

**PROCESSO** - A. I. Nº 279459.0024/22-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0111-04/23-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 18/01/2024

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF Nº 0378-11/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE CRÉDITO. DECRETO Nº 7799/2000. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. NULIDADE. Analisando os autos, constata-se que a cobrança se deu em função do sujeito passivo não ter feito os estornos dos créditos de que trata o art. 6º, que limita em 10% o valor do crédito do ICMS relativo as suas aquisições com alíquotas iguais e superiores a 10%, sendo este, signatário do Termo de Acordo relativo ao Decreto nº 7799/00, onde se beneficia, conforme art. 1º desse instrumento legal, da redução da base de cálculo em todas as operações internas em 41,176% de forma que a carga tributária fique em 10,59%. Na instância anterior, após as análises das partes (patrono e fiscal autuante), a fiscalização reconheceu o erro no cálculo do limite de crédito do ICMS creditado fazendo a devida correção, onde reduziu o débito do crédito reclamado. Na devida análise, na segunda instância, de forma revisional, entende-se que o mesmo usou uma metodologia para aferir o valor apurado a ser estornado, que estaria incorreta, entretanto, não incompreensível como arguiu o julgador de 1ª Instância, sendo que o autuante tomou como base outro critério: Levantou o total de venda efetivadas em cada mês com o incentivo fiscal do Decreto nº 7799/00 e encontrou o percentual em relação a totalidade da saída, somando-se o % PART, COM BENEFÍCIO, encontrando um total de percentual maior do limitador dos 41,176% como sendo o percentual de vendas com incentivo no mês, depois pegou o total da Base de Cálculo das Entradas, aplicou o limitador de 10%, resultando como o crédito total escriturado no mês, fez também a subtração do valor limitador e encontrou um possível crédito a estornar. Após identificação do valor passível do possível estorno, aplicou o percentual encontrado das saídas com o incentivo fiscal de 50,85%, resultando em valor a estornar e deduziu o que o sujeito passivo já havia estornado na sua EFD, restando em seu cálculo valor remanescente a ser cobrado. Assim, este colegiado, retornar-se os autos à Primeira Instância, para a devida análise, e efetivar novo julgamento de mérito. Recurso **PROVIDO**. Decisão de 1ª Instância **Nula**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou Nulo o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 18/07/2022, constitui crédito tributário no valor de R\$ 2.127.121,01, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 10 a 27 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 28, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

**INFRAÇÃO 01 - 001.005.003:** *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução nos anos de 2019 e 2012, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 10 a 27 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 28. Lançado ICMS no valor de R\$ 2.127.121,01, com enquadramento no artigo 29, § 8º, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 312, § 1º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.*

*Têm-se de informações complementares o destaque de que o Contribuinte Autuado é signatário do Termo de Acordo relativo ao Dec. 7799/00, onde se beneficia, conforme art. 1º desse instrumento legal, da redução da base de cálculo em todas as operações internas em 41,176% de forma que a carga tributária fique em 10,59%. E, também, para as operações interestaduais, o Contribuinte Autuado utiliza o crédito presumido de 16,667% sobre o valor do imposto conforme art. 2º, desse mesmo decreto de forma que a carga tributária fique em 10%. Traz, ainda de destaque, a informação de que, em contrapartida, conforme art. 6º, o contribuinte terá que limitar em 10% o valor do crédito do ICMS relativo suas aquisições com alíquotas iguais e superiores a 10%.*

O sujeito passivo, às fls. 35/57 dos autos. Alega nulidade por ausência de comprovação da infração devido a preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, pois viola à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal e à segurança jurídica por ausência de comprovação da infração, tendo que a liquidez do Auto de Infração é a apresentação de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, através da apresentação minuciosa da descrição da infração e dos documentos que a comprove, que por sua vez afronta os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, tudo em total afronta ao art. 39, VI do RPAF.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fl. 96/98. Corrige a autuação conforme novo demonstrativo de débito e planilhas revisadas detalhadamente, em débito no valor total de R\$ 805.308,52 em decorrência das alterações no cálculo do limite de crédito.

Às fls. 124/133 dos autos, têm-se manifestação do Contribuinte em relação a Informação Fiscal de fls. 64/84. Repete todos os pedidos já traçado na manifestação inicial de defesa. O agente Autuante para produzir Informação Fiscal, à fl. 140 dos autos, mantém suas informações já prestadas anteriormente.

Após as deliberadas, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

**VOTO**

*Inicialmente suscita, o sujeito passivo, nos termos do art. 2º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, c/c art. 39 do mesmo instrumento legal, aspectos de nulidade do Auto de Infração, em tela, por violação à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal e à segurança jurídica, decorrente da ausência de comprovação da infração.*

*Não é o que vejo dos elementos constitutivos do lançamento fiscal, pois se tem os demonstrativos impressos, não todos, mas os necessários à compreensão do defendente em relação ao que se estar exigindo na imputação fiscal, mesmo porque todos os demais demonstrativos e os mesmo impresso encontram-se no CD/Mídia de fl. 28, entregue por Mensagem DT-e, em um primeiro momento com ciência tácita do sujeito passivo, e, em sum segundo momento, também, por Mensagem DT-e, com ciência expressa na forma da documentação acostada à fl. 33 dos autos, em que possibilitou a construção da peça de defesa, pelo defendente, entrando no mérito da autuação, cujo o teor fora analisado, em sede de Informação Fiscal, pelo agente Autuante, concordado em parte, reduzindo a autuação do valor original de R\$ 2.127.121,01 para o valor de R\$ 805.308,52.*

*Ultrapassado, então a arguição de nulidade suscitada pela defesa, que diz respeito a ausência de comprovação da infração cometida, passo, então, as demais variáveis da lide.*

*No mérito, o Auto de Infração, em tela, lavrado em 18/07/2022, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP COMÉRCIO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501634/22, relativo ao período fiscalizado de 01/01/2019 a 31/12/2020,*

constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) por ter deixado de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução nos anos de 2019 e 2020, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 10 a 27 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 28. Lançado ICMS no valor de R\$ 2.127.121,01, com enquadramento no artigo 29, § 8º, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 312, § 1º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.

Têm-se de informações complementares trazidas aos autos, pelo agente Autuante, o destaque de que o Contribuinte Autuado é signatário do Termo de Acordo relativo ao Dec. 7799/00, onde se beneficia, conforme art. 1º desse instrumento legal, da redução da base de cálculo em todas as operações internas em 41,176% de forma que a carga tributária fique em 10,59%. E, também, para as operações interestaduais, o Contribuinte Autuado utiliza o crédito presumido de 16,667% sobre o valor do imposto conforme art. 2º, desse mesmo decreto de forma que a carga tributária fique em 10%. Traz, ainda de destaque, a informação de que, em contrapartida, conforme art. 6º, o contribuinte terá que limitar em 10% o valor do crédito do ICMS relativo suas aquisições com alíquotas iguais e superiores a 10% nos termos a seguir destacado:

Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão exceder a 10% (dez por cento) do **valor da operação** utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias. (Grifo acrescido)

Em sede de defesa, o sujeito passivo, argui erro no cálculo desenvolvido, pelo Autuante, na indicação do crédito fiscal a ser aproveitado (art. 6º), que os 10% fora calculado sobre o “valor da base de cálculo do ICMS”, conforme se observa de parte da própria planilha de constituição do Auto de Infração destacada na peça de defesa à fl. 45 dos autos.

Registra que o cálculo do crédito de ICMS devido para aproveitamento é parte essencial do cálculo da acusação, contudo, a metodologia utilizada, pelo Autuante vai de encontro com a legislação de regência, uma vez que o Decreto nº 7.799/2000 prevê que a limitação do crédito aproveitável será 10% do “valor da operação”. É o que diz expressar o art. 6º do citado diploma legal, conforme acima destacado e grifo acrescido.

A outra arguição de mérito trazido pelo sujeito passivo é quanto ao momento do estorno devido. Diz que o agente Autuante não considera a efetiva saída da mercadoria, mas a adoção de um estorno proporcional às saídas do mês, ainda que a mercadoria adquirida não tenha efetivamente saído. Isso porque, ao adquirir bens ou mercadorias, diz creditar-se pela operação e somente realiza o estorno quando da efetiva saída, dado que desconhece a tributação futura, se de operação interna (18%) ou interestadual (12%), todas sujeitas à redução da base de cálculo nos termos do Decreto nº 7.799/2000. E, também, diz que não são todas as saídas promovidas que estão sujeitas à redução da base de cálculo e, por conseguinte, ao estorno de crédito proposto pelo Autuante.

Traz para fundamentar sua arguição de defesa as disposições do art. 1º e 2º do Decreto nº 7.799/2000, associado as disposições sobre o uso do crédito, com base na LC 87/96 (artigos 19, 20 e 21) associado ao disposto no art. 29 e 30 da Lei de Regência do ICMS no Estado da Bahia, a Lei 7.014/96.

Sobre o primeiro aspecto de mérito da defesa, o agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, diz, de fato, ter cometido erro no cálculo do limite de crédito do ICMS creditado (art. 6º), onde considerou, indevidamente, o “valor da base de cálculo do imposto” e não o “valor da operação”. Assim sendo, procedeu, então, a devida correção, conforme novo demonstrativo de débito e planilhas revisadas, apresentadas, agora, apenas de forma impressas às fls. 98/108 dos autos, reduzindo o demonstrativo de débito da autuação do valor de R\$ 2.127.121,01 para o valor de R\$ 805.308,52.

Quanto ao segundo aspecto de mérito da defesa diz que a apuração do estorno de crédito foi realizada respeitando a proporção das saídas tributadas com o benefício fiscal da redução da base de cálculo de forma que parte das operações de saídas que não tiveram o benefício fiscal não sofresse o estorno de crédito.

No caso prático, diz que as saídas por transferências e devoluções não tiveram participação no percentual de proporção para o estorno de crédito do ICMS. Pede, assim, que se verifique a aba “% Participação saídas CFOP” na planilha de “Estorno crédito 2019 e 2020” gravada no CD/Mídia acostada à fl. 28 dos autos.

Sem entrar na análise do mérito trazido aos autos, pelas partes, na discussão da lide, vejo, de ofício, que existe no presente PAF, seja na constituição do lançamento original, ou seja, na alteração do lançamento produzida, pelo agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, aspectos de forma que levam a nulidade do Auto de Infração, em tela, por falta de certeza e liquidez do lançamento, pois não há elementos, nos autos, que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo.

Isso porque o agente Autuante, na constituição do lançamento fiscal, traz aos autos, em Planilha Excel,



constante do CD/Mídia de fl. 28, o arquivo “ESTORNO DE CRÉDITO 2019” e “ESTORNO DE CRÉDITO 2020”, com as seguintes pastas “RESUMO DE DÉBITO”, “LIMITE DE CRR 4DITO 10% CFOP 3.120”, “LIMITE CRÉDITO 10% ENTRADAS”, “% PARTICIPAÇÃO\_SAÍDAS CFOP” e “NFISCAIS\_SAÍDAS P\_PARTICIPAÇÃO”, para os 2 (dois) período fiscalizado.

Todavia, não se consegue identificar como a Fiscalização identificou os “% de Participação de saídas com benefícios fiscal” constante do “DEMONSTRATIVO DO ESTORNO DE CREDITO REALIZADO A MENOR RELATIVO AO DECRETO 7799/00” de fls. 10 e 17, que deram azo a imputação de falta de estorno, pela comparação entre o valor efetivamente estornado pelo devedente na sua escrita fiscal e o valor que entende, a Fiscalização, ser o correto.

Ademais, vê-se, à época dos fatos geradores, a existência do § 1º no art. 6º do Decreto 7799/00, que fora revogado pelo Decreto nº 19.781, de 24/06/2020, DOE de 27/06/2020, efeitos a partir de 27/06/2020, em que assim dispunha:

“§ 1º Não sendo possível ao contribuinte manter controle de seus estoques de modo a permitir a vinculação a que se refere este artigo, aplicar-se-á o método previsto no § 5º, do art. 312, do Regulamento do ICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012.”

Neste contexto, não se tem dos autos, qualquer elemento que indique ter a Fiscalização analisado os procedimentos adotados pelo devedente de estorno de crédito, à época dos fatos geradores, pois existia uma exceção à norma na constituição do benefício fiscal do estorno do crédito e, não, tão somente o limitador de 10% dos créditos destacados nas notas fiscais de entradas, nos termos do caput do art. 6º do Decreto 7799/00, como assim deixa entender ter procedido, o agente Autuante, no levantamento fiscal, em lide.

Isso posto, não vejo como se sustentar a presente autuação, posto que não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado do saldo remanescente da autuação ao sujeito passivo, pelo que, com fulcro no Art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, voto pela nulidade do presente Auto de Infração, recomendando que o procedimento fiscal seja refeito, desta vez, observando o regramento contido no Decreto 7799/00, vigente à época dos fatos geradores, especialmente o previsto no § 1º, do art. 6º, observando-se ainda, o prazo decadencial.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, em tela.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, devido a exoneração ser maior que R\$ 200.000,00.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 13/12/2023. Compareceram o(as) autuante(s) e o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dr. Giovanni Tadeu Cordeiro – OAB/PE 46.587, e-mail: giovanni.oliveira@ivobarboza.com.br.

## VOTO

No Recurso de Ofício, observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão nº 0111-04/23) desonerou o sujeito passivo, quando julgou o Auto de Infração Nulo, reduzindo totalmente o débito lançado no valor de R\$ 2.127.121,01, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a conduta infratora foi assim descrita: “Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução nos anos de 2019 e 2020. O julgador de 1ª Instância julgou o processo nulo por entender que, segundo ele, não haviam elementos nos autos que determinassem, com segurança, o cometimento imputado do saldo remanescente da autuação ao sujeito passivo, amparado no Art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Analisando os autos, pude constatar que a cobrança se deu em função do sujeito passivo não ter feito os estornos dos créditos de que trata o art. 6º, que limita em 10% o valor do crédito do ICMS relativo as suas aquisições com alíquotas iguais e superiores a 10%, sendo este, signatário do Termo de Acordo relativo ao Decreto nº 7799/00, onde se beneficia, conforme art. 1º desse instrumento legal, da redução da base de cálculo em todas as operações internas em 41,176% de

forma que a carga tributária fique em 10,59%, nos termos a seguir destacado:

*Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias. (Grifo acrescido)*

Em sua defesa, o sujeito passivo arguiu erro por parte do autuante, quando este calculou o estorno dos 10% sobre o “valor da base de cálculo do ICMS”, conforme consta planilha do autuante à fl. 45 dos autos. Em sede de Informação Fiscal, o autuante reconheceu ter cometido o erro no cálculo do limite de crédito do ICMS creditado (art. 6º), onde considerou, indevidamente, o “valor da base de cálculo do imposto” e não o “valor da operação” e fez a devida correção, acostando novo demonstrativo de débito e planilhas às fls. 98/108 dos autos, onde reduziu o débito no valor de R\$ 2.127.121,01 para o valor de R\$ 805.308,52.

Entretanto, ainda além do mencionado e reconhecido erro, o sujeito passivo alegou que o momento do estorno foi feito indevidamente, pois o autuante não considerou a efetiva saída da mercadoria, mas sim a apuração de um estorno proporcional às saídas do mês, mesmo ainda que a mercadoria adquirida não tivesse efetivamente saído. Vejamos o que a legislação à época dos fatos geradores, mais precisamente o § 1º, do art. 6º do Decreto nº 7799/00, dizia:

*“§ 1º Não sendo possível ao contribuinte manter controle de seus estoques de modo a permitir a vinculação a que se refere este artigo, aplicar-se-á o método previsto no § 5º, do art. 312, do Regulamento do ICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012.”*

Dito isso, analisando as planilhas acostadas pelo autuante às folhas 99 a 119, entendo que o mesmo usou uma metodologia para aferir o valor apurado a ser estornado, que ao meu ver estaria incorreta, entretanto, não incompreensível como arguiu o julgador de 1ª instância, quando disse:

*“...não se tem dos autos, qualquer elemento que indique ter a Fiscalização analisado os procedimentos adotados pelo defendente de estorno de crédito, à época dos fatos geradores, pois existia uma exceção à norma na constituição do benefício fiscal do estorno do crédito e, não, tão somente o limitador de 10% dos créditos destacados nas notas fiscais de entradas, nos termos do caput do art. 6º do Decreto 7799/00, como assim deixa entender ter procedido, o agente Autuante, no levantamento fiscal, em lide”.*

Na verdade, o autuante tomou como base o seguinte critério: Levantou o total de venda efetivadas em cada mês com o incentivo fiscal do Decreto nº 7799/00 e encontrou o percentual em relação a totalidade da saída, conforme exemplo do total de saída em 01/2019, abaixo:

Mês	CFOP	Vlr.PRODUTO	BASE CÁLCULO	VR. ICMS	ALIQ	%PART	C.tributária	Saídas c/benefício fiscal
1	5102	200.558,60	200.558,60	24.067,06	12	1,97%	12,00%	sem benefício fiscal
1	5102	4.853.048,67	2.867.511,46	516.163,29	18	47,67%	10,64%	COM BENEFÍCIO
1	5152	4.727.796,99	4.727.096,31	850.877,35	18	46,44%	18,00%	sem benefício fiscal
1	5202	6.963,82	4.771,92	858,94	18	0,07%	12,33%	sem benefício fiscal
1	6102	323.433,81	323.433,81	38.812,13	12	3,18%	12,00%	COM BENEFÍCIO
1	6202	67.962,11	67.959,55	8.155,16	12	0,67%	12,00%	sem benefício fiscal
Total		10.179.764,00	8.191.331,65	1.438.933,93		100,00%		

Somou o %PART, COM BENEFÍCIO e encontrou um total de 50,85% como sendo o percentual de vendas com incentivo no mês, depois pegou o total da Base de Cálculo das Entradas, no caso de 01/2019, R\$ 7.340.888,56, aplicou o limitador de 10%, resultando em R\$ 734.088,86, como o crédito total escriturado no mês foi de R\$ 950.568,28, fez a subtração do valor limitador e encontrou um possível crédito a estornar de R\$ 216.473,42, memória transcrita:

xmes	VIProdBrut	VIProdLiq	BC ICMS	alqicm	Val ICMS credit	LIMITE CRÉDITO 1	A ESTORNA
1 Total	7.612.541,02	7.612.520,32	7.340.888,56		950.568,28	734.088,86	216.479,42

Após identificar o valor passível do possível estorno, R\$ 216.479,42, aplicou o percentual encontrado das saídas com o incentivo fiscal de 50,85%, resultando no valor a estornar de R\$ 110.081,33 (216.479,42\*50,85%) e deduziu o que o sujeito passivo já havia estornado na sua EFD, no caso R\$ 95.952,89, restando em seu cálculo o valor a ser cobrado de R\$ 14.128,44 para a competência de 01/2019, como segue:

Meses	Vr. Estorno	Particip. das saídas	Vr. a estornar	Vr. estornado -	Vr. a recolher
-------	-------------	----------------------	----------------	-----------------	----------------

		com bem. fiscal		EFD	
janeiro	216.479,42	50,85%	110.081,33	95.952,89	14.128,44

De todo o exposto, entendo que a decisão é Nula e deve voltar à 1ª Instância para que seu mérito seja analisado.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício. O PAF deverá retornar à 4ª JJF, para que dê seguimento ao julgamento.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 279459.0024/22-5, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo os autos retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS