

A. I. Nº - 298929.0002/13-3
AUTUADO - GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA. (GVT)
AUTUANTE - EDMÁRIO DE JESUS SANTOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/05/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0048-04/20

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LIVRO CIAP. APROPRIAÇÃO A MAIOR. CRÉDITO PRESUMIDO. As considerações de defesa elidem em parte a autuação. Em sede de diligência a Assessoria da ASTEC refaz o demonstrativo de débito da autuação. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/03/2013, exige o valor de R\$491.835,63 de ICMS, inerente ao ano de 2011, em razão da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 01.04.06: Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação nos meses de janeiro a dezembro de 2011, conforme Anexos I e II, às fls. 15 e 16 dos autos, respectivamente. Lançado ICMS no valor de R\$491.835,63, com enquadramento no art. 93, § 17, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 6.284/97 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 65 a 76 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz que cuida de autuação lavrada com fundamento na utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de bens do ativo imobilizado, apropriando-se de valor supostamente superior ao permitido pela legislação, no período de janeiro a dezembro de 2011.

Registra que a infração fiscal apontada encontraria amparo no artigo 93, §17 do RICMS baiano, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário: (...)

§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito as seguintes disposições:

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, contados, 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, na forma prevista no § 2º do art. 339, para aplicação do disposto nos incisos I a V deste parágrafo;

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

Em virtude disso, destaca que foi cominada multa com base no artigo 42, incisos II, alínea “f”, e inciso IX da Lei nº 7.014/96:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas: (...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente: (...)

f) Quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal.” (destacamos)

Todavia, diz que a autuação não merece prosperar, já que o cálculo do coeficiente de apropriação de crédito do CIAP foi feito de forma equivocada pela fiscalização baiana, pois contemplou no valor do denominador o total de saídas do período fazendo incluir operações que passam ao largo do fato gerador do ICMS, ocasionando ilegitimamente a diminuição do crédito a ser apropriado.

Diz, também, que, assim não fosse, a multa fiscal aplicada se mostra desproporcional e confiscatória, razão pela qual deve ser ao menos reduzida aos patamares não confiscatórios. É o que aduz se passa a demonstrar.

- **1. DO DIREITO.**

1.1. Do equívoco no cálculo do coeficiente de aproveitamento de créditos CIAP estatuído pelo artigo 20, parágrafo 5º da LC nº 87/96, por parte da fiscalização baiana.

Diz que a origem da presente autuação está na forma de cálculo da proporção do crédito do ICMS aproveitável, relativo às entradas de bens para seu ativo permanente, prevista no artigo 20, parágrafo 5º da Lei Complementar Federal nº 87/96, reproduzida na lei estadual baiana tida como infringida nestes autos, *verbis*:

“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: (Redação dada pela LCP n.º 102, de 11.7.2000)

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; (Inciso Incluído pela LCP n.º 102, de 11.7.2000)

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; (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

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;” (destacamos)

Pontua que, de acordo com o citado dispositivo, o objetivo é extrair-se a fração das operações tributadas (numerador) em face do total das operações potencialmente tributáveis (denominador), de forma a vedar-se proporcionalmente o crédito sobre as operações isentas e não tributadas.

É dizer, de acordo com a dicção legal (repetida na legislação estadual aplicável à época da ocorrência dos fatos), a empresa somente poderá aproveitar-se dos créditos de bens adquiridos

para seu ativo permanente na proporção das suas saídas tributadas pelo imposto, que é calculada da seguinte forma:

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

Registra que os equívocos da Fiscalização baiana se situam em uma parte da fração, visto que aumentou indevidamente o denominador, jogando para baixo o quociente da divisão do primeiro pelo segundo (e reduzindo artificialmente o direito de crédito da Impugnante sobre os bens do seu ativo permanente).

Diz ter efetuado, incluindo no denominador operações que não constituem hipóteses de incidência do imposto estadual, quais sejam, transferências de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos do próprio contribuinte (CFOP's n^{os} 5552 e 6552) e diversas outras formas de simples remessa e devolução de bens (CFOP's n^{os} 5554, 5905, 5949, 6554, 6557, 6905, 6909, 6913, 6915, 6949), sendo que tais operações sequer deveriam figurar na referida operação.

Essa conclusão consigna que é facilmente verificada pela análise do anexo II da presente autuação (doc. n^o 03, cit.), em simples comparação com o Registro de Apuração Consolidada do ICMS da empresa Impugnante (doc. n^o 04 – CD contendo planilha dinâmica comparativa, em anexo).

**Demonstrativo do cálculo do coeficiente de creditamento do Livro CIAP
(Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente) - Exercício 2011**

Mês Ano	Valor das saídas tributadas internas	Valor total das exportações	Valor total das saídas tributadas	Valor total das saídas	Coeficiente de Creditamento
A	B	C	D = B + C	E	F = D / E
jan/11	5.302.940,05	-	5.302.940,05	15.681.231,58	0,3382
fev/11	6.729.175,78	-	6.729.175,78	18.891.600,54	0,3562
mar/11	7.158.711,76	-	7.158.711,76	20.356.673,16	0,3517
abr/11	6.923.517,86	-	6.923.517,86	19.844.882,29	0,3489
mai/11	7.563.408,00	-	7.563.408,00	22.030.193,68	0,3433
jun/11	8.100.848,10	-	8.100.848,10	22.732.256,15	0,3564
jul/11	7.689.195,21	-	7.689.195,21	21.967.065,76	0,3500
ago/11	8.609.278,39	-	8.609.278,39	21.976.099,59	0,3918
set/11	8.573.083,46	-	8.573.083,46	28.024.279,40	0,3059
out/11	9.043.960,58	-	9.043.960,58	28.774.747,95	0,3143
nov/11	9.172.070,44	-	9.172.070,44	31.867.261,68	0,2878
dez/11	9.226.743,36	-	9.226.743,36	32.181.866,40	0,2867
Totais	94.092.932,99	-	94.092.932,99	284.328.158,18	****

Observação:

- 1) Os valores consignados nas colunas "B", "C" e "E" originaram-se dos registros do livro Registro de Apuração do ICMS
- 2) Os cálculos estão adstritos à regra vaticinada no art. 93, § 17, III, do RICMS/BA vigente

Diz que a Fiscalização baiana, no cálculo dos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP, simplesmente dividiu o valor total das operações tributadas (coluna D) pelo valor total das saídas (coluna E) sem descontar os valores das operações destacadas na coluna "outras" no Registro de Apuração Consolidada do ICMS (vide doc. n^o 04, cit.), bem como de todas as outras operações que não são hipóteses de incidência do ICMS e, logicamente, não podem fazer parte do cálculo do coeficiente de creditamento!

Destarte, registra que a Fiscalização baiana utilizou como denominador da operação o faturamento total de saídas global, que abarca diversas receitas relativas a operações estranhas ao fato gerador do ICMS (não sendo, por óbvio, decorrentes da prestação de serviços potencialmente tributáveis pelo imposto estadual, as quais o legislador se referiu quando determinou o cálculo do estorno sobre o "total de operações de saída e prestações do período").

1.2 Da indevida inclusão das operações registradas sob os CFOP's n^o 5552 e 6552 no cálculo de coeficiente de crédito do CIAP (transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular), bem como de outras operações de simples remessa, devolução e de comodato, que não implicam em transferência de titularidade.

Registra que a presente autuação incluiu no cálculo do coeficiente de crédito do CIAP as

operações transcritas abaixo, as quais não configuram hipóteses de incidência do ICMS, haja vista a ausência de transferência de titularidade dos bens envolvidos. São elas:

- **5554** - Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento;
- **5905/6905** - Remessa para depósito fechado ou armazém geral;
- **5949/6949** - Outras saídas de bens não especificado nos demais códigos CFOPs;
- **6554** - Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento;
- **6557** - Transferência de material de uso ou consumo transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa;
- **6909** – Retorno de bem recebido por conta de contrato de comodato;
- **6913** – Retorno de mercadoria ou bem recebido para demonstração;
- **6915** – Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo.

Ademais, diz que a fiscalização também incluiu no referido cálculo operações de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular (CFOP's 5552 e 6552), em que, por óbvio, não há que se falar em fato gerador do imposto estadual, ante a ausência da circulação jurídica da mercadoria.

Explica-se. Após trazer considerações embasada no art. 155, inc. II da CF/88, diz que a mera transferência de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo titular não é hipótese de incidência do ICMS.

Observa que a inclusão das referidas operações no cálculo do crédito é verdadeiramente absurda, portanto, uma vez que a Fiscalização baiana empregou o valor total de saídas sem deles descontar as operações não sujeitas à tributação pelo ICMS (como comodato, devoluções, remessa para depósito, conserto, demonstração et caterva).

Diz que essas operações, consideradas como “*isentas*” ou “*não-tributadas*” pela Fiscalização, e indevidamente incluídas na fórmula que calcular o percentual de crédito de ICMS relativo aos bens do ativo permanente, não são operações de circulação de mercadoria potencialmente tributáveis pelo ICMS, mas meras circulações físicas de bens!

Tal operação, assim, diz que são inequivocamente classificadas como “*Outras*”, cujos valores deveriam ter sido deduzidos previamente do total de saídas para a elaboração do cálculo de crédito do CIAP.

Neste contexto, após destacar trecho da Súmula 573 do STF, o art. 6º do RICMS/BA, a ementa do julgado (STF, AI-AgR 682680/RJ, Rel. Min. EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 06.06.2008), bem como a Súmula 166 STJ e ementas de julgados TJ da Bahia, registra que, haja vista que as operações consubstanciadas nos CFOP's nºs **5552, 5554, 5905, 5949, 6552 6554, 6557, 6905, 6909, 6913, 6915, 6949** não são hipóteses de incidência de ICMS, imperiosa a sua exclusão do denominador da operação de cálculo de coeficiente de crédito CIAP.

1.3. Sucessivamente: Da desproporcionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada. Do limite de 30% do crédito tomado colocado em acórdão paradigma do STF.

Diz que, não bastasse o já exposto, o montante devido a título de multa fiscal pela Impugnante “*in casu*” perfaz o percentual de 60% do crédito tributário apurado, verificando-se descabidamente abusiva e desproporcional, acarretando, com isso, flagrante violação ao princípio do não-confisco em matéria tributária, inscrito no artigo 150, inciso IV da Constituição da República.

Após citar ementa da decisão do STF (STF, RE 523471 AgR, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJ 23.04.2010), caso se entenda devido o ICMS exigido pelo Fazenda Estadual – o que se admite *ex absurdo* – a penalidade pecuniária aplicada deve ser reduzida a patamares não confiscatórios

- **2. DA NECESSIDADE DE REVISÃO FISCAL DO LANÇAMENTO.**

Diz que pretende comprovar o alegado no item 1, supra, por perícia contábil (nova verificação fiscal por fiscal diverso dos autuantes) que afira a (in)exatidão do lançamento. Neste sentido, apresenta os seguintes quesitos, que deseja ver respondidos pelo ilustre Fiscal-Revisor a ser indicado:

1. Quais operações foram consideradas pelo Fisco no total de saídas no período autuado? Quais seus valores?
2. Dentre as operações mencionadas no quesito anterior, incluem-se operações de transferência de bens (entre estabelecimentos do próprio contribuinte – CFOP's 5552 e 6552) e diversas formas de remessa e devolução simples de bens (CFOP's nºs 5554, 5905, 5949, 6554, 6557, 6905, 6909, 6913, 6915, 6949)?
3. Que operações foram consideradas pelo Fisco no total de operações tributadas no período autuado? Quais seus valores?

• 3. DO PEDIDO.

Pelo exposto, pede a procedência da presente impugnação, com a consequente anulação do auto de infração impugnado e a extinção do crédito tributário nele exigido, com o arquivamento do processo fiscal instaurado. Sucessivamente, pede a redução da multa fiscal a patamares não confiscatórios, nos termos acima aduzidos.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 108/113 dos autos, após apresentar de forma resumida os argumentos de defesa, assim se posiciona:

1. *Em relação ao destaque do item 1.1: Do equívoco no cálculo do coeficiente de aproveitamento de créditos CIAP estatuído pelo artigo 20, parágrafo 5º da LC nº 87/96, por parte da fiscalização baiana.*

Diz discordar das alegações da Autuada visto que todos os dispositivos legais que definem o cálculo do crédito de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento foram obedecidos: (1) Art. 20, §5º, III da LC 87/96; (2) Art. 29, § 6º, III da Lei 7.014/96-BA; e (3) Art. 93, § 17, III do Decreto 6.284/97

Registra que tais dispositivos determinam que o montante do crédito a ser apropriado será 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 prestações tributadas as saídas e prestações com destino ao exterior”.

Em seguida destaca todos os dispositivos acima relacionados e diz que a fórmula para cálculo do crédito fiscal referente ao ativo é:

Valor total do respectivo crédito x 1 x Valor das operações de saídas e prestações tributadas
48 Total das operações de saídas e prestações do período.

Momento seguinte, consigna que tais dispositivos definem a metodologia do cálculo do crédito fiscal e determinam que seu montante, a ser apropriado, será 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.

Após traçar explicações sobre como desenvolveu seus cálculos, diz que a Impugnante tem o direito de opinar e discordar sobre a legislação tributária vigente, mas não pode querer que sua opinião, prevaleça sobre as normas legais já estabelecidas no Estado da Bahia, sendo estas opiniões a considerar para aprimorar futuras normas legais e não sobrepor as atuais.

Isto exposto diz que fica claro a necessidade de um dispositivo legal para poder executar alteração na forma de cálculo. O que não ocorre com a legislação vigente no Estado da Bahia.

Enfim, diz que, sem uma norma legal não é possível incluir ou excluir determinadas prestações de serviços de telecomunicações e ou operações, motivo pelo qual a metodologia aplicada pela fiscalização do Estado da Bahia está correta, tendo em vista que obedeceu ao quanto dispõe o art. 93, § 17, III do RICMS/BA.

2. *Em relação ao item 1.2. Sucessivamente: Da desproporcionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada. Do limite de 30% do crédito tomado colocado em acórdão paradigma do STF.*

Diz que o autuado em sua defesa passa a atacar a cobrança da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da lei 7.014/96, afirmando ser descabidamente abusiva e desproporcional, acarretando, com isso, flagrante violação ao princípio do não-confisco em matéria tributária, inscrito no artigo 150, inciso IV da Constituição da República.

Registra que, obviamente, tal discussão escapa aos limites do trabalho da fiscalização, tendo em vista que cabe ao preposto fiscal exclusivamente aplicar a lei vigente e regularmente instituída, por se tratar por matéria vinculante e não discricionária.

3. *CONCLUSÃO:*

Por tudo quanto aqui exposto mediante as considerações apresentadas, diz manter a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário.

Na sessão do dia 07/11/2013, os membros da 2ª JJF, verificando que os argumentos de defesa procedem em relação alguns dos CFOP's destacados, quanto a serem excluídos da fórmula de cálculo do coeficiente de aproveitamento do crédito do CIAP, foi decidido pela conversão do presente processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para o atendimento das seguintes providências:

- a) Excluir do demonstrativo de cálculo do Coeficiente de Creditamento do CIAP – ANEXO II (fl.16), em relação a “Coluna B” - *Saídas Tributadas Internas*, os valores dos CFOP's n°s 5552, 6552 e 6557; quanto a “Coluna E” – Total das Saídas, os valores dos CFOP's n°s 5552, 5554, 5905, 6552, 6557 e 6915, relativo a todos os meses do ano de 2011, período da ação fiscal, com isso encontrando novos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP ;
- b) Inserir os novos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP encontrado no item “a” dentro do demonstrativo de utilização indevida de crédito de ICMS – ANEXO I (fl. 15), substituindo os anteriores da “Coluna G”, onde encontrará os valores efetivos de utilização indevida de crédito fiscal;
- c) Apresentar o novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração em tela, a partir dos valores encontrados no item “b”.
- d) Concluída a diligência, de acordo com o art. 149-A, c/c § 1º, do art. 18 do RPAF/99, deve ser cientificado o Autuante e o Autuado, fornecendo-lhes no ato das intimações cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10(dez) dias para sobre eles se manifestarem, caso assim desejam.

Após as providências solicitadas, os autos deverão ser devolvidos ao CONSEF para julgamento.

À fl. 122 têm-se PARECER ASTEC N° 42/2015 de emissão do Auditor Fiscal Diligente, Ildemar José Landin, onde destaca que , de posse dos CFOP foi elaborada a PLANILHA 1-TOTALIZAÇÃO MENSAL POR CFOP (fl. 123), que forneceu os valores mensais para exclusão na PLANILHA 2-CÁLCULO DO NOVO COEFICIENTE DE CREDITAMENTO, que por sua vez proporcionou o novo demonstrativo de débito PLANILHA 3-CÁLCULO CONSOLIDADO DO NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO, apresentando redução do valor original do lançamento de R\$491.835,63 para R\$137.76,85.

Às fls. 126/131 o sujeito passivo, volta aos autos, requerendo a juntada do livro Registro de Saídas do período autuado, bem como apresenta manifestação ao parecer da ASTEC, que a seguir passo a descrever:

Após traçar um pequeno introito, diz que o presente processo foi baixado em diligência a

Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho Fiscal para, dentre as providências: “*Excluir do demonstrativo de cálculo do Coeficiente de Creditamento do CIAP – ANEXO II (fl.16), em relação a “Coluna B” - Saídas Tributadas Internas, os valores dos CFOP’s nºs 5552, 6552 e 6557; quanto a “Coluna E” – Total das Saídas, os valores dos CFOP’s nºs 5552, 5554, 5905, 6552, 6557 e 6915, relativo a todos os meses do ano de 2011, período da ação fiscal, com isso encontrando novos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP*”

Contudo, diz que, ainda que este Conselho tenha acertadamente determinada a exclusão dos CFOP’s acima enumerados do cálculo do CIAP, equivocou-se em não determinar também a exclusão dos CFOP’s 5949, 6554, 6905, 6909, 6913, 6949 e 6551, que aduz não configurarem hipóteses de incidência de ICMS, fazendo-se imperioso a sua exclusão do cálculo do coeficiente de crédito do CIAP.

Depois de apresentar todo um arrazoado para fundamentar seu pedido, requer a impugnante que sejam excluídos do cálculo do coeficiente do CIAP os CFOP’s 5949, 6554, 6905, 6909, 6913, 6949 e 6551.

À fl. 158, o Autuante, sem traçar qualquer consideração, diz que recebeu o processo acima descrito, ao qual foi efetuada Diligência Fiscal que resultou no PARECER ASTEC Nº 42/2015, de fl. 122 dos autos, para cumprimento das providências solicitadas pelo CONSEF, constante nas fls. 119 e 119-A, tendo como resultado a alteração do valor do demonstrativo de débito originalmente lançado de R\$491.835,63, para R\$137.762,85, conforme folha 125. Assim diz que toma ciência.

Na sessão de 10/09/2015, os membros da 5ª JJF, analisando mais detidamente os CFOP’s ora argüidos, ou seja, os CFOP’s 5949, 6554, 6905, 6909, 6913, 6949 e 6551 entenderam que os argumentos defensivos apresentados pelo sujeito passivo estão alinhados com as disposições da Instrução Normativa nº 53/13, que orienta sobre o crédito relativo às entradas de bens destinado ao ativo imobilizado, decidindo por solicitar nova diligência fiscal à ASTEC/CONSEF, conforme a seguir:

- a) *Excluir do demonstrativo de cálculo do Coeficiente de Creditamento do CIAP – PLANILHA 2 (fl.124), em relação a “Coluna B” - Saídas Tributadas Internas, os valores dos CFOP’s nºs 5949, 6554, 6905, 6909, 6913, 6949 e 6551; quanto a “Coluna E” – Total das Saídas, os valores dos CFOP’s nºs 6554, 6905, 6909, 6913 e 6551, relativo a todos os meses do ano de 2011, período da ação fiscal. Em relação aos CFOP’s nºs 5949 e 6949 excluir apenas as operações que se constitua meramente movimentação de mercadorias, como os 4(quatro) exemplos postos pelo sujeito passivo na manifestação às fls.128 e 129.*
- b) *Efetuada as exclusões especificadas no item “a”, encontrar os novos coeficientes de aproveitamento de crédito do CIAP.*
- c) *Inserir os novos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP encontrado no item “b” dentro do demonstrativo de utilização indevida de crédito de ICMS – PLANILHA 3 (fl. 125), substituindo os anteriores da “Coluna G”, onde encontrará os valores efetivos de utilização indevida de crédito fiscal;*
- d) *Apresentar o novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração em tela, a partir dos valores encontrados no item “c”.*

A Coordenação da Assessoria Técnica deste Conselho de Fazenda, ao atender o pedido dos membros da 5ª JJF, designa o Auditor Fiscal Diligente Jorge Inácio de Aquino para cumprir os termos do pedido de diligência, onde, após seu cumprimento, apresenta o PARECER ASTEC Nº15/2016, às fls. 171/174 dos autos, que a seguir descrevo:

Diz que, como o próprio contribuinte reconhece à fl. 127, “*busca-se no cálculo do CIAP extrair-se a fração das operações isentas e não tributadas (numerador) em face do total das operações potencialmente tributáveis (denominador), de forma a vedar-se proporcionalmente o crédito sobre as isentas*”

Assim, tomando por base a cópia do livro Registro de Saídas do sujeito passivo (fls.132/143), diz que, seguindo a orientação do pedido, elaborou os demonstrativos: PLANILHA 1 (fl. 173), que diz respeito aos valores a excluir da “Colunas B” e da “Coluna E” da PLANILHA 2 (fl. 124), bem como a PLANILHA 2, relativa aos Coeficientes de Creditamentos ajustados pelas exclusões solicitadas.

Por sua vez, registra que, com relação aos CFOP's 5949 e 6949, por serem genéricos, podem contemplar operações com ou sem tributação, como pedido, considerou apenas as operações sem tributação, conforme valores registrados no livro Registro de Saídas.

Por consequência, apresenta como o valor do ICMS exigível do Auto de Infração o montante de R\$139.331,54 na forma do demonstrativo de débito à fl. 172 dos autos.

Às fls. 126/131 o sujeito passivo, volta aos autos, apresentando manifestação ao PARECER ASTEC Nº 15/2016 de fls. 171/174, que a seguir passo a descrever:

Diz que, em atendimento à determinação da, o i. Auditor Fiscal da refez os cálculos da autuação, o que resultou na baixa do valor de ICMS originariamente autuado para R\$137.762,85 (fls. 122 a 125).

Em seguida, aduz que o processo foi redistribuído para a 5ª JJF, que, na sessão de julgamento ocorrida em 10.09.2015, diz ter verificado que ainda remanesciam no cálculo do coeficiente do CIAP operações estranhas ao fato gerador do ICMS, o que estaria ocasionando em um coeficiente, menor do que teria direito no período.

Por isso, registra que a 5ª JJF determinou o retorno dos autos à ASTEC para nova diligência fiscal, de forma a excluir do demonstrativo de cálculo do CIAP (fl. 124), em relação à “Coluna B - Saídas Tributadas Internas”, os valores dos CFOP's nºs 6554, 6905, 6909, 6313; 5949 e 6949; e 6551; e (b) excluir, quanto à “Coluna E - Total das Saídas”, os valores dos CFOP's nºs 6554, 6905, 6909, 6313 e 6551.

Em atendimento à determinação da 5ª JJF, pontua que o i. Auditor Fiscal da ASTEC refez os cálculos da autuação, o que resultou em uma majoração do valor de ICMS encontrado na primeira diligência fiscal, para R\$139.331,54 (fls. 171 a 174).

Contudo, diz que o i. Auditor Fiscal da ASTEC, diversamente do que informou no resultado da diligência fiscal, *data venia*, incorreu nos seguintes equívocos:

- a) Não excluiu todas as operações do cálculo do coeficiente do CIAP determinado pelo e. CONSEF, diversamente do que afirmou no resultado da diligência fiscal; e
- b) Não considerou para abatimento dos valores da Coluna “SAÍDAS TOTAIS” – que representa o denominador do cálculo do coeficiente do CIAP – os valores da Coluna “OUTRAS”, que traduzem receitas de operações estranhas ao fato gerador do ICMS.

Neste contexto, após traçar outras considerações justificando sua discordância do resultado da diligência fiscal, pediu, portanto, nova baixa dos autos em diligência fiscal para que sejam excluídos do cálculo de coeficiente todos os CFOP's determinados pelo CONSEF, assim como para que o Fisco leve em consideração o abatimento das receitas da coluna “OUTRAS” das “SAÍDAS TOTAIS”, de modo a impedir a majoração indevida do numerador do cálculo.

À fl. 235, o Autuante, apenas diz que recebeu o processo, em tela, ao qual foi efetuada Diligência Fiscal, que resultou no PARECER ASTEC Nº 015/2016 de fls. 171/174, para cumprimento das providências solicitadas pelo CONSEF, constante das fls. 168/170. Assim, diz que tomou ciência da diligência.

Voltando os autos a este Relator, em fase de instrução do presente PAF para Julgamento, observo que, em atendimento ao último pedido de Diligência Fiscal de fls. 168, traçado pelos membros da 5ª JJF, é emitido o Parecer ASTEC nº 015/2016 (fls. 171/172) de lavra do Auditor Fiscal Diligente Jorge Inácio de Aquino, onde, em sentido contrário, indica um agravamento do valor do débito apontado de R\$137.762,85 no último parecer da ASTEC (fls. 122/125), para o valor de R\$139.331,54 (fls. 171/172) devido à autuação em lide.

Logo, ao tomar conhecimento dos termos da nova diligência fiscal, através do PARECER ASTEC Nº 15/2016 às fls. 171 a 172, o sujeito passivo apresenta novas considerações de defesa, dentre elas, diz que o i. Auditor Fiscal da ASTEC, Jorge Inácio de Aquino, não excluiu todas as operações do

cálculo do coeficiente do CIAP determinado pelo e. CONSEF.

Compulsando mais detidamente as planilhas que fazem parte integrante do PARECER ASTEC Nº 15/2016, mais especificamente à fl. 173, vê-se, a título de exemplo, que no mês de janeiro, em relação ao CFOP 5949, o registro do valor de R\$363,00, quando o livro de registro de saída à fl. 143, tomado com referência para cumprimento da diligência, indica outro valor de operação com débito do imposto, ou seja o valor de R\$5.274,56.

Isto posto, este Relator retornou os autos à ASTEC, para encaminhar o presente PAF ao Auditor Fiscal Diligente Jorge Inácio de Aquino no sentido de:

- a) **primeiro**, desenvolver suas planilhas de cálculos seguindo as mesmas linhas traçadas pelo diligente Auditor Fiscal Diligente Ildemar José Landin, com o Parecer ASTEC nº 042/2015, datado de 09/07/2015, acostado aos autos às fls. 122 a 125; com isso possibilitar este Relator verificar as alterações de forma mais assertiva;
- b) **segundo**, manifestar expressamente quanto a alegação do defendente à fl. 181 de que; “não excluiu todas as operações do cálculo do coeficiente do CIAP determinado pelo e. CONSEF, diversamente do que afirmou no resultado da diligência fiscal.”
- c) **terceiro**, antes de devolver os autos a este Relator para julgamento, esgotar todas considerações postas pelo defendente e acatadas pela 5ª JJF na forma do disposto no pedido de diligência às fls. 168 dos autos, podendo verificar as considerações postas pelo defendente, agora às fls. 180/183, desde que não represente fato novo.
- d) **Por fim**, prestar a informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa na forma do 6º do art. 127 do RPAF/BA.

Às fls. 241/249, constante do CD/Mídia de fl.250, têm-se PARECER ASTEC Nº 46/2016 de lavra do Auditor Fiscal Diligente Jorge Inácio de Aquino, em que, após traçar vários arrazoados sobre seu entendimento ao pedido de Diligência Fiscal dos membros deste Conselho de Fazenda, que resultou no PARECER ASTEC Nº 15/2016 às fls. 171/174 dos autos, diz que o valor do ICMS exigível passa, agora, para o valor de R\$165.418,99, cujo demonstrativo apresenta à fl. 245 dos autos.

Às fls. 255/260 dos autos, o sujeito passivo apresenta manifestação aos termos do PARECER ASTEC Nº 46/2016, onde após traçar, também, vários arrazoados, diz que os autos foram baixados em 3(três) oportunidades por este Conselho para realização de diligência fiscal, sendo o débito originalmente autuado de R\$491.835,63 foi minorado para R\$137.762,85 na primeira diligência fiscal (fl. 125) e em seguida majorado para R\$139.331,52 na segunda diligência fiscal (fls.172).

Consigna que, agora, tendo os autos retornado da terceira diligência fiscal, o mesmo Fiscal Diligente da ASTEC, responsável pela realização da segunda diligência, *data máxima vênia*, persistiu nos mesmos equívocos já apontados nos autos e, ademais, majorou o valor do imposto considerado devido no resultado da segunda diligência fiscal para R\$165.418,99 (fl. 245), o que, à luz do seu entendimento, evidencia a nulidade da autuação por insegurança da metodologia fiscal e, consequentemente, da matéria tributável.

Após traçar vários arrazoados para fundamentar seu pedido, requer, o defendente, o cancelamento do Auto de Infração, em tela.

À fl. 298 vê-se a ciência do Fiscal Autuante, sem tampouco traçar qualquer manifestação aos autos.

À fl. 302, na sessão suplementar do dia 29/05/2017, os membros da 5ª JJF decidiram converter o presente processo em diligência à ASTEC, para que seja encaminhado o ao 1º Diligente, o i. Auditor Fiscal, Ildemar Jose Landin, no sentido de desenvolver os termos do pedido de diligência expresso no expediente acostado aos autos às fls. 168/169, partindo do demonstrativo de cálculo que faz parte integrante do PARECER ASTEC Nº 42/2015 de sua lavra, acostado às fls. 122/125, em que alterou o valor do débito originalmente autuado de R\$491.835,63 para o valor de R\$137.762,85.

Também, este Relator, solicita da ASTEC que deve cientificar o autuante e autuado, do resultado da nova Diligência Fiscal, com entrega dos novos demonstrativos de débito para a autuação em

análise, objeto do Auto de Infração em tela, conforme depreende os termos do § 7º, do art. 127 do RPAF/BA, c/c § 1º, do art. 18 do mesmo diploma legal, com a indicação de 10 (dez) dias para se manifestar, querendo.

Após as providências solicitadas, os autos deverão ser devolvidos ao CONSEF para julgamento

Vê-se à fl. 303-v despacho do i. Auditor Fiscal Ildemar Jose Landin, datado de 27/06/2018, devolvendo o presente PAF para redistribuição a outro Auditor Fiscal Diligente em função de ter assumido o posto de Conselheiro Titular da 1ª CJF deste Conselho de Fazenda.

À fls. 306, têm-se o despacho da ASTEC encaminhando o presente PAF ao Auditor Fiscal Diligente José Adelson Ramos, para atendimento da diligencia solicitada pela 5ª JJF (fl. 302), objeto da sessão suplementar do dia 29/05/2017.

Às fls. 307/ 310 encontra-se o PARECER ASTEC Nº 042/2019, datado de 30/09/2019, de lavra do Auditor Fiscal Diligente José Adelson Ramos, em que, atendendo pedido de especifico da 5ª JJF, objeto da sessão suplementar do dia 29/05/2017, apresenta novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, em tela, à fl. 311 dos autos, em atendimento aos termos do pedido de diligência expresso no expediente acostado aos autos às fls. 168/169, partindo do demonstrativo de cálculo que faz parte integrante do PARECER ASTEC Nº 42/2015, acostado às fls. 122/125, em que apresenta o valor de R\$165.419,42 de valor remanescente da autuação, após ajustes solicitados.

Às fls. 322/329, repetindo os mesmos argumentos apresentados na sua manifestação de fls. 255/260 dos autos, após destacar uma resenha dos fatos ocorridos no presente PAF, requer o seu cancelamento, com fundamento nos artigos 142, 302, II e 203 do CTN.

Sucessivamente, requer nova baixa dos autos em diligência para que (a) sejam excluídos do denominador (Coluna E – Saídas Totais) do cálculo de apuração do coeficiente CIAP, todas as operações determinadas por este eg. CONSEF, especificamente as relativas aos CFOP's 5949 e 6949; (b) não sejam excluídos do numerador (Coluna B – Saídas Tributadas) os valores lançados na coluna "Outras" para os CFOP's 5552 e 6552, e, por fim, (c) seja determinada o abatimento do denominador (Coluna E – Saídas Totais), dos valores lançados na coluna "OUTRAS", fruto de operações estranhas ao ICMS.

VOTO

Preliminarmente, o sujeito passivo argui nulidade da autuação. Com a consecução do PARECER ASTEC Nº 042/2019, datado de 30/09/2019, de lavra do Diligente da ASTEC, o i. Auditor Fiscal, José Adelson Mattos Ramos, o sujeito passivo vem aos autos arguir agora a nulidade do Auto de Infração em tela, consignando que, em face do equívoco incorrido pela i. Fiscalização, os autos foram baixados em três oportunidades por este eg. CONSEF, para realização de diligência fiscal, sendo que o débito originalmente autuado de R\$491.835,63, foi minorado para R\$137.762,85 na primeira diligencia fiscal (fl. 125), majorando para R\$139.331,52 na segunda diligencia fiscal (fl. 172), e para R\$165,418,99 na terceira diligência fiscal (fl. 245).

Registra que, tendo os autos retornado da quarta diligência fiscal, o i. Fiscal da ASTEC, responsável pela realização dessa nova diligência, *data máxima vênia*, diz persistir nos mesmos equívocos já apontados pela empresa nestes autos, praticamente mantendo o valor apurado na terceira diligência, calculando como devido, o valor de R\$165.419,42 (fl. 310), o que, à luz do seu entendimento, evidencia a nulidade da autuação por insegurança da metodologia fiscal, e, consequentemente, da matéria tributável.

De fato, por falta de cumprimento na sua literalidade, dos 3(três) pedidos de diligência fiscal, por último, este Relator submeteu novo pedido aos membros da 5ª JJF, na sessão suplementar do dia 29/05/2017, à fl. 302, para que fosse encaminhado o presente PAF ao 1º Diligente, o i. Auditor Fiscal, Ildemar Jose Landin, no sentido de desenvolver os termos do pedido de diligencia expresso no expediente acostado aos autos às fls. 168/169, partindo do demonstrativo de cálculo que faz parte

integrante do PARECER ASTEC Nº 42/2015, de sua lavra, acostado às fls. 122/125, em que tinha alterado o valor do débito originalmente da autuação de R\$491.835,63, para o valor de R\$137.762,85, conforme os termos a seguir destacado:

Na sessão de 10/09/2015, os membros da 5ª JF, analisando mais detidamente os CFOP's ora argüidos, ou seja, os CFOP's 5949, 6554, 6905, 6909, 6913, 6949 e 6551 entenderam que os argumentos defensivos apresentados pelo sujeito passivo estão alinhados com as disposições da Instrução Normativa nº 53/13, que orienta sobre o crédito relativo às entradas de bens destinado ao ativo imobilizado, decidindo por solicitar nova diligência fiscal à ASTEC/CONSEF, conforme a seguir:

- a) Excluir do demonstrativo de cálculo do Coeficiente de Creditamento do CIAP – PLANILHA 2 (fl.124), em relação a “Coluna B” - Saídas Tributadas Internas, os valores dos CFOP's nºs 5949, 6554, 6905, 6909, 6913, 6949 e 6551; quanto a “Coluna E” – Total das Saídas, os valores dos CFOP's nºs 6554, 6905, 6909, 6913 e 6551, relativo a todos os meses do ano de 2011, período da ação fiscal. Em relação aos CFOP's nºs 5949 e 6949 excluir apenas as operações que se constitua meramente movimentação de mercadorias, como os 4(quatro) exemplos postos pelo sujeito passivo na manifestação às fls.128 e 129.*
- b) Efetuadas as exclusões especificadas no item “a”, encontrar os novos coeficientes de aproveitamento de crédito do CIAP.*
- c) Inserir os novos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP encontrado no item “b” dentro do demonstrativo de utilização indevida de crédito de ICMS – PLANILHA 3 (fl. 125), substituindo os anteriores da “Coluna G”, onde encontrará os valores efetivos de utilização indevida de crédito fiscal;*
- d) Apresentar o novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração em tela, a partir dos valores encontrados no item “c”.*

Como tal, vejo não restar razão ao sujeito passivo, arguir o cancelamento do Auto de Infração, em outros termos, nulidade da autuação em tela. Têm-se claro nas disposições do § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.592/99, que as eventuais incorreções ou omissões na constituição do lançamento fiscal, não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que essas incorreções ou omissões sejam suprimidas por determinação da autoridade competente, no caso em tela, como assim agiu este Conselho de Fazenda, inclusive por solicitação do próprio autuado, na assentada de julgamento do presente PAF, em 07/11/2013

Neste sentido, assim procedeu este Relator, em sede de instrução, seja nos 3(três) pedidos não atendidos pelos diligentes designados, como solicitado pelos membros do CONSEF e discutido em mesa com o próprio defendente, ou seja, no 4º (quarto) pedido de diligência, refletido no PARECER ASTEC Nº 042/2019, datado de 30/09/2019, de lavra do Diligente da ASTEC, o i. Auditor Fiscal José Adelson Mattos Ramos, acostado às fls. 307/310 dos autos.

Ultrapasso, portanto, tal pedido de cancelamento ou nulidade do presente PAF.

Relativamente, ao novo pedido de diligência, vejo que se trata do mesmo argumento do pedido de diligência que deu causa ao PARECER ASTEC Nº 042/2019, datado de 30/09/2019, de lavra do Auditor Fiscal Diligente José Adelson Ramos, logo, indefiro, na forma do art. 147 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, por considerar suficiente para a formação de minha convicção, os elementos contidos nos atos.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do imposto, decorrente de obrigação principal por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, por ter se apropriado de valor superior ao permitido pela legislação nos meses de janeiro a dezembro de 2011, conforme Anexos I e II, às fls. 15 e 16 dos autos, respectivamente. Lançado ICMS no valor de R\$491.835,63, com enquadramento no art. 93, § 17 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 6.284/97, e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Não se vê, na manifestação de defesa de fls. 65/76 dos autos, em primeiro plano, qualquer arguição de nulidade do sujeito passivo, em relação aos termos da autuação, objeto do Auto de Infração em tela. Na realidade, **o que se observa são arguições de supostos equívocos cometidos pelo autuante**, seja na apropriação de informações de sua escrita fiscal, seja na metodologia aplicada na apuração do débito fiscal constituído no presente lançamento.

Neste contexto, em sede de Instrução do presente PAF, para julgamento, este Relator assim posicionou-se em 07/11/2013, para os demais membros da 2ª JJF, à qual estava vinculado à época, na forma a seguir sintetizada:

Ponderou o sujeito passivo que, de acordo com a dicção legal repetida na legislação estadual aplicável à época da ocorrência dos fatos (art.97, XII, “a” do RICMS/BA), em sede de defesa, somente poderia aproveitar dos créditos de bens adquiridos para seu ativo permanente, na proporção das suas saídas tributadas pelo imposto, que é calculada da seguinte forma: *Operações Tributadas / Total das Operações de Saídas = Percentual a ser aproveitado*

Disse a defendente, que os equívocos da Fiscalização baiana se situam em uma parte da infração, visto que aumentou indevidamente o denominador, jogando para baixo o quociente da divisão do primeiro pelo segundo (e reduzindo artificialmente o direito de crédito da Impugnante sobre os bens do seu ativo permanente). Fê-lo incluindo no denominador operações que não constituem hipóteses de incidência do imposto estadual, quais sejam, transferências de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos do próprio contribuinte (CFOP’s nºs 5552 e 6552), e diversas outras formas de simples remessa e devolução de bens (CFOP’s nºs 5554, 5905, 5949, 6554, 6557, 6905, 6909, 6913, 6915, 6949), sendo que tais operações sequer deveriam figurar na referida operação.

Asseverou, também, que a fiscalização baiana, no cálculo dos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP (fl.16), simplesmente dividiu o valor total das operações tributadas (coluna D), pelo valor total das saídas (coluna E), sem descontar os valores das operações destacadas na coluna “outras”, no Registro de Apuração Consolidada do ICMS, bem como de todas as outras operações que não são hipóteses de incidência do ICMS, e que, à luz do entendimento, não podem fazer parte do cálculo do coeficiente de creditamento.

Naquela oportunidade, todavia, o autuante prestou Informação Fiscal às fls. 108 a 113, discordando das alegações do autuado, visto que, todos os dispositivos legais que definem o cálculo do crédito de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento foram obedecidos: art. 20, § 5º, III da LC 87/96; art. 29, § 6º, III da Lei 7.014/96; e art. 93, § 17, III do Decreto 6.284/97.

Pois bem! Na sessão de julgamento do dia 07/11/2013, verificando que os argumentos de defesa procediam em relação a alguns dos CFOP’s destacados, quanto a serem excluídos da fórmula de cálculo do coeficiente de aproveitamento do crédito do CIAP, foi decidido pela conversão do presente processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para o atendimento das seguintes providências:

- a) Excluir do demonstrativo de cálculo do Coeficiente de Creditamento do CIAP – ANEXO II (fl.16), em relação à “Coluna B” - *Saídas Tributadas Internas*, os valores dos CFOP’s nºs 5552, 6552 e 6557; quanto à “Coluna E” – Total das Saídas, os valores dos CFOP’s nºs 5552, 5554, 5905, 6552, 6557 e 6915, relativo a todos os meses do ano de 2011, período da ação fiscal, com isso encontrando novos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP;
- b) Inserir os novos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP encontrados no item “a”, dentro do demonstrativo de utilização indevida de crédito de ICMS – ANEXO I (fl. 15), substituindo os anteriores da “Coluna G”, onde encontrará os valores efetivos de utilização indevida de crédito fiscal;
- c) Apresentar o novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração em tela, a partir dos valores encontrados no item “b”.

Concluída a diligência, de acordo com o art. 149-A, c/c § 1º, do art. 18 do RPAF/99, solicitou-se que fosse cientificado o Autuante e o Autuado, fornecendo-lhes no ato das intimações, cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10(dez) dias para sobre eles se manifestarem, caso assim desejassem.

Com o PARECER ASTEC Nº 042/2015, datado de 09/07/2015, acostado aos autos às fls. 122 a 125, de lavra do Auditor Fiscal Diligente Ildemar José Landin, é apresentada uma redução do valor do Auto de Infração, originalmente lançado de R\$491.835,63, para o valor de R\$137.762,85, após cumprir os termos do pedido de diligência da 2ª JJF, conforme expresso às fls. 119 a 119-A dos autos.

Em sendo assim, após ser dada ciência do resultado da diligência às partes, o defendente volta aos autos (fls. 146/151), destacando que, embora este Conselho tenha acertadamente determinado a exclusão dos CFOP's objetos do Parecer ASTEC nº 042/2015, equivocou-se em não determinar também a exclusão dos CFOP's nºs 5949, 6554, 6905, 6909, 6913, 6949 e 6551, que, à luz do seu entendimento, não configuram operações com incidência de ICMS, fazendo-se imperioso a sua exclusão do cálculo do coeficiente de creditamento do CIAP.

Na sessão de julgamento, os membros da 5ª JJF, em 10/09/2015 (fl. 168), analisando mais detidamente os CFOP's ora arguidos, entenderam que os argumentos defensivos apresentados pelo sujeito passivo estão alinhados com as disposições da Instrução Normativa nº 53/13, que orienta sobre o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, decidindo por solicitar nova diligência fiscal à ASTEC/CONSEF, conforme a seguir:

- a) *Excluir do demonstrativo de cálculo do Coeficiente de Creditamento do CIAP – PLANILHA 2 (fl.124), em relação a “Coluna B” - Saídas Tributadas Internas, os valores dos CFOP's nºs 5949, 6554, 6905, 6909, 6913, 6949 e 6551; quanto a “Coluna E” – Total das Saídas, os valores dos CFOP's nºs 6554, 6905, 6909, 6913 e 6551, relativo a todos os meses do ano de 2011, período da ação fiscal. Em relação aos CFOP's nºs 5949 e 6949 excluir apenas as operações que se constitua meramente movimentação de mercadorias, como os 4(quatro) exemplos postos pelo sujeito passivo na manifestação às fls.128 e 129.*
- b) *Efetuar as exclusões especificadas no item “a”, encontrar os novos coeficientes de aproveitamento de crédito do CIAP.*
- c) *Inserir os novos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP encontrado no item “b” dentro do demonstrativo de utilização indevida de crédito de ICMS – PLANILHA 3 (fl. 125), substituindo os anteriores da “Coluna G”, onde encontrará os valores efetivos de utilização indevida de crédito fiscal;*
- d) *Apresentar o novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração em tela, a partir dos valores encontrados no item “c”.*

Em atendimento a esse último pedido de diligência fiscal, é emitido o PARECER ASTEC Nº 015/2016, (fls. 171/172), de lavra do Auditor Fiscal Diligente Jorge Inácio de Aquino, onde, em sentido contrário, indica um agravamento do valor do débito apontado de R\$137.762,85, no último parecer da ASTEC (fls. 122/125), para o valor de R\$139.331,54, devido na autuação em lide.

Ao tomar conhecimento dos termos da nova diligência fiscal, através do PARECER ASTEC Nº 015/2016, às fls. 171 a 172, o sujeito passivo apresenta novas considerações de defesa, dentre elas, diz que o i. Auditor Fiscal da ASTEC, Jorge Inácio de Aquino, não excluiu todas as operações do cálculo do coeficiente do CIAP determinado pelo e. CONSEF.

Compulsando mais detidamente as planilhas que fazem parte integrante do PARECER ASTEC Nº 015/2016, mais especificamente à fl. 173, vê-se, a título de exemplo, que no mês de janeiro, em relação ao CFOP 5949, o registro do valor de R\$363,00, quando o livro de registro de saída à fl. 143, tomado como referência para cumprimento da diligência, indica outro valor de operação com débito do imposto, ou seja o valor de R\$5.274,56.

Isto posto, em sede de Instrução, este Relator retornou os autos à ASTEC, para encaminhar o presente PAF ao Auditor Fiscal Diligente Jorge Inácio de Aquino, no sentido de:

- a) **primeiro**, desenvolver suas planilhas de cálculos seguindo as mesmas linhas traçadas pelo diligente Auditor Fiscal Diligente Ildemar José Landin, com o Parecer ASTEC nº 042/2015, datado de 09/07/2015, acostado aos autos às fls. 122 a 125; com isso possibilitar este Relator verificar as alterações de forma mais assertiva;
- b) **segundo**, manifestar expressamente quanto a alegação do defendente à fl. 181 de que; “não excluiu todas as operações do cálculo do coeficiente do CIAP determinado pelo e. CONSEF, diversamente do que afirmou no resultado da diligência fiscal.”

- c) **terceiro**, antes de devolver os autos a este Relator para julgamento, esgotar todas considerações postas pelo defendente e acatadas pela 5ª JJF na forma do disposto no pedido de diligência às fls. 168 dos autos, podendo verificar as considerações postas pelo defendente, agora às fls. 180/183, desde que não represente fato novo.
- d) **Por fim**, prestar a informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa na forma do 6º do art. 127 do RPAF/BA.

Voltando aos autos, o i. Auditor Fiscal Diligente, Jorge Inácio de Aquino, desenvolve novo PARECER ASTEC Nº 46/2016, datado de 27/06/2016, na forma acostada às fls. 241/249, apresentando uma nova majoração da infração para o valor de R\$165.418,99, em que, ao tomar ciência, o defendente às fls. 255/259, rechaça o resultado da diligência com razões de mérito, que suscita baixar o presente processo em nova diligência, festejando o princípio da verdade material, intrínseco ao processo administrativo fiscal.

Também, o sujeito passivo, na manifestação de fls. 255/259, aos termos do PARECER ASTEC Nº 46/2016, após traçar vários arrazoados, diz que os autos foram baixados em 3(três) oportunidades por este Conselho para realização de diligência fiscal, sendo que o débito originalmente autuado de R\$491.835,63, foi minorado para R\$137.762,85 na primeira diligência fiscal (fl. 125), e em seguida majorado para R\$139.331,52, na segunda diligência fiscal (fls.172).

Consigna que, agora, tendo os autos retornado da terceira diligência fiscal, o mesmo Fiscal Diligente da ASTEC, responsável pela realização da segunda diligência, persistiu nos mesmos equívocos já apontados nos autos e, ademais, majorou o valor do imposto, considerando devido no resultado da sua segunda diligência fiscal, R\$165.418,99 (fl. 245), o que, à luz do seu entendimento, evidencia a nulidade da autuação por insegurança da metodologia fiscal e, consequentemente, da matéria tributável.

Em respeito ao princípio da verdade material, na sessão em pauta suplementar do dia 29/05/2017, os membros da 5ª JJF decidiu converter, novamente, o presente processo em diligência à ASTEC, para que seja encaminhado ao 1º Diligente, o i. Auditor Fiscal, Ildemar Jose Landin, no sentido de desenvolver os termos do pedido de diligencia expresso no expediente acostado aos autos às fls. 168/169, partindo do demonstrativo de cálculo que faz parte integrante do PARECER ASTEC Nº 42/2015, de sua lavra, acostado às fls. 122/125, em que altera o valor do débito originalmente autuado de R\$491.835,63, para o valor de R\$137.762,85.

Neste contexto assim procedeu a ASTEC, na forma do despacho de fl. 303. Todavia, vê-se à fl. 303-v, despacho do i. Auditor Fiscal Ildemar Jose Landin, datado de 27/06/2018, devolvendo o presente PAF para redistribuição a outro Auditor Fiscal Diligente, em função de ter assumido o posto de Conselheiro Titular da 1ª CJF deste Conselho de Fazenda.

À fls. 306, têm-se o despacho da ASTEC encaminhando o presente PAF ao Auditor Fiscal Diligente José Adelson Ramos, para atendimento da diligencia solicitada pela 5ª JJF (fl. 302), objeto da sessão suplementar do dia 29/05/2017.

Às fls. 307/ 310, encontra-se o PARECER ASTEC Nº 042/2019, datado de 30/09/2019, de lavra do Auditor Fiscal Diligente José Adelson Ramos, em que, atendendo pedido específico da 5ª JJF, objeto da sessão suplementar do dia 29/05/2017, apresenta novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, em tela, à fl. 311 dos autos, em atendimento aos termos do pedido de diligência expresso no expediente acostado aos autos às fls. 168/169, partindo do demonstrativo de cálculo que faz parte integrante do PARECER ASTEC Nº 42/2015, acostado às fls. 122/125, em que apresenta o valor de R\$ 165.419,42 de valor remanescente da autuação, após ajustes solicitados.

Vê-se do corpo do PARECER ASTEC Nº 042/2019, o destaque de que, atendendo ao quanto determinado pela diligência, o i. Diligente iniciou seus trabalhos considerando como base as exclusões dos CFOP's já efetuadas, quando dos exames e elaboração das planilhas de fls. 123 a 125.

Neste sentido, diz que cabe consignar que na citada planilha onde estão demonstradas as exclusões dos valores referentes às CFOP's, constatou dois equívocos nos valores a serem

excluídos do Total de Saídas – Coluna E, quais sejam:

- a) CFOP 5905 – fevereiro de 2011 – o diligente, i. Ildemar José Landim, no PARECER ASTEC Nº 42/2015, considerou o valor de R\$16.889,38, quando na verdade o valor é zero. Houve um equívoco, pois o citado valor corresponde às saídas com o CFOP 6905, livro Registro de Saídas, fl. 142;
- b) CFOP 6552 – dezembro de 2011 – o diligente, i. Ildemar José Landim, no PARECER ASTEC Nº 42/2015, considerou o valor de R\$41.848,00, quando o correto é R\$41.848,18, livro Registro de Saídas, fl. 132.

Assim, diz ter corrigido os valores acima citados e procedido a exclusão dos CFOP's, cujos valores obtidos foram inseridos na planilha demonstrativo de utilização indevida de crédito de ICMS – Anexo I (fl.15), substituiu os coeficientes anteriores da Coluna G pelos novos coeficientes calculados (fl. 311).

Por fim, sustenta que a nova planilha Excel *Anexo I - Demonstrativo de utilização indevida crédito de ICMS decorrente de apropriação a maior sobre incorporação de Ativo Permanente calculado no Livro CIAP - Controle de Credito de ICMS do Ativo Permanente - Exercício 2011*, (fl. 311), reflete o resultado final das providências requeridas.

Pontua que as planilhas tiveram suas cópias anexadas aos autos e gravados no CD anexo à fl. 317, com o nome ***ai_298929000213-3_global_vilage_planilha_ciap***, sendo esta, composta de três abas com as seguintes denominações:

- a) ***CIAP-2011*** – apresenta o resultado após efetuadas as exclusões das CFOPs listadas na diligência, fl. 307;
- b) ***Coefficiente com deducacao novo*** – apresenta os valores do coeficiente de creditamento do CIAP, resultante do quociente entre os valores do total das saídas tributadas e o total das saídas, fl. 308;
- c) ***Exclusões*** – apresenta o somatório das exclusões dos valores correspondentes às operações com os CFOPs relacionados no pedido de diligência, cujos dados foram obtidos do quadro Resumo Mensal de Operações por CFOP, fl. 309.

Consigna que, para esclarecer possíveis dúvidas, manteve na mesma planilha os dados obtidos pelo diligente, que serviram de base para o primeiro PARECER ASTEC Nº 42/2015, fls. 122, cujas abas têm as denominações: ***Coefficiente com deducacao fl. 124 e exclusoes fl. 123***.

Em conclusão, diz que conforme o novo *Anexo I - Demonstrativo de utilização indevida crédito de ICMS decorrente de apropriação a maior sobre incorporação de Ativo Permanente calculado no Livro CIAP - Controle de Credito de ICMS do Ativo Permanente - Exercício 2011*, (fl. 311), o contribuinte GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA., inscrição estadual 077.384.771, não tinha saldo suficiente no Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP, para apropriação do crédito fiscal, em obediência às regras estabelecidas no art. 309, §2º, inc. I do RICMS/2012, denotando uma utilização de crédito fiscal de ICMS a maior no valor de R\$165.419,42, em 2011, na forma demonstrada na “Coluna J” do citado Anexo I, acostada aos autos às fls. 311 dos autos.

Entretanto, observo da nova manifestação de defesa do sujeito passivo, acostada às fls. 322/329, a discordância do valor levantado de utilização de crédito fiscal de ICMS a maior, no valor de R\$165.419,42, objeto do PARECER ASTEC Nº 042/2019, datado de 30/09/2019, de lavra do Auditor Fiscal Diligente José Adelson Ramos, acima apresentado, sem tampouco apontar, de fato, quais erros permanecem na apuração do débito, ora levantado.

Nesse diapasão, há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Assim, considero que o conjunto de provas apresentado pelo Fiscal Autuante, agora sanado, em sede de diligência pela Assessoria Técnica do CONSEF, com o PARECER ASTEC Nº 042/2019, datado de 30/09/2019, às fls. 307/316 dos autos, de lavra do Auditor Fiscal Diligente José Adelson Ramos, são suficientes para caracterizar a autuação no valor

remanescente de R\$165.419,42.

Voto, então pela subsistência parcial do Auto de Infração, na forma do demonstrativo abaixo destacado, na forma da planilha de débito da autuação, que faz parte integrante do PARECER ASTEC Nº 042/2019, às fl. 311 dos autos:

Data Ocorr	Data Vcto	Valor Histórico – R\$
31/01/2011	20/02/2011	10.479,84
28/02/2011	20/03/2011	14.406,64
31/03/2011	20/04/2011	11.289,15
30/04/2011	20/05/2011	16.786,45
31/05/2011	20/06/2011	15.301,07
30/06/2011	20/07/2011	11.154,91
31/07/2011	20/08/2011	13.136,07
31/08/2011	20/09/2011	13.562,68
30/09/2011	20/10/2011	18.019,29
31/10/2011	20/11/2011	14.625,97
31/11/2011	20/12/2011	14.438,44
31/12/2011	20/01/2012	12.218,91
Total da Infração 1		165.419,42

Relativamente, ao novo pedido de diligência, vejo que se trata do mesmo argumento do pedido de diligência que deu causa ao PARECER ASTEC Nº 042/2019, datado de 30/09/2019, de lavra do Auditor Fiscal Diligente José Adelson Ramos, logo indefiro, na forma do art. 147 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, por considerar suficiente para a formação de minha convicção os elementos contidos nos atos.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298929.0002/13-3**, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA. (GVT)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$165.419,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA