórdão JJF nº 0224-01/13*”, embora consigne que o órgão julgador de piso tenha determinado a homologação dos valores recolhidos pela repartição competente.

Acrescenta que, no que toca à infração 1, tem razão o recorrente, pois a Decisão recorrida acatou o resultado da diligência de fl. 174 e mencionou expressamente o valor de R\$187.127,70 como débito correto, entretanto, na parte dispositiva da Decisão, concluiu, de modo contraditório, ser devido o montante de R\$191.123,07.

O Parecer foi ratificado pela Procuradora Assistente em exercício, Dra. Maria Olívia T. de Almeida, conforme despacho acostado à fl. 220 dos autos.

Às fls. 221 a 223 foram anexados documentos que comprovam que o autuado, beneficiando-se da Lei da Anistia, efetuou o recolhimento de parte do débito lançado na autuação.

VOTO

Os Recursos Voluntário e de Ofício foram apresentados apenas em relação à infração 1, na qual foi lançado o ICMS em razão da constatação de recolhimento a menos pela utilização a maior de crédito fiscal relativo à entrada de bens do ativo imobilizado, apurado conforme o coeficiente de creditamento mensal expresso na seguinte fórmula: operações de saídas ou prestações de serviços tributados / total das operações de saídas ou de prestações de serviços.

No que tange ao Recurso de Ofício, considero que a Decisão recorrida não merece reparos, uma vez que o órgão julgador de primeira instância, em Decisão muito bem fundamentada, promoveu, por meio de diligência realizada pelos próprios autuantes (fls. 137 a 143 e 171/174), as inclusões e exclusões necessárias e corretas.

Embora a legislação tributária baiana não seja clara sobre o que deve ou não fazer parte da fórmula para encontrar o percentual de crédito mensal de ICMS referente às entradas de bens do ativo imobilizado, este Conselho de Fazenda, em diversos julgados, atingiu, após muita reflexão, uma interpretação da legislação que considero razoável.

Sendo assim, está correta a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal quando determinou:

1. a inclusão, no numerador e no denominador da fração, das prestações de serviços de

telecomunicação ocorridas com diferimento (cessão de rede ou interconexão), nos termos do artigo 569-A, inciso VII, do RICMS/97, porque tais prestações são tributadas, haja vista que nelas há a ocorrência do fato gerador, apenas ocorrendo a postergação da exigência do imposto para um momento subsequente, não se equiparando, portanto, a operações ou prestações isentas ou com não-incidência;

2. a inclusão, no numerador e no denominador da fração, das operações com cartões telefônicos pré-pagos, que são tributados por antecipação;
3. a inclusão, no numerador e no denominador da fração, dos valores relativos à locação de equipamentos relacionada à prestação dos serviços de comunicação, já que, por se tratarem de “*serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam ou agilizam o processo de comunicação*”, nos termos do Convênio ICMS 69/98, integram a base de cálculo do ICMS relativo à prestação dos referidos serviços;
4. a exclusão, do denominador da fração, dos valores referentes a operações ou prestações que não se subsumem em saídas definitivas e de importâncias referentes a operações e prestações não inseridas no âmbito de incidência do ICMS, a exemplo de encargos, juros, multas, parcelamentos de débito, recebimentos de serviços prestados a terceiros, refaturamentos, remessas para conserto ou reparo, saídas de materiais de uso e consumo e de bens do ativo imobilizado.

Saliento, por oportuno, que o entendimento consolidado neste CONSEF a respeito da matéria foi recentemente normatizado pela Secretaria da Fazenda, com a publicação, no Diário Oficial do Estado de 19 e 20/10/2013, da Instrução Normativa nº 53/13 que “*Dispõe sobre o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte*”, praticamente repetindo as orientações já adotadas por este Colegiado em seus diversos julgamentos.

Quanto ao Recurso Voluntário, não tem razão o recorrente, ao mencionar a existência de erro material na Decisão recorrida, como se verá a seguir.

Pela análise do Auto de Infração, constato que foram lançadas originalmente quatro imputações com os seguintes valores:

1. infração 1 – exigência de ICMS no valor de R\$2.690.564,00, com multa de 60%;
2. infração 2 – cobrança de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$885,10;
3. infração 3 - cobrança de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$3.945,17;
4. infração 4 - exigência de ICMS no valor de R\$3.995,37, com multa de 60%.

O autuado reconheceu o débito concernente às infrações 2, 3 e 4 e a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela redução do débito da infração 1 para R\$187.127,70. Dessa forma, o valor efetivamente devido após a Decisão de primeira instância totalizou o seguinte:

1. ICMS – infrações 1 e 4 – $R\$187.127,70 + R\$3.995,37 = R\$191.123,07$ (exatamente o valor consignado na Resolução do acórdão recorrido);
2. multas por descumprimento de obrigação acessória - infrações 2 e 3 – $R\$885,10 + R\$3.945,17 = R\$4.830,27$ (exatamente o valor indicado na Resolução do acórdão recorrido).

Há de se ressaltar, por fim, que, de maneira correta, a Junta de Julgamento Fiscal determinou a homologação, pela repartição competente, das quantias recolhidas pelo contribuinte.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício, mantendo inalterada a Decisão recorrida. Devem ser homologados, pela repartição competente, os valores

efetivamente recolhidos e observada a denominação da empresa autuada, para “TNL PCS S/A”, nas intimações futuramente expedidas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279692.0010/12-1**, lavrado contra **TNL PCS S/A. (OI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$191.123,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$4.830,27**, previstas nos incisos IX e XI do artigo 42 da supracitada lei, com os acréscimos moratórios, conforme disciplina da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS