

A. I. N° **-279692.0002/14-5**
AUTUADO **-CLARO S/A**
AUTUANTES **-PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR**
ORIGEM **-IFEP SERVIÇOS**
INTERNET **-08.10.2014**

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0192-01/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Consoante o §6º do art. 29 da Lei nº 7.014/96, 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, devendo a primeira parcela ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento. Caso haja desincorporação de bens do ativo permanente antes de decorrido o prazo de 48 meses contado da data de sua aquisição, não deve ser admitido, a partir da data da desincorporação, o creditamento do imposto em relação à fração que corresponderia ao período restante, sendo que, ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito deve ser cancelado. Restou comprovado que o autuado ao apurar o valor dos créditos fiscais do CIAP a apropriar não excluiu do saldo acumulado do CIAP os valores dos créditos fiscais mensais de ICMS referentes às saídas de bens do ativo imobilizado no exercício de 2013, assim como referentes às entradas ocorridas no exercício de 2009, cujo período de 48 meses para utilização dos créditos fiscais já se esgotara. Não acolhida a preliminar de prejudicialidade/dependência arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/06/2014, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$889.032,79, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) imputada ao autuado: Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Consta na descrição da infração que: *Causando recolhimento a menor do ICMS, pois para apurar o valor real dos créditos do CIAP a apropriar, o contribuinte não excluiu do saldo acumulado do CIAP os valores dos créditos mensais de ICMS sobre as saídas do ativo permanente ocorridas no exercício de 2013 nem sobre as entradas do ativo permanente ocorridas no exercício de 2009 cujo período de 48 meses para utilização dos créditos fiscais prescreveu, tudo apurado conforme Instrução Normativa N° 53/2013, Livros Registro de Apuração, Saídas e Entradas apresentados pelo contribuinte via EFD – Escrituração Fiscal Digital, Anexos 51, 52, 53 53-A, 54, 54-A, 54-B, 55, 56, 57 e da planilha auxiliar do PAF 274068.0005/11-5, que fazem*

parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Foram também infringidos os Arts. 93, inciso V, alínea “a” e o Art. 97º, inciso XII do decreto 6.284/97 do RICMS/BA.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 53 a 69) reportando-se, inicialmente, sobre a tempestividade da protocolização da peça defensiva. Após, apresenta uma síntese dos fatos que culminaram com a lavratura do Auto de Infração. Afirma que não pode se conformar com o lançamento efetuado, pela equivocada aplicação da metodologia de cálculo adotada pelos autuantes, em especial ante as peculiaridades da atividade econômica de prestação de serviços de telecomunicações.

Explica que o primeiro equívoco incorrido pelos autuantes se verifica na indicação do saldo credor acumulado, haja vista que desconsideraram no ano de 2013, o montante de R\$55.445.427,36, efetivamente apurado pela empresa, para adotar outro, no valor de R\$50.378.665,86, o que, por si só, já reduz em grande montante o crédito passível de aproveitamento.

Salienta que o valor do saldo credor acumulado do período de 2012 já está sendo discutido através dos Autos de Infração nºs 274068.0005/11-5, 279692.0012/11-6, 279692.0004-12-1, 279692.0001/13-0, os quais, sem dúvida, representarão impactos para o deslinde do presente Auto de Infração.

Afirma que outro equívoco cometido pelos autuantes está relacionado com a ausência de estorno dos créditos tributários correspondentes aos bens remetidos em transferência para outros estabelecimentos seus em outras Unidades da Federação, sendo que todas essas transferências estiveram acompanhadas do recolhimento do “ICMS”. Acrescenta que este recolhimento foi efetivado em razão da impossibilidade de individualização do bem a ser estornado, dessa forma, ao realizar o recolhimento do “ICMS” em uma operação não tributada, procede com um verdadeiro “estorno indireto” do “ICMS”, o que demonstra o descabimento desse item da autuação.

Aduz que, alternativamente, caso não seja reconhecida a validade do denominado “estorno indireto”, o que admite apenas em homenagem ao princípio da eventualidade, os Julgadores deverão reconhecer os recolhimentos que efetuou para reduzir o valor autuado, como será comprovado a seguir.

Assevera que os créditos fiscais tomados são regulares e sólidos, portanto, não deveriam ter sido glosados, tendo em vista que o Auto de Infração se pautou em métodos e critérios errôneos.

Argui preliminar de prejudicialidade do saldo credor acumulado em 31/12/2012 enquanto pendente a análise definitiva acerca das alegações aduzidas em outros Autos de Infração.

Diz que a primeira desconformidade quanto à autuação se verifica em face do saldo credor acumulado até 31/12/2012, haja vista que, de acordo com todos os controles que mantém, os quais estão lastreados em ampla documentação, o referido saldo correspondia a R\$55.445.427,36, conforme devida e regularmente registrado em seus controles fiscais (Doc. 02).

Alega que os autuantes ignoraram os referidos controles, e refizeram a sua escrituração em relação aos anos anteriores, glosando parte do saldo credor acumulado do ano de 2012, arbitrando o montante de R\$50.378.665,86, como sendo o valor efetivamente acumulado naquele período.

Apresenta quadro comparativo, segundo diz, para verificar a diferença dos valores de saldo acumulado arbitrados pelos autuantes.

Afirma que a diferença que esse tipo de arbitramento enseja nos valores a serem aproveitados a título de crédito é evidente. Diz que, plasmado em seus registros e controles, somente no mês de janeiro de 2013, estaria apto a proceder com o aproveitamento no valor de R\$1.119.493,65, contudo, e de acordo com o montante arbitrado pela Fiscalização, o valor a ser aproveitado naquela mesma situação hipotética corresponderia a R\$1.030.689,43. Destaca que a diferença é da ordem de R\$88.804,22. Salienta que a mesma diferença, acrescida das entradas ocorridas durante aquele ano, se repete para todos os meses durante o período autuado.

Sustenta que essa diferença, além de descabida, carece de respaldo jurídico e mesmo fático, pois o saldo credor acumulado até o dia 31/12/2012 está sendo objeto de questionamento na esfera administrativa, por meio de outros lançamentos lavrados pelos autuantes, como os Autos de Infração nº 274068.0005/11-5, 279692.0012/11-6, 279692.0004-12-1, 279692.0001/13-0, dentre outros.

Frisa que nos processos administrativos indicados acima, pode demonstrar, à saciedade, a regularidade do saldo credor acumulado no montante que respaldou o aproveitamento realizado, entre outras matérias.

Assevera que ao ignorar as defesas administrativas apresentadas naqueles Autos de Infração, a Autoridade Fiscal viola o efeito da suspensão da exigibilidade daquele crédito tributário, garantido pelo disposto no artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional, e, ainda, desrespeita o disposto no artigo 37 da Constituição Federal, eis que a presente autuação poderá vir a ser integralmente retificada em caso de procedência das defesas administrativas apresentadas em face dos Autos de Infração acima destacados.

Observa que, caso sejam julgadas improcedentes aquelas autuações, é certo que o Auto de Infração em tela deverá, necessariamente, ser objeto de retificação, pois adota premissa lastreada em situação jurídica/fática ainda pendente de validação no âmbito do contencioso administrativo.

Diz que inexistem dúvidas de que as decisões administrativas a serem proferidas em face dos mencionados Autos de Infração surtirão efeitos em relação a este Auto de Infração, motivo pelo qual se impõe o sobrestamento da análise deste, ao menos até as questões discutidas acerca do saldo credor acumulado em outros Autos de Infração sejam definitivamente decididas no âmbito administrativo.

Salienta que a relação de dependência entre os Autos de Infração lançados anteriormente e este Auto de Infração é evidente, patente e inequívoca, de modo que é manifesta a relação de prejudicialidade dos primeiros em relação ao segundo.

Destaca que, con quanto estabelecida a relação de prejudicialidade/dependência entre os Autos de Infração nº 274068.0005/11-5, 279692.0012/11-6, 279692.0004-12-1, 279692.0012/12-4, entre outros, que discutem a questão do saldo acumulado, e o Auto de Infração nº 279692.0002/14-5, impõe-se aplicar à hipótese a previsão constante do artigo 265, inciso IV, alínea “a”, do Código de Processo Civil, cuja redação reproduz.

Afirma que a pendência de análise sobre o montante efetivamente acumulado a título de saldo credor acumulado de “ICMS” em 31/12/2012, é causa suficiente para ensejar a suspensão deste processo administrativo, sob pena de este crédito tributário venha a ser constituído de forma definitiva sem que reste exaurido o questionamento em face dos Autos de Infração anteriormente lavrados e defendidos, o que se afigura, no mínimo, contraditório.

Frisa que o fundamento para a suspensão ora requerida está consubstanciado na pretensão de, com base no princípio da eficiência, artigo 37 da Constituição Federal, evitar que a máquina estatal se movimente desnecessariamente, e que, para tanto, seja desperdiçado, primeiro, tempo do corpo profissional e, segundo, o dinheiro dos cofres públicos.

Assinala que, nesse sentido, é o entendimento da mais ampla e ilustre doutrina e jurisprudência, que entende que se deve buscar a harmonia entre o que está na lei escrita e aqueles princípios norteadores da atuação dos administradores e administrados. Acrescenta que os princípios são, acertadamente, venerados com fins a possibilitar a adequação mais benéfica possível das construções legais em relação ao contexto real.

Aduz que a recomendação pela suspensão do feito prejudicado até que seja proferida decisão definitiva nos autos da ação prejudicial é o que se depreende das lições de Cândido Rangel Dinamarco, conforme redação que transcreve.

Diz que é inequívoco, portanto, que sempre que for verificada a prejudicialidade entre um processo judicial e outro administrativo, ou entre processos administrativos, como se verifica no presente caso, é necessário que a causa prejudicada, no caso Auto de Infração nº 279692.0003/14-1, seja suspensa até que reste definitivamente solucionada a causa prejudicial. Diz que a mesma orientação também exsurge da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se infere do aresto que reproduz. Menciona que orientação semelhante já foi exarada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, conforme teor da decisão que transcreve.

Conclui afirmando que, conforme visto, seja no âmbito legal, doutrinário ou jurisprudencial deve ser reconhecida a necessidade de que o feito prejudicado seja suspenso/sobrerestado enquanto não julgado o feito prejudicial, ante a necessária preponderância deste em face daquele.

Prosseguindo, reporta-se sobre as restrições ao uso de créditos fiscais do ICMS, aduzindo o seu direito ao crédito em relação às transferências interestaduais.

Ressalta que o direito ao crédito em relação às aquisições de bens e mercadorias destinados ao seu ativo permanente surge a partir da entrada dos bens e das mercadorias no estabelecimento, com o consequente registro no livro Registro de Entrada, decorrendo tal possibilidade da previsão constante do *caput* do artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, cuja redação transcreve.

Observa que o direito do crédito de bens destinados ao ativo permanente é fruído durante o período de 48 meses contados a partir da entrada de cada bem ou mercadoria no seu estabelecimento, nos moldes determinados pelo §5º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, conforme texto que reproduz.

Diz que a transferência de bem ou mercadoria para outro estabelecimento da empresa em outra unidade da Federação determina o estorno do crédito relativo àquele equipamento no seu “CIAP”, nos termos do inciso V, §5º, do artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96.

Salienta que a autuação em tela exige o estorno do crédito em relação a transferências de mercadorias para seus estabelecimentos localizados em outros Estados da Federação. Destaca a Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça, reproduzindo a sua redação.

Consigna que a referida Súmula do Superior Tribunal de Justiça afirma que a transferência de mercadorias entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do “ICMS”.

Menciona que a Instrução Normativa da Superintendência de Administrativo Tributária do Estado da Bahia nº 53, de 19 de outubro de 2013, regulamenta o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, conforme disposição que transcreve.

Salienta que se trata de uma das maiores operadoras de telefonia do país, estando presente em todas as Unidades da Federação. Diz que diante da quantidade e do montante de suas operações de transferência entre os seus diversos estabelecimentos pelo País, adota um procedimento que resulta no estorno indireto dos créditos relativos àquela transferência, visto que o “ICMS” é destacado e recolhido nas saídas em transferências interestaduais.

Aduz que, verdadeiramente, efetua dois recolhimentos a título de “ICMS” para os bens adquiridos para o seu estabelecimento e que posteriormente são transferidos para os estabelecimentos localizados nas demais unidades da Federação, portanto, não havendo que se falar em crédito indevidamente aproveitado, uma vez que o referido crédito está lastreado, também, em um novo recolhimento realizado a título de “ICMS” quando da transferência de cada bem ou mercadoria aos demais estabelecimentos, que consiste em uma operação não tributada.

Diz que caso o argumento acima não seja acatado por este órgão julgador, o que admite somente pelo princípio da eventualidade, irá demonstrar que os autuantes, de forma equivocada, exigem o estorno de todo o crédito referente aos bens transferidos para o seu estabelecimento localizado em outra Unidade da Federação.

Requer que, diante do explanado, seja o presente Auto de Infração integralmente cancelado, uma vez demonstrado o “estorno indireto” dos créditos de “ICMS”, isto pela realização de novos recolhimentos em face de operações não tributadas, quais sejam, transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Continuando, diz que, caso os argumentos acima expostos não sejam acolhidos, o que se verifica somente pelo princípio da eventualidade, efetuou o recolhimento parcial do “ICMS” exigido na autuação, a título de saídas interestaduais.

Observa que os autuantes ao lavrarem o Auto de Infração em lide, por ocasião do suposto crédito indevido, exigem o estorno do “ICMS” sob a alíquota de 17%, que é a alíquota referente à aquisição interna de bens, contudo, como mencionado anteriormente, procede com recolhimentos a título de “ICMS” em operações que não são alcançadas pela tributação, então, a exigência do estorno sob a alíquota de 17% consiste em verdadeiro *bis in idem*.

Alega que os autuantes deveriam ter reconhecido os valores recolhidos por ocasião das transferências interestaduais, operações não alcançadas pela tributação, na medida em que realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, e subtraído esse montante do valor exigido por ocasião da lavratura do Auto de Infração em tela.

Registra que, para melhor visualização da alegação acima, apresenta a planilha com os valores exigidos pelos autuantes e os valores recolhidos em relação às operações de transferências interestaduais entre seus estabelecimentos no período autuado, na qual adotou a alíquota de 12% e o Fisco de 17%, resultando na diferença de valores de R\$53.552,62 no exercício de 2011.

Assevera que, caso os autuantes tivessem procedido com o dever de diligência que lhe é exigido pela legislação, deveriam ter sido subtraído do valor autuado os valores correspondentes aos recolhimentos do “ICMS” realizados em face de operações não sujeitas à tributação, o que ensejaria valores substancialmente menores a serem estornados para o ano de 2013, pois seriam reduzidos de R\$182.075,49 para R\$53.551,62.

Sustenta que este expediente deverá ser adotado por esta instância julgadora, sob pena de perpetuação do malsinado *bis in idem* em seu detrimento, o que não se pode, por certo, admitir.

Diz que, dessa forma, os autuantes deverão reduzir o valor autuado relativo aos estornos em decorrência das saídas interestaduais, considerando os valores efetivamente recolhidos durante o período autuado.

Finaliza a sua peça defensiva requerendo: (i) preliminarmente, que seja suspenso ou sobreposto o andamento do presente Auto de Infração nº 279692.0002/14-5, uma vez que o valor do saldo credor acumulado já está sendo discutido nos Autos de Infração anteriormente lavrados e regularmente defendidos, quais sejam: 274068.0005/11-5, 279692.0012/11-6, 279692.0004-12-1, 279692.0001/13-0; (ii) no mérito, reconhecer a ausência de prejuízo em razão do “estorno indireto” realizado, na medida em que realizados pagamentos em face de operações não tributadas, ante a impossibilidade de identificação do momento da entrada do que será remetido em transferência; (iii) alternativamente, seja determinada a redução do valor autuado, na proporção dos recolhimentos realizados, em face das saídas em transferências interestaduais para estabelecimentos de sua titularidade em outras Unidades da Federação, operação não alcançada pela tributação, nos moldes da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça; e (iv) a intimação pessoal em nome dos seus representantes legais Drs. Marcos André Vinhas Catão, OAB/RJ nº 67.086, Ronaldo Redenschi, OAB/RJ nº 94.238 e Julio Salles Costa Janolio, OAB/RJ nº 119.528, todos com escritório na Rua do Mercado nº 11, 16º andar, Centro, na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, para a sustentação oral no julgamento da impugnação apresentada.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 86 a 89) consignando que as irregularidades apontadas na autuação decorreram pelo fato de o autuado não ter efetuado as baixas relativas aos créditos mensais de ICMS sobre as saídas do ativo permanente no exercício, assim como não ter

efetuado as baixas do crédito mensal do ICMS sobre as entradas do ativo permanente após o vencimento do prazo de 48 meses.

Reportam-se sobre as razões defensivas e sobre os fatos, consignando quanto ao questionamento sobre a metodologia do cálculo dos valores do saldo mensal acumulado do CIAP, que para a apuração do saldo mensal acumulado do CIAP reconstituíram os valores do mesmo, desde o inicio das atividades do autuado no Estado da Bahia, considerando as entradas e saídas do ativo permanente durante todo o período, obedecendo ao dispostos no RICMS/BA e sua memória de cálculo, está demonstrada de modo transparente, didático e com documentação suporte no anexo 51 (fls. 06 a 11).

Observam que durante a reconstituição ocorreram extensas trocas de informações com os prepostos do autuado mediante intimações, arquivos com documentos fiscais, telefonemas e correios eletrônicos, fls. 29 a 41, tendo como objetivo dar oportunidade para que se manifestasse quanto a duvidas e/ou contestação dos valores encontrados durante o processo de fiscalização e, por consequência, chegar ao justo valor do saldo mensal acumulado.

Afirmam que não caberia ao impugnante falar em arbitramento, tendo em vista que o processo de apuração de valores do saldo mensal acumulado do CIAP foi totalmente embasado em documentação suporte e amplamente discutido com o autuado, concedendo-lhe prazos para se manifestar, como ocorreu, por exemplo, com a solicitação do impugnante para considerar no cálculo do saldo mensal acumulado os valores referentes a entradas de ativo permanente que tiveram como origem a transposição de estoque.

Registraram que solicitaram os arquivos via intimação fiscal (fl. 30) e, após verificar sua consistência, acrescentaram estes valores a planilha de cálculo do saldo mensal acumulado, porém, após esse fato, o autuado não apresentou mais nenhuma demanda contestando os valores mensais do saldo acumulado do CIAP apurados pela fiscalização e se não apresentou nenhuma contestação e/ou documentação foi por opção própria. Acrescentam que as planilhas do cálculo do saldo mensal acumulado do CIAP foram enviadas várias vezes para o autuado se manifestar, verificar se continha algum erro, e este concordou com os valores apontados, conforme Correio eletrônico de 20/05/2014 (fl. 39).

Reportam-se sobre os valores do saldo mensal acumulado do CIAP apresentados pela impugnante, aduzindo que o autuado apresenta em suas razões de defesa o valor de R\$55.445.427,36 (fl. 59) como seu saldo mensal acumulado, porém, não apresentou qualquer elemento de prova e/ou documento para embasar este valor, assim como não explicou a diferença apontada, entre o saldo mensal acumulado do CIAP apurado pela fiscalização e o valor sugerido, o que denota que não são valores confiáveis, sendo que o Fisco somente pode validar valores acompanhados por meio de prova.

Afirmam que o autuado deveria auditar seus próprios números e anexar provas antes de contestar os valores do saldo mensal acumulado do CIAP apurados pela fiscalização, os quais estão apresentados de maneira transparente, didática e com documentação suporte no anexo 51.

Reportam-se sobre a alegação defensiva atinente aos recolhimentos efetuados a título de "ICMS" nas transferências interestaduais, afirmando que a operação de transferência interestadual de ativo permanente tem a ver com as regras do CIAP apenas no que se refere aos valores de créditos de ICMS a serem baixados de acordo com o que impõe o art. 93º, §17º, inciso V, do RICMS/BA, e como pode ser observado no anexo 53-A fl. 14, onde a fiscalização realizou procedimentos de baixa dos créditos fiscais destas transferências.

Reportam-se sobre a argumentação defensiva atinentes aos PAFs anteriormente lavrados e que se encontram em fase de julgamento, sustentando que o Auto de Infração em lide é totalmente independente de PAFs anteriores, tendo em vista que o saldo mensal acumulado do CIAP foi reconstituído com documentação suporte desde o inicio das atividades da empresa no Estado da

Bahia considerando as entradas e saídas do ativo permanente durante todo o período, obedecendo ao disposto no RICMS/BA como está didaticamente demonstrado no anexo 51, fls. 06 a 11, portanto, não procedendo os argumentos defensivos, que tem como objeto apenas procrastinar seu julgamento.

Salientam que, na realidade, a independência do atual PAF beneficia em muito o autuado, haja vista que neste PAF a fiscalização está considerando, no cálculo do saldo mensal acumulado do CIAP, os valores de créditos fiscais sobre a entrada de ativo permanente via transposição de estoque os quais os PAFs anteriores não contemplam tendo em vista que o autuado não se manifestou a respeito deste fato anteriormente.

Finalizam a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento infração à legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (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, no exercício de 2013.

Inicialmente, cabe-me apreciar a preliminar de prejudicialidade/dependência arguida pelo impugnante, em razão de o saldo credor acumulado até o dia 31/12/2012 está sendo objeto de questionamento na esfera administrativa, por meio de outros lançamentos lavrados pelos autuantes, como os Autos de Infração nº 274068.0005/11-5, 279692.0012/11-6, 279692.0004-12-1, 279692.0001/13-0.

Indubitavelmente, a existência de relação de dependência entre os Autos de Infração lançados anteriormente e o Auto de Infração em exame, resultaria na prejudicialidade arguida pelo impugnante, haja vista que qualquer decisão deste último estaria prejudicada enquanto não decidido se os saldos daqueles Autos de Infração apontados pela Fiscalização estariam corretos ou não.

Desse modo, caso assim fosse, o julgamento do presente Auto de Infração deveria ser sobreposto, até que houvesse decisão quanto aos demais Autos de Infração, conforme pretendido pelo autuado.

Porém, no presente caso, constato que não existe a aduzida relação de dependência entre o Auto de Infração em tela e os demais Autos de Infração referidos pelo impugnante.

Isso porque, a metodologia utilizada pela Fiscalização não tem qualquer relação com os saldos apurados nos demais Autos de Infração, haja vista que no levantamento que realizaram atinente a este Auto de Infração os autuantes não utilizaram os valores indicados naqueles Autos de Infração, mas sim reconstituíram o saldo mensal acumulado do CIAP desde o inicio das atividades do contribuinte neste Estado, embasados nos documentos apresentados, tendo sido consideradas as entradas e saídas do ativo permanente durante todo o período, sendo exigido o imposto referente ao exercício de 2013. Ou seja, não foram utilizados os saldos constantes nos referidos Autos de Infração, conforme alegado pelo impugnante.

Considero relevante o registro feito pelos autuantes, no sentido de que no Auto de Infração em exame, consideraram no cálculo do saldo mensal acumulado do CIAP os valores de créditos fiscais sobre a entrada de ativo permanente via transposição de estoque os quais os PAFs anteriores não contemplam, tendo em vista que o autuado não se manifestara a respeito desse fato anteriormente.

Diante disso, não acolho a preliminar de prejudicialidade/dependência arguida.

No mérito, primeiramente, cumpre esclarecer que a matéria trazida à discussão no presente Auto de Infração, apesar de tratar de crédito fiscal de ICMS relativo a bens do ativo permanente, difere das diversas autuações nas quais o cerne da questão residia no cálculo do crédito fiscal referente

aos bens do ativo permanente a ser apropriado em cada mês. Ou seja, na determinação do índice ou fator com base na proporção das operações ou prestações tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período. A questão estava no fato de se definir o que deveria compor o numerador e o que deveria compor o denominador da equação, assim como o que não deveria compor, haja vista que a composição errônea implicaria em distorção dos resultados pretendidos pelo legislador.

Importante registrar que a jurisprudência deste CONSEF sempre apontou no sentido de que, no cálculo do crédito fiscal das aquisições de bens do ativo permanente e respectivos serviços de transporte, deveriam ser levadas em conta apenas as operações e prestações concernentes às atividades operacionais da empresa relativamente ao ICMS. Ou seja, não deveriam ser computados os valores referentes a operações ou prestações não concernentes às atividades operacionais da empresa referente ao ICMS, ou em que não houvesse mudança de titularidade, a exemplo, de “simples remessa”, “saída em comodato”, “remessa para conserto”, etc.

Invariavelmente, nesses tipos de autuações o feito era convertido em diligência, a fim de que a Fiscalização fizesse os necessários ajustes tanto no numerador quanto no denominador da equação, incluindo ou excluindo os itens de CFOPs determinados pelo órgão julgador.

Vale registrar que a Fiscalização sempre consignou o seu inconformismo quanto à solicitação de exclusão e inclusão de CFOPs, sob o fundamento de inexistência de previsão legal expressa nesse sentido, apesar de as decisões deste CONSEF sempre estarem embasadas nas disposições legais.

Ocorre que, no presente caso, em face da Instrução Normativa nº 53 de 19/10/2013, editada pelo senhor Superintendente de Administração Tributária da SEFAZ/BA, a Fiscalização realizou a apuração na forma determinada na referida Instrução Normativa, inexistindo, desse modo, qualquer discussão sobre o que deve figurar no numerador e no denominador da equação.

Conforme consta na acusação fiscal, o contribuinte utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, o que resultou em recolhimento a menos do ICMS.

Segundo, ainda, a acusação fiscal, isso decorreu do fato de que para apurar o valor real dos créditos do CIAP apropriar, o contribuinte não excluiu do saldo acumulado do CIAP os valores dos créditos mensais de ICMS sobre as saídas do ativo permanente ocorridas no exercício de 2013 nem sobre as entradas do ativo permanente ocorridas no exercício de 2009, cujo período de 48 meses para utilização dos créditos fiscais prescreveu.

Consoante o §6º do art. 29 da Lei nº 7.014/96, 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, devendo a primeira parcela ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento. Caso haja desincorporação de bens do ativo permanente antes de decorrido o prazo de 48 meses contado da data de sua aquisição, não deve ser admitido, a partir da data da desincorporação, o creditamento do imposto em relação à fração que corresponderia ao período restante, sendo que, ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito deve ser cancelado.

Verifico que, no caso em exame, o autuado incorreu em duas irregularidades, isto é, não efetuou as baixas relativas aos créditos mensais de ICMS sobre as saídas do ativo permanente no exercício, assim como não efetuou o cancelamento do crédito mensal do ICMS sobre as entradas do ativo permanente após o vencimento do prazo de 48 meses.

Observo que, diversamente do aduzido pelo impugnante, os autuantes não realizaram arbitramento, mas sim para a apuração do saldo mensal acumulado do CIAP reconstituíram os seus valores, desde o inicio das atividades do autuado neste Estado, considerando as entradas e saídas do ativo permanente durante todo o período, conforme demonstrado na memória de cálculo, e documentação no anexo 51 (fls. 06 a 11).

Na realidade, vejo que assiste razão aos autuantes quando rechaçam a alegação defensiva de ter ocorrido arbitramento, pois, efetivamente, os elementos acostados aos autos permitem constatar que houve troca de informações constante com os prepostos da empresa, além do que o levantamento foi embasado na Instrução Normativa Nº 53/2013, livros Registro de Apuração, Saídas e Entradas, apresentados pelo contribuinte via EFD – Escrituração Fiscal Digital, Anexos 51, 52, 53 53-A, 54, 54-A, 54-B, 55, 56, 57, conforme, inclusive, consta na acusação fiscal.

Ademais, observo que em suas razões de defesa o autuado não apresentou qualquer elemento de prova capaz de elidir a autuação.

Em verdade, apenas acostou aos autos um CD contendo registros que, segundo diz, se refere aos seus livros Registro de Apuração de ICMS nos quais há o registro de valores diversos apontados pela Fiscalização, contudo, não trouxe qualquer outro elemento de prova que pudesse, inclusive, infirmar os valores de saldo mensal acumulado do CIAP apontados pela Fiscalização, cuja veracidade foi confirmada por preposto da empresa, conforme se verifica nos diversos contatos mantidos entre o Fisco e o referido preposto.

Por certo, o inconformismo do impugnante quanto aos valores apurados pela Fiscalização – ratificados pelo próprio preposto da empresa -, deveria estar acompanhado de elementos de provas hábeis que justificassem v.g., um possível equívoco do preposto da empresa. Isso não foi feito. Inexiste qualquer comprovação do alegado.

Quanto à argumentação defensiva atinente às transferências, cabe observar que a legislação do ICMS, especialmente a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei Estadual nº 7.014/96 estabelece a incidência do imposto nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, não sendo aplicável, desse modo, a Súmula nº 166 invocada pelo impugnante, mesmo porque editada em momento anterior à edição das referidas Leis. Quanto aos recolhimentos efetuados a título de ICMS nas transferências interestaduais, verifico que não procede a argumentação defensiva, haja vista que a repercussão da operação de transferência interestadual de bens do ativo permanente com relação ao CIAP diz respeito, exclusivamente, aos valores de créditos fiscais de ICMS a serem baixados, consoante o art. 93º, §17º, inciso V, do RICMS/BA, inexistindo relação com os valores recolhidos a título de transferências. Observo que os procedimentos relativos à baixa dos créditos fiscais referentes a tais transferências constam no anexo 53-A. fl. 14 dos autos.

Por óbvio, caso tenha recolhido indevidamente o imposto, caberá ao contribuinte providenciar a restituição do indébito, querendo, mediante a formalização de pedido específico, conforme previsto no Código Tributário Nacional – CTN e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Diante do exposto, a autuação é integralmente subsistente.

Por derradeiro, quanto ao pedido do impugnante para que seja feita intimação pessoal em nome dos seus representantes legais Drs. Marcos André Vinhas Catão, OAB/RJ nº 67.086, Ronaldo Redenschi, OAB/RJ nº 94.238 e Julio Salles Costa Janolio, OAB/RJ nº 119.528, todos com escritório na Rua do Mercado nº 11, 16º andar, Centro, na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, para a sustentação oral no julgamento da impugnação apresentada, nada obsta que o pedido seja atendido pelo órgão competente da repartição fazendária, contudo, ressalto que as hipóteses de intimação estão previstas no art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

O autuado questiona a metodologia adotada pela fiscalização nos cálculos do crédito glosado. Dá destaca como primeiro equívoco dos autuantes a forma como foi apurado o saldo credor acumulado, assinalando que:

- a) os fiscais desconsideraram no ano de 2013 o montante de R\$ 55.445.427,36, que foi o valor apurado pela empresa, e adotaram outro, no valor de R\$ 50.378.665,86;
- b) porém, no caso do ano de 2012, o saldo credor acumulado está sendo discutido em outros Autos de Infração: AIs nº 274068.0005/11-5, 279692.0012/11-6, 279692.0004/12-1 e 279692.0001/13-0;
- d) as decisões que venham a ser tomadas relativamente aos referidos Autos de Infração representarão impactos para o deslinde do presente Auto.

O cerne da questão está aí: o presente Auto envolve glosas de créditos fiscais relativos a bens do ativo imobilizado no exercício de 2013; os créditos de bens do ativo imobilizado são utilizados à base de 1/48 avos ao mês, ou seja, em 48 meses, de modo que os créditos passam de um ano para o outro; a fiscalização, em vez de lavrar um só Auto de Infração envolvendo vários exercícios, lavra um Auto de Infração relativamente a cada exercício; só isso já constitui afronta ao art. 40 do RPAF, segundo o qual “O autuante poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão”:

“Art. 40. O autuante poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão.”

Atente-se bem para a regra do art. 40. O dispositivo não se limita pura e simplesmente a autorizar o autuante a lavrar mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado – o dispositivo acrescenta logo em seguida que isso “poderá” ocorrer se tal providência for para “facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão”.

Ora, na situação em exame dá-se exatamente o contrário: a lavratura de mais de um Auto de Infração (por exercício fiscalizado), em vez de facilitar, na verdade dificulta a defesa e o deslinde da questão. Só por essa afronta, o Auto já seria nulo.

Só para ilustrar, observo que o presente Auto de Infração de nº 279692.0002/14-5 foi lavrado no dia 4.6.14, relativo ao exercício de 2013, e esses mesmos autuantes, um dia depois, 5.6.14, lavraram outro Auto, de nº 279692.0003/14-1, abrangendo os exercícios de 2011 e 2012. Tudo isso sem levar em conta que os saldos acumulados apurados se encontram em discussão em Autos de Infração pendentes de julgamento. Não há dúvida que isso implica falta de certeza e liquidez.

O autuado suscitou em preliminar que se considerasse a prejudicialidade do saldo credor acumulado em 31.12.12, enquanto estivesse pendente a decisão definitiva dos outros Autos de Infração, haja vista que a decisão afeta os saldos a serem considerados no presente Auto de Infração, relativo a 2013. Faz ver que os saldos credores acumulados até 31.12.12 estão sendo objeto de questionamento no âmbito administrativo em outros Autos de Infração – AIs nº 274068.0005/11-5, 279692.0012/11-6, 279692.0004/12-1 e 279692.0001/13-0, dentre outros. Aduz que, caso esses Autos sejam julgados improcedentes, o presente Auto deverá necessariamente ser retificado, pois se baseia em elementos ainda pendentes de validação no âmbito do contencioso administrativo. Por essa razão, requer o sobremento do julgamento deste Auto, ao menos até quando as questões discutidas quanto ao saldo credor acumulado em outros Autos de Infração sejam definitivamente decididas no âmbito administrativo. Insiste em que a relação de prejudicialidade ou dependência entre o presente Auto e os AIs nº 274068.0005/11-5, 279692.0012/11-6, 279692.0004/12-1 e 279692.0012/12-4, dentre outros, em que se discute a questão do saldo credor acumulado, impõe a aplicação da orientação prevista no art. 265, IV, “a”, do CPC.

Nos termos do art. 180 do RPAF, as normas do CPC aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal.

Eis o que prevê o invocado art. 165, IV, “a”, do CPC acerca da suspensão do processo:

“Art. 265. Suspende-se o processo:

.....

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;”

Considero preenchidos os requisitos para suspensão do presente processo. Se a fiscalização apura em um Auto de Infração o saldo credor acumulado no CIAP de determinada empresa no final de um exercício em um valor e em outro Auto a mesma fiscalização relativamente ao exercício subsequente toma por base valor diverso daquele apurado no outro Auto, é preciso que se defina qual dos dois valores está correto, ou se ambos estão errados, e isto não se consegue em decisões isoladas e estanques, em momentos distintos, por relatores diversos.

O meu voto, em princípio, é pela retirada do processo de pauta e fique suspenso até que o CONSEF decida em caráter definitivo os Autos de Infração em que se discutem os saldos credores acumulados do CIAP relativos a exercícios anteriores, com fundamento na regra do art. 165, IV, “a”, do CPC.

Como, porém, sou vencido quanto a esse aspecto, voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração, haja vista que o processo não se encontra em condições de ser julgado quanto ao mérito, por falta de certeza e liquidez.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0002/14-5**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$889.032,79**, 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, 29 de agosto de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR