

PROCESSO	- A. I. N° 298929.0002/13-3
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GLOBAL VILLAGE TELECOM S.A. (GVT)
RECORRIDOS	- GLOBAL VILLAGE TELECOM S.A. (GVT) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0048-04/20
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0339-12/24-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LIVRO CIAP. APROPRIAÇÃO A MAIOR. CRÉDITO PRESUMIDO. Os argumentos defensivos elidem em parte a autuação. Em sede de diligência a Assessoria da ASTEC refez o demonstrativo de débito da autuação, mas manteve alguns equívocos corrigidos no julgamento. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2013, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 01.03.12: 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, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 491.835,63, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

A 4ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0048-04/20 (fls. 364 a 379), com base no voto do Relator a seguir transscrito:

“Preliminarmente, o sujeito passivo argui nulidade da autuação. Com a consecução do PARECER ASTEC N° 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 diligencia 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 vénia, 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 5ªJJF, 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 N° 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 5ªJJF, 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 defendant, 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 defendant, 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) 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”.

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 N° 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 n° 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 deficiente 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 deficiente e acatadas pela 5ª JJF na forma do disposto no pedido de diligência às fls. 168 dos autos, podendo verificar as considerações postas pelo deficiente, 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 N° 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 deficiente 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 N° 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 decidiram 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 N° 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 5ªJJF (fl. 302), objeto da sessão suplementar do dia 29/05/2017.

Às fls. 307/ 310, encontra-se o PARECER ASTEC N° 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 diligencia expresso no expediente acostado aos autos às fls. 168/169, partindo do demonstrativo de cálculo que faz parte integrante do PARECER ASTEC N° 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) **Coeficiente_com_deducao_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: **Coeficiente_com_deducao_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 I		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 N° 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 n° 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.”

A 4^a JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado interpôs Recurso Voluntário (fls. 395 a 405), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, o qual foi inicialmente considerado intempestivo, mas o Autuado apresentou impugnação (fls. 449 a 451), a qual foi conhecida e provida pelo Presidente deste CONSEF (fl. 515 – frente e verso), determinando o seu julgamento.

Em seu Recurso Voluntário, o Autuado elaborou uma breve síntese dos autos, informando que, após intimado acerca da lavratura do Auto de Infração, apresentou impugnação, defendendo que o cálculo do coeficiente de apropriação de crédito do CIAP foi refeito de forma equivocada, tendo sido os autos convertidos em diligência fiscal pela 4^a JJF por quatro oportunidades, sendo que o débito originariamente autuado, no valor de R\$ 491.835,63, foi:

- 1) minorado para R\$ 137.762,85, na primeira diligência fiscal (fl. 125);
- 2) majorado para R\$ 139.331,52, na segunda diligência fiscal (fl. 172);
- 3) majorado para R\$ 165.418,99, na terceira diligência fiscal (fl. 245); e
- 4) mantido no valor de R\$ 165.419,42, na quarta diligência fiscal (fl. 310), valor que foi julgado pela 4^a JJF, conforme consta no Acórdão recorrido.

Relatou que a origem da autuação está na forma de cálculo da proporção do crédito do ICMS aproveitável, relativo às entradas de bens para seu ativo permanente, prevista no Art. 20, § 5º da Lei Complementar nº 87/96, reproduzida na lei estadual baiana tida como infringida, cujo objetivo é extraír-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.

Disse que os equívocos se situam no aumento indevido do denominador, jogando para baixo o quociente da divisão do primeiro pelo segundo, e reduzindo artificialmente o seu direito de crédito sobre os bens do seu ativo permanente, ao incluir operações que não constituem hipóteses de incidência do imposto estadual, quais sejam, transferências de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos do próprio contribuinte (CFOPs n^{os} 5.552 e 6.552) e diversas outras formas de simples remessa e devolução de bens (CFOPs n^{os} 5.554, 5.905, 5.949, 6.554, 6.557, 6.905, 6.909, 6.913, 6.915 e 6.949), sendo que tais operações sequer deveriam figurar na referida operação.

Aduziu que, no cálculo dos coeficientes de aproveitamento do crédito CIAP, simplesmente se 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 (Doc. n^o 04 da Impugnação), 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.

Asseverou ser imprescindível distinguir as hipóteses estranhas ao fato gerador do imposto, indevidamente incluídas no denominador da operação que calcula o crédito do ICMS do ativo permanente, dos casos em que potencialmente haveria incidência do ICMS, mas que, por força de isenção legal, imunidade constitucional ou não-incidência por qualquer outro motivo que afaste a tributação de fato potencialmente tributável, em que não há pagamento do tributo, sendo somente nestes últimos casos (isenção, imunidade ou não-tributação por motivo diverso) que tais valores devem ser incluídos no cálculo, mas nunca as operações cuja hipótese de incidência não ocorreu, como é o caso das operações de comodato, devoluções e remessa para depósito, conserto, etc., além das transferências entre estabelecimentos do próprio contribuinte.

Alegou que a 4^a JJF reconheceu os equívocos cometidos quanto do cálculo do coeficiente de apropriação de crédito do CIAP e determinou a conversão dos autos em diligência em quatro oportunidades, contudo, em que pese o reconhecimento dos desacertos cometidos quando da lavratura do auto de infração, o novo cálculo ainda resta equivocado nos seguintes pontos:

- a)** foi determinada a exclusão de alguns CFOPs do numerador (Coluna B – Saídas Tributadas), do cálculo de apuração do coeficiente CIAP, mas quando da exclusão dos valores relativos aos CFOPs 5.552 e 6.552, ao não encontrar valores lançados na coluna “Base de Cálculo ICMS”, equivocadamente foram subtraídos os valores relativos aos mesmos CFOPs lançados na coluna “Outras”, as quais não são tributadas.
- b)** foi determinada a exclusão de alguns CFOPs do denominador (Coluna E – Total das Saídas), do cálculo de apuração do coeficiente CIAP, mas não foram excluídas as operações, relativas aos CFOPs 5.949 e 6.949, que caracterizassem meramente movimentações de mercadorias, haja vista que nem mesmo foi destinada coluna no Anexo III, do Parecer ASTEC nº 42/2019, para apresentá-las.

Ressaltou que, após a realização dos ajustes dos dois equívocos acima apontados, tudo conforme já determinado pela JJF, chega-se ao valor total devido de R\$ 104.961,48, conforme demonstrativos detalhados que anexou (Doc. nº 05).

Reiterou que não foram abatidas da Coluna “OUTRAS” da Coluna E – “TOTAL DAS SAÍDAS”, os valores que traduzem receitas de operações estranhas ao fato gerador do ICMS, sendo que, na terceira diligência fiscal (fls. 241 a 245), o Diligente alegou que tais valores não poderiam ser excluídos, haja vista tratar-se de questão de mérito, ainda não abordada expressamente pela 4^a JJF.

Explicou que o próprio RICMS/97, vigente à época dos fatos que ensejaram a autuação, em seu Art. 6º, V e VI, dispunha que a remessa e retorno de bens ou mercadorias, sem a transferência de titularidade, não são hipóteses de incidência de ICMS, entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, que sempre entendeu pela intributabilidade de meras transferências físicas de mercadorias, bem como do STJ, conforme a Súmula nº 166.

Requeru a procedência deste Recurso Voluntário para que, reformando-se parcialmente o Acórdão JJF nº 0048-04/20, **(a)** sejam excluídos do denominador (Coluna E – Saídas Totais) do cálculo de apuração do coeficiente CIAP, todas as operações já determinadas pela JJF, especificamente as relativas aos CFOPs 5.949 e 6.949; **(b)** não sejam excluídos do numerador (Coluna B – Saídas Tributadas) os valores lançados na coluna “Outras” para os CFOPs 5.552 e 6.552; e, por fim, **(c)** seja determinado o abatimento, do denominador (Coluna E – Saídas Totais), dos valores lançados na coluna “OUTRAS”, fruto de operações estranhas ao ICMS.

Solicitou o cadastramento do advogado que indicou para recebimento das intimações, sob pena de nulidade.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado e o autuante que efetuaram a sustentação oral, Sra. Letícia Magalhães Carneiro - OAB/SP nº 508.718 e Sr. Edmário de Jesus Santos.

Registro também o impedimento do Conselheiro João Vicente Costa Neto, o qual foi substituído

pelo Conselheiro Valtércio Serpa Júnior.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência da utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação.

No que concerne à solicitação do Autuado de que as intimações sejam enviadas ao seu patrono, para fins de recebimento das comunicações no presente feito, inexiste óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Constatou que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor histórico de R\$ 778.047,22, conforme extrato (fl. 381), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

A desoneração decorreu do atendimento das diligências solicitadas pelos julgadores de piso, de forma a excluir alguns CFOPs do levantamento, conforme determina a Instrução Normativa SAT nº 53/13, não havendo por que modificar a Decisão recorrida para restabelecer, total ou parcialmente, a autuação.

Assim, foram excluídas totalmente as operações com os CFOPs nºs 5.552, 6.551, 6.552, 6.554, 6.557, 6.905, 6.909 e 6.913 e parcialmente as com os CFOPs nºs 5.949 e 6.949, relativas às operações tributadas, e os CFOPs nºs 5.552, 5.554, 5.905, 6.551, 6.552, 6.554, 6.557, 6.905, 6.909, 6.913 e 6.915 do total das saídas.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, assiste razão ao Autuado quanto ao equívoco cometido quando da exclusão dos valores relativos aos CFOPs nºs 5.552 e 6.552, em que foram subtraídos os valores relativos aos mesmos CFOPs lançados na coluna “Outras”, as quais não foram tributadas e, portanto, não poderiam ser abatidas das operações tributadas.

Também assiste razão ao Autuado em relação a não terem sido excluídas as operações, relativas aos CFOPs nºs 5.949 e 6.949, que caracterizaram meramente movimentações de mercadorias.

Fiz as exclusões requeridas e encontrei o valor total devido de R\$ 104.961,48, igual ao valor citado pelo Autuado no Recurso Voluntário, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	Valor Auto de Infração	Valor 4ª JJF	Valor 2ª CJF
31/01/2011	30.940,21	10.479,84	7.168,17
28/02/2011	30.821,90	14.406,64	7.451,95
31/03/2011	27.844,44	11.289,15	6.989,57
30/04/2011	32.520,45	16.786,45	7.962,93
31/05/2011	36.292,96	15.301,07	7.954,64
30/06/2011	37.401,01	11.154,91	8.442,07
31/07/2011	33.536,39	13.136,07	8.711,18
31/08/2011	24.463,73	13.562,68	8.955,12
30/09/2011	52.106,88	18.019,29	9.478,40
31/10/2011	54.098,38	14.625,97	9.756,94
30/11/2011	65.640,46	14.438,44	11.066,76
31/12/2011	66.168,82	12.218,92	11.023,75
Valor Total	491.835,63	165.419,42	104.961,48

Entretanto, não assiste razão ao Autuado quanto às operações em que não há incidência do ICMS, as quais entendo que não podem ser excluídas por pertencerem ao total das operações do Autuado, não havendo previsão para exclusão na Instrução Normativa SAT nº 53/13, cujas hipóteses de exclusão estão previstas no seu item 3, abaixo transcrito:

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

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

3.2. das operações e prestações não tributadas pelo ICMS.” (grifo nosso)

Saliento que a Instrução Normativa SAT nº 53/13, cuja publicação ocorreu posteriormente à lavratura do Auto de Infração, é uma norma procedural, daí as correções efetuadas mediante as diligências realizadas.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, conforme demonstrativo acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298929.0002/13-3, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM S.A. (GVT)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 104.961,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS