

**PROCESSO** - A. I. Nº 281231.0011/14-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - INDÚSTRIA DE PRÉ-MOLDADOS DO NORDESTE LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0044-02/19  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA (COSTAS DO CACAU)  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 01.12.2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0241-11/20-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Tendo o autuante adotado metodologia inadequada para a hipótese aventada na infração, a mesma é nula. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. As razões de defesa não elidem totalmente a autuação, entretanto foi modificada a multa de 10% para 1%, conforme alteração da Lei 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, com efeito, a partir de 11/12/15, tendo em vista o disposto no art. 106, II, “c” do CTN, que orienta a aplicação retroativa da multa mais benéfica. Refeitos os cálculos, reduzido o valor exigido. Infração parcialmente procedente, pela constatação da denegação de diversas notas fiscais destinadas a empresa autuada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL. Muito embora o fato apurado destoe completamente do verdadeiro motivo da autuação (em recolhimento a menor de ICMS por utilização de benefício oriundo do Programa Faz Atleta, sem apresentação do certificado de utilização efetuada pelo Comitê Gestor), o que ensejaria a nulidade da infração, tal situação fica superada, diante da comprovação via apresentação dos certificados do Programa, o que a torna improcedente. Negada a redução ou dispensa de multa para as infrações relativas a descumprimento de obrigação acessória. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, com base nos termos no Art. 169, I, “a” em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0044-02/19, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 23/12/2014 para exigir ICMS no montante de R\$107.517,61, com base nas infrações listadas a seguir. Foram objeto de julgamento pela JJF somente as Infrações 01, 03 e 04.

*Infração 01. 01.02.26. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, totalizando R\$ 81.372,37, sendo sugerida multa de 60%, para fatos ocorridos nos meses de janeiro, março a dezembro de 2012, janeiro a março de 2013. Foi relatado pelo autuante que a infração diz respeito a “utilização de crédito indevido, haja vista a vedação contida no art. 310, inciso I, alínea ‘b’ do RICMS aprovado pelo Decreto 13.780/12 e o fato do contribuinte efetuar saídas com redução de base de cálculo, conforme detalhamento contido no demonstrativo anexo, salientando que diante da constatação que a empresa efetua saídas internas, tanto com tributação integral,*

*como saídas com redução de base de cálculo, o levantamento foi efetuado levando em consideração a proporcionalidade de cada situação (tributação integral e com redução de base de cálculo), conforme se evidencia no demonstrativo anexo, gerando ICMS a recolher nos seguintes meses...”*

*Infração 03. 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto de 2012, abril, julho, agosto, novembro e dezembro de 2013, sendo cominada penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$6.562,58.*

*Infração 04. 06.05.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, no montante de R\$ 50,38, e multa de 60% para fato ocorrido em setembro de 2013.*

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 43 a 54) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 157 e 164), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1ª JF que optou pela Procedente em Parte do Auto de Infração nos seguintes termos:

#### **VOTO**

*O presente lançamento, constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto da contestação por parte do sujeito passivo, exceto as de número 02 e 05, as quais não fazem parte da lide. Por tal razão, as julgo procedentes.*

*Aprecio, inicialmente as arguições de nulidade. O fato de o autuante ter capitulado erroneamente o inciso e alínea da infração 01, não pode ser invocado como causa de nulidade, a teor do artigo 19 do RPAF/99, segundo o qual “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”.*

*Diante do fato do sujeito passivo ter comparecido ao feito e demonstrado entendimento em relação à imputação feita, sem qualquer dúvida, aliada à redação de tal artigo, bem como ao fato de que apesar do equívoco a acusação se apresenta bastante clara, faz com que o julgador ultrapasse este argumento, não o acolhendo.*

*Quanto ao segundo argumento de nulidade, uma vez que na infração 01, o autuado, quando da interposição de sua peça de defesa, invocou a nulidade da mesma, por entender equivocada a metodologia utilizada para a realização de tal cobrança ora analisada, vejamos:*

*Inicialmente, entendo pertinente se observar a legislação vigente quando da ocorrência dos fatos geradores, os quais abarcam não somente o RICMS/97, como igualmente o RICMS/12.*

*Na vigência do RICMS/97, temos o artigo 100, o qual em seus incisos I e II dispõe sobre a obrigatoriedade do estorno de crédito, quando da aquisição de mercadorias a serem em momento posterior saídas ao amparo de isenção ou redução de base de cálculo, caso da empresa autuada:*

*“Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:*

*I - forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;*

*II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução”.*

*E prossegue no seu § 2º:*

*“§ 2º Na determinação do valor a ser estornado, observar-se-á o seguinte:*

*I - quando não for conhecido o seu valor exato, será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria ou da utilização do serviço, sobre o preço mais recente do mesmo tipo de mercadoria ou serviço;*

*II - não sendo possível precisar a alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria ou da utilização do serviço, ou se as alíquotas forem diversas em razão da natureza das operações ou prestações, aplicar-se-á a alíquota das operações ou prestações preponderantes, se possível identificá-las, ou a média das alíquotas relativas às diversas operações de entrada ou às prestações contratadas, vigentes à época do estorno;*

*III - quando houver mais de uma aquisição ou prestação e não for possível determinar a qual delas corresponde a mercadoria ou o serviço, o crédito a ser estornado deverá ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente na data do estorno, sobre o preço mais recente da aquisição do mesmo tipo*

*de mercadoria ou do serviço tomado”.*

*Já na vigência do RICMS/12, a partir de abril de 2012, tal comando para a mesma situação dos autos se encontrava no artigo 312, inciso I, § 1º:*

*“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

*I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço”.*

*(...)*

*§ 1º Quando a operação ou prestação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, o valor do estorno será proporcional à redução, sendo que, havendo fixação expressa da carga tributária, o estorno será em relação ao percentual destacado na nota fiscal que exceder ao da carga tributária definida na legislação para a operação subsequente com a mercadoria ou com o produto dela resultante;*

*(...)*

*§ 5º Na determinação do valor a ser estornado, observar-se-á o seguinte:*

*I - não sendo possível precisar a alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria ou da utilização do serviço, ou se as alíquotas forem diversas em razão da natureza das operações ou prestações, aplicar-se-á a alíquota das operações ou prestações preponderantes, se possível identificá-las, ou a média das alíquotas relativas às diversas operações de entrada ou às prestações contratadas, vigentes à época do estorno, sobre o preço mais recente da aquisição do mesmo tipo de mercadoria ou do serviço tomado;*

*II - quando houver mais de uma aquisição ou prestação e não for possível determinar a qual delas corresponde a mercadoria ou o serviço, o crédito a ser estornado deverá ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente na data do estorno, sobre o preço mais recente da aquisição do mesmo tipo de mercadoria ou do serviço tomado”.*

*Assim, da simples leitura dos dispositivos acima, se percebe a harmonia deste artigo com o 310, inciso I, alínea “b” do mesmo diploma regulamentar.*

*Por outro lado, o artigo 267 do RICMS/12, determinava:*

*“Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:*

*(...)*

*XXXVI das operações internas com artefatos pré-moldados de cimento a seguir indicadas, produzidos neste estado, realizadas pelo fabricante, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12 % (doze por cento):*

*a) saídas destinadas à construção de moradias vinculadas ao Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, instituído pela Lei Federal nº 11.977, de 07/07/2009, e ao Programa Luz Para Todos, instituído pelo Decreto Federal nº 4.873, de 11/11/2003; ou*

*b) até 30/06/2016, nas saídas para qualquer destinatário, não se aplicando o benefício nas saídas de postes”.*

*A Redação anterior dada à alínea “b” do inciso XXXVI do caput do art. 268 pela Alteração nº 19 (Decreto nº 14.812, de 14/11/13, DOE de 15/11/13), efeitos de 15/11/13 a 31/12/13:*

*“b) até 31/12/2014, nas saídas para qualquer destinatário, não se aplicando o benefício nas saídas de postes;”;*

*Já a redação originária, a qual produziu efeitos até 14/11/13 era a seguinte:*

*“b) até 31/12/2013, nas saídas para qualquer destinatário, não se aplicando o benefício nas saídas de postes;”*

*Desta forma, inegável o fato da redução de base de cálculo para as operações em tela. A questão, então se resume a convalidar os valores apurados pelo autuante, ou os apresentados pela autuada, quando da arguição defensiva.*

*Entendo de bom alvitre desde logo, estabelecer diferença entre a aplicação pura e simples de alíquota de 12% e aplicar redução de base de cálculo de forma a que a operação possua carga tributária de 12%.*

*No primeiro caso, para uma operação de R\$ 100,00, aplicando-se a alíquota de 12%, teríamos um valor de imposto de R\$ 12,00, pela aplicação da alíquota sobre o valor da operação. Na segunda hipótese, para a mesma operação, a base de cálculo seria de R\$ 70,59, ou seja, esta seria a base de cálculo reduzida sobre a qual seria aplicada a alíquota interna de 17%, com vistas a calcular o imposto com a carga tributária de 12%.*

*Fixadas estas premissas, passemos à análise da autuação em si. Para a realização da auditoria e apuração da infração 01, assim procedeu o autuante: levantou parte das saídas mensais da empresa autuada, de forma a calcular a proporcionalidade daquelas vendas realizadas ao amparo de redução de base de cálculo, e desta maneira, estornar o crédito fiscal tido como indevido.*

*Para melhor compreensão, ilustro com exemplo extraído do mês de janeiro de 2012, na planilha de fl. 09, na única venda efetivada com redução de base de cálculo:*

- Valor da operação na nota fiscal 1.503 = R\$ 75.348,59;
- Base de cálculo do ICMS: R\$ 55.203,50;
- ICMS destacado = R\$ 9.384,60;
- Redução de base de cálculo: R\$ 22.999,20;
- Proporcionalidade = 2,44

*Tal proporcionalidade foi apurada através do seguinte cálculo:  $R\$ 22.999,20 \times 100 / R\$ 940.043,45$ , sendo este último valor correspondente ao montante das operações de vendas do mês, e não o valor da base de cálculo, sendo que no referido demonstrativo de fl. 09, o autuante não demonstra nem indica como apurou os R\$ 22.999,20.*

*Analizando a nota fiscal inserida à fl. 167, se consegue decifrar o enigma: em verdade, o valor da venda foi igual a R\$ 78.203,00, ao invés de R\$ 75.348,50 indicado e utilizado para o cálculo realizado pelo autuante, muito embora tal valor conste no documento fiscal, não serviu para apuração do imposto neste momento.*

*Na sua emissão, foi aplicada redução de 29,41%, restando base de cálculo para o ICMS igual a R\$55.203,50, valor sobre o qual foi aplicada a alíquota de 17% (vigente à época dos fatos geradores), se apurando imposto no valor de R\$ 9.384,60, estando correto o cálculo apresentado.*

*Se subtrairmos R\$55.203,50 de R\$78.203,00 se calcula R\$22.999,50, valor utilizado para efeito de cálculo da proporcionalidade, posteriormente utilizado para exigência do imposto.*

*Através deste procedimento, se percebe que o autuante não calculou qualquer proporcionalidade para o caso em comento, ainda que se admitisse, de forma hipotética, e indo de encontro a toda a legislação estabelecida, que a metodologia aplicada na auditoria estivesse correta, para se exigir qualquer imposto por estorno de crédito fiscal, e sim, em verdade, o valor e o percentual do benefício fiscal (R\$ 22.999,50 e 2,44%, respectivamente), a que tinha direito o contribuinte, e não qualquer percentual de crédito fiscal utilizado indevidamente.*

*Dá se conclui que, com base na legislação do ICMS então em vigor, já mencionada linhas acima, o autuante aplicou a proporcionalidade de acordo com o exemplo acima explicitado, no caso, 2,44% sobre os créditos do mês tomados e não questionados, ou seja, R\$ 39.413,85, exigindo, a título de imposto, R\$ 961,70, conforme indicado na infração 01 (fl. 02), o que, conforme exemplo acima visto, aponta, de forma cristalina, a incorreção na metodologia aplicada para apuração dos valores do lançamento.*

*Isso porque não se pode pensar em créditos fiscais indevidos, decorrentes de entradas de mercadorias, apurando a proporcionalidade destas compras de insumos através da proporcionalidade das vendas de produtos acabados (lembro que a autuada é estabelecimento industrial), quer tenha havido vendas sem redução de base de cálculo e com esta redução.*

*Uma vez que o benefício fiscal nas operações de vendas reduz, não a alíquota, mas sim, a base de cálculo em 29,41% (correspondente a 12%), o contribuinte deveria estornar todo o crédito fiscal tomado acima desta redução para equilibrar a equação “débito x crédito”, sendo que esta situação somente pode ser verificada através das compras realizadas (entradas), a fim de se tomar conhecimento efetivo daquilo adquirido com alíquota igual ou menor do que 12% e aquelas com 17%, ou maior (para a situação posta), não tendo sido este levantamento realizado pelo autuante, apesar do longo tempo de tramitação do feito e as oportunizado ao autuado.*

*Assim, claro está a violação ao princípio do direito da ampla defesa do contribuinte, bem como a completa insegurança quanto a infração e o infrator, tipos inseridos nos incisos II e IV alínea “a” do RPAF/99, respectivamente, o que concorre para a decisão pela nulidade da infração 01.*

*Na infração 02, a autuação recai sobre a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de registro de notas fiscais de mercadorias sujeitas à tributação, aplicado o percentual de 10% sobre o valor de cada documento fiscal.*

*A este respeito, inicialmente, observo que à época da autuação a multa prevista no inciso IX do artigo 42 da Lei 7.014/96 era de 10% sobre o valor comercial das mercadorias.*

*A defesa argumenta que as notas fiscais teriam sido denegadas pela SEFAZ, sendo esta a razão para o não registro das mesmas, na forma dos elementos inseridos às fls. 118 a 123. Do demonstrativo elaborado pelo autuante, no mês de janeiro de 2012, verifico que a nota fiscal de número 148.837, emitida em 11/01/2012 por*

*Gerdau Aços longos S. A., a qual possui a chave de acesso 29120107358761000592550010001488371875355008 foi efetivamente denegada.*

*Mesma a situação das notas fiscais 25.448, 25.550 e 25.552, emitidas por Votorantim Cimentos do Norte e Nordeste S. A., igualmente denegadas pela SEFAZ. Idem para a nota fiscal 6.657, emitida por Mizu S.A., igualmente denegada, sendo a situação informada como motivo para denegação “a situação do destinatário”. Também a nota fiscal 1.572, emitida por Pedreiras União Ltda., em 13/01/2012 também foi denegada, o que confirma a afirmativa defensiva, e faz com que inexista o débito apontado para o mês de janeiro de 2012.*

*Em fevereiro de 2012, a nota fiscal 717 emitida pela Casa do Cartucho Ltda. se encontra autorizada, mesma situação da nota fiscal 239, emitida por Chame Pedreira Ltda., perfazendo um total de operações não escrituradas de R\$ 6.515,00.*

*Para março de 2012, a nota fiscal 7.266 emitida pela empresa Mizu S.A, a de número 360.864 de emissão de Votorantim Cimentos do Norte e Nordeste S. A., foram devidamente autorizadas, sem comprovação de seu registro nos livros fiscais. Total das mesmas, R\$ 8.084,00.*

*Quanto ao mês de agosto, as notas fiscais 1.561 e 1.566, emitidas por GJD- COM. DE EQUIP. INDUSTRIAIS LTDA., foram devidamente autorizadas, porém, sem comprovação de escrituração.*

*Para dezembro de 2012, observo que a nota fiscal 69.637, de White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda., com valor total de R\$ 196,00 foi devidamente autorizada, porém, sem comprovação do registro nos livros correspondentes.*

*No mesmo período, qual seja, dezembro de 2012, de acordo com o demonstrativo colacionado pelo autuante, quando em verdade foram emitidas em dezembro de 2013, estando correta a indicação no lançamento, as notas fiscais 139.349 e 139.350 Ambas de emissão da empresa Votorantim Siderurgia S. A., se encontram autorizadas, totalizando R\$59.245,45.*

*Ressalto que, no caso desta infração apesar de a acusação restar parcialmente caracterizada, de ofício e com fulcro no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, retifico a multa de 10% indicada nesse item do lançamento, a qual passa para 1%, uma vez que o inciso IX do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/2015, efeitos a partir de 11/12/2015, passando a ter a seguinte redação: IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.*

*Em face ao acima exposto, a infração é parcialmente subsistente, porém, a multa indicada nessa infração, por força do que dispõe o artigo 106, II, “c”, do CTN, combinado com a nova redação dada ao inciso IX, do artigo 42, da Lei 7.014/96, pela Lei 13.461/15, fica alterada para R\$ 747,90.*

*Desta forma, aplicando-se a retroatividade da norma, já mencionada acima, e excluindo as ocorrências de janeiro de 2012, a infração é procedente em parte, diante do fato de que a prova dos registros trazidos aos autos nas fls. 72 a 116 não se constituir na EFD do sujeito passivo, valor de R\$748,10, na forma do teríamos o seguinte demonstrativo da infração:*

2012	BASE DE CÁLCULO	VALOR RETIFICADO
JANEIRO	R\$ 34.608,45	R\$ 0,00
FEVEREIRO	R\$ 6.515,00	R\$ 65,15
MARÇO	R\$ 8.084,00	R\$ 80,84
AGOSTO	R\$ 770,00	R\$ 7,70
DEZEMBRO	R\$ 196,00	R\$ 1,96
<b>TOTAL</b>		<b>R\$ 155,65</b>
2013		
DEZEMBRO	R\$ 59.245,45	R\$ 592,45

*Na infração 03, diante da confissão do contribuinte do cometimento da mesma, e à falta de comprovação dos registros das notas fiscais arroladas, a infração é procedente em R\$ 6.562,58.*

*Quanto ao pedido para dispensa das mesmas, nos termos do artigo 42, § 7º da Lei 7.014/96, não acolho, tendo em vista que as penalidades aplicadas não o são para as notas fiscais que gerem crédito fiscal, ou seja, insumos, mas para todo e qualquer documento fiscal que dê entrada no estabelecimento, sendo irrelevante a sua destinação. Além disso, já se operou a redução na infração 02, por força da retroatividade benigna prevista no artigo 106 do CTN.*

*Para a infração 04, da mesma forma, à vista dos elementos constantes no processo, constato que a origem da mercadoria é o Estado de Minas Gerais, e que a alíquota a ser adotada quando da emissão do documento, seria de 7%. Como a alíquota interna do produto é 17%, a diferença de alíquota deveria ser 10%.*

*Como, por equívoco, a autuada recolheu a menor, é devido o valor remanescente, no caso aquele resultante da*

*diferença entre R\$ 125,60 (valor devido) e R\$ 75,22 (valor lançado), igual a R\$50,38 continua devida.*

*No tocante à infração 05, num primeiro momento se verifica de forma muito clara que a indicação da infração que imputada ao sujeito passivo (utilizou indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar 24/75) e aquela efetivamente constatada (utilização de benefício oriundo do Programa Faz Atleta, sem apresentação do certificado de utilização efetuada pelo Comitê Gestor), efetivamente, não correspondem.*

*Ou seja: o autuante acusou a empresa de ter cometido um ilícito devidamente tipificado na Lei, quando em verdade, a verdadeira imputação era outra, qual seja, se observa uma completa desconexão entre a apuração dos valores realizada, e a acusação firmada no lançamento.*

*O que num primeiro momento poderia desencadear a nulidade da mesma, nos termos do artigo 18, inciso IV alínea “a” do RPAF/99, pela ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.*

*Todavia, quando da realização da auditoria, a empresa não apresentou os certificados do Programa Faz Atleta, verdadeiro motivo da autuação, ainda que não indicado na acusação fiscal, em sede defesa os apresentou (fls. 145 a 147), sob o argumento de que tinha solicitado 2ª via dos mesmos, os quais somente chegaram no momento da apresentação da peça impugnatória. Na informação fiscal, o autuante acolhe os mesmos, comprovando, pois, inexistir saldo remanescente, o que o levou a pedir a improcedência da infração.*

*Neste sentido, considero superada a nulidade, e nos termos do parágrafo único do artigo 155 do RPAF (quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta), e à vista dos elementos trazidos ao feito, entendo que a mesma não pode prosperar, sendo, pois, improcedente, diante da apresentação dos certificados que fariam jus ao benefício do Programa Faz Atleta.*

*Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente em parte.*

*Assim, em resumo, o lançamento apresenta a seguinte composição de valores:*

<i>Infração 01</i>	<i>R\$ ZERO</i>
<i>Infração 02</i>	<i>R\$ 748,10</i>
<i>Infração 03</i>	<i>R\$ 6.562,58</i>
<i>Infração 04</i>	<i>R\$ 50,38</i>
<i>Infração 05</i>	<i>R\$ ZERO</i>

A 2ª JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99, em razão da decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão nº 0044-02/19, que, por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 23/12/2014 para exigir ICMS no montante de R\$107.517,61.

Tendo em vista o montante foi reduzido de R\$107.517,61 para R\$7.361,06, cujo valor atualizado é superior a R\$200.000,00, é legítimo o presente Recurso de Ofício nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Passo agora a analisar as infrações e as alegações que ensejaram a redução em função da decisão de piso.

No tocante à Infração 01, a lavratura se deu pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

Em sua defesa (fls. 43 a 54), o autuado alega que o fiscal ao fazer o cálculo do estorno do crédito do ICMS indevidamente utilizado, considerou também as notas que já haviam sido escrituradas com base de cálculo reduzida, gerando assim, duplicidade no estorno e também considerou um

percentual de redução diferente daquele previsto para as operações realizadas pelo autuado, qual seja, 29,41%.

A JJF em sua análise acatou a defesa do contribuinte e concluiu que o fiscal de fato se equivocou, inclusive no momento de calcular o valor da redução de base de cálculo, citando inclusive o exemplo da Nota Fiscal nº 1503 à fl. 167. A citada nota por exemplo, o fiscal considerou valor diferente para calcular o percentual de redução. O valor dos produtos é R\$78.203,00 e o valor da base R\$55.203,50, e o fiscal subtraiu o valor de R\$55.203,50 de R\$78.203,00 encontrando uma diferença de R\$22.999,50, valor utilizado para efeito de cálculo da proporcionalidade, posteriormente utilizado para exigência do imposto.

O valor dos créditos a serem estornados deveria ser feito tomando por base a proporcionalidade das saídas com redução em relação ao total e aplicar esta redução em relação aos créditos, mas o ilustre autuante encontrou o percentual com base no valor desonerado, no exemplo acima, dividindo o valor de R\$22.999,50 pelo total das saídas.

Inclusive, demonstra o autuado que o estorno do crédito na sua apuração foi superior aquele levantado pelo fiscal, ficando claro que nova cobrança enseja duplicidade do estorno, além do que, acompanho a JJF, pois não existe respaldo na legislação para a metodologia utilizada, o que viola o princípio da ampla defesa do contribuinte, bem como gera completa insegurança quanto a infração e o infrator, tipos inseridos nos incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99, respectivamente, o que concorre para a decisão pela nulidade da infração 01.

No tocante à Infração 02, cuja autuação recaiu sobre a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de registro de notas fiscais de mercadorias sujeitas à tributação, e foi aplicado o percentual de 10% sobre o valor de cada documento fiscal. A defesa alegou que tais notas fiscais teriam sido denegadas pela SEFAZ, sendo esta a razão para o não registro das mesmas, na forma dos elementos inseridos às fls. 118 a 123.

Em análise dos documentos acostados aos autos, foi possível verificar que parte das notas elencadas na autuação estavam autorizadas, razão pela qual, permanece parte da autuação. Entretanto, com fulcro no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a JJF retificou a multa de 10% indicada nesse item do lançamento, para 1%, uma vez que o inciso IX do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/2015, efeitos a partir de 11/12/2015, passando a ter a seguinte redação: *“IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.”*

Desta forma, acompanho a decisão de piso quanto à Infração 02.

Quanto à Infração 03, também decorreu da entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. O autuado alegou que as notas relacionadas pela fiscalização como não lançadas, tiveram seus lançamentos em períodos posteriores, pois, por se tratar de aquisições ocorridas em dezembro/13, só foram recebidas em Janeiro do ano subsequente, tendo em vista que os funcionários estavam em férias coletivas.

Em sua Informação Fiscal o autuante reconheceu que tais notas foram lançadas posteriormente, mantendo a autuação somente sobre as notas de fatos não escrituradas, restando correta a redução.

Quanto à Infração 04, a autuação decorreu da falta de recolhimento decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Em sua defesa, o Contribuinte alegou que a diferença do ICMS fora efetivamente recolhida, porém, conforme demonstrado pela JJF fora recolhido num valor a menor, restando ainda a pagar o valor R\$50,38.

No tocante à infração 05, decorre da utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por

Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75). Conforme demonstrativo (fl. 34), o autuante alega que não foram apresentados os certificados dos benefícios do Faz Atleta.

Porém, conforme se observa, apesar de o autuante acusar a empresa por ter cometido um ilícito devidamente tipificado na Lei, a verdadeira imputação era outra, demonstrando assim, uma completa desconexão entre a apuração dos valores realizada, e a acusação firmada no lançamento.

Conforme informado pelo autuante, quando da realização da auditoria, a empresa não apresentou os certificados do Programa Faz Atleta, verdadeiro motivo da autuação, ainda que não indicado na acusação fiscal. Em sede de defesa o autuado apresentou os certificados (fls. 145 a 147), sob o argumento de que tinha solicitado a 2ª via dos mesmos, os quais somente chegaram no momento da apresentação da peça impugnatória. Na informação fiscal, o autuante acolhe os mesmos, comprovando, pois, inexistir saldo remanescente, o que o levou a pedir a improcedência da infração.

Em análise dos certificados, verifica-se ao valor cobrado em sede de autuação não merece persistir, visto que a soma dos certificados sanaria esta diferença que está sendo cobrada, fato este inclusive acatado em informação fiscal.

Desta forma, em análise de todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, devendo ser mantida a decisão de piso.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281231.0011/14-6** lavrado contra **INDÚSTRIA DE PRÉ-MOLDADOS DO NORDESTE LTDA.**, devendo o recorrido ser intimado a recolher imposto no valor de **R\$50,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.310,68**, prevista nos incisos IX e XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

ALINE SOLNAO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS