

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0013/12-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
RECORRIDOS - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0009-02/13
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0277-11/15

EMENTA: ICMS. 1. REMESSA DE BENS PARA EXPOSIÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO DE MERCADORIAS ENVIADAS PARA EXPOSIÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Em revisão fiscal realizada pelo autuante em fase instrutória, infração elidida em parte. **2.** CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO DO CIAP A MAIOR. Em revisão fiscal realizada pelo autuante em fase instrutória, infração elidida em parte. Cálculos novamente corrigidos em segunda instância de julgamento, em diligência realizada por Fiscal estranho ao feito. Lançamento mantido parcialmente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea “a”, inciso I do artigo do 169 do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário, ambos interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/06/2012 em razão de sete imputações, sendo alvo da impugnação originária e do Recurso de Ofício as acusações 1 e 4, e do Recurso Voluntário apenas a acusação 4:

Infração 1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.211,37, em razão da remessa de bens para exposição, no mês de dezembro de 2008, sem o devido retorno, conforme demonstrativos às fls. 11 a 12.

Consta, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, à fl. 02 dos autos, que em relação à imputação 01 houve falta de retorno de itens enviados para feiras em 2008. No demonstrativo fiscal, à fl. 12, estão elencadas as Notas Fiscais de números 000009, 000010, 000046 e 000047.

Infração 4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.102.117,84, no período de janeiro a dezembro de 2009, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos às fls. 127 a 151.

Consta, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, à fl. 02 dos autos, que em relação à imputação “4 – A empresa apropriou-se de crédito CIAP a maior, referente a 2009. O cálculo efetuado para verificar os créditos a utilizar reporta-se ao art. 339 do RICMS/BA-97, e é encontrado no Anexo VI.” [fl. 127 dos autos].

O Fisco acostou documentos às fls. 10 a 390 (volumes I e II).

Às fls. 395 a 402 o autuado impugnou parte da imputação 1, em relação às Notas Fiscais de nºs 000046 e 000047; e a totalidade da Infração 4, reconhecendo as demais acusações.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 421 a 425 acolhendo a contestação parcial à Infração

1, em razão de que as operações de saídas das Notas Fiscais nºs 000046 e 000047 tiveram o imposto destacado no documento fiscal, afirmando que tais operações foram tributadas, e mantendo a autuação em relação às Notas Fiscais 000009 e 000010. Revisando os cálculos realizados referentes à obtenção do coeficiente de creditamento a ser utilizado para efeito de uso do crédito fiscal relativo à aquisição de bens do ativo permanente, referente à acusação 4, detectou equívocos que corrigiu acostando novos demonstrativos às fls. 426 a 450, reduzindo o valor histórico do ICMS lançado para a Infração 4 de R\$1.102.117,84 para R\$662.744,08 (fl. 426).

O contribuinte foi cientificado (fls. 452 e 453) e manteve-se silente.

Constam, às fls.461 a 463, e fls. 466 a 467, documentos extraídos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$289.473,58 (valor principal) e R\$ 388.225,59 (valor com acréscimos legais).

O julgamento unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0009-02/13, às fls. 469 a 479. Em seu voto, quanto às Infrações objeto dos Recursos interpostos assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Inicialmente, saliento que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinado o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, que se encontra fundamentada em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam os itens impugnados, em especial o item 04. Ademais, o Auto de Infração segue estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, não ensejando em qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal, especialmente qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente.

Portanto, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cuja alegação de que o lançamento do item 04 está eivado de nulidade por ausência de motivação, isto porque, foi alegado erro no cálculo do coeficiente de estorno sem especificar as saídas que deveriam compor o cálculo, ou seja, que não foi demonstrada com clareza exigida por lei qual é a operação ou operações estão sendo consideradas para efeito do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP, deixo para apreciar tal preliminar por ocasião do exame do mérito.

Desta forma, incorreu quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

Quanto aos questionamentos formulados na defesa, caracterizando um pedido indireto diligência/perícia, a ser realizada por fiscal estranho ao feito, o indefiro, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção, inclusive recalculando o débito, se necessário.

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

No mérito, (...)

Passo agora a analisar as infrações impugnadas (infrações 01 e 04) de per si, cujos documentos constantes nos autos permite se concluir o que segue.

INFRAÇÃO 01

Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.211,37, em razão da remessa de bens para exposição, no mês de dezembro de 2008, sem o devido retorno, conforme demonstrativos às fls. 11 a 12.

Analizando o levantamento fiscal acima citado verifico que o débito deste item foi apurado mediante a demonstração das notas fiscais de mercadorias enviadas para feiras, conforme planilha à fl. 12, na qual encontram discriminadas as respectivas notas fiscais de remessa, com os códigos das mercadorias, e respectivos meses, quais sejam: NF nº 09, 10, 46 e 47. As quantidades das mercadorias apuradas nesta planilha foram transportadas para a planilha à fl.11, apurando-se os valores do imposto a recolher.

Na defesa foram impugnadas apenas as notas fiscais nº 46 e 47, emitidas em 16/12/2008, sob alegação de que as saídas que se deram a título de demonstração em feira, foram efetivamente tributadas.

Na informação fiscal, a autuante concordou com a defesa em relação às NFs 46 e 47, mantendo as demais notas

fiscais constantes no levantamento fiscal.

Considerando que o autuado foi cientificado da informação fiscal e não se manifestou, considero o seu silêncio como uma aceitação tácita do quanto apurado pela fiscalização.

Desta forma, este item subsiste em parte no valor de R\$934,80.

NF	VL.INICIAIS	VL.JULGADOS
9 e 10	119,76	119,76
9 e 10	167,76	167,76
9 e 10	431,52	431,52
9 e 10	215,76	215,76
46 e 47	276,57	
SOMA	1.211,37	934,80

INFRAÇÃO 04

Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.102.117,84, no período de janeiro a dezembro de 2009, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

A conclusão fiscal está baseada na planilha intitulada de “Demonstrativo do ICMS recolhido a menor, devido a utilização a maior de créditos de ICMS referente a incorporação de Ativo Permanente calculados no Livro CIAP (Controle dos Créditos de ICMS do Ativo Permanente) – Exercício”, fl.127, referente aos créditos que foram apurados mensalmente no período de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido o estorno sobre os totais que foram apropriados no citado período, tomando por base o total do crédito mensal do CIAP a utilizar menos os valores creditados, inclusive os lançados extemporaneamente, tudo de acordo com os valores escriturados no livro CIAP.

Verifico que os valores constantes na aludida planilha, também foram demonstrados nas planilhas “Resumo Mensal das Desincorporações do Ativo Permanente” e no “Demonstrativo do Crédito Mensal sobre as Entradas para o Ativo Permanente”, fls. 128 a 150.

Ao defender-se o sujeito passivo alegou ausência de motivação, por entender que houve erro no cálculo do coeficiente de estorno, pois não foram especificadas as saídas que deveriam compor o cálculo.

Apesar disso, verifico que o autuado não discordou dos números consignados na planilha de apuração do débito, tendo, no entanto, alegado que a origem da autuação está na forma de cálculo da proporção do crédito do ICMS aproveitável pelo estabelecimento, por não especificar com exatidão a matéria tributável, seja por incluir no total de saídas da equação, saídas que não se relacionam com bens do ativo imobilizado da empresa, ou seja, não são resultantes de operações envolvendo bens do ativo fixo.

Não acolho a alegação de não demonstração com clareza das operações que foram consideradas para efeito do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP, pois a conclusão fiscal está baseada em levantamentos que especificam o período de apuração, o número do documento fiscal, CFOP, valores da base de cálculo e do imposto devido, tudo conforme os levantamentos e demonstrativos acima aludidos, nos quais constam a assinatura de preposto fiscal do contribuinte.

Ademais, examinando as razões meritórias aduzidas na defesa, fica clara que o sujeito passivo entendeu perfeitamente o fulcro da autuação, tanto que apontou equívocos na apuração do débito que foram acolhidos pela autuante.

Ressalto que em virtude da alegação de que houve erro no cálculo do coeficiente de estorno, e que não foi demonstrada com clareza exigida por lei qual é a operação ou operações foram consideradas para efeito do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP, a autuante em sua informação fiscal prestou os necessários esclarecimentos para o deslinde das questões aduzidas pelo defendente, esclarecendo, mês a mês, os valores apurados como saídas, os CFOPs e base de cálculo e o imposto devido para cada período, além das planilhas de cálculo e CD contendo os referidos cálculos, tudo conforme documentos e CD às fls. 451.

Ou seja, verificou na informação fiscal haver um engano no que se refere a alguns totais, utilizados no cálculo do coeficiente, cujos valores corrigidos encontram-se na planilha “CIAP – NXT 2009 _corrigida”, em cópia impressa e cópia em arquivo magnético da planilha corrigida, na qual, nesta planilha, “Valor das Operações tributadas” é o total da base de cálculo das operações com débito do imposto, e o “Total das Saídas” é o total do valor contábil das saídas conforme escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS, resultando na diminuição do débito.

Considerando que, conforme intimação e AR dos Correios, fls.452 a 453, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.421 a 425, sendo-lhe entregues cópias, inclusive dos novos demonstrativos elaborados e de CD com arquivos magnéticos à fl.451, e não se manifestou, entendo que deve ser aplicado ao caso o disposto no artigo 140 do RPAF/99.

Por tudo acima exposto, concluo pela subsistência parcial deste no valor de R\$662.764,09.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, no total de R\$953.217,16, ficando o demonstrativo de débito modificado conforme segue.

INFRAÇÕES	VL.INICIAIS	VL.RECONHECIDOS	VL.JULGADOS
1	1.211,37		934,80
2	122.310,84	122.310,84	122.310,84
3	17.036,40	17.036,40	17.036,40
4	1.102.117,84		662.764,09
5	44,69	44,69	44,69
6	132.773,40	132.773,40	132.773,40
7	17.352,94	17.352,94	17.352,94
SOMA	1.392.847,48	289.518,27	953.217,16

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/12/2008	9/1/2009	5.498,82	17	60	934,80	1
TOTAL					934,80	

DEMONSTRAT. DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/1/2009	9/2/2009	51.383,88	17	60	8.735,26	4
28/2/2009	9/3/2009	313.753,53	17	60	53.338,10	4
31/3/2009	9/4/2009	378.746,94	17	60	64.386,98	4
30/4/2009	9/5/2009	299.436,59	17	60	50.904,22	4
31/5/2009	9/7/2009	288.776,29	17	60	49.091,97	4
30/6/2009	9/8/2009	374.067,76	17	60	63.591,52	4
31/7/2009	9/11/2009	298.123,82	17	60	50.681,05	4
31/8/2009	9/12/2009	353.977,71	17	60	60.176,21	4
30/9/2009	9/1/2010	340.719,76	17	60	57.922,36	4
31/10/2009	9/2/2008	338.722,24	17	60	57.582,78	4
30/11/2009	9/3/2008	547.965,59	17	60	93.154,15	4
31/12/2009	9/4/2008	312.938,18	17	60	53.199,49	4
TOTAL					662.764,09	

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/BA.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 491 a 497.

Repete os termos de insurgência quanto à Infração 4 e pede redução, ou cancelamento, das multas referentes aos itens 2, 3, 5, 6 e 7, já reconhecidos e pagos, para os quais a Junta de Julgamento Fiscal manteve as multas.

Passa a contestar a acusação 4 reprisando as alegações impugnatórias iniciais arguindo:

(a) que o artigo 21, que copia, da Lei Complementar nº 87/96, exige o estorno do crédito de ICMS nos casos em que o bem do ativo imobilizado participe diretamente na produção de produtos, ou trate-se de serviços isentos ou não tributados por aquele imposto estadual. Alega ser juridicamente possível e obrigatório o estorno do crédito de ICMS somente nos casos de saídas qualificadas pela isenção ou não-incidência do ICMS e, desde que essas saídas sejam definitivas, diminuindo o patrimônio da empresa;

(b) que nos casos em que ele, Recorrente, dá saída a seus equipamentos de forma não definitiva, por locação, comodato, saída para conserto de ativo, saída de equipamento para montagem de torres e antenas e etc., não há a desincorporação desses bens do seu ativo imobilizado e nem efeito de ordem patrimonial, pois não ocorre redução do seu ativo imobilizado. Transcreve trechos de respostas a consultas que realizou aos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro acerca, respectivamente, de critério para cálculo do estorno de crédito nas saídas de mercadorias isentas/não tributadas, e de forma de se apuração do coeficiente de estorno que é utilizado no CIAP para se determinar a parcela mensal do ICMS sobre o ativo imobilizado;

(c) que conforme Princípio da Não-Cumulatividade, sobre o qual discorre citando os artigos 19, 20 e 21, todos da LC 87/96, e de acordo com a legislação vigente, o coeficiente de estorno deveria ser calculado considerando as operações isentas, ou não-tributadas, e desde que o ativo fixo participe diretamente na produção das mercadorias, ou serviços objeto dessas operações.

(d) que realiza as operações de saídas com os seguintes Códigos Fiscais de Operações - CFOPs:

*“CFOP 5.102 – venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro;
CFOP 5.152 – transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro;
CFOPs 5.301, 5.302, 5.303, 5.304 e 5.307 – prestação de serviço de telecomunicação;
CFOP 5.405 – venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro no regime de substituição tributária;
CFOP 5.409 – transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro sob o regime de substituição tributária;
CFOP 5.552 – transferência de bem do ativo imobilizado;
CFOP 5.557 – transferência de material de uso e consumo;
CFOP 5.905 – remessa para depósito fechado ou armazém geral;
CFOP 5.910 – remessa em bonificação, doação ou brinde; e
CFOP 5.949 – outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado.”*

(e) que nessas operações que elenca, apenas os bens pertencentes ao ativo imobilizado que participarem da sua atividade-fim deveriam ser considerados na metodologia do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP. Que por isto não deveriam participar os valores de operações usados *“Na venda de mercadoria (CFOP 5.102), na transferência de mercadoria (CFOP 5.152), na transferência de bem do ativo (CFOP 5.552) ou na transferência de uso e consumo (CFOP 5.557)”*, porque nessas operações não há participação direta da utilização de bens do ativo imobilizado e, portanto, tais operações não deveriam participar do cálculo do coeficiente de estorno do CIAP, por disposição expressa no mencionado artigo 21 da Lei Complementar nº 87/96.

(f) que se *“o coeficiente de estorno”* foi calculado considerando o total das saídas tributadas dividido pelo total das saídas, tudo leva a crer que o Fisco considerou todas as saídas, inclusive aquelas que não guardariam relação direta com os seus bens do ativo imobilizado.

Volta a afirmar que no Auto de Infração não estariam esclarecidas quais foram as saídas utilizadas no total de saída da equação do cálculo; não estaria especificada, com exatidão, a matéria tributável; teria sido incluído, no total de saídas da equação, saídas que não se relacionam com bens do seu ativo imobilizado por não serem *“resultante de operações envolvendo bens do ativo fixo”*, e que este conjunto caracterizaria ilegalidade da autuação.

Conclui requerendo o cancelamento, ou a redução, da multa face aos pagamentos já realizados e confirmados; o recebimento e provimento do Recurso para desconstituir o Auto de Infração sob exame para afastar a cobrança da multa e do ICMS, em face dos fundamentos jurídicos expendidos.

A PGE/Profis, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, na data de 26/11/2013 emite Parecer às fls. 525 a 529 inicialmente resumindo a imputação e algumas das alegações recursais, em seguida transcrevendo o artigo 97, caput, inciso XII e alínea “a”, do RICMS/BA/97, e expondo que para apurar o valor do crédito fiscal relativo à aquisição de ativo permanente o cálculo é realizado multiplicando-se o valor do imposto pelo fator igual a 1/48 da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas, e o valor total das operações de saídas no período.

Cita exemplo e aduz que, explicitada a fórmula do cálculo do registro de apropriação dos créditos no CIAP, a discussão, no feito, parece-lhe gravitar em torno da delimitação da expressão *“saídas tributadas e equiparadas a tributadas”*.

Prossegue afirmando que segundo a legislação de regência do tema, em especial o artigo 20 da LC 87/96, prescrevem-se como equiparadas às saídas tributadas, para fim de definição de coeficiente de estorno do CIAP, as saídas ou prestações que tiverem destinado mercadorias, ou serviços, ao exterior, e as operações, ou prestações, isentas, ou não tributadas com previsão legal de manutenção de crédito.

Que na apuração, para delimitação dos valores das operações de saídas e de prestações devem ser computados apenas os valores das saídas em caráter definitivo, ou seja, que transferem a titularidade, devendo ser desconsideradas as saídas provisórias, como bem aduziu o recorrente.

Que, entretanto, em que pese corretamente explanado pelo contribuinte o que constitui as balizas definidoras da expressão “saídas tributadas e equiparadas as tributadas”, o apelo não mostrou-se específico quanto aos supostos erros dos demonstrativo elaborados nos autos, tendo sido efetuada uma depuração do cálculo originário acostado à fl. 127, na qual expurgou-se, do denominador dos cálculos, todas as saídas provisórias.

O Representante da PGE/PROFIS aduziu que em face do caráter genérico da refutação, não há como emprestar-se guarida à tese recursal, porquanto inespecífica e geral.

Conclui opinando pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário interposto.

À fl. 529/verso, na data de 06/04/2013 o processo foi distribuído para a anterior Conselheira Relatora em segunda instância de julgamento.

Às fls. 531 e 532, tendo sido o feito analisado na sessão de pauta suplementar de 20/05/2014, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do feito à Autuante, solicitando que, consentaneamente com o disposto na Instrução Normativa nº 53/2013 [publicada em 19/10/2013], algumas operações de saídas, que elenca à fl. 531, não deveriam ter sido consideradas nem no numerador, e nem no denominador da equação de cálculo do coeficiente mensal de creditamento.

Que também não estava claro se as operações com CFOPs 5405 e 6405 foram consideradas no denominador da equação, ou só no numerador.

Solicitou-se então, à Autuante, que refizesse os demonstrativos fiscais excluindo da equação os CFOPs 5905/6905; 5552/6552; 5551/6551; 5557/6557; 5915/6915; e 5908/6908. E que incluísse, em numerador e em denominador, as operações com os CFOPs 5405/6405, tudo em conformidade com a referida Instrução Normativa nº 53/2013.

Em atendimento, considerando que a Autuante não mais integrava o quadro de funcionários da Inspetoria de origem, foi designado Fiscal revisor estranho ao feito, que emitiu Parecer às fls. 536 e 537 aduzindo que, em atendimento à solicitação este Contencioso, e de acordo com a Instrução Normativa nº 53/2013, com base nos Livros de Apuração fez as inclusões e exclusões conforme determinado e encontrou o montante de crédito fiscal a estornar, referente ao exercício de 2009, no valor total histórico de R\$672.653,45 (fl. 541). Anexou novos demonstrativos analíticos e sintéticos às fls. 538 a 541.

O contribuinte foi cientificado (fls. 543 e 544), e manteve-se silente, conforme Despacho de fl. 544.

À fl. 544/verso a 2ª CJF converteu o processo em diligência à PGE/Profis, para emissão de Parecer tento em vista a conclusão da diligência solicitada.

Às fls. 547 e 548 a PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, emite Parecer expondo anuir em todos os termos ao Parecer técnico de fls. 536 e 537, opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, tendo em vista o novo cálculo dos créditos registrados no CIAP, com os devidos expurgos e inserções lustradas na diligência solicitada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

À fl. 549 a Procuradora-Assistente da PGE/Profis/NCA, Srª Rosana Maciel Bittencourt Passos, expõe acolher integralmente o pronunciamento de fls. 547 e 548, de lavra do Procurador José Augusto Martins Júnior.

Em razão do afastamento da anterior Conselheira Relatora, o processo foi redistribuído para a presente Relatora.

VOTO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea “a”, inciso I do artigo do 169 do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário, ambos interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/06/2012 em razão de sete imputações, sendo alvo da

impugnação originária e do Recurso de Ofício as acusações 1 e 4, e do Recurso Voluntário apenas a acusação 4.

Preliminarmente verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/BA.

Nos demonstrativos fiscais acostados às fls. 127 a 151 estão elencados, pelo Fisco todas as operações que foram objeto dos cálculos realizados para lastrear o lançamento de ofício, tendo sido ali discriminados, além das operações consideradas, também as notas fiscais que basearam o levantamento, e todos os dados numéricos utilizados para obtenção do coeficiente de creditamento e da apuração do crédito indevidamente utilizado pelo contribuinte. Em relação às demais alegações de ilegalidade do lançamento, serão abordadas na análise de mérito da Infração 4.

Rejeitadas as arguições de nulidade do lançamento.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo e elidido parte das acusações 1 e 4.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

As multas aplicadas, e os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB.

Porém pontuo, face à alegação recursal a respeito, que as reduções de multas previstas no artigo 45 da Lei nº 7.014/96 são consideradas, pelo Setor de Cobrança desta SEFAZ/BA, para efeito de homologação dos pagamentos realizados, não sendo da competência deste Contencioso tal atribuição. Nos Acórdãos do CONSEF, resultantes de Julgamentos em Primeira e em Segunda Instância, devem constar os percentuais de multa pertinentes a cada imputação, conforme previstos no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, independentemente da realização de pagamento pelo autuado.

No mérito, no que tange especificamente à imputação 4, em parte merece reparo a Decisão recorrida, do que tratarei ainda neste voto.

Trato primeiro do Recurso de Ofício, que refere-se às Infrações 1 e 4.

A Infração 1 trata de falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.211,37, em razão da remessa de bens para exposição, no mês de dezembro de 2008, sem o devido retorno, constando, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, à fl. 02 dos autos, que em relação à imputação 1 houve falta de retorno de itens enviados para feiras em 2008. No demonstrativo fiscal, à fl. 12, estão elencadas as Notas Fiscais de nºs 000009, 000010, 000046 e 000047.

Conforme exposto no Relatório que antecede este voto, o autuado impugnou a imputação 01 em relação às Notas Fiscais de nºs 000046 e 000047; e a autuante, ao prestar sua informação fiscal, acolheu a contestação, em razão de que as operações de saídas das Notas Fiscais 000046 e 000047 tiveram o imposto destacado no documento fiscal, afirmando que tais operações foram tributadas, e mantendo a acusação apenas em relação às Notas Fiscais nºs 000009 e 000010.

A JJF endossou o resultado da revisão realizada pela Autuante, e o débito relativo à acusação 1 foi reduzido de R\$1.211,37 para R\$934,80.

Nada há a acrescentar ao voto de piso quanto a esta imputação. Voto pela manutenção da Decisão da 2ª JJF no sentido da procedência parcial a Infração 1, no valor histórico de ICMS de R\$934,80, acrescido da multa no percentual de 60%.

A Infração 4 cuida de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.102.117,84, no período de janeiro a dezembro de 2009, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos às fls. 127 a 151, constando, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, à fl. 02 dos autos, que em relação à imputação “4 – A empresa apropriou-se de crédito CIAP a maior, referente a 2009. O cálculo efetuado para verificar os créditos a utilizar reporta-se ao art. 339 do RICMS/BA-97, e é encontrado no Anexo VI.” [fl. 127 dos autos].

Em sede de informação fiscal a Autuante, revisando os cálculos que realizara, referentes à obtenção do coeficiente de creditamento a ser utilizado para efeito de uso do crédito fiscal relativo à aquisição de bens do ativo permanente, referente à acusação 4, detectou equívocos que corrigiu acostando novos demonstrativos às fls. 426 a 450, reduzindo o valor histórico do ICMS lançado para a Infração 4 de R\$1.102.117,84 para R\$662.744,08 (fl. 426).

A JJF acolheu o resultado da revisão realizada pela Autuante. Porém pontuo, por oportuno, que no demonstrativo fiscal elaborado pela Autuante quando da prestação da informação fiscal, acostado à fl. 426 dos autos, para o mês de julho/2009 foi calculado o creditamento indevido no valor histórico de ICMS de R\$50.661,05, e por equívoco a JJF, no voto que lastreia o Acórdão, cita o valor, para este mês, de R\$50.681,05. Esta incorreção que importa em diferença a mais no valor histórico de vinte reais, contudo, não vicia a Decisão, posto que citados, no corpo do Acórdão, os demonstrativos fiscais elaborados pela Autuante, em que tal Decisão de piso se estribou.

Após a interposição dos Recursos de Ofício e Voluntário, o processo foi distribuído para a anterior Conselheira Relatora, que o submeteu a análise em sessão de pauta suplementar na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, na qual então em exercício.

Tendo a 2ª CJF enviado o processo em diligência à repartição de origem, a fim de que a Autuante efetuasse a revisão dos cálculos conforme solicitado, em razão de a Autuante não encontrar-se então em exercício na Inspetoria Fazendária, o processo foi distribuído para Revisor Fiscal estranho ao feito, que em atendimento prolatou Parecer Técnico às fls. 536 e 537, dentre outros pontos assinalando que com base nos Livros de Apuração, e em atendimento às providências solicitadas pelo CONSEF, procedeu à correção dos cálculos do coeficiente de creditamento, seguindo a Instrução Normativa 53/13, tendo sido encontrados novos coeficientes de creditamento mensal, em decorrência do que foi gerado novo demonstrativo dos débitos tributários mensais.

Comparados, pelo Fiscal revisor, os créditos passíveis de utilização mensal e os valores escriturados nos Livros de Apuração do contribuinte, foi apurada a utilização de crédito a estornar no valor de R\$672.653,45. O Diligente anexou novos demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 538 a 541.

Ocorre que o valor encontrado quando a prestação da informação fiscal para a Infração 04, montante este acolhido pela Junta de Julgamento Fiscal, foi de R\$662.744,08, embora no demonstrativo elaborado pela JJF tenha sido apostado, equivocadamente, conforme já explicitado neste meu voto, o montante de R\$662.764,09.

Observo que nas determinações listadas na solicitação de diligência da 2ª CJF foram consideradas as operações praticadas pelo contribuinte, e cujos valores financeiros deveriam constar na equação conforme elementos contidos na Instrução Normativa nº 53/2013, baseada no quanto previsto no §6º do artigo 29 da Lei nº 7.014/96, na redação vigente no período de 01/01/2001 até à presente data, o que compreende os fatos geradores objeto da autuação:

Lei 7.014/96:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria,

real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

(...)

§ 6º. *Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivo serviço de transporte, deverão ser observadas as seguintes disposições (LC 87/96 e 102/00):*

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;

IV - o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, pro rata die, caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês;

V - na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;

VI - serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no art. 28, em livro próprio ou de outra forma que o regulamento determinar, para aplicação do disposto nos incisos I a IV deste parágrafo;

e

VII - ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado.

Ressalto que a Administração Tributária do Estado da Bahia, diante da necessidade de uniformização de procedimentos fiscais para a apuração do coeficiente de crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, após ter sido lavrado, em 14/06/2012, o Auto de Infração, baixou a Instrução Normativa nº 53/2013, publicada no Diário Oficial de 19 e 20/10/2013, e cujos dados corroboram o entendimento já seguidamente esposado por este Conselho quanto ao tema.

Para melhor entendimento, transcrevo parte da mencionada Instrução Normativa nº 53/2013:

Instrução Normativa nº 53/2013:

Dispõe sobre o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições, com base na Lei nº 7.014/96, no RICMS e nos pareceres exarados pela DITRI,

RESOLVE esclarecer que:

1 - O valor do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte a ser apropriado em cada período de apuração será obtido multiplicando-se 1/48 (um quarenta e oito avos) do valor do crédito vinculado ao bem e ao respectivo serviço de transporte, incluído o relativo ao diferencial de alíquotas, escriturados no CIAP na forma regulamentar, pela relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período.

2 - Na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, ressalvadas as hipóteses referidas no item 4, devem ser computados os valores:

2.1 - das operações de saídas e prestações tributadas pelo regime de tributação normal e pelo regime de substituição tributária por antecipação ou diferimento;

2.2 - das operações e prestações beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo com previsão expressa de manutenção de crédito;

2.3 - das operações de saída e prestações com destino ao exterior (diretas e indiretas);

2.4 - da base de cálculo das operações de saída e prestações de serviços realizadas com redução de base de cálculo sem previsão expressa de manutenção de crédito;

2.5 - das operações realizadas a título de doação e bonificação;

3 - Na apuração do valor total das operações de saídas ou prestações do período, ressalvadas as hipóteses referidas no item 4, devem ser computados os valores:

3.1 - referidos no item 2, exceto em relação ao subitem 2.4 cujo valor a ser considerado será o valor da operação ou prestação;

3.2 - das operações e prestações não tributadas pelo ICMS.

4 - Não devem ser computados no valor total das operações de saídas ou prestações do período nem no valor das operações de saídas e prestações tributadas:

4.1 - transferências internas ou interestaduais de bens do ativo imobilizado;

4.2 - saídas definitivas de bens do ativo permanente, em virtude de desincorporação ou baixa do ativo fixo;

4.3 - transferências de material de uso ou consumo;

4.4 - outras saídas que não tenham caráter definitivo, quando não há transferência de titularidade, exceto transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa;

5 - O valor das devoluções ocorridas no período deve ser abatido do valor das operações de saídas e prestações tributadas, no caso de devolução de mercadoria tributada, bem como do valor total das operações de saídas e prestações do período, ainda que se trate de devolução de mercadoria não tributada.

6 - Para ser computado na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, bem como na apuração do valor total das saídas ou prestações do período, a operação ou prestação deve estar enquadrada em algum dos CFOPs constantes do Anexo Único desta instrução.

ANEXO ÚNICO

(...)

(negrito pela Relatora)

Porém em razão da necessidade de retificação do lançamento de ofício para adequação às diretrizes normativas, já em Segunda Instância os cálculos foram revistos por Fiscal estranho ao feito, tendo ocorrido majoração do valor a ser lançado de ofício, quando comparado o montante de R\$672.653,45 (revisão fiscal em Segunda Instância, fls. 537 e 541) e o valor de R\$662.744,08 (demonstrativo de débito da informação fiscal, fl. 426) e de R\$662.764,009 (demonstrativo fiscal da 2ª JF, fl. 479).

Assim, majorado o débito de R\$662.764,009 para R\$672.653,45, concretiza-se a necessidade de provimento parcial do Recurso de Ofício, pelo que voto no sentido da modificação da Decisão de base quanto à Infração 04, que é procedente em parte, mas no valor histórico de ICMS de R\$672.653,45, conforme demonstrativo de apuração do coeficiente de creditamento, e de débito, à fl. 542, elaborado pelo Auditor Fiscal revisor.

Destaco que em relação ao valor histórico de ICMS originalmente lançado no Auto de Infração para a imputação 04 (R\$1.102.117,84) houve desoneração.

Passo à análise do Recurso Voluntário.

Em relação ao Princípio da Não-Cumulatividade, este não está em discussão na presente lide, posto que a forma de creditamento é definida na própria LC 87/96, nos dispositivos citados pelo contribuinte, conforme lê-se a seguir:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou

o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

§5º. Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado:

I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II – em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

IV – o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, pro rata die, caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês;

V – na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;

VI – serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no art. 19, em livro próprio ou de outra forma que a legislação determinar, para aplicação do disposto nos incisos I a V deste parágrafo; e

VII – ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado.

(...)

(negrito pela Relatora)

O teor do §5º do artigo 20 da LC 87/97 encontra-se inserido n §6º do artigo 29 da Lei nº 7.014/96, dispositivo este já transcrito neste meu voto.

Por conseguinte, o quanto pedido pelo contribuinte já foi em parte atendido em fase instrutória, quando a própria Fiscal autuante prestou a informação fiscal revisando os cálculos realizados, e também quando da realização da Diligência já em segunda Instância de Julgamento, esta última com base, inclusive, na Instrução Normativa nº 53/2013, que a rigor apenas detalha, explicita, o quanto já previsto na LC 87/96 e na Lei nº 7.014/96.

Contudo resta impossível acolher o pleito recursal para que haja redução do valor julgado procedente no Julgamento de Primeira Instância, inclusive porque a revisão fiscal levada a efeito, já após a interposição do Recurso Voluntário, baseou-se nas normas vigentes, sendo este o limite da atuação do Fisco. Observo que o contribuinte, ciente do resultado dessa revisão mencionada, não insurgiu-se contra a mesma, nos autos deste processo.

Assim, *data venia* do opinativo da PGE/PROFIS, no sentido do provimento parcial do Recurso Voluntário com base no resultado da revisão fiscal realizada, observo que tal revisão fiscal majora o débito julgado procedente pela 2ª JJF, e não o reduz.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida apenas em relação à Infração 4, que é parcialmente procedente no valor histórico de ICMS de R\$672.653,45, conforme demonstrativo de apuração do coeficiente de creditamento, e de débito, à fl. 542.

Assim, voto no sentido de que é o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor histórico de R\$963.106,52, conforme tabela de valores históricos que elaboro para maior clareza, com base nos dados do processo, devendo ser homologados os valores já recolhidos, com as reduções de multas previstas na Lei nº 7.014/96, e intimado o contribuinte para pagamento dos valores remanescentes:

INFR	AUTO DE INFRAÇÃO	PRIMEIRA INSTÂNCIA	VALOR	SEGUNDA INSTÂNCIA	VALOR
01	1.211,37	PROC. EM PARTE	934,80	PROC. EM PARTE	934,80
02	122.310,84	PROCEDENTE	122.310,84	PROCEDENTE	122.310,84
03	17.036,40	PROCEDENTE	17.036,40	PROCEDENTE	17.036,40
04	1.102.117,84	PROC. EM PARTE	662.764,09	PROC. EM PARTE	672.653,45
05	44,69	PROCEDENTE	44,69	PROCEDENTE	44,69
06	132.773,40	PROCEDENTE	132.773,40	PROCEDENTE	132.773,40

07	17.352,94	PROCEDENTE	17.352,94	PROCEDENTE	17.352,94
TOTAIS	1.392.847,48		953.217,16		963.106,52

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269130.0013/12-7, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$673.632,96**, acrescido das multas de 60% sobre R\$673.588,27 e 70% sobre R\$44,69, previstas no art. 42, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$289.473,58**, previstas nos incisos IX e XI, do citado dispositivo legal, com os os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS