

A. I. N º - 269130.0011/12-4
AUTUADO - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 08. 04. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0054-01/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. COEFICIENTE DE CREDITAMENTO. GLOSA DE CRÉDITO FISCAL. A Lei Complementar nº 87/96, assim como a Lei Estadual nº 7.014/96 estabelecem que o coeficiente de creditamento é apurado pela proporção das operações e prestações tributadas e o total das operações de saída e prestações do período. Diligência realizada pela Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, excluiu as operações de saídas que não representam efetiva circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS. Rejeitadas as nulidades arguidas. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/05/2012, formaliza a constituição de crédito tributário de ICMS no valor de R\$940.506,21, acrescido da multa de 60%, em razão de cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro, fevereiro, junho a dezembro de 2010. Consta que o contribuinte se apropriou de crédito CIAP a mais no período autuado.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 83 a 90) aduzindo sobre os fatos que fundamentaram a autuação, consignando que se depreende do relatório do Auto de Infração, que se refere ao cálculo do “COEFICIENTE DE ESTORNO” aplicável ao CIAP de forma incorreta, entretanto, não foram especificadas na autuação quais saídas não considerou no cálculo do coeficiente, inexistindo a devida demonstração das operações envolvidas.

Argui a nulidade do Auto de Infração, afirmando que o lançamento de ofício em questão está eivado de flagrante nulidade pela ausência de motivação. Diz que para melhor demonstrar essa flagrante nulidade, há simples alegação de erro no cálculo do coeficiente de estorno sem especificar as saídas que deveriam compor o cálculo.

Assevera que o Auto de Infração não demonstra com clareza exigida por lei qual é exatamente a operação ou operações que estão sendo consideradas para efeito do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP. Aduz que tal demonstração, além de ser exigida por lei, é fundamental para que pudesse demonstrar a legitimidade do seu procedimento.

Explica que o artigo 21 da Lei Complementar nº 87/96, 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 pelo referido imposto, conforme redação que reproduz.

Assinala que diante da legislação aduzida, 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.

Alega, entretanto, que há casos em que dá saída de seus equipamentos de forma não definitiva, como são os casos 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. Invoca sobre esse tema resposta da Consultoria do Estado de São Paulo, ao responder à Consulta Fiscal nº 794/98, reproduzindo-a. Reporta-se também sobre a Consulta Fiscal que protocolou objetivando dirimir dúvida de interpretação da legislação estadual do Rio de Janeiro relativamente a mesma matéria tributária objeto do presente lançamento. Observa 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.

Registra que à época 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. Transcreve o teor da resposta.

Diz que, dessa forma, o Auto de Infração não definiu corretamente a matéria tributável ofendendo, assim, as disposições do artigo 142 do CTN, não restando dúvida que foi lavrado com preterição ou prejuízo do seu direito de defesa, bem como não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a pretensa infração cometida.

Prosseguindo, refere-se sobre a metodologia legal do cálculo do coeficiente de estorno aplicável ao CIAP.

Consigna que antes de demonstrar a ilegalidade desse procedimento, cumpre relembrar a legislação aplicável ao cálculo do coeficiente de estorno. Observa que o artigo 19 da Lei Complementar nº 87/96, 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.*” Por sua vez, o artigo 20 do mesmo diploma legal determina que, “*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.*” Já o seu § 1º, diz que “*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.*”

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 permanente, só será realizado nos ativos “...UTILIZADOS PARA PRODUÇÃO DE MERCADORIAS CUJA SAÍDA RESULTE DE OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO-TRIBUTADAS...”.

Diz 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 que as operações de saídas que realiza 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;
- CFOP 5.949 – outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado.

Questiona: *Quais das operações acima elencadas os bens pertencentes ao seu ativo imobilizado 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?* Responde que evidentemente que não e, portanto, tais operações não devem participar do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP por disposição expressa da Lei Complementar nº 87/96, no seu artigo 21.

Diz que se o lançamento tributário em discussão afirma que o coeficiente de estorno foi calculado considerando o total das saídas tributadas dividido pelo total das saídas, tudo leva a crer que se considerou todas aquelas saídas acima elencadas, inclusive, aquelas que não guardam qualquer relação direta com os bens do seu ativo imobilizado.

Consigna que se assim foi, o que não se pode afirmar já que o Auto de Infração não esclarece quais foram as saídas utilizadas no total de saída da equação do cálculo, há evidente ilegalidade.

Sustenta que, diante disso, o 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 seu ativo imobilizado. Ou seja, não resultante de operações envolvendo bens do ativo fixo.

Conclui requerendo a desconstituição do Auto de Infração. Requer também a produção de provas admitidas pela legislação pertinente, assim como o deferimento de sustentação oral. Protesta pela juntada de procuração e contrato social.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 111 a 115) observando que o autuado requer a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que não ter sido demonstrado como a Fiscalização chegou aos valores do coeficiente de creditamento aplicado ao cálculo dos créditos relativos a bens do ativo permanente.

Assinala que num segundo momento da defesa o autuado parece que se deu conta de quais os CFOPs foram utilizados pela Fiscalização, pois apresenta argumentos para a seleção de alguns, o que modificaria o valor do cálculo em seu favor.

Contesta a argumentação defensiva atinente à falta de demonstração dos valores calculados, afirmando que os valores utilizados para o cálculo do coeficiente utilizado, podem ser vistos na planilha “Demonstrativo do Cálculo do Coeficiente de Creditamento do Livro CIAP”, acostado à fl. 39 dos autos.

Observa que na referida planilha lê-se: “(1)Valor das Operações tributadas”, “(1) Valor das exportações” e “(1) Total das Saídas”.

Registra que o numeral (1) refere-se à Observação (1), que informa que o “Valor das Operações tributadas,” o “Valor das exportações” e o “Total das Saídas” são “Conforme escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS”.

Salienta que a partir da fl. 40 dos autos, encontra-se cópia do livro Registro de Apuração do ICMS.

Aduz que desse modo pode-se verificar o seguinte:

- em janeiro de 2010 (pág. 42) , o total das saídas escriturado foi de R\$2.909.058,43. Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.949, 6.102, 6.552, 6.915 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto (tributadas) foi de R\$2.190.664,88, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em fevereiro de 2010 (pág. 45) , o total das saídas escriturado foi de R\$3.629.158,40. Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102 , 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.908, 5.949, 6.102, 6.152, 6.552, 6.557, 6.915 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$2.650.166,49, para os mesmos CFOPs.O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em março de 2010 (pág. 48) , o total das saídas escriturado foi de R\$3.520.657,54. Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.908, 5.949, 6.102, 6.152, 6.552, 6.557, 6.915 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$ 2.738.594,92, para os mesmos CFOPs.O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em abril de 2010 (pág. 51) , o total das saídas escriturado foi de R\$3.417.424,22. Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.551, 6.552, 6.915 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$ 2.616.033,43, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em maio de 2010 (pág. 54) , o total das saídas escriturado foi de R\$4.121.902,04 Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.908, 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\$2.669.098,81, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em junho de 2010 (pág. 57) , o total das saídas escriturado foi de R\$3.380.833,93. Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.949, 6.102, 6.152, 6.552, 6.915 3 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$2.649.455,19, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em julho de 2010 (pág. 60), o total das saídas escriturado foi de R\$3.445.956,77. Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.908, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.551, 6.552, 6.915 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$2.641.382,60, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em agosto de 2010 (pág. 63) , o total das saídas escriturado foi de R\$3.585.423,66. Este total é a soma de todos os CFOPs, 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 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$ 2.747.350,49, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;

- em setembro de 2010 (pág. 66) , o total das saídas escriturado foi de R\$3.684.879,81. Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.552, 6.557, 6.915 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$ 2.834.512,28, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em outubro de 2010 (pág. 69) , o total das saídas escriturado foi de R\$3.673.657,81. Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.949, 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\$2.865.130,75, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em novembro de 2010 (pág. 72) , o total das saídas escriturado foi de R\$3.913.439,13. Este total é a soma de todos os CFOPs, 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 e 6.949. O total da base de cálculo das operações com débito do imposto foi de R\$ 2.855.763,41, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00;
- em dezembro de 2010 (pág. 75) , o total das saídas escriturado foi de R\$3.830.053,75. Este total é a soma de todos os CFOPs, quais sejam: 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.908, 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\$ 2.920.644,94, para os mesmos CFOPs. O total de mercadorias exportadas foi de R\$ 0,00.

Ressalta que esses são os valores copiados no acima referido “*Demonstrativo do Cálculo do Coeficiente de Creditamento do Livro CIAP*”.

Diz que, desse modo, espera ter demonstrado que não houve cerceamento do direito de defesa.

Continuando, reporta-se sobre a alegação defensiva atinente a metodologia legal do cálculo do coeficiente de estorno aplicável ao CIAP, asseverando que à Fiscalização cabe apenas o cumprimento da lei.

Reproduz o art.93, § 17, inciso II, do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997.

Diz que é cediço que o Total das Saídas (TS) = Total das saídas tributadas(TST) + Total das saídas isentas ou não-tributadas (TSnT).

Diz que o decreto [RICMS/BA/97] determina que não se pode tomar crédito em relação à proporção de isentas /não tributadas sobre o total de saídas, portanto, 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

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

Observa que, apesar de todos os argumentos apresentados pelo contribuinte, enquanto não for modificado o texto do decreto [RICMS], ao agente fiscal baiano, não resta outra alternativa, que não o cumprimento literal da lei.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência a Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF (fls. 121 a 125), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para que adotasse as seguintes providências: 1. Intimasse o autuado para apresentar demonstrativos nos quais identificasse, separadamente, ou seja, item por item de CFOP, no caso, os CFOP 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.908, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.551, 6.552, 6.557, 6.915 e 6.949, os valores das operações e prestações realizadas no período objeto da autuação; 2. Após o atendimento da solicitação contida no item 1, deveria o diligenciador revisar o lançamento, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos, levando em consideração as ponderações assinaladas no pedido de diligência, de modo a se fixar o que deve constar no numerador e no denominador da equação.

Nos termos do Parecer ASTEC N° 120/2013, o diligenciador consignou que após a devida análise nos elementos constantes no processo, especificamente no que se refere ao pedido constante na diligência, refez os cálculos de acordo com o parametrizado na diligência tendo concluído, em função do pedido, que os valores de débito do contribuinte são os constantes na tabela que apresenta totalizando o ICMS apurado no valor de R\$939.834,61.

Cientificado sobre o resultado da diligência, inclusive através de aviso postal – AR (fls. 203/204), o autuado não se manifestou.

A Fiscalização consignou a sua ciência sobre o Parecer ASTEC N° 120/2013, fl. 205 dos autos.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS atribuída ao contribuinte, em decorrência de utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação.

Inicialmente, no que tange à arguição defensiva de nulidade do Auto de Infração pela ausência de motivação, verifico que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a descrição da infração se apresenta clara, tendo a Fiscalização explicitado nos anexos que acompanham o referido Auto de Infração os cálculos realizados, especificamente no “Demonstrativo do Cálculo do Coeficiente de Creditamento do Livro CIAP”.

Do mesmo modo, não prospera a arguição defensiva de cerceamento do direito de defesa, por não definir corretamente o lançamento a matéria tributável ofendendo, assim, as disposições do artigo 142 do CTN. Constatou que os elementos que compõem o presente processo, permitem claramente determinar com segurança a matéria tributável, possibilitando o exercício pleno do direito de defesa do contribuinte, contrariamente ao alegado.

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidade, tendo em vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, cabe observar que o art. 20, da Lei Complementar nº 87/96, dispõe sobre a apropriação dos créditos fiscais das aquisições de mercadorias para o ativo permanente, nos seguintes termos:

"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: (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

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; (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

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; (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

III – para aplicação do disposto nos incisos I e II deste parágrafo, o montante do crédito a ser apropriado será obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo 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 fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior ou as saídas de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 120, de 2005)

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; (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)".

Seguindo as disposições da Lei Complementar nº 87/96, a Lei Estadual nº 7.014/96 estabelece similarmente no seu art. 29, §6º, o seguinte:

Art.29 –(...)

(...)

"§ 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".

A leitura dos dispositivos legais acima transcritos, permite concluir que o montante do crédito fiscal decorrente de aquisição de bens para o ativo permanente deve observar a relação entre o valor de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, de forma que seja expurgado o valor do crédito fiscal proporcional às saídas de mercadorias e às prestações de serviços isentas e não tributadas.

Portanto, o coeficiente mensal do crédito fiscal, deve ser calculado de acordo com a seguinte equação:

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

Alega o autuado 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 que as operações de saídas que realiza 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 immobilizado;
- 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;
- CFOP 5.949 – outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado.

Já a autuante esclarece que o total das saídas escriturado representa a soma de todos os CFOPs, no caso 5.102 , 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.908, 5.949, 6.102, 6.152, 6.552, 6.557, 6.915 e 6.949.

Vale registrar que esta JJF converteu o feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF, a fim de que Auditor Fiscal designado intimasse o autuado para apresentar demonstrativos nos quais identificasse, separadamente, ou seja, item por item de CFOP, no caso os CFOPs 5.102, 5.301, 5.302, 5.303, 5.304, 5.307, 5.405, 5.908, 5.949, 6.102, 6.108, 6.152, 6.551, 6.552, 6.557, 6.915 e 6.949, os valores das operações e prestações realizadas no período objeto da autuação. Foi consignado ainda, que após o atendimento da intimação, deveria o diligenciador levando em consideração as ponderações assinaladas no pedido de diligência, de modo a se fixar o que deveria constar no numerador e no denominador da equação, elaborasse novos demonstrativos.

O diligenciador cumpriu a diligência, realizando os ajustes e correções solicitados, excluindo as operações de saídas que não representam efetiva circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, conforme refletido no Parecer ASTEC Nº 120/2013, cujo resultado apurou o valor de ICMS devido de R\$939.834,61.

Relevante observar que, apesar de ter sido cientificado sobre o Parecer ASTEC Nº 120/2013, o autuado não se manifestou.

Diante disso, acolho o resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, contudo, fazendo uma pequena correção quanto ao valor apontado como devido de R\$939.834,61, constante do demonstrativo elaborado pelo diligenciador, haja vista que a soma das parcelas mensais totaliza o valor do ICMS devido de R\$939.765,31, sendo parcialmente subsistente a autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269130.0011/12-4, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$939.765,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR