



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Registro: 2025.0000327394

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1000485-43.2020.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S.A, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente) E PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 2 de abril de 2025

ANTONIO CELSO FARIA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

ACF nº 19.749/2025

8ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 1000485-43.2020.8.26.0014

Comarca de São Paulo

Apelante: Telefônica Brasil S/A

Apelada: Fazenda Pública do Estado de São Paulo – FESP

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. opostos por TELEFÔNICA BRASIL S/A em face da FAZENDA ESTADUAL, aduzindo, em síntese, (i) decadência parcial com relação aos créditos do período até 12/12/2012; (ii) equívocos no recálculo do coeficiente de creditamento do CIAP cometidos pelo Fisco no item 1 do AIIM; (ii) indispensabilidade dos aparelhos de ar condicionado na prestação de serviços de telecomunicações no item 2 do AIIM; (iii) bens classificados como de uso e consumo ou alheios à atividade da embargante nos itens 3 e 4 do AIIM; (iv) divergência entre valores na escrituração e créditos estornados pela embargante no período autuado no item 5 do AIIM; e subsidiariamente (v) a ilegalidade na aplicação de juros de mora em patamar superior à SELIC; e (vi) ilegalidade na incidência de juros de mora na base de cálculo da multa. A r. sentença julgou parcialmente procedentes os embargos, para o fim de: “(i) ANULAR PARCIALMENTE o item 1 do AIIM nº 4.101.561-7 para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 760.549,41 (exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035; (ii) ANULAR PARCIALMENTE o item 2 do AIIM nº 4.101.561-7 para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 104.745,92 (exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035; (iii) ANULAR PARCIALMENTE os itens 3 e 4 do AIIM nº 4.101.561-7 para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 217.211,72 (item 3) e R\$ 3.197,52 (item 4) (ambas exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035; (iv)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

ANULAR INTEGRALMENTE o item 5 do AIIM nº 4.101.561-7; (v) DETERMINAR o afastamento da incidência de juros de mora ou taxa SELIC sobre a base de cálculo da multa punitiva; e (vi) DETERMINAR o recálculo do débito, afastando-se a incidência da Lei Estadual nº 13.918/09, inconstitucional, aplicando-se a taxa SELIC no respectivo período. Custas e despesas proporcionalmente distribuídas, nos termos do art. 86 do Código de Processo Civil. Condenou as partes ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil, no parâmetro mínimo, observado, em favor da embargante, o proveito econômico obtido (valores excluídos) e, em favor da embargada, o valor atualizado da dívida, após o recálculo”. Recurso da embargante. Sentença que deve ser integralmente mantida, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RECURSO IMPROVIDO.

Cuida-se de embargos à execução fiscal opostos por TELEFÔNICA BRASIL S/A em face da FAZENDA ESTADUAL, aduzindo, em síntese, (i) decadência parcial com relação aos créditos do período até 12/12/2012; (ii) equívocos no recálculo do coeficiente de creditamento do CIAP cometidos pelo Fisco no item 1 do AIIM; (ii) indispensabilidade dos aparelhos de ar condicionado na prestação de serviços de telecomunicações no item 2 do AIIM; (iii) bens classificados como de uso e consumo ou alheios à atividade da embargante nos itens 3 e 4 do AIIM; (iv) divergência entre valores na escrituração e créditos estornados pela embargante no período autuado no item 5 do AIIM; e subsidiariamente (v) a ilegalidade na aplicação de juros de mora em patamar superior à SELIC; e

(vi) ilegalidade na incidência de juros de mora na base de cálculo da multa (fls. 01/29).

A r. sentença de fls. 60.258/60.294, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os embargos, para o fim de: “(i) *ANULAR PARCIALMENTE o item 1 do AIIM n° 4.101.561-7 para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 760.549,41 (exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035; (ii) ANULAR PARCIALMENTE o item 2 do AIIM n° 4.101.561-7 para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 104.745,92 (exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035; (iii) ANULAR PARCIALMENTE os itens 3 e 4 do AIIM n° 4.101.561-7 para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 217.211,72 (item 3) e R\$ 3.197,52 (item 4) (ambas exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035; (iv) ANULAR INTEGRALMENTE o item 5 do AIIM n° 4.101.561-7; (v) DETERMINAR o afastamento da incidência de juros de mora ou taxa SELIC sobre a base de cálculo da multa punitiva; e (vi) DETERMINAR o recálculo do débito, afastando-se a incidência da Lei Estadual n° 13.918/09, inconstitucional, aplicando-se a taxa SELIC no respectivo período. Custas e despesas proporcionalmente distribuídas, nos termos do art. 86 do Código de Processo Civil. Condeno as partes ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro nos termos do artigo 85, §§ 3° e 5°, do Código de Processo Civil, no parâmetro mínimo, observado, em favor da embargante, o*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

proveito econômico obtido (valores excluídos) e, em favor da embargada, o valor atualizado da dívida, após o recálculo”.

A embargante apela (fls. 60.287/60.294) quanto à parte da sentença que a reconheceu a ilegitimidade parcial do Item 01 do AIIM, no que tange às operações com cartões pré-pagos, mantendo a cobrança com fundamento na suposta ausência de comprovação da natureza dos itens imobilizados e da sua utilização efetiva na atividade-fim da empresa. Entende que a sentença merece ser parcialmente reformada, pois: (a) O crédito apropriado sobre a aquisição de aparelhos de ar condicionado (item 02 do AIIM) indubitavelmente refere-se a equipamentos voltados à manutenção da temperatura adequada de funcionamento de Estações Rádio Base (ERBs), Centrais de Comutação e Controle de Telecomunicações (CCC), dentre outros equipamentos eletrônicos, revelando-se indispensáveis à prestação dos serviços de telecomunicações; (b) Com relação à glosa decorrente da aquisição de bens do ativo permanente quanto aos quais a Fiscalização imputa natureza diversa (itens 3 e 4 do AIIM), é certo que se trata de bens com duração superior a um ano, que são utilizados na atividade-fim da empresa Apelante, de forma que os créditos foram apropriados regularmente, merecendo tais itens ser excluídos da glosa.

Quanto aos aparelhos de ar acondicionado, afirma que “conforme comprovado documentalmente nos autos, tem-



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

se que os aparelhos vinculados à autuação foram adquiridos pela Apelante e, em seguida, encaminhados ao seu ativo imobilizado, tendo a Telefônica realizado a transferência dos bens adquiridos para outros endereços (endereços onde estão localizadas as estações de telecomunicações – antenas ou ERBs e CCCs), de modo que, como apontado pelo i. Perito, em algumas ocasiões, a localização dos aparelhos de ar-condicionado não coincide com os endereços informados nas notas fiscais de aquisição. Questão meramente formal. No entanto, em que pese a eventual divergência entre os endereços indicados, é certo que a transferência dos bens adquiridos para outros endereços não modifica a finalidade dos bens destinados ao ativo imobilizado e, portanto, não interfere na legitimidade do crédito do ativo. Isso porque ficou comprovado pela perícia oficial que tais aparelhos de ar condicionado, de porte industrial, são próprios para a alocação em unidades produtivas da Apelante (estações de telecomunicações), não podendo ser confundidos com aparelhos de ar-condicionado usados em áreas administrativas da empresa (como escritórios), o que comprova a legitimidade do crédito fiscal em debate, por se vincular à atividade-fim da empresa (...). Nesse sentido, é incontroversa a ilegitimidade da glosa realizada pelo Item 02 do AIIM, posto que, independentemente de eventual divergência formal entre os endereços indicados, resta comprovada a indispensabilidade dos aparelhos de ar-condicionado para a prestação dos serviços de telecomunicações, posto que, como visto, trata-se de equipamentos voltados à manutenção da temperatura adequada de funcionamento das Estações Rádio Base (ERBs) e de Centrais de Comutação e Controle de Telecomunicações (CCC)”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Quanto aos itens 3 e 4 do AIIM: bens classificados como de uso e consumo ou alheios à atividade da apelante, segundo a apelante, *“trata-se de bens com duração superior a um ano, que são utilizados em sua atividade fim, por isso mesmo qualificando-se como bens do ativo imobilizado. Nomeadamente, são bens utilizados diretamente na prestação de serviços de telecomunicações ou nas respectivas divulgação e comercialização (marketing) e móveis destinados às suas lojas próprias. Como se observa da natureza dos itens autuados, trata-se de bens que não poderiam ter o direito ao crédito do ICMS suportado na sua aquisição obstado pelo Fisco ao argumento de que seriam alheios à atividade da Apelante, uma vez que empregados na atividade fim da empresa (art. 20, §1º, da LC nº 87/19961). Desta feita, imperioso o reconhecimento da legitimidade dos créditos aproveitados em decorrência da aquisição de bens do ativo imobilizado da empresa que foram efetivamente empregados na sua atividade-fim. Outrossim, no tocante à suposta ausência de apresentação da primeira via das notas fiscais, referida nas infrações 03 e 04, tais acusações correspondem a infrações meramente formais, que não poderiam ensejar a glosa dos créditos que decorrem da aquisição de bens regularmente destinados ao ativo fixo.*

Requer *“o provimento deste recurso de apelação para que, reformando-se em parte a sentença apelada, seja reconhecida a insubsistência integral da glosa do crédito tributário em cobro, com a condenação do Ente Público à integralidade dos honorários sucumbenciais, haja vista a patente vinculação dos bens adquiridos à atividade-fim da empresa (art. 20, §1º, LC nº 87/1996)”*.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Contrarrazões de apelação da FESP (fls. 60.306/60.314).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 60.321).

É o relatório.

As razões recursais não infirmam os elementos de convicção contidos na decisão recorrida, que ora se ratificam, e com vistas a prestigiar o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), a decisão se mantém, consoante permite o art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”.

Exatamente para evitar inútil repetição da matéria e, em observância ao princípio constitucional da razoável duração dos processos, verifica-se que tal dispositivo regimental vem sendo largamente utilizado pelas Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça (AC 994.01.017050-8, AC 994.09.379126-0), assim, como pelo C. Superior Tribunal de Justiça quando reconhece “a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum” (RESP nº 662.272-RS, 2º Turma Rel. João Otávio de Noronha, j. 4.9.2007; RESP



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

Consoante ressaltou o d. Magistrado:

“(...) Ausentes questões preliminares ou prejudiciais a serem analisadas, passo diretamente ao mérito do feito.

Cuida-se de embargos à execução fiscal que tem como título executivo a CDA nº1.267.432.062, que, por sua vez, diz respeito ao AIIM nº 4.101.561-7 lavrado em desfavor da embargante.

Em referido auto de infração, foram constatadas cinco infrações distintas, a saber:

“1. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$17.693.494,39 (dezessete milhões, seiscentos e noventa e três mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e trinta e nove centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado a maior que o de direito, tendo em vista a escrituração no Registro G110 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital-EFD de coeficientes de creditamento calculados erroneamente, conforme apresentado no Demonstrativo I-A, onde constam os coeficientes de creditamento utilizados pelo contribuinte e aqueles calculados pelo Fisco segundo as regras contidas na Portaria CAT 25/2001, cujo cálculo se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

observa no Demonstrativo I-B.O crédito indevido foi escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido os valores correspondentes transportados para as Guias de Informação e Apuração do ICMS do período. Os valores das parcelas creditados a maior constam dos Demonstrativos II-A a IX-A e foram sintetizados no Demonstrativo IX-B. A Infração se comprova pelos Demonstrativos I-A,I-B, II-A a IX-A e IX-B e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.”

“2. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 631.367,19(seiscentos e trinta e um mil, trezentos e sessenta e sete reais e dezenove centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação incorreta de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado, tendo em vista a escrituração no registro G125 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital - EFD de equipamentos de refrigeração de ar, alheios à atividade-fim da empresa e sem apontar a descrição e a finalidade de uso desses equipamentos. Notificado a apresentar esclarecimentos sobre tais bens, nada apresentou. A relação dos equipamentos e os dados das notas fiscais eletrônicas de entrada correspondentes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

estão listados no “Demonstrativo X-A - Relação de equipamentos de sistemas de ar condicionado”. Os montantes indevidos das parcelas apropriadas relativas a esses bens são apresentados no “Demonstrativo X-B: Equip.para sistema de ar condicionado - Crédito Indevido de parcelas de ICMS de ativo imobilizado apropriadas pelo contribuinte - Analítico “.O crédito indevido foi escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido os valores correspondentes transportados para as Guias de Informação e Apuração do ICMS do período. Os valores mensais apurados foram transportados para o “Demonstrativo X-C: Resumo Demonstrativo X-B -Sintético “. A Infração se comprova pelos Demonstrativos X-A, X-B e X-C e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.”

“3. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$1.663.341,48 (um milhão, seiscentos e sessenta e três mil, trezentos e quarenta e um reais e quarenta e oito centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação incorreta de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado, tendo em vista a escrituração no registro G125 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital - EFD de mercadorias



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

para uso ou consumo do estabelecimento, sem direito a crédito. Notificado a apresentar esclarecimentos sobre tais produtos e serviços, nada apresentou. A relação dessas mercadorias e os dados das notas fiscais eletrônicas de entrada correspondentes estão listados no “Demonstrativo XI-A: Relação de mercadorias para uso ou consumo no estabelecimento”. Os montantes devidos das parcelas apropriadas relativas a essas mercadorias são apresentados no “Demonstrativo XI-B: Material de uso ou consumo Crédito Indevido de parcelas de ICMS de ativo imobilizado apropriadas pelo contribuinte - Analítico”. O crédito indevido foi escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido os valores correspondentes transportados para as Guias de Informação e Apuração do ICMS do período. Os valores mensais apurados foram transportados para o “Demonstrativo XI-C: Resumo Demonstrativo XI-B- Sintético”. A Infração se comprova pelos Demonstrativos XI-A, XI-B e XI-C e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.”

“4. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 67.147,51(sessenta e sete mil, cento e quarenta e sete reais e cinquenta e um



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido à apropriação incorreta de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado, tendo em vista a escrituração no registro G125 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital - EFD de diversos itens tais como "materiais aplicados no reparo de TPS", "manutenção por acessos - material (Osasco)", "material aplicado na manutenção de telefone público (SJC)", "materiais diversos", "ferramenta de limpeza", "fita isolante", "pilha alcal Panasonic AAA PNS 2 PC", "filtro óleo combustível", alheios à atividade-fim da empresa. Notificado a apresentar esclarecimentos sobre tais bens, nada apresentou. A relação desses produtos e serviços e os dados das notas fiscais eletrônicas de entrada correspondentes estão listados no "Demonstrativo XII-A: Relação de outros equipamentos, produtos e serviços sem direito a crédito ". Os montantes indevidos das parcelas apropriadas relativas a esses bens são apresentados no "Demonstrativo XII-B: Equipamentos, produtos ou serviços - Crédito Indevido de parcelas de ICMS de ativo imobilizado apropriadas pelo contribuinte - Analítico". O crédito indevido foi escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido os valores correspondentes transportados para as Guias de Informação e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Apuração do ICMS do período. Os valores mensais apurados foram transportados para o "Demonstrativo XII-C: Resumo Demonstrativo XII-B - Sintético". A Infração se comprova pelos Demonstrativos XII-A, XII-B e XII-C e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal."

"5. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$26.533.645,62 (vinte e seis milhões, quinhentos e trinta e três mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), nos meses de janeiro/2012 a junho/2013, devido à escrituração no Livro Registro de Entrada do ICMS e à transposição para as Guias de Informação e Apuração do ICMS do período de valores a título de apropriação de ICMS do ativo imobilizado (CFOP 1604) em montantes superiores aos escriturados no CIAP, através do registro G110 do Bloco g da Escrituração Fiscal Digital. Os valores creditados a maior estão detalhados no Demonstrativo XIII. A Infração se comprova pelo Demonstrativo XIII e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal." (fls. 141/143).

De início, observo que o i. perito, ao analisar o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

caso dos autos, fez uma importante constatação:

“No que se refere ao objeto deste processo, importante que se registre o fato deste perito ter atuado em outros processos, nesta mesma Vara (1000256-83.2020.8.26.0014, 1000635-58.2019.8.26.0014 e 1000988-35.2018.8.26.0014), cujas partes foram as mesmas (TELEFÔNICA sucessora da VIVO S.A., por incorporação) assim como parte das autuações, (...).

Não se verifica, pela análise dos autos, tratar-se de reexame de período fiscalizado, pois inexiste qualquer menção a este aspecto, e, sendo assim, SMJ, trata-se duplicidade de lançamento relativamente ao período de 01/2012 a 11/2015, relativamente as infrações convergentes, maculando a CDA 1.267.432.062 de 19/06/2019.

A título exemplificativo e por ser uma infração de valor significativo no AIIM em análise, apresenta-se descrição das autuações, relativas ao crédito CIAP constantes dos AIIMs. Vejamos cada AIIM pela sequência cronológica:

- AIIM N° 4.051.394-4, de 23/12/2014 (data posterior a baixa por incorporação do CNPJ atuado - DOC. 07) período 11/2010 a 12/2012 Processo 10002566-83.2020.8.26.0014. (laudo pericial protocolo em 06/09/2022 fls. 6208 dos*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

respectivos autos) CNPJ02.449.992/0056-384 VIVO S.A..INFRAÇÃO 1515. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$7.392.699,78 (sete milhões, trezentos e noventa e dois mil, seiscentos e noventa e nove reais e setenta e oito centavos), no período de novembro de 2010 a dezembro de 2012, devido ao uso de coeficiente de creditamento em seu CIAP, calculado erroneamente, conforme se observa nos arquivos do CIAP apresentados pelo Autuado e os demonstrativos de cálculo elaborados pela Fiscalização. Os valores creditados a maior foram apurados no "Demonstrativo VIII: Retificação do coeficiente de creditamento do CIAP "e os valores mensais de crédito excedente tomado pelo contribuinte foram transportados para o Demonstrativo XIII - Sintético. A Infração se comprova pelas cópias de documentos juntadas e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.

- AIIM Nº 4.071.201-1, de 25/02/2016 período 01/2013 a 11/2014 Processo 1000635-58.2019.8.26.0014. (laudo pericial protocolo em 17/02/2023 fls. 4126 dos respectivos autos) CNPJ02.558.157/001-62. INFRAÇÃO 88. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 1.688.215,72 (um milhão, seiscentos e oitenta*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

e oito mil, duzentos e quinze reais e setenta e dois centavos), no período de janeiro de 2013 a novembro de 2014, devido ao uso de coeficiente de creditamento em seu CIAP, calculado erroneamente, conforme se observa nos arquivos do CIAP apresentados pelo Autuado e os demonstrativos de cálculo elaborados pela Fiscalização. Os valores creditados a maior foram apurados no “Demonstrativo VIII: Retificação do coeficiente de creditamento do CIAP” e os valores mensais de crédito excedente tomado pelo contribuinte foram transportados para o Demonstrativo IX - Sintético. A Infração se comprova pelas cópias de documentos juntadas e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.

- AIIM Nº 4.085.910-1, de 09/12/2016 período 01/2011 a 11/2015 Processo 1000988-35.2018.8.26.0014 (laudo pericial protocolo em 10/02/2023 fls. 1438 dos respectivos autos) CNPJ: 02.558.157/0001-62 INFRAÇÃO 11. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 4.204.009,03 (quatro milhões, duzentos e quatro mil, nove reais e três centavos), no período de janeiro de 2011 a novembro de 2015, mediante escrituração em seu registro de entradas de notas fiscais emitidas a título de apropriação de crédito*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

pela aquisição de bens integrados ao Ativo Imobilizado (CFOP 1.604), consignando valor superior ao permitido na legislação em função de uso de coeficientes de creditamento em seu CIAP calculados erroneamente, conforme se observa nos registros G110 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital realizada pelo Autuado (Doc.A.34 - "Demonstrativo XI - Registros G110 do Bloco G da EFD") e nos demonstrativos de cálculo elaborados pela Fiscalização (Doc. A.33 - "Demonstrativo X - Coeficientes de creditamentos"). Os valores creditados a maior foram apontados no "Demonstrativo I: Retificação do coeficiente de creditamento do CIAP (registros G110 do Bloco G da EFD)" e os valores mensais de crédito excedente tomado pelo contribuinte foram transportados para o "Demonstrativo IX: Sintético - Resumo Demonstrativos I a VIII". A Infração se comprova pelas cópias de documentos juntadas e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.

- AIIM Nº 4.101.561-7, de 12/12/2017 período 01/2012 a 11/2016 Processo atual CNPJ: 02.558.157/0001-62. INFRAÇÃO 11. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$17.693.494,39 dezessete milhões, seiscentos e noventa e três mil, quatrocentos e noventa e quatro*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

reais e trinta e nove centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado a maior que o de direito, tendo em vista a escrituração no Registro G110 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital EFD de coeficientes de creditamento calculados erroneamente, conforme apresentado no Demonstrativo I-A, onde constam os coeficientes de creditamento utilizados pelo contribuinte e aqueles calculados pelo Fisco segundo as regras contidas na Portaria CAT 25/2001, cujo cálculo se observa no Demonstrativo I-B. O crédito indevido foi escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido os valores correspondentes transportados para as Guias de Informação e Apuração do ICMS do período. Os valores das parcelas creditados a maior constam dos Demonstrativos II-A a IX-A e foram sintetizados no Demonstrativo IX-B. A Infração se comprova pelos Demonstrativos I-A, I-B, II-A a IX-A e IX-B e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.” (fls. 60003/60008).

Como se nota, a perícia contábil constatou a duplicidade de lançamentos no período de 01/2012 a 11/2015 relativamente às infrações convergentes aos autos de infrações



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

anteriormente lavrados. E todas as cinco infrações que foram reconhecidas no auto de infração nº4.101.561-7 (supra destacadas), já haviam sido objeto de autuação anterior no período de 01/2012 a 11/2015 como reconhecido no laudo pericial (infração 1: AIIM nº 4.085.910-1 fls. 60011; infração 2: AIIM nº 4.085.910-1 fls. 60023/60024; infrações 3 e 4: AIIM nº 4.085-910-1 fls.60028/60029; e infração 5: AIIM nº 4.085.910-1 fls. 60031/60032).

E, note-se que a Fazenda Estadual, cientificada do laudo pericial, em sua manifestação de fls. 60232/60234 nada alegou acerca de tal fato. Assim, de rigor o reconhecimento da nulidade parcial do auto de infração nº4.101.561-7, em razão do lançamento em duplicidade no período de 01/2012 a 11/2015.

A despeito do quanto consignado pelo i. perito, não vislumbro nulidade absoluta da CDA nº 1.267.432.062, sendo o caso apenas de determinar a exclusão dos valores referentes a este período cuja duplicidade do lançamento foi reconhecida. Consequentemente, prejudicada a análise da tese de decadência suscitada pela embargante, eis que esta se referia aos créditos do período até 12/12/2012, diante do reconhecimento da nulidade do AIIM no período de 01/2012 a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

11/2015.

Além disso, a infração 5 do AIIM foi integralmente anulada, pois se referia exclusivamente ao período de janeiro/2012 a junho/2013.

A questão controvertida remanescente nos autos, portanto, diz respeito às infrações 1, 2, 3 e 4 do AIIM nº 4.101.561-7 no período de 12/2015 a 11/2016.

Passemos, portanto, à análise de referidos itens, agrupando-os de acordo com a similaridade da questão envolvida, a partir das conclusões do laudo pericial produzido nos autos.

Pois bem.

A infração 1 do AIIM nº 4.101.561-7 foi assim descrita:

“1. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$17.693.494,39 (dezessete milhões, seiscentos e noventa e três mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e trinta e nove centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado a maior que o de direito, tendo em vista a escrituração no Registro G110 do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Bloco G da Escrituração Fiscal Digital-EFD de coeficientes de creditamento calculados erroneamente, conforme apresentado no Demonstrativo I-A, onde constam os coeficientes de creditamento utilizados pelo contribuinte e aqueles calculados pelo Fisco segundo as regras contidas na Portaria CAT 25/2001, cujo cálculo se observa no Demonstrativo I-B.

O crédito indevido foi escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido os valores correspondentes transportados para as Guias de Informação e Apuração do ICMS do período. Os valores das parcelas creditados a maior constam dos Demonstrativos II-A a IX-A e foram sintetizados no Demonstrativo IX-B. A Infração se comprova pelos Demonstrativos I-A, I-B, II-A a IX-A e IX-B e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.

“Acerca de referido item (1), o laudo pericial assim concluiu: “A TELEFÔNICA alega que a apuração fiscal incorreu em erro, quando incluiu no denominador da fórmula, as operações cujo CFOP5949/6949, que se referiam a remessa dos cartões pré-pagos, que nos termos do convenio CONFAZ 55/2005.

A hipótese de incidência se subdivide em:

(...)Da leitura do referido Convênio se depreende



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

que, na hipótese I há destaque do imposto na emissão do documento fiscal, já na hipótese II, a incidência se dá no momento da sua disponibilização, ou seja, na ativação dos referidos créditos contidos nos cartões, a hipótese de incidência fica prorrogada. O Artigo 6, Anexo XVII, RICMS SP/00, temos:(...).

A portaria que instrumentalizava o procedimento acima, era a Portaria CAT 101/2005, vigente até 12/2015. Vejamos:

(...) Com vigência a partir de 01/2016, a Portaria CAT 121/2015, mantém o procedimento quanto a este aspecto. Vejamos:

(...) Cabe apontar que os referidos CFOPs 5949/6949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviços não especificada, podem ser utilizados em diversas situações, não se limitando a hipótese de remessa de cartão pré-pago, para futura ativação. Situações como: Remessa ou retorno em garantia, Remessa de material etc., sendo assim não se pode considerar que a integralidade das operações classificadas a título deste CFOP seja associada as referidas operações de cartão pré-pago. Aspecto reconhecido pela TELEFÔNICA, e consta no relatório de sua assistência técnica (fls. 57120/57121), resumo no qual identifica que no período de 07/2013 a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

12/2015, os valores emitidos a título de Operações de cartão pré-pago representaram 92,17% do total de notas emitidas com os CFOPs 5949/6949.

Apesar do período analisado ser diverso do que ora se analisa 01/2012 a 11/2016, é útil a comprovação do entendimento da necessidade de composição do montante por natureza da saída.

Diante deste contexto, resta evidenciado que as operações CFOP5949/6949 Relativas à remessa de cartão pré-pago destinada a particular tem fato gerador do ICMS prorrogado para o momento da ativação, que requer emissão de nota fiscal para que se efetive a referida tributação.

A TELEFÔNICA aponta que excluiu do valor contábil (denominador) da fórmula de apuração do coeficiente CIAP, os valores mensais das operações de relativas a remessa de cartão pré-pago.

*A apuração do coeficiente CIAP, é feita tendo por base o seguinte: $VL_TRIB_EXP = \text{valor do somatório das saídas tributadas e saídas para Exportação base de cálculo} - \text{numerador}$
 $VL_TOTAL = \text{valor total das saídas valor contábil} - \text{denominador}$
 $VL_TRIB_EXP / VL_TOTAL = \text{COEFICIENTE CIAP}$ Cabe complementarmente trazer o que disciplina a Portaria CAT25/2001 sobre o tema, em seu Artigo 5º, VI:VI - quadro 5 -*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Apropriação Mensal do Crédito: destina-se à escrituração, nas colunas sob os títulos correspondentes do 1º ao 4ºano, do valor do crédito a ser apropriado, que será obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a 1/48 (um quarenta e oito avos) da relação entre o valor das operações de saída e prestações tributadas e o total das operações de saída e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas ou prestações que tiverem destinado mercadorias ou serviços ao exterior, as operações ou prestações isentas ou não tributadas com previsão legal de manutenção de crédito e a saída de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos: (Redação dada ao inciso pela Portaria CAT 73 de 04-10-2006; DOE de 05-06-2006; efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2006) (g.n.) Em resumo se verifica, que se equipara a operações tributadas:

- 1. Exportação;*
- 2. Operações Isentas e não tributadas com previsão de manutenção de crédito do imposto; e*
- 3. Operações com papel destinado a impressão de livros, jornais e periódicos.*

Não obstante resta expresso na mesma Portaria, em seu Artigo 6º, que tais saídas devam ter caráter



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

definitivo, Vejamos: Artigo 6º - Para fins de apuração dos valores das operações de saída previstos no inciso V do artigo 4º e no inciso VI do artigo 5º devem ser computados apenas os valores das saídas que afiguram caráter definitivo, ou seja, que transferem titularidade devendo ser desconsideradas as saídas provisórias, tais como remessa para conserto e para industrialização, as quais não reduzem estoques, constituem simples deslocamentos físicos, sem implicações de ordem patrimonial. (Redação dada ao Artigo 6º pelo inciso VII do art. 1º da Portaria CAT 79 de 17-10-2001; DOE 19-10-2001; produzindo efeitos relativamente à entrada de bem do Ativo Permanente ocorrida a partir de 1º de novembro de 2001.

No presente contexto, SMJ, pelo entendimento da própria legislação tributária, a caracterização de definitividade se dá no momento da ativação do serviço, pois este é o momento que se realiza o critério material da hipótese tributária, ou seja, nasce a obrigação da emissão de NFST pelo Estado onde o cartão pré-pago tenha sido ativado, incidindo o ICMS, quando efetivada a disponibilização do serviço de telefonia. Dessa forma, se considerado que as saídas cujo CFOP 5949/6949-Operações cartão pré-pago, não tem característica de definitividade, inaplicável a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

inclusão dos seus valores no montante das operações de saída, para determinação do coeficiente CIAP.

Tendo por base essa premissa a perícia com as informações contidas no Demonstrativo I-B: Coeficiente de Creditamento do Ativo Imobilizado (fls. 40 e sgts PA) e aquelas relativas aos CFOPs 5949/6949, apurou os seguintes coeficientes CIAP:(...)Importante apontar que para o valor do CFOP 5949/6949, foi utilizado montante específico das saídas de cartão pré-pago, e se ao comparar com os valores utilizados pelo Fisco (coluna outras Demonstrativo IB)o valor informado pela TELEFÔNICA fosse maior, adotando o princípio contábil da Prudência, a perícia manteve o menor valor dentre eles. Considerando os mesmos parâmetros adotados pelo Fisco(Demonstrativo IX-B - fls. 54.866 - PA), para apuração do valor atuado, ajustando os coeficientes pelo recalculado, apura-se as seguintes diferenças:

(...) Não obstante o aspecto previamente analisado, a TELEFÔNICA, relativamente a determinação do coeficiente CIAP, traz outros aspectos. Menciona tratar de operações de natureza diversa, como SERVIÇOS ACESSÓRIOS, apontando não se tratar de Serviços de Telecom. A resolução Anatel 73/1998, aponta os seguintes itens como não sendo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

serviços de Telecom, em seu Artigo 3º, como se vê:
Artigo 3º Não constituem serviços de telecomunicações: I - o provimento de capacidade de satélite; II - a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamentos para acesso a serviços de telecomunicações; III - os serviços de valor adicionado, nos termos do Artigo 61 da Lei 9.472 de 1997. Parágrafo único.

A Agência poderá estabelecer outras situações que não constituam serviços de telecomunicações, além das previstas neste artigo.

Segundo consta do Termo de constatação da assistência técnica da TELEFÔNICA, tais operações foram registradas nos CFOPs 5301/6301- Prestação de serviço de comunicação para execução de serviço da mesma natureza e 5307/6307 - Prestação de serviço de comunicação a não contribuinte. Porém, o referido CFOP também registra outras operações de natureza de Telecom, sendo necessário sua clara identificação.

Ainda dentre as argumentações apresentadas, outra rubrica foi trazida - SERVIÇOS DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Tal atividade, nos termos do Convênio ICMS 57/1999, vigente até 12/2015 e no 78/2015, com início de vigência em 01/2016, concedia redução da base de cálculo do ICMS, nas prestações de serviço de televisão por



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

assinatura.

Para tanto impunha requisito de não creditamento do referido imposto, conforme trecho que segue:(...) Pela análise da assistência técnica, tais operações foram registradas nos CFOPs 5301 a 5307 e 6301 a 6307, que também foram registradas operações de Telecom não sujeitas ao referido benefício.

Para situações equiparadas a ora analisada, a FESP, em trecho da RESPOSTA À CONSULTA TRIBUTÁRIA 18720/2018, de 13 de setembro de 2019, expressa seu entendimento:(...) Neste caso, pelo que se depreende do entendimento Fiscal, seria aplicável redução proporcional no numerador da apuração do coeficiente, nos termos do Artigo 5º, VI, 'b', Portaria CAT 25/2001.

Diante deste contexto, resta entender se é possível identificar dentre as operações de saída, cujo CFOP fora identificado como de natureza de Serviços Acessórios e TV por assinatura, a natureza específica, como ocorrera na apuração do CFOP 5949/6949: Operações Serviços Acessórios: CFOP 5301/5307 e 6301/6307:(...) Das classificações apresentadas pela TELEFÔNICA, não foi possível identificar aquela que se refere a natureza do serviço acessórios, o que impossibilita a perícia de compor o que seria o montante



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

corresponde, restando, portanto, prejudicado o presente aspecto. Operações de serviços TV por Assinatura: CFOP 5301 a 5307 e 6301 a 6307:(...)Das classificações apresentadas pela TELEFÔNICA, não é possível identificar aquela que se refere a natureza do serviço TV por assinatura, o que impossibilita a perícia de compor o que seria o montante corresponde, restando, portanto, prejudicado o presente aspecto.

A assistência técnica apresentou demonstrativos (DOC. 04 Anexo XVI e XVII do termo de constatação), porém trata-se de planilha, especificado período de 05/2015, sem comprovação documental que a lastreie, não sendo útil ao fim da constituição da prova pericial.” (fls. 60011/ 60022).

Como se nota, razão assiste ao embargante quanto ao questionamento do item 1 do AIIM.

A divergência das partes, nesse ponto, diz respeito à inclusão, ou não, das operações referentes a cartões pré-pago para a determinação do coeficiente de creditamento CIAP.

Conforme exposto no laudo pericial, a apuração do coeficiente CIAP é feita a partir da seguinte fórmula: $VL_TRIB_EXP / VL_TOTAL = COEFICIENTE\ CIAP$, sendo que VL_TRIB_EXP corresponde ao valor do somatório das saídas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

tributadas e saídas para exportação, e VL_TOTAL corresponde ao valor contábil total das saídas.

E, conforme disposto no artigo 5º, VI, da Portaria CAT 25/2001 acerca do tema, tem-se que: VI - quadro 5 - Apropriação Mensal do Crédito: destina-se à escrituração, nas colunas sob os títulos correspondentes do 1º ao 4º ano, do valor do crédito a ser apropriado, que será obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a 1/48 (um quarenta e oito avos) da relação entre o valor das operações de saída e prestações tributadas e o total das operações de saída e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas ou prestações que tiverem destinado mercadorias ou serviços ao exterior, as operações ou prestações isentas ou não tributadas com previsão legal de manutenção de crédito e a saída de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos: (Redação dada ao inciso pela Portaria CAT 73 de 04-10-2006; DOE de 05-06-2006; efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2006).

De referido dispositivo, extrai-se, em resumo, que se equipara a operações tributadas para tal finalidade: a) exportação; b) operações isentas e não tributadas com previsão de manutenção de crédito do imposto; e c) operações com papel



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

destinado a impressão de livros, jornais e periódicos.

A despeito disso, no artigo 6º, da mesma Portaria CAT 25/2001, consta expressamente que tais saídas devem ter caráter definitivo: Artigo 6º - Para fins de apuração dos valores das operações de saída previstos no inciso V do artigo 4º e no inciso VI do artigo 5º devem ser computados apenas os valores das saídas que afiguram caráter definitivo, ou seja, que transferem titularidade devendo ser desconsideradas as saídas provisórias, tais como remessa para conserto e para industrialização, as quais não reduzem estoques, constituem simples deslocamentos físicos, sem implicações de ordem patrimonial. (Redação dada ao art. 6º pelo inciso VII do art. 1º da Portaria CAT 79 de 17-10-2001; DOE 19-10-2001; produzindo efeitos relativamente à entrada de bem do Ativo Permanente ocorrida a partir de 1º de novembro de 2001. E, no caso das operações referentes a cartões pré-pago, a caracterização da definitividade, de fato, se dá no momento da ativação do serviço. Afinal, nos termos do convênio CONFAZ 55/2005, a hipótese de incidência do ICMS no caso se subdivide em: Cláusula primeira Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, será emitida Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação - Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização: I - para utilização exclusivamente em terminais de uso público em geral, por ocasião de seu fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento; II - de créditos passíveis de utilização em terminal de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado. Como se nota, na hipótese I, há destaque do imposto na emissão do documento fiscal. Já na hipótese II, a incidência do ICMS se dá no momento da sua disponibilização, ou seja, na ativação dos referidos créditos contidos nos cartões. Neste caso, portanto, a hipótese de incidência fica prorrogada, confirmando que a caracterização da definitividade, de fato, se dá no momento da ativação do serviço.

Diante deste contexto, razão assiste à embargante no sentido de que as operações CFOP 5949/6949



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

relativas à remessa de cartão pré-pago destinada a particular tem fato gerador do ICMS prorrogado para o momento da ativação, que requer emissão de nota fiscal para que se efetive a referida tributação e, portanto, não devem ser incluídas para a determinação do coeficiente de creditamento CIAP.

Por conseguinte, de rigor o ACOLHIMENTO dos embargos à execução fiscal neste tópico, ANULANDO-SE PARCIALMENTE o item 1 para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 760.549,41 (exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035. (grifamos)

A infração 2 do AIIM nº 4.101.561-7 foi assim descrita:

“2. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 631.367,19(seiscentos e trinta e um mil, trezentos e sessenta e sete reais e dezenove centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação incorreta de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado, tendo em vista a escrituração no registro G125 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital - EFD de equipamentos de refrigeração de ar, alheios à



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

atividade-fim da empresa e sem apontar a descrição e a finalidade de uso desses equipamentos. Notificado a apresentar esclarecimentos sobre tais bens, nada apresentou. A relação dos equipamentos e os dados das notas fiscais eletrônicas de entrada correspondentes estão listados no “Demonstrativo X-A - Relação de equipamentos de sistemas de ar condicionado”. Os montantes indevidos das parcelas apropriadas relativas a esses bens são apresentados no “Demonstrativo X-B: Equip. para sistema de ar condicionado - Crédito Indevido de parcelas de ICMS de ativo imobilizado apropriadas pelo contribuinte - Analítico “. O crédito indevido foi escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido os valores correspondentes transportados para as Guias de Informação e Apuração do ICMS do período. Os valores mensais apurados foram transportados para o “Demonstrativo X-C: Resumo Demonstrativo X-B -Sintético “. A Infração se comprova pelos Demonstrativos X-A, X-B e X-C e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.” Acerca de referido item (2), o laudo pericial assim concluiu: “Esta autuação apresenta o entendimento do Fisco, no sentido de que o item - ar-condicionado - não se referia a item



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

relacionado a atividade-fim da TELEFÔNICA. Não há controvérsia quanto a natureza do item, sendo que o aspecto a ser observado é quanto ao uso dos referidos equipamentos, mais especificamente, ao local de destinação, para assim poder afirmar que foram alocados a áreas produtivas. (...). A Decisão Normativa 02/2000, expressa:(...)Da normativa, se verifica que o local onde os equipamentos estejam instalados e sua funcionalidade, determinam sua natureza de vínculo a atividade fim ou não. No presente caso, pelo quanto apresentado no Termo de constatação da assistência técnica da TELEFÔNICA, os equipamentos objeto da autuação foram instalados em 47 unidades da TELEFÔNICA. Dos 47 estabelecimentos 09 possuem relatório técnico, que visavam apuração do consumo de energia elétrica aplicada nos estabelecimentos operacionais e mistos, segundo consta do Termo de constatação, tais laudos se referem aos seguintes endereços:(...)O objeto dos referidos relatórios não foi o de esclarecer quanto a necessidade do uso de ar condicionado nas referidas instalações, porém é útil, no entendimento da característica do estabelecimento onde estão localizados os equipamentos, possibilitando assim, classificar como vinculado ou não a atividade fim. Não obstante, em um dos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

relatórios apresentados, no tópico relativo a equipamentos de infraestrutura, traz a necessidade de manutenção de climatização para o bom funcionamento dos equipamentos. Vejamos exemplificativamente digitalização parcial do Relatório do estabelecimento situado a Avenida General Carneiro 2334, Sorocaba SP (DOC. 09 ANEXO XI do termo circunstanciado):(...)Pelos referidos relatórios, resta claro que os endereços avaliados têm como característica abrigar Estação Telecom, e, dessa forma, SMJ, os equipamentos instalados se vinculam a atividade fim. Nos casos de estabelecimentos mistos, se trata de uso não exclusivo, pois compartilhado entre as áreas técnicas, administrativas e comerciais. Foram apresentados 09 relatórios, a saber:(...)A classificação apontada acima, se baseou nos relatórios, a partir do seguinte apontamento nele contido:(...)Considerando as descrições técnicas apresentadas, os estabelecimentos identificados como OPERACIONAL, resta comprovado o vínculo com a atividade-fim, sendo que no caso do estabelecimento Misto, não se pode precisar o quanto. Foram apresentadas notas fiscais e a respectiva movimentação (DOC.06), porém o endereço apontado como localização dos equipamentos não é compatível com os endereços



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

*dos Laudos técnicos apresentados, e, sendo assim, não há como a perícia se manifestar quanto a sua destinação. Dessa forma prejudicada a manifestação pericial, quanto a determinação do montante autuado, que se vinculava a atividade-fim nos estabelecimentos que foram apresentados os relatórios técnicos, com a identificação da característica da atividade.” (fls. 60023/60028) Com relação ao item 2 do AIIM, portanto, diante das conclusões expostas na perícia, o caso é de **REJEIÇÃO** dos embargos à execução opostos, **ANULANDO-SEPARCIALMENTE** referido item para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 104.745,92(exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), diante do reconhecimento da duplicidade no lançamento quanto ao período anterior como já exposto, acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035.*

As infrações 3 e 4 do AIIM nº 4.101.561-7 foram assim descritas:

“3. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$1.663.341,48 (um milhão, seiscentos e sessenta e três mil, trezentos e quarenta e um reais e quarenta e oito centavos), no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação incorreta de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado, tendo em vista a escrituração no registro G125 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital - EFD de mercadorias para uso ou consumo do estabelecimento, sem direito a crédito. Notificado a apresentar esclarecimentos sobre tais produtos e serviços, nada apresentou.

A relação dessas mercadorias e os dados das notas fiscais eletrônicas de entrada correspondentes estão listados no "Demonstrativo XI-A: Relação de mercadorias para uso ou consumo no estabelecimento".

Os montantes indevidos das parcelas apropriadas relativas a essas mercadorias são apresentados no "Demonstrativo XI-B: Material de uso ou consumo Crédito Indevido de parcelas de ICMS de ativo imobilizado apropriadas pelo contribuinte - Analítico".

O crédito indevido foi escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido os valores correspondentes transportados para as Guias de Informação e Apuração do ICMS do período.

*Os valores mensais apurados foram transportados para o "Demonstrativo XI-C: Resumo Demonstrativo XI-B- Sintético". A **Infração se***



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

comprova pelos Demonstrativos XI-A, XI-B e XI-C e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.”

“4. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 67.147,51(sessenta e sete mil, cento e quarenta e sete reais e cinquenta e um centavo), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação incorreta de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado, tendo em vista a escrituração no registro G125 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital - EFD de diversos itens tais como "materiais aplicados no reparo de TPS", "manutenção por acessos - material (Osasco)", "material aplicado na manutenção de telefone público (SJC)", "materiais diversos", "ferramenta de limpeza", "fita isolante", "pilha alcali Panasonic AAA PNS 2 PC", "filtro óleo combustível", alheios à atividade-fim da empresa.

Notificado a apresentar esclarecimentos sobre tais bens, nada apresentou. A relação desses produtos e serviços e os dados das notas fiscais eletrônicas de entrada correspondentes estão listados no "Demonstrativo XII-A: Relação de outros equipamentos, produtos e serviços sem direito a crédito ".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Os montantes indevidos das parcelas apropriadas relativas a esses bens são apresentados no “Demonstrativo XII-B: Equipamentos, produtos ou serviços – Crédito indevido de parcelas de ICMS de ativo imobilizado apropriadas pelo contribuinte - Analítico”.

O crédito indevido foi escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido os valores correspondentes transportados para as Guias de Informação e Apuração do ICMS do período.

Os valores mensais apurados foram transportados para o “Demonstrativo XII-C: Resumo Demonstrativo XII-B - Sintético”.

A Infração se comprova pelos Demonstrativos XII-A, XII-B e XII-C e pelos documentos juntados e é pormenorizada no Termo Circunstanciado de Ação Fiscal.”

Acerca de referidos itens (3 e 4), o laudo pericial assim concluiu: “Diz respeito ao entendimento fiscal, de que os itens autuados, não se relacionam com a atividade-fim, nos termos do quanto estabelecido no Artigo 66, I e V do RIMCS/SP 00, vejamos:

(...)Vejamos as classificações apresentadas pela Fiscalização, que segundo apontado, se basearam nas descrições das notas fiscais: Material de consumo: Os materiais de uso e consumo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

caracterizam-se por não se agregarem, fisicamente, ao produto acabado, sendo meramente utilizados nas atividades de apoio administrativo, comercial e operacional (exemplo: papéis para escritório, lâmpadas para utilização nos prédios administrativos etc.).

Adicionalmente apresenta-se o conceito estabelecido no GUIAPRATICO EFD - ICMS/IPI de identificação de mercadoria:

(...)Se verifica distinção entre bem e componente, sendo que o primeiro se refere a item em condições de utilização imediata, já o 2º de parte a ser integrada a outra, para se consolidar como um ativo pronto para uso, sendo que neste caso, o creditamento se dá a partir do início de sua utilização. Passemos a análise dos demonstrativos integrantes ao AIIM para cada uma das infrações:

Demonstrativo XI-B - INFRAÇÃO 3 - Material de consumo Da análise dos referido demonstrativo (fls. 55036/55779 - PA), pelas descrições apresentadas, muitas se mostram genérica, não sendo possível sequer identificar sua natureza, como exemplificativamente: IMOBILIZADOS DIVERSOS:MATERIAIS DIVERSOS TELEFONIA PÚBLICA, FERRAMENTA DELIMPEZA, FITA ISOLANTE CINZA, FERRAMENTA DE LIMPEZA PP,GAS GREON etc. Dos itens elencados, não há



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

evidencia que sua destinação seja diversa de apoio administrativo, comercial e operacional, não sendo identificado elemento que possa alterar o entendimento fiscal.

Demonstrativo XII-B - INFRAÇÃO 4 - Materiais diversos Da análise do referido demonstrativo (fls. 55.782 e sgts- PA), as descrições apresentadas, se apresenta exemplificativamente a descrição: MATERIAL EVENTO CALCULADORA SANTA FÉ (VEÍCULO) MATERIAL DIDÁTICO - DESLOCAMENTO CAPITAL etc.

Dos itens elencados, não há evidência de sua destinação, impossibilitando a manifestação pericial, não sendo identificado elemento que possa alterar o entendimento fiscal.” (fls. 60028/60031).

Com relação aos itens 3 e 4 do AIIM, portanto, diante das conclusões expostas na perícia, o caso é de REJEIÇÃO dos embargos à execução opostos, ANULANDO-SE PARCIALMENTE referidos itens para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 217.211,72(item 3) e R\$ 3.197,52 (item 4) (ambas exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a11/2016), diante do reconhecimento da duplicidade no lançamento quanto ao período anterior como já exposto, acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

60035. (grifamos)

Superado o mérito principal dos embargos, passo à análise das teses subsidiárias.

Em relação aos juros, razão assiste à embargante, vez que os índices de juros moratórios aplicados e ora impugnados já foram reconhecidos inconstitucionais pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 - Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardado o patamar mínimo da taxa SELIC -Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário - Ambos os ramos do Direito que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF - §§ Io a 4º do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas - STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE n° 183.907- 4/SP e ADI n°442) - CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros demora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, "se a lei não dispuser de modo diverso" (Arguição de Inconstitucionalidade

n°0170909-61.2012.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j.27/02/2013)Cumpre lembrar que a certidão da dívida ativa regularmente inscrita e formalmente em ordem goza da presunção de certeza e liquidez (artigo 3º, caput, da LEF), tendo, inclusive, o efeito de prova pré-constituída. Nesse contexto, não há nulidade, pois está se a determinar mera retificação dos valores inscritos, não se tratando de defeito intrínseco do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

título. Ademais, sendo aspecto acessório do débito, o caso demanda apenas a realização de novos cálculos. Com relação ao termo inicial dos juros moratórios da base de cálculo da multa, novamente razão assiste à embargante. Com efeito, não se nega a vigência e validade do art. 85, §9º, da Lei Estadual nº 6.374/89. É lícito e legítimo que a base de cálculo da multa punitiva seja "atualizada", entendendo-se atualização como a incidência de correção monetária, tão-somente trazendo a valor presente aquele nominalmente apurado à época do fato gerador, não representando acréscimo algum. O que não se admite como legal é, a pretexto de se atualizar a base de cálculo, nelas e fazer incidir a taxa SELIC, que congrega incindivelmente correção monetária e juros de mora. O art. 96 da Lei Estadual nº 6.374/89 não a permite, pois, estipulando em seu caput que incidirão juros de mora sobre principal e multa, especifica, em seu inciso II, que, com relação à multa, os juros somente se aplicarão a partir do segundo mês subsequente ao da notificação da lavratura do auto de infração. Isto é, na CDA e na Lei Estadual de regência não há fundamento legal que permita, à guisa de correção da base de cálculo, a incidência de índice que contenha juros de mora em sua composição (SELIC), simplesmente porque, antes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

da lavratura do AIIM, a multa não tinha existência jurídica, e, evidentemente, não se cogita de mora quanto a seu pagamento. Em síntese: como na atual legislação estadual não existe índice de correção monetária específico previsto para a atualização da base de cálculo da multa, esta deve ser idêntica ao valor originário do tributo devido, sendo ilícita e ilegítima a cobrança de juros de mora(SELIC) como fosse mera atualização monetária.

Essa mesma constatação vem sendo feita pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ANULAÇÃO DE auto de infração e imposição de multa. Alegação de excesso de prazo de fiscalização. Inocorrência. Inteligência do art. 5º, inc. VII, da Lei Complementar Estadual nº 939/2003 conjuntamente com o art. 138 do CTN. Fiscalização dentro do prazo de 90 dias. Multa moratória. Não ocorrência de confisco. Caráter punitivo. Aplicação. Termo inicial dos juros sobre a multa. Aplicação do art. 565, inc. II, do RICMS. Segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração. Cálculo indevido. Sentença mantida. Recursos de apelação não providos” (13ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0001657-76.2012.8.26.0318, Rel. Des.DJALMA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

LOFRANO FILHO, j. 02/04/2014).

“APELAÇÃO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. Incidência dos juros moratórios sobre a multa aplicada a partir do fato gerador. Inadmissibilidade. Juros que devem ter como termo inicial o segundo mês de lavratura do AIIM questionado, não merecendo tais disposições qualquer reparo. Sentença mantida. Recurso improvido.” (8ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1004385-41.2016.8.26.0348, Rel. Des. BANDEIRA LINS, j. 05/04/2017).

Portanto, havendo inequívoca demonstração nos autos de que a Fazenda Estadual, à guisa de atualizar monetariamente o valor básico da multa, faz a ela incidir juros de mora(SELIC), inflando indevidamente o valor do débito tributário, inclusive em clara violação à necessária simetria com os tributos e legislação federal, é o caso de ACOLHER os embargos, para o fim de determinar à exequente que refaça seu DDF da presente dívida, a fim de que seja expurgada a incidência de juros de mora ou taxa SELIC sobre a base de cálculo da multa punitiva. Ou seja, não havendo previsão legal de algum índice de correção monetária aplicável aos débitos de ICMS do Estado de São Paulo, e vedada a adoção em seu lugar de índice que agregue juros de mora em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

sua formulação, o valor básico atualizado da multa (campo “9” do DDF) deverá ser exatamente o mesmo valor do tributo devido.

Ante todo o exposto, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os embargos à execução, para o fim de:

ANULAR PARCIALMENTE o item 1 do AIIM nº 4.101.561-7 para reduzi-la autuação ao valor histórico de R\$ 760.549,41 (exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035;

ANULAR PARCIALMENTE o item 2 do AIIM nº 4.101.561-7 para reduzi-la autuação ao valor histórico de R\$ 104.745,92 (exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035;

ANULAR PARCIALMENTE os itens 3 e 4 do AIIM nº 4.101.561-7 para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 217.211,72 (item 3) e R\$ 3.197,52 (item 4) (ambas exclusivamente quanto ao período



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035;

ANULAR INTEGRALMENTE o item 5 do AIIM nº 4.101.561-7;

DETERMINAR o afastamento da incidência de juros de mora ou taxa SELIC sobre a base de cálculo da multa punitiva; e

DETERMINAR o recálculo do débito, afastando-se a incidência da Lei Estadual nº 13.918/09, inconstitucional, aplicando-se a taxa SELIC no respectivo período. Custas e despesas proporcionalmente distribuídas, nos termos do art. 86 do Código de Processo Civil.

Condeno as partes ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro nos termos do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil, no parâmetro mínimo, observado, em favor da embargante, o proveito econômico obtido (valores excluídos) e, em favor da embargada, o valor atualizado da dívida, após o recálculo” (grifamos).

Aduz-se em reforço, que, em suma, de acordo com a prova constante dos autos e a sentença que ora se mantém, consoante permite o art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Quanto ao item 1 (Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$17.693.494,39 dezessete milhões, seiscentos e noventa e três mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e trinta e nove centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado a maior que o de direito), devido à perícia contábil ter constatado a duplicidade de lançamentos no período de 01/2012 a 11/2015 relativamente às infrações convergentes aos autos de infrações anteriormente lavrados, reconhecidas no auto de infração nº4.101.561-7, já haviam sido objeto de autuação anterior no período de 01/2012 a 11/2015. **Assim, correto o reconhecimento da nulidade parcial do auto de infração nº4.101.561-7, em razão do lançamento em duplicidade no período de 01/2012 a 11/2015, dele excluindo-se os valores referentes a este período cuja duplicidade do lançamento foi reconhecida.**

Quanto às operações CFOP 5949/6949 relativas à remessa de cartão pré-pago destinada a particular, que têm fato gerador do ICMS prorrogado para o momento da ativação, requer-se emissão de nota fiscal para que se efetive a referida tributação e, portanto, não devem ser incluídas para a determinação do coeficiente de creditamento CIAP.

Assim, era mesmo correto o ACOLHIMENTO dos embargos à execução fiscal neste tópico, ANULANDO-SE PARCIALMENTE o item 1 para



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 760.549,41 (exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035.

Quanto à infração 2 do AIIM nº 4.101.561-7 foi assim descrita:

“2. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 631.367,19(seiscentos e trinta e um mil, trezentos e sessenta e sete reais e dezenove centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação incorreta de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado, tendo em vista a escrituração no registro G125 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital - EFD de equipamentos de refrigeração de ar, alheios à atividade-fim da empresa e sem apontar a descrição e a finalidade de uso desses equipamentos. **Apesar de ter sido notificada a apresentar esclarecimentos sobre tais bens, a embargante nada apresentou.**

Tem-se que a Decisão Normativa 02/2000, é expressa no sentido de que o local onde os equipamentos estejam instalados e sua funcionalidade, determinam sua natureza de vínculo a atividade fim ou não. No caso dos autos, os equipamentos objeto da autuação foram instalados em 47 unidades da TELEFÔNICA, e 09 deles possuem relatório técnico, visando apuração do consumo de energia elétrica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

aplicada nos estabelecimentos operacionais e mistos. O objeto dos referidos relatórios não foi o de esclarecer quanto a necessidade do uso de ar-condicionado nas referidas instalações, porém é útil, no entendimento da característica do estabelecimento onde estão localizados os equipamentos, possibilitando assim, classificar como vinculado ou não a atividade fim. Foram apresentados 09 relatórios. Considerando as descrições técnicas apresentadas, os estabelecimentos identificados como OPERACIONAL, resta comprovado o vínculo com a atividade-fim, sendo que no caso do estabelecimento MISTO, não se pode precisar o quanto. **Foram apresentadas notas fiscais e a respectiva movimentação, porém o endereço apontado como localização dos equipamentos não é compatível com os endereços dos Laudos técnicos apresentados, e, sendo assim, não há como a perícia se manifestar quanto a sua destinação. Dessa forma o perito considerou prejudicada a sua manifestação quanto à determinação do montante autuado, que se vinculava a atividade-fim nos estabelecimentos que foram apresentados os relatórios técnicos, com a identificação da característica da atividade.**

Assim, com relação ao item 2 do AIIM, portanto, o caso era mesmo de REJEIÇÃO dos embargos à execução opostos, ANULANDO-SE PARCIALMENTE referido item para reduzir a autuação ao valor histórico de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

R\$ 104.745,92(exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), diante do reconhecimento da duplicidade no lançamento quanto ao período anterior como já exposto, acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035.

Quanto à infração 3, do AIIM nº 4.101.561-7 assim descrita:

“3. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$1.663.341,48 (um milhão, seiscentos e sessenta e três mil, trezentos e quarenta e um reais e quarenta e oito centavos), no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016, devido a apropriação incorreta de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado, tendo em vista a escrituração no registro G125 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital - EFD de mercadorias para uso ou consumo do estabelecimento, sem direito a crédito”.

É dos autos que, notificada a apresentar esclarecimentos sobre tais produtos e serviços, a embargante nada apresentou.

Quanto à infração 4, do AIIM nº 4.101.561-7 assim descrita:

“4. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 67.147,51(sessenta e sete mil, cento e quarenta e sete reais e cinquenta e um centavo), no período de janeiro de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

2012 a novembro de 2016, devido a apropriação incorreta de parcelas de ICMS de Ativo Imobilizado, tendo em vista a escrituração no registro G125 do Bloco G da Escrituração Fiscal Digital - EFD de diversos itens tais como "materiais aplicados no reparo de TPS", "manutenção por acessos - material (Osasco)", "material aplicado na manutenção de telefone público (SJC)", "materiais diversos", "ferramenta de limpeza", "fita isolante", "pilha alcal Panasonic AAA PNS 2 PC", "filtro óleo combustível", alheios à atividade-fim da empresa.

É dos autos que, notificada a apresentar esclarecimentos sobre tais produtos e serviços, a embargante nada apresentou.

O laudo pericial assim concluiu sobre os itens 3 e 4: “Diz respeito ao entendimento fiscal, de que os itens autuados, não se relacionam com a atividade-fim, nos termos do quanto estabelecido no Artigo 66, I e V do RIMCS/SP 00”.

Enquanto os materiais de consumo caracterizam-se por não se agregarem, fisicamente, ao produto acabado, sendo meramente utilizados nas atividades de apoio administrativo, comercial e operacional da análise dos demonstrativos fornecidos, pelas descrições apresentadas, muitas se mostram genérica, não sendo possível sequer identificar sua natureza, como exemplificativamente: IMOBILIZADOS DIVERSOS:MATERIAIS DIVERSOS TELEFONIA PÚBLICA,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

FERRAMENTA DELIMPEZA, FITA ISOLANTE CINZA, FERRAMENTA DE LIMPEZA PP, GAS GREON etc, não havendo evidência de que sua destinação seja diversa de apoio administrativo, comercial e operacional, não sendo identificado elemento que possa alterar o entendimento fiscal (fls. 60028/60031).

Com relação aos itens 3 e 4 do AIIM, portanto, diante das conclusões expostas na perícia, correta a REJEIÇÃO dos embargos à execução opostos, ANULANDO-SE PARCIALMENTE referidos itens para reduzir a autuação ao valor histórico de R\$ 217.211,72 (item 3) e R\$ 3.197,52 (item 4) (ambas exclusivamente quanto ao período de 12/2015 a 11/2016), diante do reconhecimento da duplicidade no lançamento quanto ao período anterior como já exposto, acolhendo-se as diferenças apuradas pela perícia na tabela de fls. 60035.

Assim, a sentença deve ser mantida integralmente.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Antonio Celso Faria
Relator