

A. I. N° - 269135.0001/12-2
AUTUADO - TIM NORDESTE S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR
ORIGEM - DAT METRO/IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/07/2023

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0089-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. O valor do crédito fiscal relativo a bens do ativo imobilizado é calculado 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, em conformidade com a IN 53/2013. Diligências realizadas resultaram nas devidas inclusões e exclusões de valores, com refazimento dos cálculos, resultando em redução do débito originalmente lançado. Infração parcialmente elidida. Rejeitadas as nulidades arguidas pelo autuado e indeferido o pedido de perícia. Por vinculação legal, a legislação vigente não pode deixar de ser aplicada, nem a sua eventual inconstitucionalidade pode ser apreciada no âmbito dos órgãos administrativos judicantes. Infração parcialmente caracterizada. Este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/06/2012, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 7.457.637,73, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação.*

Consta adicionalmente o seguinte registro: *Causando recolhimento a menor do ICMS, pois o contribuinte não aplicou o coeficiente de creditamento sobre o valor dos créditos do CIAP para apurar o valor correto dos créditos fiscais a apropriar, tudo apurado conforme: Anexos A, B-1, B-2, C-1, C-2 e D, Livro CIAP, Livro de Registro de Apuração; Livro de Entradas, Livro de Saídas (em meio magnético), apresentados pelo contribuinte, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Foram também, infringidos os Art.93, inciso V, alínea “a” e o Art. 97, inciso XII do decreto 6.284/97- RICMS BA.*

Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2008.

A TIM CELULAR, na qualidade de sucessora por incorporação da TIM NORDESTE, por intermédio de advogados regularmente constituídos, apresentou defesa (fls. 88 a 112). Discorre sobre a tempestividade da peça defensiva. Reporta-se sobre os fatos que ensejaram a autuação. Sustenta que o Auto de Infração não merece prosperar.

Primeiro, porque o saldo de créditos de ICMS acumulado no livro CIAP deveria ser considerado, para fins da presente autuação, como o crédito originalmente registrado no CIAP e não com base

no valor reduzido, já descontado o valor da glosa de créditos proveniente do Auto de Infração nº 279.692.0010-11/3, uma vez que o débito discutido naquele processo administrativo ainda está com a sua exigibilidade suspensa, razão pela qual não pode produzir quaisquer efeitos, pelo menos até o desfecho daquele processo administrativo.

Segundo, porque o cálculo do coeficiente de aproveitamento do crédito do CIAP realizado pela Fiscalização está equivocado, uma vez que foram consideradas como operações/prestações isentas e não tributadas, reduzindo o percentual de aproveitamento de crédito do imposto, prestações decorrentes de *cessões onerosas de meios de rede*, que são operações *tributadas* pelo ICMS, ainda que sujeitas ao *diferimento* do imposto.

Terceiro, porque os valores efetivamente creditados pela empresa, registrados no CIAP, são inferiores aos valores apresentados pela Fiscalização na autuação.

Quarto, porque a Fiscalização deixou de considerar, no levantamento fiscal os valores dos créditos que já foram devidamente estornados pela empresa, consoante registros constantes de seu CIAP e Livro de Registro de Apuração, ou seja, na prática, a autuação está exigindo o estorno de créditos de ICMS que já foram estornados pela empresa.

Quinto, porque a Fiscalização, inexplicavelmente, deixou de contabilizar, no levantamento fiscal o valor de créditos escriturados no CIAP da empresa, relativos a bens que ingressaram no seu ativo, ou seja, deixou de considerar créditos fiscais legítimos, escriturados pela empresa.

Sustenta a impossibilidade de glosa de crédito proveniente de Auto de Infração lavrado com a exigibilidade suspensa, no caso o Auto de Infração n. 269135.0010-11/3, lavrado contra si sobre a mesma matéria, mas referente ao exercício de 2007, imediatamente anterior ao exercício de 2008 discutido no presente Auto de Infração, conforme indicado no campo “Observações” do Anexo do Auto de Infração.

Diz que na prática, conforme se verifica no Anexo A do Auto de Infração em lide, em vez de partir de um saldo credor acumulado do exercício de R\$ 37.044.367,19, consoante contabilizado pela empresa em seu Livro CIAP do mês de janeiro (Doc.05) a Fiscalização iniciou com um saldo credor acumulado já sensivelmente reduzido no valor de R\$ 22.286.006,81, por força da glosa de créditos de ICMS realizada no Auto de Infração n. 269135.0010-11/3. Acrescenta que daí em diante, foram feitas, mês a mês, as adições e exclusões pertinentes relacionadas a este valor, com o desconto do crédito de ICMS no valor que a Fiscalização reputou pertinente, até se apurar o crédito de ICMS que deveria ser glosado a cada mês, em uma espécie de reescrituração contábil do CIAP da empresa.

Manifesta o entendimento que é equivocada e ilegal a premissa de que partiu a Fiscalização, considerando o valor do saldo credor do ICMS acumulado inicial já reduzido pela autuação com relação ao exercício de 2007, pois pendente e com a sua exigibilidade suspensa. Neste sentido, invoca e reproduz trechos do Acórdão CJF Nº. 1344/00, proferido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Alega cálculo indevido do coeficiente de creditamento com violação ao artigo 20, § 5º, II, da LC 87/96. Discorre amplamente sobre a suas razões neste sentido.

Sustenta, em síntese, que cumpriu estritamente os termos do inciso II do § 5º da Lei n.87/96, aproveitando os créditos de ICMS sobre bens do ativo fixo na proporção das saídas tributadas sobre o total de saídas, excluindo apenas as operações realmente isentas e não tributadas, que não é o caso daquelas registradas nos CFOPs 5301 que são prestações que correspondem às cessões onerosas de meio de rede, entre empresas de telecomunicação, sujeitas ao regime de diferimento de ICMS e que não devem ser consideradas isentas ou não tributadas para fins de reduzir o coeficiente de creditamento de bens do ativo fixo, conforme explicação que apresenta.

Neste sentido, requer a reformulação do cálculo do coeficiente de aproveitamento de créditos do ICMS na aquisição de bens do ativo fixo, de modo que sejam consideradas as operações

escrituradas na coluna “Outras” do Livro Registro de Apuração do ICMS para permitir o aproveitamento proporcional do crédito sobre as operações tributadas ali escrituradas, como é o caso das operações internas e interestaduais de cessões onerosas de meios de rede para empresas de telecomunicações.

Alega a existência de divergência entre os valores de créditos de ICMS apontados pela Fiscalização e os efetivamente creditados no CIAP.

Afirma que a análise dos livros CIAP de 2008 da empresa demonstra valores de creditamento sensivelmente menores do que os que foram apresentados pela Fiscalização. Neste sentido, apresenta tabela comparativa entre os valores mensais apontados pela empresa e os valores mensais apontados pela Fiscalização no ano de 2008, sendo que, no total apurou R\$ 8.832.235,99 e a Fiscalização R\$ 9.776.221,56. Diz que essa discrepância no montante de quase R\$ 1.000.000,00 deve ser retificada, de modo a se reduzir o valor do estorno de crédito fiscal exigido.

Alega estornos de créditos de ICMS do CIAP efetuados pela empresa e desconsiderados pela Fiscalização.

Afirma que analisando-se os Livros CIAP da empresa referente ao exercício de 2008 (doc.07), verifica-se que efetuou diversos estornos de créditos mensais que não foram considerados pela Fiscalização no montante de R\$ 507.848,59, conforme tabela que apresenta.

Diz que dessa forma, o crédito fiscal aproveitado pela empresa a cada mês é inferior ao considerado pela Fiscalização, que não levou em conta os estornos de créditos escriturados pela empresa.

Conclusivamente, diz que o Auto de Infração não merece subsistir.

Finaliza a peça defensiva requerendo o cancelamento integral do Auto de Infração. Requer, ainda, caso não seja este o entendimento do órgão julgador, o cancelamento da multa. Protesta provar o alegado por todos os meios de provas em Direito admitidos, em especial pela realização de diligências e prova pericial, indicando a sua assistente técnica e apresentando lista de quesitos para serem respondidos às fls. 111/112.

O autuante Gilson Maria Bonfim Costa prestou Informação Fiscal (fls.188 a 195). Registra que a Fiscalização utilizou o saldo de créditos do ICMS constante do Auto de Infração 269135.0010/11-3, pois por meio do referido Auto de Infração é que foi apurado o valor do saldo correto, determinado segundos os levantamentos realizados que identificou erros nos levantamentos do autuado e procedeu o lançamento do débito.

Observa que não poderia ser diferente, haja vista que se fosse considerado como saldo inicial para apuração do CIAP o saldo levantado pelo autuado, constante do seu Livro CIAP, se estaria automaticamente assumindo este saldo a maior como correto que, o que de fato, não é.

Diz que dessa forma, ao utilizar o saldo do Auto de Infração lavrado anteriormente para exigir os estornos do CIAP, a Fiscalização está confirmado a ação fiscal anterior.

Esclarece que utilizou os dados obtidos diretamente dos livros fiscais do autuado, no caso Livros Registros de Apuração do ICMS, Registro de Entradas, Registro de Saídas e Livro CIAP todos entregues pelo autuado e autenticados pela SEFAZ/BA, conforme recibos de autenticação, acostados às fls. 78 a 80 dos autos.

Discorda das alegações defensivas. Diz que todos os dispositivos legais que definem o cálculo do crédito de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento são os artigos 20, § 5º, III da LC 87/96; 29, § 6º, III da Lei 7.014/96-BA e 93, § 17, III do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Observa que os referidos dispositivos normativos 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. Reproduz os referidos artigos.

Afirma que desse modo, 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

Afirma 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.

Observa que o numerador contém o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o RICMS-BA equipara às prestações tributadas, apenas, as saídas e prestações com destino ao exterior. Já no denominador está o total das operações de saídas e prestações do período, onde se inclui as operações tributadas, isentas e outras e que não vislumbrou, no RICMS-BA, previsão legal para excluir do denominador às operações fora da incidência do ICMS.

Sustenta que assim sendo, inexiste dispositivo legal que estabeleça inclusões ou exclusões sobre os serviços de telecomunicações escriturados na coluna “OUTRAS” como sugerido pelo impugnante.

Salienta que a legislação equipara às prestações de serviços tributadas, apenas, à prestação de serviços de telecomunicações com destino ao exterior, porém no livro registro de saídas do autuado, não consta nenhuma prestação de serviços de telecomunicações com essa característica, Coluna C, fl. 14 dos autos.

Diz que como existe especificação para prestações com destino ao exterior, se fosse necessário ter inclusão ou exclusão de outros serviços e ou operações o legislador o estabeleceria.

Assinala que na defesa o autuado efetuou novos cálculos incluindo as operações que gostaria que fossem consideradas no cálculo do coeficiente de creditamento.

Manifesta o entendimento de que o autuado 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 esta opinião a considerar para aprimorar futuras normas legais e não sobrepor as atuais.

Diz que diante disso, resta claro a necessidade de um dispositivo legal para poder executar alteração na forma de cálculo, o que, reitera, não ocorre com a legislação vigente no Estado da Bahia.

Assevera 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 art. 93, § 17, III do RICMS/BA.

Conclusivamente, 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 no levantamento fiscal está correta, tendo em vista que obedeceu ao art. 93, § 17, III do RICMS/BA.

No que tange a alegação defensiva atinente a divergência entre os valores de créditos de ICMS apontados pela Fiscalização e os efetivamente creditados no CIAP, consigna que reconhece que houve lapso no lançamento na planilha de cálculo dos valores apurados e reconhece como corretos os montantes relacionados pelo impugnante. Acrescenta que por essa razão, acostou à fl. 197 dos autos, nova versão da planilha de demonstrativo de débito: *ANEXO A – Demonstrativo do ICMS Recolhido a Menor, Devido a Utilização a Maior de Crédito de ICMS Referente a Incorporação de Ativo Permanente Calculados no Livro CIAP* deste PAF, corrigindo a coluna “L”,

onde lança os valores corretos de apropriação de crédito de ICMS utilizado pelo autuado.

Pontua que no trabalho fiscal apurou que os valores relacionados pelo impugnante às fls. 106/107, item 68, foram efetivamente estornados mediante lançamentos de débito na coluna *Estornos de Crédito do Livro de Apuração*. Acrescenta que desse modo, estes valores foram considerados na apuração do novo montante do Crédito Mensal do CIAP a Estornar sendo abatidos dos montantes apurados inicialmente conforme se verifica no novo Demonstrativo de Débito – ANEXO A, que anexou. Assinala que os montantes estornados pelo autuado estão lançados na coluna “N” sendo abatidos dos montantes apurados anteriormente e os novos montantes mensais a serem estornados encontram-se na coluna “O” do mesmo demonstrativo.

Quanto à alegação defensiva de que a Fiscalização desconsiderou notas fiscais referentes a entradas de bens do ativo permanente no seu estabelecimento nos meses de junho a dezembro de 2008, apresentando tabela totalizando os montantes mensais referentes a estas entradas e menciona que as respectivas notas fiscais se encontram relacionadas em “planilha anexa (doc. 8)”, afirma que referido documento 08 não foi encontrado. Acrescenta que examinou o CD de Dados anexado a peça defensiva e lá não há nenhum documento com esta referência ou com estes dados, sendo assim não concorda com utilização destes montantes no seu Livro CIAP.

Finaliza a peça informativa consignando que tendo em vista as considerações apresentadas mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário, recomendando o acolhimento do novo demonstrativo de débito juntado à fl. 197 dos autos, que contemplou as alegações do autuado nos pontos que entendeu pertinentes, em vista dos elementos de prova apresentados, e espera um julgamento exemplar pela procedência do presente Auto de Infração.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, considerando não que constava nos autos a comprovação de que o autuado fora cientificado da Informação Fiscal, inclusive sobre o novo demonstrativo elaborado pelos autuantes, converteu o feito em diligência à IFEP/SERVIÇOS (fl.200), a fim de que fosse entregue ao autuado cópia do demonstrativo de fl. 197 e da Informação.

Consta às fls. 203/204, intimação ao autuado, via postal, para recebimento dos documentos apontados na diligência, contudo este não se manifestou.

A 1^a JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF), fl. 207, a fim de que Auditor Fiscal designado examinasse a legitimidade dos dados apresentados pelo autuado referente ao cálculo do coeficiente de creditamento – CIAP 2008, na tabela de fl. 104 dos autos, comparando-os com os documentos fiscais respectivos, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos.

O diligenciador da ASTEC/CONSEF, nos termos do Parecer ASTEC N°. 17/2014, registrou a total impossibilidade de atendimento da diligência, em face as dificuldades encontradas junto a empresa em atender as solicitações.

O autuado apresentou petição (fl. 214) ‘na qual informa que está efetuando o levantamento da documentação solicitada, contudo que precisará de um prazo adicional para conclusão, razão pela qual requer a prorrogação do prazo por mais 30 dias.

Consta, à fl. 220, manifestação do autuado no sentido de que em cumprimento à intimação (doc. 01), apresenta os documentos solicitados gravados no CD-ROM que anexa (doc. 02).

O autuante Gilson de Almeida Rosa Junior, cientificado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, Parecer ASTEC N°. 17/2014, (fls. 209/210 dos autos) assim como da manifestação do autuado (fls. 254 a 258 dos autos), se pronunciou dizendo que nada tem “a acrescentar em relação a essas peças”. Registra que anexou a mesma Informação Fiscal em face de a anteriormente não constar a fl. 07 [fl. 06] reafirmando todos os seus termos.

A 1^a JJF, considerando a relação direta e de dependência do presente Auto de Infração com o Auto de Infração nº 269135.0010/11-3, encaminhou o presente PAF à Coordenação Administrativa do CONSEF, a fim de que ficasse sobreestado até o julgamento definitivo do referido Auto de

Infração.

O PAF foi retornado pela Coordenação Administrativa para andamento processual em face de o Auto de Infração nº 269135.0010/11-3 já ter sido encaminhado para instrução.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à IFEP SERVIÇOS (fl. 283), a fim de que os autuantes, após o julgamento definitivo do Auto de Infração nº 269135.0010/11-3, verificassem se o saldo acumulado do mês de dezembro de 2007 calculado pela Fiscalização e consta no Anexo A do referido Auto de Infração, em face a decisão de Segunda Instância sofreu alteração e se esta alteração, porventura, afetou os valores originalmente apontados no presente Auto de Infração.

O autuante se pronunciou (fl. 287) dizendo que como ainda não ocorreu o julgamento encaminha o PAF para que fique sobrestado até que ocorra o aduzido julgamento.

Tendo ocorrido o julgamento acima referido, o autuante cumpriu a diligência.

Esclarece que realizou os seguintes procedimentos:

1. *Verificado que houve alteração no valor do saldo acumulado do mês de dezembro/2007 após julgamento final em 2ª Instância do PAF 269.135.0010/11-3 ocorrido em dezembro/2021, modificando o valor do mesmo de R\$ 22.286.006,81 para R\$ 23.819.768,43*
2. *Realizada a alteração do demonstrativo de débito constante a fl. 07 deste PAF, lançando como saldo inicial o valor de R\$ 23.819.768,43.*
3. *Realizada confecção de novo demonstrativo de débito que segue no ANEXO-01 desta Diligência Fiscal.*
4. *Realizada a devida adequação do cálculo do índice de creditamento às normas previstas na Instrução Normativa 053/2013, gerando novos valores mensais deste índice. Demonstrativos do cálculo dos novos índices constam no ANEXO-02 desta Diligência Fiscal.*
5. *Lançados os novos índices de creditamento no novo demonstrativo de débito constante ANEXO-01 desta Diligência Fiscal.*

Finaliza dizendo que concluiu a diligência anexando cópias dos novos demonstrativos para que sejam enviados ao contribuinte para sua manifestação, tudo conforme solicitado no pedido de Diligência do CONSEF.

O autuado, cientificado do resultado da diligência, se manifestou (fls. 313 a 320 – frente e verso). Alega que muito embora o resultado da diligência conclua pelo cancelamento de parte da exigência fiscal, esta conclusão não merece prevalecer. Diz que a amostra examinada na perícia é suficiente para cancelar integralmente a autuação. Reitera as suas razões atinentes a impossibilidade de glosa de crédito fiscal proveniente de Auto de Infração lavrado com a exigibilidade suspensa, no caso o Auto de Infração nº 269135.0010/11-3. Do mesmo modo, reitera o argumento atinente ao cálculo indevido do coeficiente de creditamento e a impossibilidade de alteração retroativa do critério jurídico adotado para o lançamento – art. 146 do CTN.

Reitera, também, os argumentos referentes a existência de divergências de valores de crédito fiscal apontado pela Fiscalização e pela diligência e os efetivamente creditados no CIAP, assim como atinente aos estornos de créditos efetuados e desconsiderados pela Fiscalização e pelo Perito. Alega, ainda, a desconsideração de valores referentes a crédito fiscal relacionados à entrada de bens do ativo imobilizado pela Fiscalização e pelo Perito e requer a conversão do feito em diligência novamente pelas razões que enumera.

Finaliza colocando-se à disposição para prestar os esclarecimentos necessários, bem como apresentar algum documento adicional que se entenda relevante.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls. 387/388) observando o seguinte:

1. *Ratificamos que foram procedidas as alterações no demonstrativo de débito solicitação de Diligência Fiscal do CONSEF.*
2. *A partir da manifestação do contribuinte constatamos que os dados utilizados no demonstrativo juntado a fl 291 NÃO ESTAVAM considerando os dados constantes nos itens IV e V de sua manifestação, que relacionam créditos que já haviam sido mencionados em sua defesa e que já haviam sido reconhecidos*

na Informação Fiscal e considerados no demonstrativo juntado naquela informação constante a fl. 197.

3. *Dessa forma, reconhecido o equívoco, produzimos novo demonstrativo considerando os itens referidos nos itens IV e V da manifestação do contribuinte que ora segue anexo.*

4. *Entretanto em relação ao item VI da mesma manifestação do contribuinte informamos que, como já dito na Informação Fiscal item 1.e à fl 193, não foi identificado o referido documento “planilha anexa (doc. 8)”. Dessa forma não foram considerados os créditos ali indicados.*

Finaliza dizendo que é o que há para constar nessa Informação Fiscal e junta novo demonstrativo com as correções acima indicadas.

O autuado, cientificado da informação fiscal prestada pelo autuante, se manifestou (fls. 593 a 401 - frente e verso). Alega que muito embora a nova manifestação fiscal tenha acolhido alguns dos pontos expostos pela empresa e conclua pelo cancelamento de parte da exigência fiscal, esta conclusão não merece prevalecer, pois a amostra examinada na perícia é suficiente para cancelar integralmente a autuação.

Reitera as suas razões atinentes a impossibilidade de glosa de crédito fiscal proveniente de Auto de Infração lavrado com a exigibilidade suspensa, no caso o Auto de Infração n. 269135.0010/11-3.

Do mesmo modo, reitera o argumento atinente ao cálculo indevido do coeficiente de creditamento e a impossibilidade de alteração retroativa do critério jurídico adotado para o lançamento – art. 146 do CTN.

Reitera, também, os argumentos referentes a existência de divergências de valores de crédito fiscal apontado pela Fiscalização e pela diligência e os efetivamente creditados no CIAP, assim como atinente aos estornos de créditos efetuados e desconsiderados pela Fiscalização e pelo perito.

Alega, ainda, a desconsideração de valores referentes a crédito fiscal relacionados à entrada de bens do ativo imobilizado pela Fiscalização e pelo perito e requer a conversão do feito em diligência novamente pelas razões que enumera.

Finaliza colocando-se à disposição para prestar os esclarecimentos necessários, bem como apresentar algum documento adicional que se entenda relevante.

O autuante, cientificado da manifestação do autuado, se pronunciou (fl. 408) dizendo que nada há a acrescentar à sua manifestação de fls. 387/388.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração imputada ao autuado decorrente de utilização de crédito fiscal relativo à entrada de bens do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido na legislação, por não ter aplicado corretamente o coeficiente sobre o valor dos créditos do CIAP para apurar o valor de crédito fiscal a ser efetivamente utilizado, conforme os artigos 93, inciso V, alínea “a”, art. 97, inciso XII do RICMS/BA/97.

Inicialmente, cabe observar que a alegação defensiva de impossibilidade de glosa de crédito fiscal proveniente de Auto de Infração lavrado contra si, mas com a exigibilidade suspensa, no caso o Auto de Infração nº 269135.0010/11-3 que cuida da mesma matéria tratada no presente Auto de Infração, contudo referente ao exercício de 2007, resta ultrapassada, haja vista que referido Auto de Infração nº 269135.0010/11-3, já foi julgado nas duas instâncias deste CONSEF, consoante os Acórdãos JJF Nº. 0037-02/21 VD e CJF Nº 0370-12/21 VD, sendo declarado procedente em parte.

O autuado requer a realização de perícia para comprovação das suas razões defensivas, porém não vislumbra necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame, haja vista que os julgadores têm pleno conhecimento técnico sobre as matérias tratadas na autuação. Indefiro, portanto, o pedido de

realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alínea “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.

Entretanto, cumpre registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, em face às alegações defensivas e contestações da Fiscalização, portanto, a controvérsia estabelecida, converteu o feito em diligência em algumas oportunidades, na busca da verdade material.

No mérito, observo que a autuação diz respeito à matéria recorrente no âmbito deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos cujas ementas reproduzo abaixo:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0099-11/10**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. O valor do crédito fiscal relativo a bens do ativo imobilizado é calculado 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 as saídas e prestações com destino ao exterior. As operações/prestações sujeitas ao instituto do diferimento são operações/prestações tributadas, já que nelas há a ocorrência do fato gerador, apenas adiando-se a exigência do imposto para um momento subsequente, não se equiparando a operações/prestações isentas ou com não-incidência. Por outro lado, as operações de saída de bens em comodato ou suas remessas para reparo ou conserto, muito embora não tributadas pelo ICMS, como não se subsumem em saídas definitivas, não devem ser computadas no valor total das saídas do estabelecimento. *Decisão modificada. Exigência fiscal improcedente. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO. Decisão unânime.*

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0238-11/12**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. O valor do crédito fiscal relativo a bens do ativo imobilizado é calculado 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 as saídas e prestações com destino ao exterior. As operações/prestações sujeitas ao instituto do diferimento são operações/prestações tributadas, já que nelas há a ocorrência do fato gerador, apenas adiando-se a exigência do imposto para um momento subsequente, não se equiparando a operações/prestações isentas ou com não-incidência. Por outro lado, as operações de saída de bens em comodato ou suas remessas para reparo ou conserto, muito embora não tributadas pelo ICMS, como não se subsumem em saídas definitivas, não devem ser computadas no valor total das saídas do estabelecimento. *Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação da Junta de Julgamento Fiscal, efetuou as devidas inclusões e exclusões, resultando no refazimento dos cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Indeferido o pedido de perícia. Não acolhida a decadência suscitada. Decisão não unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.*

Mais recentemente o Acórdão CJF Nº 0370-12/21 VD trouxe a seguinte ementa:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0370-12/21-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. O valor do crédito fiscal relativo a bens do ativo imobilizado é calculado 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, em conformidade com a IN 53/2013. Diligências realizadas resultaram nas devidas inclusões e exclusões de valores, com refazimento dos cálculos, resultando em redução do débito originalmente lançado. *Infração parcialmente elidida. Rejeitadas as nulidades arguidas pelo autuado e indeferido o pedido de perícia. Por vinculação legal, a legislação vigente não pode deixar de ser aplicada, nem a sua eventual inconstitucionalidade pode ser apreciada no âmbito dos órgãos administrativos judicantes. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.*

Cabível observar que a ementa CJF Nº0370-12/21 VD, acima reproduzida, diz respeito precisamente ao Auto de Infração nº 269135.0010/11-3, aduzido pelo impugnante.

É possível observar da simples leitura dos enunciados das ementas acima reproduzidas que no cálculo do crédito fiscal referente a bens do ativo imobilizado multiplica-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, conforme manda a legislação tributária estadual, especialmente a orientação da

Instrução Normativa 53/2013.

No presente caso, esta Junta de Julgamento Fiscal solicitou na última diligência que os autuantes, após o julgamento definitivo do Auto de Infração nº 269135.0010/11-3, verificassem se o saldo acumulado do mês de dezembro de 2007 calculado pela Fiscalização e consta no Anexo A do referido Auto de Infração, em face a decisão de Segunda Instância sofreu alteração e se esta alteração, porventura, afetou os valores originalmente apontados no presente Auto de Infração.

O autuante que cumpriu a diligência esclareceu que verificou que houve alteração no valor do saldo acumulado do mês de dezembro/2007 após julgamento final em 2ª Instância do PAF 269.135.0010/11-3 ocorrido em dezembro/2021, modificando o valor do mesmo de R\$ 22.286.006,81 para R\$ 23.819.768,43.

Disse que realizou a alteração do demonstrativo de débito constante a fl. 07 dos autos, lançando como saldo inicial o valor de R\$ 23.819.768,43.

Esclareceu que elaborou novo demonstrativo de débito, ANEXO 01 da diligência, assim como que realizou a devida adequação do cálculo do índice de creditamento às normas previstas na Instrução Normativa 053/2013, gerando novos valores mensais desse índice, conforme demonstrativos do cálculo dos novos índices que constam no ANEXO-02 da diligência e que lançou os novos índices de creditamento no novo demonstrativo de débito constante ANEXO-01.

Cientificado do resultado da diligência o autuado alegou que muito embora a nova manifestação fiscal tenha acolhido alguns dos pontos expostos pela empresa e conclua pelo cancelamento de parte da exigência fiscal, esta conclusão não merece prevalecer, pois a amostra examinada na “perícia” é suficiente para cancelar integralmente a autuação, reiterando os argumentos anteriormente apresentados.

O autuante ao se pronunciar ratificou que procedeu as alterações no demonstrativo de débito conforme solicitação de diligência do CONSEF.

Disse que a partir da manifestação do contribuinte constatou que os dados utilizados no demonstrativo de fl. 291 não estavam considerando os dados constantes nos itens IV e V de sua manifestação, que relacionam créditos que já haviam sido mencionados em sua defesa e que já haviam sido reconhecidos na Informação Fiscal e considerados no demonstrativo juntado naquela informação constante a fl. 197, sendo que dessa forma, reconheceu o equívoco, e elaborou novo demonstrativo considerando os itens referidos nos itens IV e V da manifestação do autuado que anexou.

A análise do resultado na forma acima referida permite concluir que o trabalho do diligenciador foi realizado em conformidade com a solicitação contida na diligência.

Diante disso, acorde com o resultado apresentado pelo autuante no demonstrativo que elaborou após os ajustes e correções efetuadas, acostado à fl. 389 dos autos, a infração é parcialmente procedente no valor total de ICMS devido de R\$ 3.557.781,93, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	Valor do ICMS devido (R\$)
31/01/2008	262.323,43
28/02/2008	263.178,70
31/03/2008	248.626,75
30/04/2008	278.402,76
31/05/2008	276.973,04
30/06/2008	303.547,12
31/07/2008	306.496,49
31/08/2008	303.160,00
30/09/2008	322.966,25
31/10/2008	318.637,73

30/11/2008	315.549,63
31/12/2008	357.920,03
TOTAL	3.557.781,93

Por derradeiro, no tocante à multa aplicada, vale observar que esta encontra-se prevista na Lei nº. 7.014/96, falecendo competência a este órgão julgador administrativo de Primeira Instância para apreciar pedido do seu cancelamento ou redução.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269135.0001/12-2**, lavrado contra **TIM NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.557.781,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a", 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, inciso I, alínea "a", item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR