

PROCESSO - A. I. N° 207090.0006/10-4
RECORRENTE - DURIT BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF N° 0250-01/14
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 11/09/2015

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0266-12/15

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOR. DEDUÇÃO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO PROGRAMA DE INCENTIVO AO ESPORTE AMADOR DO ESTADO DA BAHIA: FAZATLETA. O art. 1º da Lei nº 7.539/1999 e o art. 14 do Decreto 9.609/2005 não estabelecem limites referentes aos tipos de operação que devem ser aplicados na redução. Por ultrapassarem o limite de 5%, permanecem na infração 03 os montantes de R\$ 5,84 (março de 2006) e R\$ 54,07 (julho de 2006). Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 1^a JJF nº 0250-01/14, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 30/06/2010 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 123.722,65, sob a acusação do cometimento de 11 (onze) irregularidades, das quais apenas a de nº 03 (três), abaixo reproduzida, constitui a peça de irresignação.

INFRAÇÃO 03. Recolhimento a menor, devido à dedução do imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo Fiscal ao Esporte Amador do Estado da Bahia, FAZATLETA, previsto na Lei 7.539/1999, não tendo sido constatada a presença de fraude ou dolo. R\$ 47.253,82, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei 7.014/1996. Está dito que o contribuinte utilizou cumulativamente o benefício fiscal do FAZATLETA para deduzir o ICMS de importação, antecipação parcial e normal, ultrapassando o limite de 5% do tributo devido em cada período de apuração, conforme prescrito na Portaria 288/2002 e no art. 11 do RICMS-BA/1997.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 25/11/2014, julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração e procedente a imputação 3, em votação não unânime (fls. 2.085 a 2.107), nos termos a seguir transcritos.

“VOTO

(...)

Relativamente à infração 03, observo que esta infração também foi objeto de diligência solicitada por esta JJF cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito. No seu pronunciamento o diligenciador afirma que ocorreu violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA. Apresenta detalhadamente a análise quanto aos elementos atinentes a este item da autuação. Diz que o levantamento fiscal totalizado à fl. 108 dos autos é de fácil entendimento.

Assinala que o autuado pleiteia contra literal disposição legal. Manifesta o entendimento de que o autuado incorreu em violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA, sendo, desse modo, correta a autuação.

O impugnante discorda do resultado da diligência, afirmando que o demonstrativo do aproveitamento do crédito do FAZATLETA que apresenta revela claramente que jamais foi desrespeitado o teto de batimento de 5% do ICMS em cada operação, de modo que, se individualmente o limite de 5% era obedecido, por consequência o limite global de 5% também foi obedecido, sendo esta uma lógica matemática.

Passo a examinar.

Inicialmente, cabe fazer um registro sobre o que foi suscitado na sessão de julgamento pelo ilustre patrono do

contribuinte, bem como pelo ilustre Julgador José Bizerra Lima Irmão, quanto à vigência da Portaria nº 288/02, em face de o referido ato normativo se reportar ao Decreto nº 7.733/99 que fora revogado, portanto, quanto à nulidade do lançamento por se fundamentar em ato normativo revogado, conforme faço a seguir.

A infração imputada ao autuado apresenta a seguinte descrição: Recolheu a menos o ICMS em decorrência de abatimento deste imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo Fiscal ao Esporte Amador do Estado da Bahia – FAZATLETA, disposto na Lei 7.539/99, não sendo mediante fraude ou dolo.

Como complemento da descrição dos fatos consta no Auto de Infração o seguinte: O contribuinte utilizou cumulativamente o benefício fiscal do Fazatleta, para abater o imposto devido nas operações de importação, antecipação parcial e do recolhimento do ICMS normal, ultrapassando mensalmente o limite de 5% do ICMS devido em cada período de apuração, conforme prescrito na Portaria 288/02 e no art. 11 do RICMS/BA.

Como se vê da leitura das descrições acima transcritas, a acusação fiscal é de que o contribuinte efetuou o recolhimento a menos do ICMS por não observar as disposições da legislação do Programa FAZATLETA atinentes ao abatimento deste imposto, na forma determinada pela Lei nº 7.533/99.

A Portaria nº 288/02 apresenta o seguinte enunciado: Esclarece o alcance das disposições contidas nos artigos 13 a 16 dos Regulamentos dos programas FAZATLETA e FAZCULTURA, aprovados pelos Decretos nº 7.733/99 e 7.833/00 respectivamente, e dá outras providências.

O artigo 13 do Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº 7.733/99, mencionado na Portaria nº. 288/02 trazia a seguinte redação:

Art. 13. O Patrocinador que apoiar financeiramente projetos aprovados pela Comissão Gerenciadora poderá abater até o equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do ICMS a recolher.

Já a Portaria nº 288/02 ao esclarecer o alcance das disposições do referido artigo dispõe o seguinte:.

Art. 1º A expressão “valor do ICMS a recolher” contida no art. 13 dos Regulamentos do FAZATLETA e do FAZCULTURA, aprovados pelos Decretos nº 7.733/99 e 7.833/00 respectivamente, poderá corresponder, cumulativamente, às seguintes situações:

I - imposto apurado pelo regime normal, na forma do art. 116 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto 6.284, de 14 de março de 1997;

II - imposto devido pela importação do exterior de mercadorias ou bens, no desembarço aduaneiro, mesmo que este ocorra em portos ou aeroportos situados fora do Estado da Bahia;

III - imposto apurado na forma do art. 118 e do inciso II do art. 118-A do RICMS;

IV - imposto devido nas operações de substituição ou antecipação tributária.

§ 1º O abatimento poderá ocorrer cumulativamente nas hipóteses dos incisos deste artigo.

§ 2º O valor a ser abatido em qualquer das hipóteses dos incisos deste artigo não poderá ultrapassar, para cada programa, a 5% (cinco por cento) do total do ICMS devido em cada período de apuração.

Portanto, a Portaria nº 288/02 surgiu exclusivamente para dirimir dúvida, tanto do contribuinte quanto da própria Fiscalização, sobre os elementos que podem estar contido na expressão “valor do ICMS a recolher”. Isto resta evidente quando se verifica no seu enunciado: e, considerando a necessidade de esclarecer o alcance das disposições contidas nos referidos artigos.

Em princípio, a revogação do Decreto nº. 7.733/99 implicaria também na revogação da Portaria nº 288/99, haja vista que esta foi editada pela autoridade fazendária competente no intuito de esclarecer o alcance das disposições contida no artigo 13 do referido Decreto.

Como se reporta sobre o alcance das disposições de dois artigos – 13 e 16 – de Decretos distintos – 7.733/99 e 7.833/00 – o correto seria dizer que estaria derrogada a disposição da referida Portaria no que tange ao Decreto nº. 7.733/99 caso ainda vigente as disposições do Decreto nº. 7.833/00.

Entretanto, no presente caso, não vislumbro qualquer possibilidade de nulidade do lançamento pela razão aduzida tanto pelo representante do autuado quanto pelo Julgador José Bizerra Lima Irmão, haja vista que, apesar de o Decreto nº 7.733/99, de fato, ter sido revogado a partir de 11/12/03 pelo Decreto nº. 8.807/03, DOE de 11/12/03, a redação dada pelo novo Decreto – 8.807/03 – ao tratar do abatimento no seu artigo 15 literalmente tem o mesmo enunciado do Decreto revogado, conforme abaixo reproduzido:

Art. 15. O Patrocinador que apoiar financeiramente projetos aprovados pela Comissão Gerenciadora poderá abater até o equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do ICMS a recolher.

Ou seja, permaneceu com o novo Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº 8.807/03, a necessidade de esclarecer o alcance da disposição “valor do ICMS a recolher”, esclarecimento este já trazido pela Portaria nº 288/02.

Relevante registrar que o Decreto nº 8.807/03 também foi revogado, a partir de 25/10/2005, pelo Decreto nº.

9.609/05, DOE de 25/10/2005, valendo dizer que o Regulamento do Programa FAZATLETA atualmente vigente é o aprovado por este Decreto nº 9.609/05.

Ocorre que, ao tratar do abatimento, o art. 14 do referido Regulamento do Programa FAZATLETA também traz a mesma redação dos artigos 13 e 15 dos Regulamentos anteriores revogados, ou seja, fala em “valor do ICMS a recolher”, portanto, permitindo o surgimento de dúvidas, caso não sejam considerados os esclarecimentos trazidos pela Portaria nº 288/02.

Assim dispõe o mencionado art. 14 do vigente Regulamento do Programa FAZATLETA, aprovado pelo Decreto nº. 9.609/05:

Art. 14. O Patrocinador que apoiar financeiramente projetos aprovados pela COMGER poderá abater até o equivalente a 5% (cinco por cento), do valor do ICMS a recolher.

Parece-me que não soa razoável deixar de aplicar o esclarecimento trazido pela Portaria nº 288/02, que afasta qualquer dúvida, tanto do contribuinte quanto da fiscalização e do próprio órgão julgador, sobre os elementos que podem ser abatidos “do valor do ICMS a recolher”, para simplesmente decretar a nulidade do lançamento por ter sido indicada no Auto de Infração a referida Portaria.

Ademais, há que se observar que a autuação não está fundamentada na referida Portaria, mas sim na Lei nº 7.539/99.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

No mérito, observo que o §1º do art. 1º da Lei nº 7.539/99 estabelece que: *O incentivo de que trata o caput deste artigo limita-se ao máximo de 5% (cinco por cento) do valor do ICMS a recolher, em cada período ou períodos sucessivos, não podendo exceder a 80% (oitenta por cento) do valor total do projeto a ser incentivado.*

Esta Junta de Julgamento Fiscal na busca de esclarecimentos para formação do convencimento dos Julgadores sobre a Decisão da lide converteu o feito em diligência a INFRAZ de origem, tendo o Auditor Fiscal estranho ao feito emitido Parecer, no qual afirma que ocorreu violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA. Apresenta a análise quanto aos elementos atinentes a este item da autuação. Diz que o levantamento fiscal totalizado à fl. 108 dos autos é de fácil entendimento. Assinala que o autuado pleiteia contra literal disposição legal. Manifesta o entendimento de que o autuado incorreu em violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao Programa FAZATLETA.

O autuado cientificado do resultado da diligência consignou o seu inconformismo quanto ao entendimento manifestado pelo diligenciador, afirmado que o demonstrativo do aproveitamento do crédito do FAZATLETA que apresentou revela claramente que jamais foi desrespeitado o teto de batimento de 5% do ICMS em cada operação, de modo que, se individualmente o limite de 5% era obedecido, por consequência o limite global de 5% também foi obedecido, sendo esta uma lógica matemática. Afirma que não resta alternativa senão pugnar pela improcedência da infração ou sua nulidade por incerteza da acusação fiscal.

A acusação fiscal é de que o contribuinte utilizou cumulativamente o benefício do Programa FAZATLETA para abater o imposto devido nas operações de importação, antecipação parcial e do recolhimento do ICMS normal, ultrapassando mensalmente o limite de 5% do ICMS devido em cada período de apuração, o que resultou no recolhimento a menos do imposto devido.

A análise do demonstrativo elaborado pela autuante de fl. 108 dos autos em confronto com os procedimentos adotados pelo autuado permite concluir que, de fato, assiste razão a autuante.

Isso porque, o autuado além de abater 5% do valor do ICMS devido nas entradas de mercadorias importadas do exterior, assim como da antecipação parcial, conforme DAEs acostados aos autos, também lançou a crédito no livro Registro de Apuração do ICMS o valor do imposto recolhido com o abatimento, sendo que ao realizar a apuração mensal do imposto aplicou sobre o valor do “ICMS a recolher” o abatimento de 5%. Assim procedendo utilizou cumulativamente o benefício do FAZATLETA, haja vista que utilizara o abatimento sobre o valor do “ICMS a recolher” referente às operações de entradas de mercadorias importadas do exterior e antecipação parcial, conforme consta nos DAEs e, posteriormente, sobre o valor do ICMS apurado mensalmente no livro Registro de Apuração do ICMS, ultrapassando o limite de 5%

Dessa forma, este item da autuação é subsistente, haja vista que o autuado ultrapassou o limite máximo de 5% (cinco por cento) do valor do ICMS a recolher, conforme estabelecido no §1º do art. 1º da Lei nº 7.539/99. Infração procedente.

(...)

VOTO DISCORDANTE – ITEM 3º

Minha discordância é quanto ao item 3º, que acusa o autuado de ter recolhido ICMS a menos em decorrência de abatimento do imposto em desacordo com a legislação do programa FAZATLETA. Consta na descrição do fato que o contribuinte teria utilizado “cumulativamente” o benefício fiscal para abater o imposto devido nas operações de importação, da antecipação parcial e do regime normal, ultrapassando o limite de 5% do imposto devido em cada período de apuração.

O autuado contestou a imputação fiscal assegurando que jamais desrespeitou o teto de 5%, que era sempre obedecido “individualmente”, ou seja, sempre abatendo o crédito de 5% em “cada operação” de importação, 5% da antecipação parcial e 5% do ICMS normal. Argumenta que, se o limite foi respeitado individualmente, globalmente também não houve desobediência.

Para compreender melhor o argumento do autuado, vou chamar de “A” o ICMS devido nas operações de importação em cada mês; chamarei de “B” o imposto devido a título de antecipação parcial em cada mês; chamarei de “C”, o ICMS normal, apurado na conta corrente de cada mês; e chamarei de “T” a soma total, em cada mês, do ICMS a ser pago nas importações, mais o ICMS da antecipação parcial, mais o ICMS normal, ou seja, “T” representa tudo o que deva ser recolhido em cada período mensal.

É evidente que 5% de A + 5% de B + 5% de C deve corresponder a 5% de T.

Analizando-se por amostragem os DAEs de importações acostados aos autos, percebe-se que foi obedecido, em cada importação, o limite de 5% previsto na legislação. E também feita uma análise perfunctória do Registro de Apuração, percebe-se que na conta corrente fiscal também foi obedecido aquele limite.

Ora, se, como alega o autuado, a empresa abateu 5% do imposto devido em cada operação de importação (5% de A), e abateu 5% do imposto pago por antecipação parcial (5% de B), e também abateu 5% do ICMS normal apurado em cada mês (5% de C), a soma dos valores abatidos deve corresponder a 5% do total do imposto a ser pago em cada período mensal relativamente a cada uma dessas rubricas (5% de T).

Na informação fiscal (fls. 1887/1893), a auditora responsável pelo procedimento, após comentar o art. 1º, § 2º, da Portaria nº 288/02, passou a comentar a estrutura da planilha por ela elaborada.

Por sua vez, o contribuinte, na manifestação às fls. 1910/1914, reclamou que a autoridade fiscal em sua informação apenas explicou a sua planilha, sem se referir aos dados carreados pela defesa, e reclama que a autoridade fiscal não se deu o trabalho de analisar a documentação anexada pela defesa, onde afirma que consta, com detalhes, todo o aproveitamento do benefício do FAZATLETA, demonstrando o respeito ao limite de 5%. O autuado realçou que existem dois critérios em discussão: a) aquele defendido pela fiscalização na fl. 108, do qual discorda veementemente; b) e aquele apresentado na defesa e reapresentado na manifestação (fls. 1929/1934), em que o desconto de 5% do FAZATLETA é utilizado “individualmente”, ou seja, por cada processo ou DAE pago. Argumenta que, se o limite foi respeitado individualmente, globalmente também não houve desobediência.

O autuado requereu que, diante da controvérsia, a questão fosse submetida à apreciação da ASTEC, para que fosse verificado se a forma de apropriação do benefício do FAZATLETA feita pela empresa desobedece ao limite de 5% do total do ICMS a ser pago.

Na fase de instrução, esta Junta determinou a remessa dos autos em diligência, porém, em vez de determinar que a verificação fosse feita pela ASTEC, decidiu pela remessa dos autos à repartição de origem, para que o inspetor fazendário designasse fiscal estranho ao feito a fim de verificar se ocorreu violação do percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao programa FAZATLETA.

O fiscal designado, ao prestar a informação (fls. 2045/2048), em atendimento à análise que foi solicitada, limitou-se a dizer: “Sim”. Passa em seguida a comentar o que havia sido dito pelo autuante na informação fiscal, observando que elementos apresentados pelo autuado em sua manifestação já se encontravam nos autos quando o autuante prestou a informação fiscal. Transcreve o art. 2º da Portaria nº 288/02. Conclui dizendo que o levantamento fiscal totalizado à fl. 108 é de fácil entendimento, e que opina que o contribuinte incorreu em violação do percentual máximo de aproveitamento do crédito fiscal vinculado ao programa FAZATLETA, considerando correta a autuação.

A diligência não foi cumprida. Não foi solicitado ao fiscal revisor que comentasse a Portaria nº 288/02, nem que ele informasse se esse ou aquele elemento já se encontrava nos autos quando foi prestada a informação fiscal. O que o contribuinte requereu foi que fosse verificado se a forma de apropriação do benefício do FAZATLETA feita pela empresa desobedece ao limite de 5% do total do ICMS a ser pago, e para isso teria de ser feito o cotejo dos dois critérios em discussão, o do autuante e o do contribuinte, haja vista que o sujeito passivo juntou elementos para demonstrar que não desrespeitou o teto de 5%, pelo critério da “individualização”, ou seja, sempre abatendo o crédito de 5% em “cada operação” de importação, 5% da antecipação parcial e 5% do ICMS normal, argumentando que, se o limite foi respeitado individualmente, globalmente também não houve desobediência àquele limite.

Tendo em vista que a diligência não foi cumprida, entendo que o processo deve ser retirado de pauta e remetido em nova diligência, a fim de que a diligência seja cumprida na forma requerida pelo autuado, sob pena de cerceamento de defesa.

Em face do não acatamento desta proposta pelos meus pares desta Junta, o meu voto, em princípio, é pela NULIDADE do lançamento do item 3º, por falta de certeza e liquidez.

Como, porém, sou voto vencido quanto à nulidade do procedimento, e tendo em vista que, nos termos do parágrafo único do art. 154 do RPAF, devo me posicionar quanto à matéria principal, prossigo no exame do

mérito.

E aqui surgem questões que, pouco importa se foram ou não suscitadas pela defesa, constituem matéria legal, e por isso tenho o dever, como julgador, de abordá-las de ofício.

O fiscal autuante deixou claro que se baseou na Portaria nº 288/02. Essa portaria, conforme se vê em sua ementa, “Esclarece o alcance das disposições contidas nos artigos 13 a 16 dos Regulamentos dos programas FAZATLETA e FAZCULTURA, aprovados pelos Decretos nº 7.733/99 e 7.833/00, respectivamente, e dá outras providências”.

Frise-se bem: a portaria em apreço disciplina os Regulamentos aprovados por esses dois Decretos: o Decreto nº 7.733/99 e o Decreto nº 7.833/00.

Ocorre que esses decretos já se encontravam revogados por ocasião dos fatos em discussão nestes autos:

a) o Decreto nº 7.733/99, que aprovou o Regulamento do FAZATLETA, se encontrava revogado desde 11.12.03 (foi revogado pelo Decreto nº 8.807/03);

b) o Decreto nº 7.833/00, que aprovou o Regulamento do FAZCULTURA, se encontrava revogado desde 17.10.02 (foi revogado pelo Decreto nº 8.347/02).

Sendo assim, a portaria em questão se encontrava formalmente revogada.

Porém, admitindo-se que materialmente a orientação daquela portaria tivesse sido recepcionada pelos novos Regulamentos que substituíram os atos revogados, fica evidente que a autoridade autuante não parece ter seguido a orientação da referida portaria. Pelo que se percebe na descrição da infração, ao ser dito que o contribuinte utilizou “cumulativamente” o benefício fiscal para abater o imposto devido nas operações de importação, da antecipação parcial e do regime normal, deduz-se que o que levou o autuante a proceder à autuação foi o fato de o contribuinte ter utilizado “cumulativamente” o benefício fiscal para abater o imposto devido nas operações de importação, da antecipação parcial e do regime normal.

Ora, a Portaria nº 288/02, na qual o autuante se baseou, deixa claro que o contribuinte faz jus, “cumulativamente” (art. 1º, caput), ao abatimento de 5% (§ 2º):

a) do imposto apurado no regime normal, ou seja, na conta corrente fiscal (inciso I do art. 1º);

b) do imposto devido na importação de mercadorias ou bens do exterior (inciso II);

c) do imposto calculado pelo regime de apuração em função da receita bruta ou do simples nacional (inciso III);

d) do imposto devido nas operações de substituição ou antecipação tributária (inciso IV).

Atente-se bem para o sentido da expressão “valor do ICMS a recolher”. Para o cálculo dos benefícios do FAZATLETA e do FAZCULTURA, por “valor do ICMS a recolher” deve-se entender não apenas o saldo devedor do imposto apurado no livro de apuração, mas sim tudo o que o contribuinte tiver a recolher no mês, a qualquer título, seja pelo regime normal, seja por importações, seja pelo cálculo em função da receita bruta, seja por substituição ou antecipação tributária.

Aliás, o § 1º do art. 1º da referida portaria deixa claro que o abatimento poderá ocorrer “cumulativamente” nas hipóteses dos incisos desse artigo. Portanto, é a própria portaria que esclarece a questão: o cálculo é mesmo cumulativo, pois o que importa é que, isolada ou conjuntamente, o valor a ser abatido em qualquer das hipóteses dos incisos do referido artigo não ultrapasse a 5% do “total” do imposto a ser recolhido no mês, envolvendo todas aquelas situações: imposto normal, importações, receita bruta, substituição ou antecipação tributária.

Está equivocada portanto a imputação fiscal, ao considerar a fiscalização que o contribuinte teria incorrido em infração por utilizar “cumulativamente” o benefício fiscal para abater o imposto devido nas operações de importação, da antecipação parcial e do regime normal.

Sendo assim, voto pela IMPROCEDÊNCIA do lançamento do item 3º.

Quanto aos demais lançamentos, acompanho o voto do nobre Relator.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Em conformidade com a previsão do art. 169, I, “b” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, Decreto nº 7.629/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 2.120 a 2.131, no qual inicia aduzindo a tempestividade do apelo, sintetizando as acusações e a Decisão recorrida, bem como aduzindo que a infração 03 deve ser julgada nula ou improcedente.

Em preliminar de nulidade, alega que a autuação está amparada na Portaria nº 288/2002, a qual

esclarece as disposições contidas nos artigos 13 a 16 dos Decretos nºs 7.733/1999 e 8.833/2000. Todavia, quando das ocorrências autuadas, o Decreto nº 7.733/1999, que regulamentava o FAZATLETA, já se encontrava revogado pelo Decreto nº 8.807/2003, o que resulta na nulidade estatuída no art. 18, IV do RPAF-BA/1999.

No mérito, caso se admita que a Portaria nº 288/2002 foi recepcionada pelo novo Decreto, com fundamento no art. 1º, I a IV e § 2º daquela, assegura que é possível a utilização cumulativa do benefício em enfoque, respeitando-se o limite de 5% determinado pela legislação.

Argumenta que a prática de deduzir as quantias do FAZATLETA em cada operação individual, seja normal, seja de antecipação parcial ou importação, observando o limite de 5%, significa que o mesmo é globalmente respeitado, razão por que entende não existir infração.

Portanto, a seu ver, a expressão “*valor do ICMS a recolher*” não se limita ao montante apurado no livro Registro de Apuração, mas a tudo que o contribuinte tenha como obrigação principal relativa a este tributo, entendimento esposado no Voto discordante da Decisão recorrida.

Requer a homologação das quantias já recolhidas e o provimento do Recurso.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 2.135 a 2.139 e no despacho de fls. 2.140 a 2.143, não concorda com a tese de vício insanável no lançamento de ofício, pois na descrição da irregularidade restou indicada a Lei nº 7.539/1999. O art. 19 do RPAF-BA/1999 dispõe que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Nos meses objeto da autuação estavam em vigor, como ainda estão, a sobredita Lei e o Decreto 9.609/2005, bases legislativas que fundamentaram o ato administrativo.

Com respeito à utilização cumulativa do benefício, entende ser cabível, uma vez que o art. 1º da Lei nº 7.539/1999 e o art. 14 do Decreto nº 9.609/2005 não estabelecem limites referentes aos tipos de operação que devem ser aplicados na redução.

Assim, opina pela improcedência da terceira infração.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade, alinho-me com o posicionamento da Procuradoria do Estado (PGE/PROFIS), pois, com efeito, no campo destinado à descrição dos fatos, além de especificar com minúcias o ato infracional, a autuante destacou que a metodologia do autuado, ora recorrente - no seu entendimento, estava em desacordo com a Lei nº 7.539/1999.

Apesar de ter sido mencionado o § 2º do art. 1º da Portaria nº 288/2002, destinada à disciplina das normas do revogado Decreto nº 7.733/1999, também foi citado o art. 11 do RICMS-BA/1997, em vigor quando das ocorrências (fevereiro de 2006 a dezembro de 2007), assim como a Lei nº 7.539/1999.

O art. 19 do RPAF-BA/1999 dispõe que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No Voto divergente da instância “*a quo*”, o ilustre julgador José Bizerra Lima Irmão asseverou que seria necessária a realização de nova diligência para verificar se ocorreu violação ao percentual máximo de aproveitamento do crédito vinculado ao programa FAZATLETA, pois a Junta solicitou tal esclarecimento à repartição fiscal de origem e não foi atendida.

Data vênia, após analisar os elementos dos autos, em especial o demonstrativo de fl. 108 e os demais documentos a seguir discriminados, concluo, com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999, que não é necessária a conversão do feito em nova diligência.

O tributo exigido no presente lançamento de ofício foi apurado através da subtração entre a soma dos valores das colunas “*LRAICMS DEDUZIDO*”, “*IMPORTAÇÃO DEDUZIDO*” e “*ANTEC PARCIAL DEDUZIDO*” e os da coluna “*DEDUÇÃO POSSÍVEL*” do referido levantamento (fl. 108). O único período em que a cifra constante de “*LRAICMS DEDUZIDO*” superou aquela de “*DEDUÇÃO POSSÍVEL*” foi março de 2006, o que permite concluir que o ICMS apurado na fiscalização tem origem em sua maior parte na dedução relativa ao imposto de importação e por antecipação parcial.

A situação concernente a março de 2006 será decidida no julgamento de mérito.

Quanto ao mérito, efetivamente, concluo ser legal a utilização cumulativa do benefício, já que, conforme assinalou a PGE/PROFIS, o art. 1º da Lei nº 7.539/1999 e o art. 14 do Decreto nº 9.609/2005 não estabelecem limites referentes aos tipos de operação que devem ser aplicados na redução.

Todavia, em março de 2006 a dedução do imposto apurado no livro Registro de Apuração do ICMS ultrapassou em R\$ 5,84 o limite de 5% sobre R\$ 43.988,16 (R\$ 2.199,41; fl. 108). O recorrente deduziu R\$ 2.205,25.

Em relação à antecipação parcial, houve excesso em julho de 2006 (fl. 109), pois R\$ 182,15 (coluna “*UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO FAZATLETA*”) ultrapassa em R\$ 54,07 o resultado de 5% sobre R\$ 2.561,43 (coluna “*VALOR CREDITADO*”).

Ao analisar por amostragem os documentos de arrecadação estadual de fls. 143 a 186, atinentes às importações, não observei excessos. Por exemplo, à fl. 154, R\$ 1.311,52 corresponde a 5% da soma de R\$ 24.918,78 (valor principal) com R\$ 1.311,52 (valor deduzido a título do benefício).

Portanto, permanecem na infração 3 os montantes de R\$ 5,84 (março de 2006) e R\$ 54,07 (julho de 2006).

Em face do Exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com a homologação do pagamento efetuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0006/10-4, lavrado contra **DURIT BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.532,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas "a", "e" e "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no XVIII, "b", do mesmo Diploma Legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS