

A. I. N° - 281081.0001/16-0
AUTUADO - OI MOVEL S.A.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO M. DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08.11.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-02/18

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS REGISTRADOS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. 2. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS UTILIZADOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. Serviços de TC CPE SOLUTION-ALUGUEL, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL GRANDE PORTE, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE e TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE e ADVANCED SERVICES. Acolhido novel entendimento expressado pela PGE-PROFIS em parecer específico para o caso. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 31/03/2016, o Auto de infração exige ICMS de R\$924.456,33, em face das seguintes infrações:

Infração 01 – 02.08.38 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis, como não tributáveis. Valor: R\$6.215,58. Período: Julho 2014. Enquadramento legal: Arts. 1º, III; 2º, VII e 32 da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 02 – 02.08.38 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis, como não tributáveis. Valor: R\$ 883.192,19. Período: Fevereiro a dezembro 2014. Enquadramento legal: Arts. 1º, III; 2º, VII e 32 da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 03 – 02.08.38 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributáveis, como não tributáveis. Valor: R\$35.048,56 Período: Fevereiro a Dezembro 2014. Enquadramento legal: Arts. 1º, III; 2º, VII e 32 da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

Às fls. 85-98, o sujeito passivo impugna o lançamento.

Relatando os fatos, parcialmente reconhece o cometimento das infrações 01 e 03, calculado, porém, diz, sobre o valor da efetiva base de cálculo do serviço prestado, ou seja, sem considerar a majoração da BC que diz promovida pela Fiscalização (Gross up).

Diz que o demais não merece prosperar, pois: a) o ICMS não incide sobre “TC CPE-SOLUTION, por tratar-se de contrato de locação de equipamentos, celebrados entre a Impugnante e seus clientes, o que não constitui “serviço”, conforme entendimento jurisprudencial; b) o ICMS não incide sobre o serviço de gerenciamento de redes (Advanced Services”, ante a ausência da relação comunicativa, requisito imprescindível à ocorrência da prestação do serviço de comunicação, consoante “pacífica jurisprudência nacional”: c) a majoração da base de cálculo do ICMS promovida pelo Fisco (Gross up) não encontra respaldo na legislação, que determina que o ICMS deve incidir sobre o preço do serviço.

No item DO DIREITO, ponto 3.1. Da intributabilidade do “TC CPE SOLUTION”. Da não incidência do ICMS sobre locação, diz que grande parte da autuação se relaciona ao “TC CPE SOLUTION”

em variadas modalidades, contrato que consiste, basicamente na criação (ou compartilhamento) de infraestrutura (hardware) de comunicação interna em clientes corporativos, por meio da locação e consequente instalação, configuração e manutenção de equipamentos.

Diz que a materialidade da rubrica consiste, basicamente, em operações de locação contratadas entre a Impugnante e os usuários dos serviços de comunicação, possibilitando a interligação da rede virtual corporativa de voz dos usuários, por meio do sistema de comutação e transmissão digital, não podendo, portanto, se falar em uma efetiva prestação de serviço de comunicação, conforme contratos de locação que colaciona aos autos.

Aduz não se tratar de tentativa de ludibriar o Fisco, ou de reduzir a base tributável, pois o serviço de comunicação foi segregado e tributado em grande monta.

Informa que inicialmente se acorda a disponibilização dos equipamentos necessários à consecução do serviço para, posteriormente, contratar-se a prestação do serviço de comunicação que é o fato gerador do ICMS.

Frisa que a locação de coisas é mera cessão do direito de uso, obrigação de dar, incompatível com o ICMS sobre serviços, que pressupõe um fazer, ressaltando não haver obrigação de alugar os equipamentos exclusivamente da Impugnante, tampouco que sejam locados, caso o usuário já possua os equipamentos, citando o entendimento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais nesse sentido, bem como decisões jurisprudenciais e Súmula nº 31 do STF expressando que os serviços de habilitação, locação de telefones móveis, assinatura e prestação de serviço de assistência técnica, não se sujeitam a incidência do ICMS.

Também aponta decisões de Contenciosos Administrativos de outros Estados e posicionamentos de Conselheiros do CONSEF acolhendo a tese do Impugnante (Acórdão CJF nº 0528-13/13, da 3ª CJF, apenas vencidos com voto de minerva), razão pela qual entende que o não acolhimento da tese defensiva poderá implicar em ônus de sucumbência para a Fazenda Pública, caso a questão seja judicializada.

No caso presente, estende o mesmo raciocínio para a exação fiscal relativa ao serviço de “ADVANCE SERVICES”, serviço destinado à mera monitoração e gerenciamento da rede/circuitos de dados dos usuários, por meio do qual se busca o perfeiçoamento do funcionamento da rede interna de comunicações, prevenindo situações que possam causar interrupções e prejuízos ao seu funcionamento.

No item 3.3. da Impugnação aborda sobre a base de cálculo do ICMS-comunicação nas infrações 01 e 03 e na remota hipótese de manutenção da infração 02 que nos termos do art. 13, III c/c § 1º, I, da LC nº 87/96 é o “preço do serviço”, este que ante a situação de não pagamento deve ser o preço praticado e recebido pelo contribuinte, e não o valor calculado pelo Fisco integrado do valor do imposto (Gross up).

Nesse ponto, destaca não discutir a possibilidade de cálculo “por dentro” do ICMS, porém APENAS a impossibilidade da majoração da BC (Gross up), pois o cálculo “por dentro” do ICMS significa que no valor cobrado do consumidor já está embutido no valor avençado do produto ou serviço, deferente, pois, do cálculo “por fora”, em que o consumidor deve dispende o preço o produto ou serviço mais o custo do tributo devido, exemplificando essas situações com um preço de serviço pago a R\$ 100,00. Referenciando-se em decisão do Tribunal Administrativo de Pernambuco, diz não haver lógica ou base legal para o calculo adotado pelos autuantes.

Estabelecendo cinco quesitos, solicita realização de diligência fiscal e pede:

- a) Seja reconhecida a não incidência do ICMS sobre as rubricas autuadas no bojo da Infração 02, por não caracterizarem a efetiva prestação do serviço de comunicação;
- b) Seja reconhecida a ilegalidade do cálculo do ICMS praticado pela Fiscalização, utilizando-se de uma BC diferente do “preço do serviço” efetivamente praticado;

- c) Pugna pela homologação e baixa dos valores quitados, conforme comprovante que anexa (doc. 04);
- d) Que o AI seja anulado;
- e) Que as intimações sejam feitas em nome do advogado SACHA CALMON NAVARRO COELHO no endereço que expõe.

Às fls. 264-278, os autuantes prestam Informação Fiscal. Resumem as alegações defensivas e, assim, contestam as contestam:

Infrações 01 e 03

Item “a”: Dizem que o Impugnante reconhece a procedência, porém sem a aplicação do chamado gross up (BC com o ICMS incluído). Informam que tratarão da divergência no método do cálculo no item “c”.

Infração 02 (item “b”)

Acerca da exação relativa aos itens “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL” e “ADVANCED SERVICE”, preliminarmente citam decisões do CONSEF acolhendo a exação fiscal: ACÓRDÃOS: JJF Nº 0023-02/12; JJF Nº 0192-02/12; JJF Nº 0286-01/12; JJF Nº 0099-12/11; JJF Nº 0300-12/12; JJF Nº 0102-12/12; JJF Nº 0091-132/12; JJF Nº 0040-13/12; JJF Nº 0100-12/11; JJF Nº 0102-04/11 e CJF Nº 0247-12/13.

Em relação ao serviço ADVANCED SERVICES, informam que o ICMS incide sobre a comunicação propriamente dita, inclusive sobre os serviços complementares, suplementares e facilidades adicionais, configurando-se o todo na prestação de serviço de telecomunicação, previsto no Conv. ICMS 69/98 e reproduzem a ementa do Acórdão CJF Nº 0145-12/09.

Com relação aos serviços TC CPE SOLUTION-ALUGUEL, dizem que a autuada se utiliza do artifício de segregar em suas faturas enviadas aos seus clientes, o serviço de telecomunicação prestado, dos equipamentos fornecidos e utilizados para que ocorra efetivamente a prestação do serviço de Telecomunicação, o que implica em indevida redução da BC do ICMS.

Transcrevem parecer da DITRI referente a consulta acerca da incidência de ICMS sobre a locação de equipamentos para prestação de serviços de telecomunicações por empresa de telefonia fixa, bem como excerto doutrinário, ementa de acórdão do Conselho Estadual de Recursos Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda do Espírito Santo e Decisão Normativa CAT-5 do Estado de São Paulo.

Em relação ao “gross up” (item “c”), transcrevem o art. 13, § 1º, I, da LC 87/96 e citam o art. 17, § 1º, I, da Lei 7.014/96, para dizer que a BC do ICMS se constitui do preço do serviço, incluindo-se nela, o próprio imposto e a não tributação de determinadas operações não justifica a adoção de uma BC menor que a devida, caso as operações tivessem sido tributadas, não havendo, portanto, razão na alegação defensiva de utilização de BC fictícia e absurda, mas apenas o fato de a autuada ter assumido o risco da possibilidade de arcar com o ônus tributário que, oportunamente, não repassou para seus consumidores.

Citam diversos acórdãos do CONSEF acolhendo sua tese (CJF 191-12-07, 216-12-07, 212-12-08, 0338-12-08, JJF 0286-01/12 e 0145-12.09, cuja ementa transcreve).

Com relação à solicitação de diligência/perícia, reproduzindo o art. 147 do RPAF, dizem ser descabida.

Concluindo, mantém a autuação na íntegra.

À fl. 296, consta pedido de diligência à Procuradoria Geral do Estado para, diante de decisões judiciais que citadas no pedido, seja emitido parecer jurídico no sentido de que seja informado qual tratamento tributário deve ser dado aos serviços objeto da Infração 02 (TC CPE SOLUTION-ALUGUEL, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL GRANDE PORTE, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE e TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE e ADVANCED SERVICES).

Às fls. 300-301 consta o parecer solicitado concluindo que os serviços citados sujeitam-se à tributação pelo ICMS.

Às fls. 314-318 o sujeito passivo se manifesta a respeito do resultado da diligência reiterando a tese suscitada na Impugnação.

Às fls. 351-352, o sujeito passivo se manifesta para informar e requerer o que segue.

Acerca da Infração 02, com respeito à exação fiscal relativa a TC CPE SOLUTION-ALUGEUAL e ADVANCE SERVICE, informam decisão do CONSEF que, com base em parecer da PROFIS emitido em 26.05.2017 (juntado aos autos, fls. 355-361) nos autos do AI 279468.0002/16-1, decidiu-se pela insubsistência da cobrança, conforme se depreende do Acórdão 0132.01/17 (fls. 363-369).

Também informa decisão do TJ-BA afastando a inclusão de serviços suplementares da BC do ICMS, razão pela qual, constatada existência de direito líquido e certo em seu favor, pede o cancelamento da exigência fiscal, para que não se constitua em descumprimento de ordem judicial.

Às fls. 398-400, consta novo pedido de diligência à PGE-PROFIS para que, diante das decisões judiciais e do Parecer da PGE-PROFIS transcrito no pedido, seja emitido um parecer jurídico específico para este PAF, no sentido de que informado qual tratamento tributário deve ser dado às rubricas objeto da Infração 02 (TC CPE SOLUTION-ALUGUEL, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL GRANDE PORTE, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE e ADVANCED SERVICES) à luz do entendimento jurídico apresentado pela defesa nos memoriais que constam apensados às fls. 351-353 e cópias do Parecer PGE de fls. 357-361.

Pede-se, também, que seja abordado os efeitos da decisão proferida no MS nº 0000729-02.2009.805-000, neste PAF (Acórdão do TJ-BA, cópia de fls. 384-395 e correspondente certidão de trânsito em julgado, cópia à fl. 396, deste PAF).

Às fls. 404-417, constam os seguintes pareceres:

- a) às fls. 404-413-verso, o Parecer exarado pelo Procurador José Augusto Martins Junior concluindo que dos itens citados, apenas para a prestação do ADVANCED SERVICES não cabe incidência do ICMS;
- b) às fls. 414-416-verso, o Parecer exarado pela Procuradora Assistente em Exercício Paula Gonçalves Morris Matos, acolhendo o entendimento exarado pelo Procurador José Augusto Martins Junior com relação ao item ADVANCED SERVICES, divergindo quanto ao pronunciamento relacionado à tributação de receitas originadas da locação de bens móveis por empresas operadoras de telefonia. Isto porque, em face do Parecer da lavra de Dra. Rosana Passos nos autos do Processo nº PGE 2013.642192-0 que transcreve, o entendimento externado trafega em sentido oposto àquele ora assentado na PGE, qual seja, o de não haver incidência de ICMS sobre locação de equipamentos utilizados na prestação dos serviços de comunicação;
- c) Despacho do Procurador Chefe da PROFIS em linha com o Parecer exarado pela Procuradora Assistente, no sentido da não incidência do ICMS em ambas situações contempladas no pedido de diligência.

VOTO

Conforme relatado, o lançamento de ofício processado exige ICMS no valor de R\$ 924.456,33.

Examinando os autos constato que o PAF está consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento tributário resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 03, 06, 07, 70 e 71, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente

cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 07-17 e CD de fl. 72); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Por considerar os elementos contidos nos autos suficientes para a formação de minha convicção meritória e por destinar-se a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, em existindo, estão na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, com fundamento no art. 147, I, do RPAF, indefiro o pedido de diligência suscitado.

De logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Embora o Impugnante reconheça o cometimento das infrações 01 e 03, divergindo da metodologia de cálculo do imposto, efetuou o pagamento da exação apurando o valor que considera devido tendo como base de cálculo do ICMS apenas o valor que recebeu dos consumidores excluído do valor correspondente ao ICMS que caso houvesse integrado à BC repercutiria aos consumidores dos serviços que reconhece tributáveis autuados.

Nesse entendimento, ainda que diga NÃO discutir a possibilidade de cálculo “por dentro” do ICMS, mas APENAS a impossibilidade da majoração da base de cálculo que diz imposta pelo Fisco (*gross up*), expondo exemplo, o argumento de defesa é o de um “equivocado “cálculo por dentro” do imposto, já que entende que a Fiscalização acresce ao valor efetivamente cobrado – e recebido – pela Impugnante, o percentual que *deveria ter sido cobrado* a título de ICMS, adotando uma base de cálculo absolutamente ficta, em desconsideração ao real *preço do serviço* (art. 13, III, da LC nº 87/96)”, de modo que, diz ele, “o “preço do serviço” corresponderia tão somente a um percentual da efetiva base de cálculo do tributo, a qual deveria ser posteriormente calculado mediante apuração fiscal”.

A corroborar seu argumento transcreve excerto de voto de Ministro do STF no RE nº 212.209/RS, bem como de Acórdão do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco.

Contudo, quanto ao cálculo do imposto apurado não há reparo a fazer no procedimento fiscal, pois o mesmo foi efetuado em conformidade com a disciplina legal comandado pelo § 1º, I do art. 17 da Lei nº 7.014/96, dizendo que o montante do imposto integra sua BC, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Ocorre que o entendendo por conta e risco relativo a prestação de serviço fora do campo de incidência do ICMS, por óbvio, o sujeito passivo não incluiu o valor do imposto devido no montante que cobrou dos seus consumidores e que assim o fez constar na coluna “Valor do Item Serviço” do relatório de faturamento utilizado pelo Fisco no procedimento fiscal.

A confirmar tal assertiva, estão as relativas cobranças através de simples faturamento aos seus consumidores, ausentes, portanto, das indispensáveis NFST’s, já que não as fez constar corretamente de suas obrigações relativas ao Convênio ICMS 115/2003, informadas à SEFAZ-BA, uma vez que tal faturamento consta em apartado relatório de faturamento.

Ademais, não há nos autos prova de que o sujeito passivo agregou ao valor dos serviços objeto da autuação o percentual correspondente ao ICMS que se recebido do consumidor, contribuinte de fato, deveria oportunamente ter repassado ao ente tributante na qualidade de contribuinte de direito. Ressalto que, caso houvesse recebido do primeiro, como agora pretende fazer valer com o argumento defensivo sucessivo, teria, de modo indevido, hipoteticamente se apropriado de pecúnia do sujeito ativo desta relação, fato este de deveras gravidade até com possibilidade de ver configurado crime contra a ordem tributária, nos termos da Lei nº 8.137/1990.

Como referido na Informação Fiscal tanto no âmbito deste CONSEF como jurisprudencial, há firme entendimento em conformidade com o cálculo do ICMS apurado no procedimento fiscal em juízo administrativo neste órgão judicante, de modo que não ofende o princípio constitucional da não-cumulatividade o fato de a base de cálculo do ICMS corresponder ao valor da operação ou prestação somado ao próprio tributo e que sua exclusão implica em irregular redução a contrariar a legislação tributária pertinente.

Infração 03

A infração se refere a exigência de ICMS relativo a operações sob as rubricas TC CPE SOLUTION-ALUGUEL, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL GRANDE PORTE, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL PEQUENO PORTE, TC CPE SOLUTION-ALUGUEL MÉDIO PORTE e ADVANCED SERVICES que o contribuinte entende fora do campo de incidência do ICMS sob a alegação de tratarem de locação de bens móveis ou equipamentos aos consumidores dos serviços prestados pelo contribuinte autuado.

Embora haja precedentes Acórdãos deste CONSEF dando pela pertinência da exação fiscal por considerar que as operações autuadas integram a base de cálculo do serviço de telecomunicação tributável pelo ICMS nos termos do art. 2º, III, da LC 87/96, bem como do art. 2º, VII, c/c o art. 1º da Lei 7.014/96, em face de decisões judiciais supervenientes, este caso concreto foi submetido à PGE-Profis para emissão de parecer conclusivo acerca do assunto para este Auto de Infração, tendo esta, em despacho conclusivo da lavra do seu Procurador Chefe, aprovado o Parecer Opinativo de fls. 404/413, informando do cambio de entendimento da Procuradoria no sentido da não incidência do ICMS sobre a locação de equipamentos utilizados na prestação dos serviços de comunicação, mais especificamente para este caso, as operações sob as rubricas objeto da infração 02.

Assim, considerando que:

- a) Embora o opinativo da PGE-Profis não necessariamente vincule a decisão deste órgão administrativo judicante;
- b) Quando o lançamento tributário é impugnado administrativamente, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores, o respectivo crédito tributário apenas firmará definitivamente constituído quando não mais couber recurso contra sua exigência no âmbito administrativo¹;

¹ **RECURSO ESPECIAL Nº 649.684 - SP (2004/0039698-3), RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX. EMENTA TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. ARTIGO 174, DO CTN. 1.** A exegese do STJ quanto ao artigo 174, *caput*, do Código Tributário Nacional, é no sentido de que, enquanto há pendência de recurso administrativo, não se admite aduzir suspensão do crédito tributário, mas, sim, em um hiato que vai do início do lançamento, quando desaparece o prazo decadencial, até o julgamento do recurso administrativo ou a revisão ex-officio. Consequentemente, somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional (RESP 485738/RO, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.09.2004, e RESP 239106/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 24.04.2000). **2.** Destarte, salvante os casos em que o crédito tributário origina-se de informações prestadas pelo próprio contribuinte (GIA e DCTF, por exemplo), a constituição do mesmo resta definitivamente concluída quando não pode mais o lançamento ser contestado na esfera administrativa. Conclusão esta que se coaduna com a suspensão de exigibilidade do crédito tributário pela oposição de recurso administrativo (artigo 151, III, do CTN). ... **6.** Ora, *"a constituição definitiva do crédito tributário pressupõe a inexistência de discussão ou possibilidade de*

- c) Não possuindo estrita jurisdição, a atividade administrativa deste órgão julgador administrativo se limita a revisar o lançamento de modo a firmar-lhe a presunção de legitimidade afirmando sua legalidade ante a interpretação que a Administração tributária efetua sobre a específica legislação tributária incidente sobre o caso concreto;
- d) A representação jurídica da Fazenda Pública da Bahia compete exclusivamente à PGE-Profis.

Em homenagem aos princípios da legalidade objetiva, razoabilidade, proporcionalidade, formalismo moderado, finalidade, celeridade processual e segurança jurídica que regem o processo administrativo fiscal, acolho o parecer opinativo especificamente exarado pela PGE-Profis para este Auto de Infração, especialmente porque em caso de entendimento contrário a Fazenda Pública, ademais de se fragilizar na subsequente exigibilidade do crédito, desnecessariamente potencializa o risco de danos por consequentes custos de uma eventual ação executiva de um crédito constituído em choque com o declarado entendimento exarado pelo órgão que a representa judicialmente, em face do contrassenso instalável.

Infração insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281081.0001/16-0**, lavrado contra **OI MOVEL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.264,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de Outubro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

alteração do crédito. Ocorrendo a impugnação do crédito tributário na via administrativa, o prazo prescricional começa a ser contado a partir da apreciação, em definitivo, do recurso pela autoridade administrativa. Antes de haver ocorrido esse fato, não existe "dies a quo" do prazo prescricional, pois, na fase entre a notificação do lançamento e a solução do processo administrativo, não ocorrem nem a prescrição nem a decadência (art. 151, III, do CTN)"(cf. RESP 32.843-SP, Min. Adhemar Maciel, in DJ de 26.10.1998). Na mesma senda foi o decidido no RESP n. 190.092-SP, relatado pelo subscritor deste, in DJ de 1º.7.2002). - Recurso especial não conhecido."(RESP 173284/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 31.03.2003). Também, S.T.F., 2ª T., RE 91.019-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, in RTJ 94/382: " ICM. Correção monetária. Acréscimo. Decadência. (...) Com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento do crédito tributário (art.142 do CTN). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência do prazo de prescrição; decorrido o prazo para a interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do Fisco. Recurso extraordinário conhecido em parte, mas não provido. ",