

PROCESSO	- A. I. Nº 279692.0001/11-4
RECORRENTE	- TNL PCS S/A. (OI)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0267-02/11
ORIGEM	- IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 08/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0107-11/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO UTILIZADO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. Após extensa averiguação das provas trazidas aos autos, as diligências sanaram a questão, visto que, conforme conclusão do Parecer da ASTEC: os valores obtidos com o novo índice apontaram valores devidos nos meses de maio a setembro, sendo que, de acordo com o pagamento feito pelo contribuinte, resta somente uma pequena diferença negativa em relação ao recolhimento efetuado pelo Recorrente em Julho de 2006. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que Decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em lide, lavrado em 11/01/2011, o qual acusa o recorrente de utilização indevida de crédito de ICMS, no total de R\$2.711.610,10, no período de janeiro a dezembro de 2006, referente a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação.

Em complemento afirma que: “*Causando recolhimento a menor do ICMS, pois o contribuinte não aplicou o coeficiente de creditamento correto sobre o valor dos créditos mensais do CIAP para apurar o valor real dos créditos do CIAP a apropriar, tudo apurado conforme Livro Registro de Apuração, CIAP e Denúncias Espontâneas apresentados pelo contribuinte, Anexo A, B, B-1, B-2 e C, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Foram também infringidos os Art.93, inciso V, alínea “a” e o Art. 97, inciso XII do Decreto 6.284/97 do RICMS-BA.*”

Após a devida instrução processual, a referida Junta julgou a questão nos seguintes termos:

VOTO

Analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos em 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2004, observo que não assiste razão ao defensor, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que “o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”.

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF (Conselho de Fazenda do Estado da Bahia) é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido no citado período, considerando-se que o lançamento ocorreu em 11/01/2011, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito

tributário iniciou-se em 01/01/06, findando-se em 31/12/10.

Quanto ao pedido de diligência/perícia, a ser realizada por fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, o indefiro, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção, inclusive recalcular o débito, se necessário.

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

Ademais a prova pericial só deve ser realizada quando do conjunto de provas dos autos não for possível definir-se com clareza a infração imputada ao contribuinte, e for desnecessária em vista de outras provas produzidas, especialmente os esclarecimentos trazidos ao processo na informação fiscal e na diligência determinada por esta 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

No mérito, o Auto de Infração em lide, diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativamente a bens do ativo permanente, por ter escriturado crédito em valor superior ao valor total do respectivo crédito multiplicado pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e das prestações tributadas e o total das operações de saídas e das prestações do período.

A conclusão fiscal está baseada na planilha intitulada de “Demonstrativo do ICMS recolhido a menor, devido a utilização a maior de créditos de ICMS referente a incorporação de Ativo Permanente calculado no Livro CIAP (Controle dos Créditos de ICMS do Ativo Permanente)”, referente aos créditos que foram apurados mensalmente no período de janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido o estorno sobre os totais que foram apropriados no citado período, tomando por base o percentual entre o valor contábil das saídas totais e o valor das saídas tributadas em cada período, de acordo com os valores escriturados no Registro de Apuração do ICMS.

O sujeito passivo ao defender-se, não discordou dos números consignados na planilha de apuração do débito, tendo, no entanto, alegado que a origem da autuação está na forma de cálculo da proporção do crédito do ICMS aproveitável pelo estabelecimento, relativo às entradas de bens para o ativo imobilizado, pois não foram consideradas operações no cálculo do coeficiente.

O critério a ser seguido é o estabelecido no § 5º, I, II e III, do artigo 20 da LC nº 87/96, reproduzido pelo § 17 do art. 93 do RICMS, especialmente pelo seu inciso III:

“§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001, fica sujeito às seguintes disposições (Lei nº 7.710):

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;”

A regra do inciso III pode ser equacionada assim:

$$\text{Crédito mensal} = \text{valor do crédito total} \times \frac{1}{48} \times \frac{\text{operações e prestações tributadas}}{\text{total das operações de saídas e das prestações}}$$

Pelo que se vê, no numerador da fração deve ser consignado o montante dos valores das operações e prestações. No denominador, o total das operações e prestações (tributadas, isentas, “não tributáveis”, imunes e outras). Ressalto que quando a norma diz “operações e prestações tributadas”, está se referindo aos valores tributados pelo próprio estabelecimento nos livros fiscais, de modo que o crédito fiscal corresponda ao percentual dos valores levados à tributação em relação ao total das operações e prestações.

Analizando o levantamento fiscal elaborado pelos autuantes, verifico que o cálculo do percentual tomou por base, mensalmente, as operações de saídas e prestações escrituradas no livro Registro de Apuração do ICMS constante no CD anexo ao processo. Tomando como exemplo as operações de saídas e prestações escrituradas no Registro de Apuração do ICMS pelo próprio contribuinte, o coeficiente do mês de janeiro de 2006, foi apurado pela fiscalização através dos seguintes valores: valor das operações e prestações tributadas / total das operações de saídas e prestações (valores contábeis), ou seja: 20.419.646,28 / 31.489.079,62 = 0,6485,

conforme consta no RAICMS.

Já o autuado, conforme consta no CD apresentado na defesa, partindo do valor das operações e prestações tributadas = R\$20.419.646,28 (numerador), excluiu operações de saídas de mercadorias e prestações (195.876,97), referente a comodato, transferências de mercadorias e outras prestações; e incluiu os valores referente a interconexão de redes (11.320.444,47) e EILD (29.167,93), obtendo como prestações tributadas o montante de R\$ 31.573.381,69. No caso do total das operações e prestações (31.489.079,62), excluiu todas as operações de saídas de mercadorias (231.691,97), correspondente a comodato, transferências e outras prestações; e incluiu os valores de Recarga de Cartão (549.000,00), obtendo o total de prestações de R\$31.806.387,65. Assim, calculou o índice da seguinte forma: 31.573.381,69 / 31.806.387,65 = 0,9927.

A defesa está concentrada na alegação de que os autuantes incluíram no cálculo operações que não constituem hipóteses de incidência do ICMS, relativamente a transferências de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos (CFOP 5.552) e diversas formas de simples remessa e devolução de bens, operações de comodato, devoluções e remessas para depósito, conserto, etc. (CFOP 5.209, 5.556, 5.905, 5.908, 5.910, 5.915, 5.917, 6.908, 6.910, 6.913, 6.915). Além disso, que foram inseridas no denominador da fórmula as operações com CFOP 5.301, 6.301 e 7.301, relativas a operações de interconexão com outras operadoras do sistema móvel de telecomunicação, consideradas como tributadas, deixando de incluí-las no numerador da fórmula.

Ou seja, aduz que a fiscalização utilizou como denominador da operação o faturamento total de saídas, global, que abrange diversas receitas, segundo o autuado, relativas a operações estranhas ao fato gerador do ICMS.

Pelos termos da defesa, verifica-se que a lide se resume em definir-se a forma de calcular o crédito fiscal do imposto a ser apropriado mensalmente nas aquisições de bens do ativo imobilizado, e quais as parcelas que devem ser consideradas.

Quanto às parcelas que devem compor a fórmula prevista no § 17 do art. 93 do RICMS, verifico o seguinte.

Quanto a questão relacionada com as operações de INTERCONEXÃO DE CESSÃO DOS MEIOS DE REDES e EILD, verifico que no âmbito das prestações de serviços de comunicação entre empresas de telecomunicações, prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), Serviço Móvel Celular (SMC) ou Serviço Móvel Pessoal (SMP), sua regulação é orientada pelo Convênio ICMS 126/98, estando na Bahia a matéria disciplinada no art. 569-A do RICMS. Embora o legislador não tenha empregado o termo “diferimento”, deduz-se, pela leitura do art. 569-A, mais precisamente de seu inciso VII, que se trata de diferimento, haja vista que há uma cessão de meios de rede sem incidência do imposto no momento da cessão, prevendo o inciso VII que “o imposto será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final”. Ao adiar a incidência do tributo para um evento futuro e incerto (a prestação que venha a ocorrer, se ocorrer, a usuário final), a norma configura uma hipótese típica de diferimento.

Uma das teses da defesa é de que as operações com imposto diferido devem figurar no numerador da fração, porque tais operações, apesar de não indicarem formalmente débitos de imposto, são ao longo da cadeia produtiva plenamente tributáveis e autorizadoras do respectivo crédito fiscal, razão por que entende que tratar-se de prestação tributada (por substituição), e por isso, devem compor o numerador (divisor) da operação e, consequentemente não contribuir para uma redução do resultado da mesma, mas sim para seu aumento.

Não vejo como prosperar a tese defensiva. O diferimento diz respeito a operações que seriam tributáveis normalmente, não fosse a previsão do tratamento diferenciado. Nas operações tributáveis normalmente, o momento da incidência da norma tributária (aspecto temporal da norma) é o convencional, comum para as operações em geral. Já nas hipóteses de diferimento, o legislador modifica o momento da incidência da norma de tributação, postergando o lançamento do tributo, adiando para momento posterior.

O critério temporal do fato gerador definido pela norma tributária pode ser modificado por uma disposição acessória ou secundária, antecipando ou adiando o momento em que se considera juridicamente ocorrido o fato. Ao antecipar a tributação, se a lei apenas modifica o aspecto temporal da hipótese de incidência, tem-se a chamada antecipação tributária pura e simples, ao passo que, se também há mudança da pessoa do sujeito passivo, tem-se uma modalidade especial de antecipação, a substituição tributária progressiva (ou substituição tributária para frente). Por outro lado, se o que faz a lei é adiar o lançamento do crédito, diz-se que se trata de suspensão ou de diferimento, conforme o caso.

Desta forma, as operações com imposto diferido são operações não tributadas, e no caso, não devem figurar nos valores do numerador da fórmula de cálculo do índice da proporcionalidade, as operações com CFOP 5.301; 6301 e 7301 (Prestação de serviço de comunicação para execução de serviço da mesma natureza), conforme pretende o sujeito passivo.

Relativamente às REMESSAS DE CARTÕES PRÉ-PAGOS, verifico não caber acolhimento aos argumentos do autuado de que os cartões telefônicos já foram tributados devendo ser excluídos do divisor e do dividendo, pois considerando a sistemática que alega operar com os aludidos cartões, cabe a inserção no dividendo, quando

efetua as saídas com destaque do imposto e, também, no divisor, quando emite a nota fiscal com os cartões já tributados, após a venda pela distribuidora. Ocorre que as aludidas operações não aconteceram simultaneamente por período de apuração do imposto, trazendo reflexos na apuração dos aludidos percentuais de aproveitamento do crédito em questão, razão pela qual devem ser mantidos, bem como não cabe incluir no denominador as alegadas diferenças, pois pelo que se verifica nos autos os valores foram levantados em sua contabilidade.

Quanto aos serviços-meios e atividades complementares, apesar de o autuado não relacionar quais sejam, há de se ressaltar que o art. 2º, III, da Lei Complementar nº. 87/96 definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. Tal previsão está também contida no art. Iº, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº. 7.014/96, além do art. Iº, § 2º, VII, do RICMS/97, os quais prevêem que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. Por outro lado, o § 4º do art. 4º do RICMS/97, dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços complementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. Tal entendimento é reproduzido do voto constante do Acórdão JJF nº 0068-04/11, desse CONSEF/BA.

No que tange às operações envolvendo operações com CFOP 5209; 5552; 5556; 5905; 5908; 5909; 5910; 5912; 5915; 5917; 6910; 6913; 6915, considero correto a inclusão de seus valores no denominador da fórmula para fins de cálculo do índice entre as mercadorias tributadas para o total das mercadorias tributadas, isentas/não tributadas/outras, uma vez que, no caso das operações com “suspensão” do imposto (remessa para conserto, demonstração, etc), tais operações são consideradas pela legislação tributária como uma não-incidência condicional.

No caso das operações de circulação de mercadorias (transferências), entendo que não devem ser excluídas da fórmula de cálculo do coeficiente de aproveitamento do crédito fiscal do CIAP, pois, conforme se verifica no Registro de Apuração do ICMS constante na mídia digital anexada, foram considerados como operações tributadas com o debitamento do imposto respectivo. Desta forma, a argüição do autuado de que tais transferências não se ajustam ao campo de incidência do ICMS, não encontra amparo no art. 1º da Lei nº 7.014/96 ou mesmo nos dispositivos correlatos da Lei Complementar nº 87/96.

As demais saídas de mercadorias (remessas para conserto e reparo), realmente não são operações tributadas, tanto que, o contribuinte escriturou nos livros fiscais como “outras”, sem tributação do ICMS, não havendo porque considerar no numerador.

Quanto aos valores mensais referentes a JUROS, ENCARGOS MORATÓRIOS, MULTAS, PARCELAMENTOS, REFATURAMENTO, RECEITA DE RECEBIMENTOS DE TERCEIROS, E COMODATO, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou em Pauta Suplementar pela conversão do processo em diligência para que, se confirmada a existência de valores das rubricas acima, escriturados no Registro de Apuração do ICMS às fls.10 a 54, fosse refeito o demonstrativo à fl.10, com a exclusão de tais parcelas.

Para o cumprimento da diligência, os autuantes expediram a intimação constante à fl.136, na qual, foi solicitado ao autuado a apresentação de levantamento dos valores mensais referentes às rubricas acima, sendo informado pelo autuado à fl.137, que durante o período de 2006 não existem valores relativos aos itens acima citados escriturados nos livros fiscais, mas apenas operação de Comodato.

No tocante às saídas de bens em comodato, CFOP 5908 e 6908, (Remessa de bem por conta de contrato de comodato e Retorno de bem recebido por conta de contrato de comodato), realmente assiste razão ao autuado, haja vista que o comodato é negócio tributável por tributo municipal, constituindo sem dúvida fato alheio à incidência do ICMS.

A legislação tributária estadual prevê a não incidência do imposto nas operações realizadas a título de comodato desde que contratados por escrito, conforme se infere do art.6º, inciso XIV, alínea “a”, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Verifica-se, portanto, que, além do cumprimento dos demais requisitos do instituto do comodato, para não haver a incidência do ICMS sobre a operação a contratação deve ser por escrito.

Quanto às argüições do autuado de que devem ser excluídos do denominador os juros, encargos, multas, parcelamentos, refaturamento, receita de recebimento de terceiros e comodato, não há o que se opor a tal entendimento, pois, efetivamente, não são operações de saídas ou prestação.

Diante disso, ante a existência de remessas de bens por conta de contrato de comodato escrituradas nos livros fiscais, os autuantes refizeram o levantamento fiscal, com a exclusão dos valores relativos a Comodato, resultando nos demonstrativos às fls.140 a 144, com a redução do débito para o valor de R\$2.708.344,41.

Quanto aos aspectos constitucionais abordados, destacamos a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo. Com relação às decisões do STJ, citadas na peça defensiva, cabe lembrar que não vinculam os atos administrativos do Estado. Além disso, não se aplica também a jurisprudência citada pelo autuado em outros julgamentos do CONSEF, pois as argüições coincidentes com as que cuidam este processo foram devidamente analisadas acima, no presente voto, com as considerações pertinentes ao acolhimento ou não do entendimento do autuado.

Por fim, considerando que está previsto no inciso II do § 17 do artigo 93 do RICMS/97, que 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, apenas as saídas e prestações com destino ao exterior, concluo que somente devem ser excluídas na fórmula do cálculo as parcelas acima alinhadas, ficando reduzido o débito em razão do refazimento do levantamento fiscal pelas considerações acima alinhadas, subsistindo em parte a autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 2.708.344,41, ficando o demonstrativo de débito modificado conforme quadro seguinte:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO					
Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2006	09/02/2006	1.146.952,94	17	60	194.982,00
29/02/2006	09/03/2006	1.226.210,47	17	60	208.455,78
31/03/2006	09/04/2006	1.256.656,12	17	60	213.631,54
30/04/2006	09/05/2006	1.106.770,88	17	60	188.151,05
31/05/2006	09/06/2006	1.511.470,94	17	60	256.950,06
30/06/2006	09/07/2006	1.531.509,59	17	60	260.356,63
31/07/2006	09/08/2006	1.636.103,12	17	60	278.137,53
31/08/2006	09/09/2006	2.093.954,24	17	60	355.972,22
30/09/2006	09/10/2006	1.302.660,41	17	60	221.452,27
31/10/2006	09/11/2006	1.345.845,76	17	60	228.793,78
30/11/2006	09/12/2006	897.461,82	17	60	152.568,51
31/12/2006	09/01/2007	875.841,41	17	60	148.893,04
					TOTAL 2.708.344,41

Inconformada com o julgamento proferido, o recorrente interpôs Recurso Voluntário contra a Decisão, visando o reparo da Decisão quanto aos seguintes pontos, por entender que:

- (a) preliminarmente, os créditos anteriores a 12.01.2006 devem ser extintos da autuação, uma vez que atingidos pela decadência;
- (b) não foi feita a exclusão do denominador de todas as operações de saídas estranhas à atividade da empresa;
- (c) as remessas de bens para conserto e a transferência de bens do ativo permanente não constituem a circulação destes, pois retornam ao estabelecimento do recorrente, no prazo legal; e
- (d) devem ser incluídos no numerador da fração para cálculo do percentual de aproveitamento de créditos do ativo permanente os valores relativos a receitas de interconexão, EILD e remessa de cartões pré-pagos, efetivamente tributados.

Feitas as considerações, passa a fundamentar os pontos abordados.

Inicialmente, quanto à Decadência suscitada, aduz que o CTN preleciona que, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo de 05 (cinco) anos para a extinção do crédito tributário (face à decadência do direito do Fisco de lançar o crédito) conta-se da ocorrência do fato gerador, de acordo com o art. 150, § 4º do CTN.

Assim, afirma que se equivocou o d. Julgador ao aplicar o entendimento do art. 173, I do CTN, já que só se admite a aplicação deste dispositivo para as hipóteses em que inexiste qualquer pagamento de tributo, o que não é o caso dos autos, prevalecendo, aqui, a regra do § 4º do art. 150, uma vez que houve pagamento parcial.

Deste modo, requer a reformulação da Decisão proferida nessa parte específica, para declarar, com base no art. 156, V, do CTN, a extinção dos créditos constantes do Auto de Infração em epígrafe anteriores a 12.01.2006.

Adentrando o mérito, elogia parte da Decisão de primeiro grau que excluiu do denominador os valores relativos a remessa de bem por conta de contrato de comodato, após a revisão feita no levantamento fiscal.

Porém, critica o fato de não terem sido excluídas do denominador todas das operações de saídas estranhas à atividade fim da empresa, tais como serviços-meios e atividades complementares, remessa para conserto, transferência de bens do ativo imobilizado, dentre outras. Ademais, entende que devem ser incluídos no numerador da fração para cálculo do percentual de aproveitamento de créditos do ativo permanente os valores relativos a receitas de interconexão, EILD e remessa de cartões pré-pagos, efetivamente tributados.

Informa que o objetivo da norma do cálculo do percentual de crédito do CIAP, disposta na LC nº 87/96 (art. 20, § 5º, III) e na Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 29, § 6º, III), é extrair a fração das **parcelas tributadas (numerador)** em face do total das **operações potencialmente tributáveis (denominador)**, de forma a se vedar proporcionalmente o crédito sobre as isentas.

Assim, o cálculo do percentual de crédito de ICMS a ser aproveitado, decorrente das entradas de bens para o ativo imobilizado, é calculado da seguinte forma:

$$\frac{\text{Operações tributadas no período}}{\text{Total de operações de saída e prestações do período}} = \text{percentual a ser aproveitado}$$

Defende que para se chegar ao montante referente às saídas tributadas pelo ICMS (numerador), utiliza-se o valor de todas as operações e prestações de saídas (valor contábil) e delas se diminui as saídas “isentas e não tributadas” do período. Já para a apuração do valor das saídas e prestações escrituradas no mês (denominador), devem ser consideradas apenas as receitas potencialmente tributáveis pelo ICMS, ou seja, aquelas decorrentes da prestação do serviço de telecomunicação ou circulação de mercadorias, no caso do recorrente.

Entende que todas as demais receitas auferidas pela empresa, que não sejam decorrentes do pagamento pelo serviço telefônico ou venda de mercadorias (receitas financeiras, vendas de bens imobilizados, prestação de serviços que não de telecomunicação, etc.) devem ser excluídas deste computo.

Deste modo, apresentou em sede de defesa inicial planilha na qual faz a abertura das receitas contidas no livro, a fim de demonstrar como foi calculado o CIAP aplicado em suas compensações (doc. nº 04 da impugnação).

Atesta que em diligência fiscal, foi refeito o cálculo apenas para excluir as receitas de comodato, com redução do débito para o valor de R\$2.708.344,41, o que foi, posteriormente, acatado pela Junta de Julgamento Fiscal.

No que não foi acatado, prossegue as suas alegações de defesa.

Em relação ao numerador da fração do coeficiente de aproveitamento, discorda do posicionamento do julgador que defendeu que as operações relativas à interconexão de cessão dos meios de rede, EILD e remessas de cartões pré-pagos não devem ser incluídas no numerador.

Em relação ao EILD e Interconexões de redes, afirma que os mesmos são tributados pelo ICMS, sendo submetidos ao regime especial de diferimento estabelecido pela cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98. Assim sendo, tais receitas devem ser consideradas como saídas tributadas, e por consequência lógica, excluídas do total de saídas e prestações isentas e não tributadas do período, figurando no numerador da fração em tela. Colaciona trecho da Consulta 02/2002 – DITRI-DF, publicada no DOE de 22/03/2002 sobre o tema.

Nesta senda, defende que, uma vez que o ICMS é devido pela prestação de serviços de EILD e interconexão, cujos valores estão descritos nos Anexos 8, 9, 13 e 14 da planilha apresentada na impugnação, tais montantes devem estar presentes no numerador da fração para o cálculo do

coeficiente de aproveitamento.

Aponta que ao apurar o coeficiente de saídas tributadas, a Fiscalização considerou tais receitas como se isentas fossem. Ou seja, por conta disto, as referidas receitas foram excluídas do numerador da fração (que reflete apenas as saídas tributadas), reduzindo-se artificialmente o coeficiente de aproveitamento.

Todavia, informa que as referidas receitas foram consideradas dentro do valor total de prestações de saídas do mês (denominador), como de fato deveria ocorrer. O problema está em que, além do denominador, as referidas receitas deveriam também estar acrescidas no numerador, já que se trata de receitas oriundas de prestações de saídas tributadas (através de regime de diferimento).

No pertinente às remessas de cartões pré-pagos, informa que possui regime diferenciado de tributação, o que causa confusão na análise de tais parcelas no cálculo do coeficiente de aproveitamento de créditos.

Informa que no momento em que o recorrente celebra a venda dos cartões para os distribuidores e seus clientes, há emissão de fatura, sendo a receita escriturada no livro fiscal, e que a tributação de tais cartões somente se dará no momento posterior, quando da ativação dos créditos contidos nos referidos cartões, a teor do Convênio ICMS 55/05.

Assim, defende que devem ser consideradas para fins de cálculo do aproveitamento de crédito do CIAP como saídas tributadas, uma vez que são tributadas em um momento posterior, quando da ativação dos cartões.

Deste modo, pleiteia a inclusão dos valores referentes a remessas de cartões pré-pagos no numerador por se referirem a receitas de operações de saídas tributadas.

Em relação às “rubricas impossíveis de figurarem no denominador”, defende o recorrente que devem ser excluídas do denominador todas as receitas estranhas à atividade da empresa, descritas nos Anexos 5 e 6 (detalhadas nos Anexos 15 e 16) da planilha juntada na impugnação, decorrentes de remessa de bens para conserto e reparo, transferência de bens do ativo imobilizado, que totalizam R\$5.342.179,60 (considerada a soma com as receitas de comodato).

CFOP	Descrição do CFOP	VC
5553	DEVOLUÇÃO DE COMPRA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO	106.600,30
5908	REMESSA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	231.919,88
5910	REMES EM DOAÇÃO OU BRINDE	5.500,00
5915	REMES DE MERCADORIA OU BEM PARA CONSENTO OU REPARO	12.000,00
5949	OUTRAS SAÍDA NÃO ESPECIFICADAS	378.496,43
6152	TRANSFER /MERC ADQUIRIDA/RECEB.TERCEIR	12.544,51
6208	DEVOL.MERC/BENS RECEB.INCLUS.P/TRANSFER.	97.662,58
6302	PREST. SERVIÇO DE COMUNIC P/ ESTABEL INDUST	533.742,00
6552	TRANSF.DE AT.IMOB.ADQUIRIDO ATÉ 31/10/96	935.843,11
6553	DEV.COMPR.P/ATIVO IMOBILIZADO	605.378,07
6557	TRANSFERENCIA PARA USO E CONSUMO	247.786,03
6908	REMESSA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	28.315,45
6910	REMES EM DOAÇÃO OU BRINDE	20.279,48
6912	REMESSA DE MERCADORIA OU BEM PARA DEMONSTRAÇÃO	821.017,19
6915	REMES DE MERCADORIA OU BEM PARA CONSENTO OU REPARO	250.281,59
6949	OUTRAS SAÍDAS NÃO ESPECIFICADAS	1.054.812,98
Total		5.342.179,60

Em se tratando das Remessas de Bens para Conserto e Reparo e Transferências de Bens do Ativo Imobilizado, a JJF entendeu que tais operações constituem fatos não tributáveis pelo ICMS em razão de incidirem na hipótese de suspensão do imposto.

Todavia, o recorrente defende que nas operações de bens para conserto e reparo, transferências de bens do ativo permanente, não há que se falar em desincorporação dos referidos bens, pois os mesmos retornam para o estabelecimento do recorrente dentro do prazo exigido pela lei, não sendo computados como saídas do estabelecimento da empresa.

Afirma, ainda, que só é passível de incidência do ICMS a circulação jurídica da mercadoria, que implica na transferência de propriedade. Assim, cita julgados do STJ sobre a matéria.

Com isso, pleiteia a exclusão dessas rubricas do denominador, haja vista que não há incidência de ICMS sobre remessa de bens para conserto e reparo e transferência de bens do ativo imobilizado.

Em relação às Receitas de Serviços de Gerenciamento de Rede, Manutenção/Reparo/Configuração/Montagem de Equipamentos, Visitação, Mudança Interna, Instalação e Consertos/CFOP's, aduz que a simples leitura da origem das receitas já demonstra que não se tratam de serviços de telecomunicação, mas sim serviços de outra natureza prestados pelo recorrente, razão pela qual não deveriam sequer estar escriturados no livro fiscal do ICMS, posto que não são receitas tributáveis pelo imposto.

Defende que o simples fato de serem prestados pelo recorrente não autoriza a incidência do ICMS, uma vez que, de fato, são fatos geradores de ISS. Assim, não sendo prestações de saída tributáveis pelo ICMS promovidas pelo recorrente, não podem ser computadas no total de prestações de saídas do período, motivo pelo qual devem ser excluídas do denominador da fração que calcula o coeficiente de saídas tributadas para fins de aproveitamento de crédito do ativo fixo.

1 - Relação consolidada dos códigos tarifários de receitas de 3's ou outras receitas:						
Código	Descrição	VC	BC	ICMS	ISENTA	OUTRAS
13622	CONSULTA FACIL-ADM USUARIO FRANQUIA 500K	1.021,02	0,00	0,00	0,00	1.021,02
37333	CONSULTA FACIL-TX.CONFIGURACAO	279,88	0,00	0,00	0,00	279,88
94007	ADVANCED SERVICES	57.286,91	0,00	0,00	0,00	57.286,91
95490	REPASSE CHAMA. LDN-PRE S/ICMS	111.257,03	0,00	0,00	111.257,03	0,00
99325	REFATURAMENTO DIVERSOS	776,56	0,00	0,00	776,56	0,00
99986	NAO USAR-SALDO CONTA CREDORA - USO INTER	7.865,64	0,00	0,00	7.854,16	11,48
Total		178.487,04	0,00	0,00	119.887,75	58.599,29

Cita Decisões do CONSEF sobre o tema, diligência realizada no bojo do Auto de Infração nº 279692.0001/08-4 confirmada em sede de julgamento ocorrido em 28.09.2011, bem como entendimento da fiscalização mineira no PTA nº 0100015400296.

Segue sua tese recursal afirmando o caráter confiscatório da multa cominada em 60%, e suscita produção de prova pericial para comprovar a legitimidade do cálculo de CIAP apresentado pelo recorrente.

Por fim, pede o recorrente o Provimento do Recurso Voluntário para que, reformada a Decisão de 1ª Instância, seja cancelado o Auto de Infração em referência e extinto o crédito tributário nele consubstanciado, bem como realização de perícia e exclusão da multa aplicada, cuja natureza é confiscatória, ou sua redução a patamares não confiscatórios.

Após tecidas as razões recursais, foi exarado Parecer Jurídico da PGE, da lavra do i. Procurador José Augusto Martins Júnior, o qual entendeu pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

Em relação à decadência, entendeu ser acertada a Decisão de piso, pois conforme jurisprudência assente no seio do CONSEF, a disposição do art. 173, I, do CTN, devidamente incorporada ao Código Tributário do Estado da Bahia, aplica-se plenamente às hipóteses de decadência, por tratar-se de norma vigente e plenamente aplicável.

Em relação ao mérito, aduz ser necessário definir que, para fins de aproveitamento de crédito do imposto pago na aquisição de ativo imobilizado, deve ser calculado o percentual das operações ou das prestações tributadas em relação ao total das operações ou das prestações realizadas no período.

Assim, cita entendimento do disposto no art. 20, §5º da LC 87/96, fazendo uma adequação matemática do dispositivo, entendendo que o cálculo do crédito a ser apropriado é definido da seguinte maneira:

Crédito = (a) ICMS cobrado na aquisição do bem x (b) 1/48 x (c) (Não tributada e isentas/ Total Geral Operações)

Onde:

- (a) ICMS = Imposto cobrado na aquisição do bem.
- (b) 1/48 = quociente referente a cada período de apuração;
- (c) total de mercadorias tributadas / total geral das operações e/ou prestações.

Afirma que a referida norma estabelece no denominador da apuração do crédito do Ativo Imobilizado que serão utilizadas como referência o total geral das operações ou prestações, não se fazendo presente na norma em epígrafe qualquer elemento delimitador das operações à tão-somente às operações de saídas concernentes à atividade fim da empresa.

Deste modo, interpreta como forçosa a tese recursal, fincada no sentido de que as operações estranhas à atividade fim da empresa estariam fora do espectro de alcance da Lei Complementar, no que se refere a composição do denominador do cálculo do crédito a ser apropriado pela aquisição de bens do ativo imobilizado.

Entretanto, em relação às alegações pertinentes à EILD e interconexões de rede, reconhece como legítimo o pleito recursal, vez que, no que se refere aos serviços EILD e interconexão de redes, quando a operadora não se afigura como usuária final, estamos diante duma hipótese típica de operações de saídas tributadas, mas com postergação do momento do pagamento do tributo.

Em suma, as operações sujeitas ao regime de diferimento são operações tributadas, não podendo, desta forma, serem excluídas do numerador do cálculo de creditamento das aquisições de bens do ativo fixo.

No mais, ratificou o julgamento de base.

Em despacho proferido pela Procuradora Assistente em Exercício, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, manteve na integralidade os termos do Parecer de fls. 565/566 acima mencionado.

Ato contínuo, a 3ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à ASTEC para a adoção de tais providências pelo Auditor Fiscal Diligente e, ao final, que se proceda à apuração do coeficiente correto para apuração do crédito a ser estornado, elaborando, caso necessário, novos demonstrativos fiscais e novo demonstrativo de débito para a infração:

- a) Considerar no cálculo do coeficiente de creditamento apenas as operações e prestações com ICMS decorrente da atividade da Empresa autuado;
- b) Considerar as operações isentas apenas no denominador;
- c) Considerar no denominador e no numerador da equação as seguintes atividades: operações de saída de mercadorias e as prestações de serviço tributados pelo ICMS; as operações tributadas pelo regime de diferimento; as operações de cessão onerosa; operações destinadas ao exterior; operações com redução de base de cálculo; operações de mercadoria com ICMS pago em substituição; operações de saída a título de doação e operações de transferência;
- d) Não considerar no denominador: operações não compreendidas no campo de tributação de ICMS por imunidade ou não incidência; valores relativos a locação e comodato; valores de multas e juros moratórios; saídas não definitivas tais como, remessa para conserto, exposição, industrialização; baixa do ativo; transferência dos materiais de uso e consumo.

Assim, atendendo ao solicitado em diligência, a ASTEC efetuou os cálculos, a partir do já consignado na preliminar e, após solicitações feitas pela relatora, resultou montantes mensais a serem imputados como débito ao contribuinte em valores de fiscalização, conforme está consignado em tabela anexa “Mapa de Distribuição de mercadorias de natureza tributária, de acordo com o solicitado fl. 215/216”.

Nesta senda, manifestou-se o recorrente sobre as conclusões da diligência (fls. 340/345), apontando graficamente (utilizando o mês de outubro de 2006 como exemplo) equívocos cometidos pelo Fiscal Diligente no ajuste determinado pela Câmara para a exclusão de saídas não definitivas, tais como, remessa para conserto, exposição, industrialização, baixa do ativo, transferência dos materiais de uso e consumo (CFOPs não ligados à atividade fim do recorrente),

sendo necessário o refazimento dos cálculos pelo Fiscal Diligente.

Aponta outro equívoco cometido, qual seja, a desconsideração dos valores tributados mediante denúncia espontânea, sendo que tais valores foram utilizados na composição do numerador da fração do coeficiente de crédito. O Fiscal diligente simplesmente desconsiderou os valores pagos em denúncia espontânea e reconhecidos pelo Fiscal autuante, quando da realização dos ajustes.

Ademais, aponta como absurdo maior o valor encontrado na presente diligência, o qual foi superior ao valor encontrado na diligência realizada em sede de primeira instância.

Dessa forma, manifestou sua total discordância com os resultados obtidos, requerendo que o presente processo fosse baixado novamente em diligência para que o Fiscal Diligente retificasse todos os equívocos apontados.

Em 29/11/2013, a empresa recorrente assinou Termo de Confissão de Dívida em relação às ocorrências dos meses de maio a agosto de 2006, no total de R\$271.036,17, comprovando o devido pagamento (fls. 356/357).

Assim, em Parecer Jurídico, manifestou-se a PGE no sentido de considerar prejudicado o Recurso Voluntário por preclusão lógica/consumativa, em face da adesão do autuado aos termos do art. 4º da Lei Estadual nº 12.903/13.

Em 23/05/2014, a Secretaria do CONSEF retornou os autos ao i. Procurador para análise do Parecer proferido, tendo em vista que o pagamento efetuado foi apenas de parte do débito.

Em Despacho proferido, a Procuradoria manifestou-se no sentido de encaminhamento do PAF à ASTEC, já que se verificou das alegações trazidas pelo autuado em fls. 340/345 e, em especial, o teor da diligência determinada pela CJF, a existência de erros como o ocorrido no mês de outubro/2006 e, igualmente o dissenso entre o valor contábil apresentado nos livros contábeis da empresa e o valor adotado nos cálculos do diligente.

Assim, cita o reconhecimento parcial do Auto de Infração pelo recorrente, e suscita a realização de demonstrativo analítico dos expurgos realizados e, outrossim, números compilados na escrita contábil e fiscal do recorrente, desde que imprescindível para elisão de qualquer dúvida sobre o cálculo realizado para concreção do presente lançamento.

Deste modo, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o feito novamente em diligência para que:

1 - Cotejar os dados dos livros e documentos do contribuinte com os demonstrativos fiscais e demais documentos dos autos, utilizando, nos cálculos atinentes à imputação, a fórmula que traduz o que constava, à época dos fatos geradores da autuação, na alínea “e” do inciso II §1º do artigo 339 do RICMS/BA:

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

2 – Para efeito de determinação do crédito fiscal a ser utilizado pelo contribuinte levar em conta na equação apenas as operações e prestações concernentes às atividades operacionais relativas ao ICMS decorrentes da atividade do contribuinte ora recorrente.

3 – Devem figurar apenas no denominador da equação:

As operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviço isentas, pelo total da operação ou prestação.

4 – Devem figurar no numerador e no denominador da equação:

a. as operações de saída de mercadorias e as prestações de serviço tributadas pelo ICMS;

b. as operações de saída de mercadorias e as prestações de serviço realizadas com ICMS pago pelo regime de diferimento, e as operações de cessão onerosa de serviços de comunicação;

c. as operações de saída de mercadorias e as prestações de serviço destinadas ao exterior, caso existam no período objeto da ação fiscal;

d. as operações de saída de mercadorias e as prestações de serviço realizadas com redução de base de cálculo,

caso existam no período objeto da ação fiscal, com os critérios seguir:

- d.1 - no numerador, até o limite percentual de manutenção do crédito fiscal, isto é, até o limite da parcela tributada;
- d.2 - no denominador, o valor total da operação ou prestação;
- e. as operações de saída de mercadorias e as prestações de serviços realizada com o ICMS pago por substituição, com fase de tributação encerrada, bem com demais casos de operações tributadas em regime sumário;
- e. as operações de saída de mercadorias realizadas a título de doação.
- f. operações de transferências.

5 – Não devem figurar nem no numerador e nem no denominador da equação:

- a. fatos ou situações relativos a operações ou prestações não compreendidos no campo da tributação pelo ICMS, por imunidade ou por não incidência.
- b. valores relativos a locação, nem a comodato.
- c. valores de multas e juros moratórios em parcelamentos de dívidas por atrasos no adimplemento das obrigações.
- d. saídas não definitivas, efetuadas com suspensão da incidência do imposto, relativas a remessas para conserto, reparo, exposição, ou industrialização por terceiros sujeitas a devolução.
- e. saídas definitivas de bens do ativo permanente em virtude de desincorporação (ou baixa do ativo), bem como saídas provisórias.
- f. transferências de material de uso ou consumo.

À INFRAZ DE ORIGEM solicita-se:

Após o cumprimento desta Diligência pelo Diligente designado:

- 1. Intimar o autuado para fornecer-lhe, contra recibo a ser anexados aos autos, cópia desta solicitação de Diligência e dos novos documentos anexados ao processo em seu atendimento, concedendo-lhe o prazo de dez dias para manifestar-se, caso queira.
- 2. Após esgotado o prazo de manifestação do autuado, entregar ao autuante cópia desta Diligência e dos novos documentos anexados ao processo em seu atendimento pelo Diligente da ASTEC/CONSEF, inclusive da nova manifestação do contribuinte, caso venha ser apresentada, concedendo-lhe o prazo de dez dias para manifestar-se, caso queira.
- 3. Cumpridas estas providências, reencaminhar o PAF para este CONSEF.

Após solicitação, a ASTEC emitiu Parecer refazendo a planilha, informando que os valores obtidos com o novo índice aponta valores devidos nos meses de maio a setembro, sendo que, de acordo com o pagamento feito pelo contribuinte, resta somente uma pequena diferença negativa em relação ao recolhimento efetuado pelo Recorrente em Julho de 2006.

Ressalta, no entanto, ser imprescindível que a diligência seja remetida aos autuantes para apreciação, visto que os valores da coluna H são inviáveis de serem aferidos em uma diligência. Isto porque os valores de interconexão, EILD, cartão de recarga, etc., não estão concentrados em um CFOP de valor identificável no livro de apuração, mas distribuídos em mais de um CFOP, a exemplo do 5301 e 6301, pois o lançamento depende da serie da nota fiscal, que varia de acordo com a operação, se é interconexão ou cartão de recarga, etc.

Ademais, encontrou dificuldades também na apuração da coluna que trata de OUTRAS SAÍDAS NÃO ESPECIFICADAS, informando que a ASTEC não está aparelhada e treinada para este tipo de procedimento, razão porque estas diligências deveriam ser feitas pelos autuantes desde o início, não só por terem mais experiência neste tipo de trabalho de alta complexidade, ou até mesmo de já disporem dos valores apurados quando da fiscalização vertical.

Manifestou-se o Recorrente em relação ao novo Parecer da ASTEC, dessa vez solucionando a controvérsia quanto ao cálculo do coeficiente de creditamento, uma vez que os valores apurados

pelo Fisco e pelo Contribuinte se equivalem.

No entanto, entende que o trabalho pericial necessita ser complementado, vez que não foi reconhecida a decadência nos moldes do art. 150,§4º do CTN, em relação ao período compreendido entre 01/01/2006 e 12/01/2006.

Informa que o contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 12/01/2011, estando decaídos os fatos geradores ocorridos anteriormente a esta data.

Ademais, entende o STJ que, o fato de o crédito decorrer de creditamento indevido, em nada altera a regra insculpida no referido artigo. Cita julgado e requer o acatamento integral dos cálculos do coeficiente demonstrado nas planilhas anexas à Manifestação Fiscal, bem como o reconhecimento da decadência supracitada.

Em 30/03/2016 os autuantes foram cientificados da Diligência fiscal, mas não se pronunciaram sobre.

Em Despacho proferido pela Procuradoria, o i. Procurador José Augusto Marins Júnior, manifestou-se em relação à decadência suscitada, entendendo que não merece guarida os argumentos trazidos pelo recorrente, vez que a data da ciência não pode ser fincada como marco temporal para contagem do prazo decadencial, devendo ser levado em consideração a data da lavratura do Auto de Infração.

Em Despacho exarado pela Procuradora Assistente Rosana Maciel Bittencourt Passos, a mesma acolheu o pronunciamento do Procurador e, no que diz respeito à alegação do autuado de que “todo o crédito referente a fatos geradores ocorridos anteriormente a 12/01/2006 encontram-se irremediavelmente decaídos”, observa que o presente Auto de Infração se reporta a fatos geradores ocorridos no período de 31/01/2006 a 31/12/2006, sendo todos, por conseguinte, posteriores à data apontada pela empresa, donde se conclui pela improcedência da pretensão.

VOTO

Cumpre ressaltar que a lide foi quase que totalmente resolvida no curso do processo, através do trabalho em conjunto do recorrente, dos autuantes e dos fiscais diligentes da ASTEC.

A questão fulcral desde PAF girou em torno do *coeficiente de creditamento do CIAP*, sendo o objeto de discussão as operações de saídas que deveriam fazer parte (ou não) do denominador e nominador da equação.

Para o recorrente, deveriam ser excluídas do denominador todas das operações de saídas estranhas à atividade fim da empresa, tais como serviços-meios e atividades complementares, remessa para conserto, transferência de bens do ativo imobilizado, dentre outras. Ademais, defendia que fazem parte do numerador da fração para cálculo do percentual de aproveitamento de créditos do ativo permanente os valores relativos a receitas de interconexão, EILD e remessa de cartões pré-pagos, efetivamente tributados.

Após extensa averiguação das provas trazidas aos autos, as diligências sanaram a questão, visto que, conforme conclusão do Parecer da ASTEC: *os valores obtidos com o novo índice apontaram valores devidos nos meses de maio a setembro, sendo que, de acordo com o pagamento feito pelo contribuinte, resta somente uma pequena diferença negativa em relação ao recolhimento efetuado pelo Recorrente em Julho de 2006.*

Informe-se que em 29/11/2013, a empresa recorrente assinou Termo de Confissão de Dívida em relação às ocorrências dos meses de maio a agosto de 2006, no total de R\$271.036,17, comprovando o devido pagamento (fls. 354/357).

Como os valores obtidos pela ASTEC foram referentes ao período de maio a setembro, restou comprovado somente uma pequena diferença negativa do recolhimento efetuado pelo recorrente,

subsistindo um saldo de R\$373,57 em favor do Contribuinte.

Assim, devem ser homologados os valores pagos, na monta de R\$271.036,17, não remanescendo valores para pagamento deste Auto de Infração, já que as novas planilhas elaboradas encontram-se bem formuladas e condizentes com a verdade material apresentada mediante os documentos e alegações acostados a este PAF.

Quanto à prejudicial de mérito suscitada pelo recorrente, vislumbro que houve um equívoco quanto ao pedido, já que não há períodos decaídos neste Auto de Infração, pois não existem fatos geradores anteriores a 12/01/2006 (a data da ciência do Auto de Infração se deu em 12/01/2011).

Os fatos geradores deste PAF tiveram como data inicial o período de 30/01/2006, conforme demonstrativos apresentados pelos autuantes.

Fato este também observado pela Procuradora Assistente quando diz em seu Despacho que: *observa que o presente Auto de Infração se reporta a fatos geradores ocorridos no período de 31/01/2006 a 31/12/2006, sendo todos, por conseguinte, posteriores à data apontada pela empresa.*

Informo que comungo do mesmo entendimento quanto ao posicionamento adotado pelo recorrente em relação à aplicação do art. 150, §4º do CTN, sendo que o Estado tem avançado para a aplicação deste posicionamento quando comprovado o pagamento parcial do imposto.

A PGE, em recente manifestação via Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, reconhece a aplicação do art. 150,§4º do CTN para a contagem do prazo decadencial. Vejamos abaixo o entendimento firmando:

“6. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributárias), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.”

Ocorre que não estamos discutindo o posicionamento de adoção do art. 150, §4º ou art. 173, I, ambos do CTN. No caso em apreço, independente da adoção do fato gerador ou do primeiro dia útil do exercício do ano seguinte, não há períodos decaídos, pelo que já foi exposto.

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, não acatando o pedido de Decadência formulado. Ademais, acolho as planilhas formuladas pela ASTEC quanto ao coeficiente de creditamento do CIAP, devendo ser homologados os valores já devidamente pagos pelo recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279692.0001/11-4, lavrado contra TNL PCS S/A. (OI), no valor de **R\$271.036,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos, cientificado o recorrente desta decisão e, posteriormente, encaminhar os autos ao setor competente para o devido arquivamento.

Sala de sessões do CONSEF, 19 de Abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS