

A. I. N° - 298627.0005/12-4
AUTUADO - FAST SHOP S.A.
AUTUANTE - VINÍCIUS MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/05/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0062-13/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuante demonstrou que nem todas as aquisições de mercadorias foram tributadas nas respectivas saídas. Também não foi apresentado cálculo pelo impugnante que pudesse comprovar que as saídas com débito de imposto das supracitadas mercadorias, tenham compensado todo o imposto creditado indevidamente. Infração mantida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO DO ICMS A MENOS. a) OPERAÇÕES EFETUADAS COM EMISSÃO DE CUPONS FISCAIS. b) OPERAÇÕES EFETUADAS COM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. A autuação decorreu do tratamento tributário dispensado a algumas mercadorias que possuem regime normal de tributação, e que tiveram saídas com alíquota reduzida ou alíquota ZERO. O aparelho NEXTEL MOTOROLA é um deles, com NCM, 8171221, de fato não está incluído no rol dos aparelhos celulares sujeitos à substituição tributária. Infrações 2 e 3 não elididas. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Não logrou a impugnante a comprovação de que cumpriu as formalidades previstas no Regulamento, qual seja, autorização do Diretor da DAT METRO, para usufruir da redução de base de cálculo nas operações. O parecer da DITRI 7.772/2007 transcrito parcialmente, que dispõe sobre a outorga de isenção e a interpretação literal da legislação tributária, diz que os tablets e as operações internas com tais equipamentos não são alcançadas pela redução da carga tributária. Quanto aos demais itens que foram incluídos no lançamento da infração 5, como porta-retratos digitais, da mesma maneira que os tablets, entendo que tais aparelhos não podem ser igualados aos monitores utilizados em computadores, porque possuem características próprias, inclusive com objetivo meramente decorativo, não estando portanto, inclusos no Anexo 5-A do RICMS. Infração mantida. 4. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES

TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O impugnante traz justificativas de que efetua a venda por um estabelecimento e que a entrega é feita por outro, apresentando documentos internos de pedidos de uma loja para outra, com a nota fiscal de entrega de mercadorias efetuada pela empresa solicitada. Não trouxe a impugnante, prova de que houve pelo menos uma perfeita correspondência entre os valores do relatório TEF da inscrição que foi autuada e os cupons fiscais emitidas pela outra filial. Infração mantida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. b) MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Acusações mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide foi lavrado na data de 28/09/2012, quando foi efetuado lançamento de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$1.091.214,27, decorrentes das infrações a seguir relacionadas:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de setembro de 2010 a agosto de 2011 no valor total de R\$42.461,65, acrescido da multa de 60% sobre o valor do lançamento.

INFRAÇÃO 2 - Efetuou o recolhimento a menos de ICMS, em virtude de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de dezembro de 2010 a dezembro de 2011, envolvendo operações com ECF, no valor total de R\$86.263,27 acrescido da multa de 60% sobre o valor do lançamento.

INFRAÇÃO 3 – Efetuou o recolhimento a menos de ICMS em virtude de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, março a setembro e dezembro de 2011, em operações com notas fiscais, no valor total de R\$9.099,31, acrescido da multa de 60% sobre o valor do lançamento.

INFRAÇÃO 4 – Recolheu a menos o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nos meses de janeiro de 2010 a outubro de 2011 e em dezembro de 2011, no valor total de R\$42.625,43, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 – Omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, no valor total de R\$870.653,54 acrescido da multa de 100%.

INFRAÇÃO 6 – 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 do próprio estabelecimento nos meses de janeiro de 2010, janeiro, maio, junho, agosto, outubro e novembro de 2011 no valor total de R\$17.830,99, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos meses de agosto de 2010, junho e agosto de 2011, no valor total de R\$11.447,36, acrescida da multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro fiscal, nos meses de novembro de 2010, abril e junho de 2011, sendo aplicada multa de 10%. No valor total de R\$10.825,13.

INFRAÇÃO 9 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal no mês de dezembro de 2010, sendo aplicada à multa de 1%, no valor de R\$7,59.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento às fls.141/519 reconhecendo a ocorrência de equívocos de ordem operacional em seu estabelecimento, tendo assim já efetuado o devido recolhimento dos valores exigidos pelas Infrações 6 (R\$ 17.830,99), 7 (R\$ 11.447,36), 8 (R\$ 10.825,13) e 9 (R\$ 7,59), com a redução da penalidade e correção monetária, como faz prova o DAE anexo, no valor total de R\$50.474,41 e que as demais supostas infrações do Auto de Infração (01 a 05), não merecem prevalecer como será adiante demonstrado.

Aduz que na infração 1, efetivamente, por erro na parametrização do sistema, algumas mercadorias sujeitas ao ICMS substituição tributária não foram consideradas como tal, sendo estas tratadas como sujeitas ao regime normal de recolhimento. No entanto, em que pese à tomada desses créditos de ICMS, ao contrário do que se pretende afirmar na acusação acima, não houve qualquer prejuízo ao erário estadual, uma vez que as mercadorias, elencados nos Anexos 1 e 2 do Auto de Infração, foram novamente tributadas quando da realização da respectiva operação de saída do estabelecimento e que em contrapartida à apropriação do crédito de ICMS, as mercadorias foram normalmente sujeitas à tributação na saída, conforme se demonstra na planilha anexa, elaborada a partir dos controles internos da impugnante.

Traz exemplo, em que o estabelecimento autuado recebeu as mercadorias provenientes da Nota Fiscal nº 134172, tomando um crédito total de R\$ 150,94, ou R\$50,31 por mercadoria, conforme descrito no Anexo 01 do Auto de Infração. Posteriormente, um dos três celulares descritos na Nota Fiscal nº 134172 foi vendido para um consumidor final, emitindo-se a Nota Fiscal nº 26772, apurando-se novo ICMS ao Estado da Bahia, no valor de R\$71,88 (setenta e um reais e oitenta e oito centavos). Apesar da empresa ter tomado crédito de R\$50,31, vinte dias depois a empresa apurou um débito de imposto de R\$71,88, em decorrência da saída desta mesma mercadoria, implicando no recolhimento de R\$21,57(vinte e um reais e cinquenta e sete centavos) aos cofres do Estado da Bahia.

Conclui, assim, que a exigência do ICMS referente ao valor do crédito glosado é simplesmente incabível, eis que a própria defendente já efetivou débito proporcional ao referido crédito, e que a exigência do principal, logo, não faz o menor sentido, sendo inquestionável o cancelamento do Auto nesta porção.

Quanto à multa, se não for acatado o cancelamento, o que não se admite diante da ausência de prejuízo da Fazenda Estadual, não restam dúvidas sobre a patente necessidade de, na pior das hipóteses, redução do percentual aplicado, nos expressos termos do § 7º do artigo 42 da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Subsidiariamente, na eventual manutenção da cobrança, o que sequer se admite como hipótese, deve ser abatido do quanto cobrado, o ICMS já recolhido a maior em razão da tributação da saída das mercadorias, sob pena de bitributação do imposto, bem como reduzida ou cancelada a multa aplicada, nos termos do § 7º do artigo 42 da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Que as infrações 2, 3 e 4 foram lavradas por suposta redução indevida da alíquota, ou da base de calculo ou ainda por serem produtos sujeitos ao regime de substituição tributária e em consequência teria sido recolhido a menos o tributo devido. Que sendo a infração 2 lavrada em

face do suposto erro na aplicação da alíquota, aplicável às mercadorias descritas nos Anexos 3A e 4A, não há dúvidas que esse suposto equívoco foi ocasionado em razão da utilização da redução da base de cálculo desses produtos, de forma que a alíquota efetiva incidente sobre os mesmos fosse equivalente a 7% ou 12%.

Aduz que o benefício fiscal não foi reconhecido pelo Fisco Estadual, de modo que o percentual da alíquota aplicada foi majorado para 17%. Que na verdade, ambas as Infrações (2 e 4) são ocasionadas pelo não reconhecimento das reduções das bases de cálculo de determinadas mercadorias comercializadas.

Que por sua vez, a infração 3 trata apenas de alíquota zero sobre celulares. Contudo, tendo em vista que há celulares envolvidos nas três infrações (2, 3 e 4), por praticidade trataremos primeiramente destas mercadorias.

Na presente autuação, a operação da Autuada foi tida por irregular por ter sido a saída de celulares sujeita a redução de base de cálculo e de alíquota (infrações 2 e 4), bem como a alíquota zero (infração 03). Em todos os casos, a Fazenda impôs a cobrança do ICMS, ora a 12%, ora a 17%. Os aparelhos de telefonia celular, na verdade, encontram-se sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme previsão expressa do artigo 353, inciso II, item 35, do RICMS/BA.

Em outras palavras, ao contrário do recolhimento supostamente a menos, imputado pela autuação, sequer era devido qualquer pagamento na venda ou saída destas mercadorias. Em verdade, os aparelhos celulares elencados no Auto de Infração já haviam sido corretamente tributados pelo regime da substituição tributária, não havendo que se falar, portanto, na responsabilidade da defendente no novo recolhimento de imposto.

Aduz que jamais seria devido o imposto na venda do celular pelo varejista. Este é apenas devido na saída do estabelecimento industrial ou, pelos demais, na entrada de mercadoria advinda de outro Estado sem protocolo para recolhimento antecipado.

Afirma que de qualquer forma, o único erro incorrido foi o de, por falha na parametrização de seu sistema, tratar a saída de celulares como operação sujeita a alíquota zero, alíquota reduzida ou redução de base de cálculo, quando deveria, na verdade, ter deixado de oferecer as mercadorias à tributação, em vista do regime de substituição tributária. Que todo o ICMS pago sobre a saída destes celulares pela Defendente poderá, sim, ser objeto de restituição, diante do evidente indébito. Especificamente nos anexos do Auto, pode-se verificar que corretamente não houve nenhum recolhimento na saída dos celulares do anexo 3B, ao passo que houve recolhimento parcial (alíquotas efetivas de 7% e 12%) sobre os celulares dos anexos 3A, 4A e 5. Recolhimento este que poderá ensejar, como visto, repetição de indébito.

Aduz que a nova cobrança do ICMS supostamente devido pela saída das mercadorias configura exigência em duplicidade e locupletamento ilícito da Fazenda estadual. Não obstante, independentemente dos aparelhos celulares estarem sujeitos ao regime da substituição tributária, estes produtos gozam igualmente de expressa redução na base de cálculo de 29,41% do ICMS, conforme preceituado no artigo 87, inciso XXIV, do Decreto Estadual nº 6.284/1997 (RICMS/BA). Que dessa forma, sendo explícita a norma para a redução do ICMS sobre as saídas internas de celulares, não há dúvidas sobre o equívoco do Fisco Estadual no que tange à cobrança de diferenças no valor do tributo devido, sendo correta a aplicação de alíquota equivalente a 12%, quando da efetiva tributação destas mercadorias.

Que vale destacar que o próprio Fisco Estadual chegou a reconhecer tacitamente o destacado benefício de redução da base de cálculo, conforme se observa pela análise do Anexo 4A (fl. 09) do Auto, em que foi lançado o ICMS sobre alguns celulares (Nextel Motorola) sob a alíquota efetiva de 12%. Não há dúvidas do equívoco do agente fiscal, que o qual ora reconhece ora ignora a redução da base de cálculo para aparelhos celulares, expressamente prevista no RICMS/BA.

Alega que, ainda que não se reconheça a inexigibilidade do ICMS sobre a saída de celulares do estabelecimento da impugnante, o que veementemente se rejeita ante o demonstrado acima,

impõe-se à redução do Auto com respeito à cobrança sobre as operações com celulares, para a aplicação da alíquota efetiva de 12%.

No mesmo sentido do tópico acima, é fácil verificar que o agente fiscal se equivocou, ao não considerar a redução da base de cálculo, para a aplicação de alíquota efetiva de 7%, sobre itens de informática. É o exemplo do Anexo 05 do Auto (também utilizado para consubstanciar a Infração 4), cujas mercadorias (em ampla maioria, equipamentos de processamento de dados e seus periféricos) gozam de expresso benefício fiscal, conforme inciso V do já destacado artigo 87 do RICMS/BA.

Argumenta que para os demais periféricos e suplementos de uso em informática, não foi reconhecida qualquer redução pelo agente fiscal. Contudo, não cabe dúvida sobre a aplicabilidade do benefício previsto para os itens dos anexos 3 a 6 do Auto, conforme redação do anexo 5-A do RICMS/BA. As mercadorias relacionadas na autuação são justamente periféricos e equipamentos citados no anexo e itens como porta-retratos digitais são, indubitavelmente, monitores ou, no máximo, monitores acompanhados de núcleo processador de dados, ambos mencionados no anexo 5-A (posições 8528.5 ou 8471). Já no que se refere aos chamados “tablets” (Galaxy, IPAD, etc.), diz que são classificados na posição 8471 da NCM, mencionado no anexo 5-A do RICMS/BA, sendo-lhe expressa a aplicabilidade do benefício fiscal, até o dia 31.10.2011, quando a nova redação do anexo 5-A excluiu os tablets do benefício, e passou a tratar os mesmos como outras formas de computadores e notebooks.

Contudo, a quase totalidade das operações com tablets da autuação são anteriores à referida exclusão do anexo 5-A. Obviamente, não há que se falar em exclusão do benefício para os tablets anteriormente a outubro de 2011, já que o NCM na qual incluído estava sujeito ao benefício, e a exceção ao referido equipamento só foi feita posteriormente. Que o próprio agente fiscal, também aqui, ora aplica sobre os referidos equipamentos de informática, incluindo tablets, a alíquota efetiva de 12% (fl. 09 do anexo 4A do Auto), ora a de 17%. Que, portanto, diante da inquestionável redução da base de cálculo do ICMS sobre produtos de informática, prevista expressamente no RICMS/BA, não há sombra de dúvida quanto à necessidade de cancelamento do Auto de Infração com relação a estes produtos, com o cancelamento integral das infrações 2, 3 e 4. Que houve apenas para uma reduzida quantidade de operações autuadas, nas quais teria havido erro na parametrização da saída de mercadorias, especialmente no caso de venda de notebooks e computadores da marca Apple, sobre a qual foi aplicada alíquota efetiva de 7%, e na saída à alíquota zero de uma geladeira.

Quanto à Infração 5 do Auto, verifica-se que o Fisco Estadual presumiu a omissão de receitas por parte do estabelecimento fiscalizado, com fundamento na suposta diferença sobre o valor das vendas informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito e o valor das saídas de mercadorias declarado em seus registros fiscais. Contudo, respeitosamente, pode-se verificar que tal apuração é baseada em equívoco do agente fiscal, uma vez que a diferença encontrada é oriunda de operações em que a mercadoria vendida foi negociada pelo estabelecimento autuado, mas entregue por outro estabelecimento da defendente, este sim responsável pela escrituração da venda e recolhimento do ICMS devido, nos termos da legislação vigente. Assim, a suposta divergência é fruto do simples descasamento entre as vendas realizadas por um estabelecimento, que faturou a compra e recebeu o valor pago pelo cliente (em cartão de crédito, por exemplo), mas cuja entrega (saída) foi realizada por outro estabelecimento.

Que em muitos casos o consumidor adquiria mercadorias que não se encontravam disponíveis para serem entregues imediatamente pelo estabelecimento ou retiradas pelo cliente, razão pela quais muitas operações contavam com o apoio de outro estabelecimento da impugnante próximo ao ora autuado, também localizado na Av. Tancredo Neves da capital que conta com estrutura muito maior de estoque e entrega. Ademais, na maioria das vezes que o consumidor adquiria uma mercadoria de grande porte, sequer tinha meios para levar o produto consigo, como geralmente acontece na venda de geladeiras ou televisores de grandes dimensões, por exemplo.

Assim, na maior parte das vezes o consumidor solicitava a mercadoria em determinado estabelecimento, efetuava o pagamento, mas não a retirava.

Que por este motivo, e imediatamente ao ato da compra, o estabelecimento visitado pelo consumidor emitia uma ordem a outro estabelecimento, para que o produto fosse diretamente remetido ao adquirente, sendo tal remessa sempre acompanhada da nota fiscal correspondente à venda, apurado e destacado o ICMS sobre esta operação de circulação de mercadorias, conforme determina a legislação. Dessa forma pode-se verificar que todo o ICMS exigido foi pago pela loja da Tancredo Neves, centro de distribuição responsável pela entrega e retirada das mercadorias vendidas pela filial "IGUATEMI" e que não se encontravam em seu estoque. Deve-se destacar que o levantamento fiscal realizado a partir das informações prestadas por terceiros, operadoras de cartão, sempre deverá ser levado em conta como prova indiciária, devendo, entretanto, ser complementada com outros elementos concretos para a comprovação do fato tributário que se pretende autuar. Resulta claro, portanto, que as autoridades fiscais lavraram o Auto de Infração ora combatido baseando-se, tão somente, em mera presunção, o que por si só já ensejaria a anulação da autuação sofrida.

Também neste tópico, diante da enorme quantidade de operações e documentos envolvidos, os quais, se juntados nessa defesa, poderiam prejudicar o trâmite regular do feito, a impugnante junta, a título de exemplo, algumas notas fiscais, que comprovam a realização das operações destacadas, (doc. 07).

Vale destacar que caso se entenda que as presentes provas são insuficientes, clama pela sua posterior intimação para apresentação de todos os documentos descritos na planilha anexa, em obediência ao princípio da verdade material, devido processo legal e ampla defesa, norteadores do processo administrativo tributário.

No mesmo sentido, caso entenda-se pela impossibilidade dessa posterior juntada de provas, em decorrência de eventual tumulto processual que seria ocasionado, deve-se, ao menos, ser determinada a conversão do julgamento da presente Defesa em diligência, a fim de comprovar a total regularidade das operações realizadas, extinguindo-se integralmente a presente cobrança, nos exatos termos ora expostos.

Assim, tendo em vista os argumentos acima expostos, a Impugnante requer:

Com relação à Infração 1, o integral cancelamento do lançamento, uma vez que a tomada do crédito foi estornada e anulada pela saída tributada das mercadorias elencadas na autuação foram normalmente tributadas na saída, e, subsidiariamente, na eventual manutenção da glosa dos créditos apropriados, o que sequer se admite como hipótese, devem ser subtraídos os valores recolhidos a maior em razão da tributação da saída das mercadorias, sob pena de bitributação do imposto, bem como reduzida ou cancelada a multa aplicada, nos termos do § 7º do artigo 42 da Lei Estadual nº 7.014/1996;

Com relação às infrações 2, 3 e 4, o cancelamento integral da autuação, seja sobre a cobrança de ICMS sobre a saída de mercadorias sujeitas à substituição tributária (celulares) ou à redução da alíquota efetiva (equipamentos de informática), não havendo que se falar em recolhimento a menos de imposto, com exceção de pouquíssimas mercadorias, nas quais o erro foi indicado nesta Defesa; e subsidiariamente, caso não se entenda que os aparelhos de telefonia celular estavam sujeitos ao regime da substituição tributária, requer seja reduzida à cobrança a partir do reconhecimento do benefício fiscal previsto no inciso XXIV do artigo 87 do RICMS/BA (alíquotas efetiva de 12%);

No que diz respeito à infração 5, pede o cancelamento integral da autuação, tendo em vista a cabal ausência de infrações cometidas pela Impugnante (absoluto cumprimento das obrigações acessórias e recolhimento do imposto na forma da lei); que seja declarada a suspensão do prazo para o pedido administrativo de repetição de indébito, com relação ao ICMS recolhido a maior sobre as operações objeto das infrações 1 a 4, por haver relação de prejudicialidade entre este

pleito e a presente demanda. Requer, ainda, provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente pela juntada de documentos, perícia, através da conversão do julgamento em diligência e sustentação oral e que todas as notificações e intimações relativas ao presente feito sejam feitas em nome do patrono da Defendente, Dr. Ricardo Gesteira Ramos de Almeida, em seu endereço, citado na peça de defesa, de modo a possibilitar a apresentação de memoriais, etc, bem como a realização sustentação oral na sessão de julgamento, sob pena de nulidade.

O autuante em sede informação fiscal às fls. 522/547, contesta os argumentos defensivos, afirmando que em contrapartida às alegações da defesa na infração 1, o autuante verificou que diversas mercadorias dos anexos 1 e 2 saíram sem destaque do ICMS, com alíquota zero e apresenta demonstrativo às fls. 524/525. Que, além disso, o CONSEF já se posicionou a respeito da compensação de crédito reclamado decorrente de ação fiscal só ser possível mediante processo específico de restituição de indébito conforme Acórdão 0247-02/12.

Quanto às infrações 2, 3 e 4 o autuado entende que o erro na aplicação da alíquota se deveu em razão da utilização da redução de base de calculo de forma que as alíquotas efetivas fossem de 7% e 12%, e que a infração 3 trata de alíquota zero para celulares. Que houve um equívoco da autuada, pois as infrações 2 e 3 se referem a erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e que o desmembramento da infração tem o objetivo de demonstrar separadamente o erro cometido em emissão de cupom fiscal e de nota fiscal e a infração 04 se refere à redução indevida de base de cálculo.

Que quanto ao tratamento tributário dispensado aos aparelhos de telefonia celular, o autuante enquadrou o aparelho NEXTEL MOTOROLA como mercadoria sujeita à tributação normal – NCM 8171221 e que não está incluído no rol dos aparelhos celulares sujeitos à substituição tributária, conforme art. 353, II, 5 do RICMS/BA. E apresenta como prova, notas de entrada desses aparelhos, comprovando o NCM. E que em diversas outras situações, o autuado aplica a alíquota correta de 17% e apresenta quadro demonstrativo com diversas notas fiscais à fl. 529. E que contrariamente ao que foi afirmado pelo autuado, só houve aplicação de alíquota de 12% nas saídas para outros estados, com CFOP 6102 e 6404.

Que quanto à redução de base de calculo de 29,41% nas operações internas com celulares, o benefício está condicionado a autorização do Diretor de Administração Tributária, conforme art. 87, XXIV, § 11º do RICMS/BA e não foi identificado processo referente à concessão do benefício e o aparelho NEXTEL MOTOROLA foi tributado a uma alíquota de 17% sem redução de BC.

Quanto ao tratamento tributário dado pela fiscalização nas demais mercadorias das infrações 2, 3 e 4, periféricos e suplementos de uso em informática, não cabe duvida quanto à aplicabilidade do benefício previsto para os itens dos anexos 3 e 6 do auto, conforme redação do anexo 5-A do RICMS e que as mercadorias relacionadas na autuação são equipamentos periféricos tais como porta-retratos digitais, mencionados no anexo 5-A posições 8528.5 ou 8471.

Que o impugnante afirma que os tablets são classificados na posição 8471 da NCM com expressa aplicação do benefício fiscal até 31/10/2011 quando a nova redação do anexo 5-A excluiu os tablets e passou a tratar da mesma forma como computadores e notebooks, e a quase totalidade das operações com tablets da autuação são anteriores à referida exclusão do anexo 5-A e também questiona o fato da fiscalização ter aplicado alíquota de 17% e também de 12% em alguns casos, não havendo uniformidade, evidenciado inconsistência do demonstrativo. Que o autuado demonstra que houve erro de parametrização da saída de mercadorias como no caso da venda de notebooks da Apple em que se aplicou alíquota de 7% e na saída de uma geladeira com alíquota ZERO.

Que a Diretoria de Tributação por meio do Parecer nº 7.772/2007 deixa claro que para determinado produto ter direito ao benefício da redução de base de calculo previsto no art. 87, V do RICMS sua descrição e respectivo NCM devem estar expressos de forma literal no anexo 5-A, e

que os porta-retratos e tablets não estão elencados de forma expressa no anexo 5-A e assim, a redução de 58,82 % , que corresponde a uma carga tributária de 7%, não se aplica a tais produtos.

Transcreve na íntegra, Parecer nº 20.809/2011 da DITRI que responde consulta sobre a aplicabilidade do benefício fiscal estabelecido no art. 87 do RICMS, nas operações com tablets NCM 8471.41.90. Que a mercadoria tablet só passou a ter o direito ao benefício fiscal da redução de 29,41% da base de cálculo (carga tributária de 12%) a partir de 1º/11/2011, conforme art. 87 inciso XLIV do RICMS.

Quanto à infração 5, o impugnante apresentou telas do seu sistema informatizado identificando os pedidos do autuado (loja do Shopping Iguatemi) para a outra filial da Tancredo Neves (loja do Shopping Salvador), assim como notas fiscais de saída deste último para consumidor final, e que não houve apresentação de documentação hábil comprobatória que não trazem qualquer indicação de que as notas de saída de uma loja se referem ao pagamento efetuado no estabelecimento autuado.

Que o CONSEF já se manifestou sobre esta infração no Acórdão JJF 0093-04-11 em que o autuado é a própria defendente. Que mesmo quando a autuada só possuía a filial do shopping salvador a empresa foi autuada por esta infração nos meses de julho e agosto de 2007, deixando evidente a fragilidade da defesa. Que as afirmações são feitas com base nos créditos reclamados e julgados procedentes em diversos julgamentos que relaciona à fl. 539, e que se defende sempre com o mesmo argumento de que a mercadoria é vendida por uma loja e entregue por outra filial. Que as duas filiais já foram auditadas no mesmo período e ambas apresentaram diferenças nas informações de venda em comparação com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, e acrescenta um fato que considera importante, de que há denúncias de consumidores que afirmam que o impugnante embute encargos no preço de venda, mas o documento fiscal é emitido com base no valor do produto, não oferecendo encargos à tributação.

Que as informações das administradoras de cartão de crédito são superiores aos registrados nos livros fiscais do estabelecimento e que o art. 218 do RICMS, que o documento fiscal de saída deve ser emitido pelo estabelecimento de onde efetivamente ocorre à saída da mercadoria e que cabia ao autuado o ônus da prova; que a infração está amparada pelo art. 4º § 4º da Lei nº 7.014 e que cabe ao autuado o ônus da prova. Defende a inexistência de reparos e pede que o Auto de Infração seja julgado totalmente Procedente.

Nas fls. 549v a 552, constam extratos de pagamento do sistema SIGAT.

VOTO

Constato inicialmente que o auto de infração foi lavrado em cumprimento às formalidades inerentes ao procedimento de fiscalização, sem vício de formalidade, e sendo cumprido o devido processo legal, e respeitada a ampla defesa e o contraditório. Quanto ao pedido de diligência, considero estar presente todo o elemento necessário ao julgamento, tendo as provas aqui produzidas, clareza suficiente para formação de juízo de valor, e assim passo ao julgamento de mérito.

A impugnante reconhece a procedência das infrações de 6 a 9, afirmando ter efetuado o pagamento, e contesta as infrações de 1 a 5, que serão apreciadas neste voto.

Na infração 1, o impugnante confessa que embora tenha se creditado de mercadorias com ICMS retido por substituição tributária, também efetuou as respectivas vendas das mesmas mercadorias, com débito de imposto, e que por esta razão houve uma compensação de crédito/débito e que não causou qualquer prejuízo ao erário, mas o autuante tenha demonstrado às fls. 524/525, que nem todas as mercadorias que foram lançadas com crédito indevido, foram tributadas na saída; também não foi apresentado cálculo pelo impugnante que pudesse comprovar que as saídas com débito de imposto das supracitadas mercadorias tenham compensado todo o imposto creditado indevidamente.

Pelo exposto, entendo que não houve comprovação de que tenha havido compensação do crédito indevido, com ausência de prejuízo ao erário, como pretende o impugnante. Infração 01 mantida.

As infrações 2 e 3 possuem mesma natureza, erro na aplicação de alíquota, visto que o autuante separou a infração cometida nas vendas por emissão de cupom fiscal, daquelas feitas mediante nota fiscal de venda a consumidor. Os demonstrativos da infração 2 são os anexos 3-A e 4-A, e o da infração 3, anexos 3-B e 4-B às fls. 26/36.

Assim, para efeito de julgamento, ambas serão agrupadas. Aqui a autuação decorreu do tratamento tributário dispensado a algumas mercadorias que não estão na substituição tributária e possuem regime normal de tributação, e que tiveram saídas com alíquota reduzida ou com alíquota ZERO. Conforme se verifica nos demonstrativos de fls. 28, o aparelho NEXTEL MOTOROLA é um deles, com NCM, 8171221, de fato não está incluído no rol dos aparelhos celulares sujeitos à substituição tributária, conforme simples consulta ao art. 353, II, 5 do RICMS/BA (item 35 - *aparelhos de telefonia celular* – NCM 8517.12.13, 8517.12.19 e 8517.12.31, *cartões inteligentes (Smart Cards e SimCard)* - NCM 8523.52.00), e a impugnante inclusive demonstra ter conhecimento do fato, quando tributou normalmente algumas operações conforme prova às fls. 529, a exemplo da Nota Fiscal 26.914 de 21/10/2010, tributada à alíquota de 17%, com ICMS destacado de R\$59,88. Há também alguns poucos produtos onde por equívoco assumido pela própria impugnante a saída tributada com alíquota errada, a exemplo de uma máquina de lavar vendida em 01/12/2010 com alíquota de 0,00%, em vez da alíquota de 17%. Infrações 02 e 03 não elididas.

A infração 4, refere-se à redução indevida de base de cálculo, conforme demonstrativos Anexo 5 e 6 de fls. 39/52, de alguns produtos de informática, notadamente aparelhos de telefonia celular, porta retratos e tablets, como Ipad e Galaxy.

Quanto ao alegado direito à redução de base de cálculo dos telefones celulares, feito pelo impugnante, vejamos o que diz o Art. 87 do RICMS.

É reduzida a base de cálculo:

XXIV - das operações internas com aparelhos celulares em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), observado o disposto no § 11;

§ 11. A redução prevista nos incisos XXIV e XXV dependerá de autorização do diretor de administração tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte e não será concedida àqueles que se encontrem com débito inscrito em dívida ativa, salvo se a exigibilidade estiver suspensa.

Não logrou a impugnante a comprovação de que cumpriu as formalidades previstas no Regulamento, qual seja autorização do Diretor da DAT METRO, para usufruir da redução de base de cálculo nas operações com telefones celulares, havendo apenas a alegação do direito sem a devida comprovação de que faz jus ao benefício, mediante autorização da autoridade fazendária.

No que diz respeito aos produtos conhecidos como Tablet (Ipad, Galaxy, etc) vejamos o que diz o texto legal do art. 87 do RICMS/BA 97 vigente à época:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop), computador portátil(notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);

Nota: A redação atual do inciso XLIV do art. 87 foi dada pela Alteração nº 149 (Decreto nº 13407, de 01/11/10),

DOE de 02/11/11), efeitos a partir de 01/11/11.

Redação anterior dada ao inciso XLIV do art. 87 pela Alteração nº 118 (Decreto nº 11481, de 08/04/09. DOE de 09/04/09), efeitos de 01/04/09 a 31/10/11:

"XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop) e computador portátil (notebook), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%(doze por cento);"

O parecer da DITRI 7.772/2007 transcrito parcialmente nas fls. 533/535, em consonância com o disposto no art. 111 do CTN, que dispõe sobre a outorga de isenção e a interpretação literal da legislação tributária, diz que os tablets, embora se assemelhem a um computador por conta de funcionalidades que possuem em comum, não se iguala, e a conclusão é no sentido de que as operações internas com tais equipamentos não são alcançadas pela redução da carga tributária. Quanto aos demais itens que foram incluídos no lançamento da infração 5, como porta-retratos digitais, o impugnante considera que se trata de monitores classificados na NCM 8528.5 com autorização legal para redução da base de cálculo, mas da mesma maneira que os tablets, entendendo que tais aparelhos não podem ser igualados aos monitores utilizados em computadores, porque possuem características próprias, inclusive com objetivo meramente decorativo, não estando, portanto, inclusos no Anexo 5-A do RICMS. Infração 04 mantida.

Na infração 5, o impugnante traz justificativas de que efetua a venda por um estabelecimento e que a entrega é feita por outro, apresentando documentos internos de pedidos de uma loja para outra, e a nota fiscal de entrega de mercadorias efetuada pela empresa solicitada. Tal procedimento contraria os princípios contábeis como o da objetividade e o da consistência, visto que os registros contábeis deverão ter suporte em documentação geradas nas transações de forma a possibilitar a sua avaliação, nem tampouco devem ser mudados os critérios das suas operações, uma vez que o faturamento parcial de uma loja com venda executada por outro, traz embaraços, principalmente quando se trata de movimentação elevada. Além disso, o Regulamento de ICMS não traz previsão legal para a venda ser feita por um contribuinte e a emissão de nota fiscal por outra, uma vez que para efeitos fiscais, as filiais de uma mesma empresa são contribuintes com inscrições estaduais diferentes e devem manter escrituração fiscal e contábil também separadas.

Tais operações, se necessárias deveriam ser feitas mediante transferência documental de uma loja para outra, e a emissão do documento fiscal ser efetuado por quem de fato comercializou.

No entanto, pelo princípio da verdade material, poderia a impugnante elidir a infração, se de fato comprovasse que cada uma das operações relacionadas no relatório TEF, tivesse perfeita correspondência com os valores e datas dos documentos fiscais, além disso, como a outra loja também provavelmente comercializa mercadorias com vendas por meio de cartão de crédito, deveria se fazer consolidação das vendas em cartão das duas lojas, visto que é perfeitamente possível que haja vendas no mesmo dia, de mesmas mercadorias e de mesmo valor. Não trouxe a impugnante, sequer prova de que houve pelo menos uma perfeita correspondência entre os valores do relatório TEF e os cupons fiscais emitidas pela outra filial. Além disso, a empresa foi autuada diversas vezes pelos mesmos motivos, inclusive as duas lojas, do Shopping Iguatemi e do Shopping Salvador foram autuadas simultaneamente pela mesma razão, com reconhecimento e pagamento da infração, conforme atestam os julgamentos prejudicados pela extinção da lide por motivo de pagamento: 2ª JF A-0271-02.10, 2ª CJF 0275-12.10, 1ª CJF 0242-11.10.

Além disso, a legislação inclui todos os encargos das operações de venda, inclusive os encargos financeiros por conta do parcelamento que devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, de acordo com o dispositivo legal da lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Assim, mantenho integralmente a infração, incluindo-se os valores das vendas em cartão de crédito que incluem encargos financeiros por conta de vendas parceladas. Infração 5 mantida.

Com relação ao pedido de dispensa da redução de multa pelo descumprimento da obrigação principal, vejamos o que diz o art. 159 do RPAF:

Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Logo, não tem esta Junta, competência legal para apreciar tal pedido. Quanto à solicitação de que as intimações sejam dirigidas ao defensor da impugnante, diz o art. 109 do citado Regulamento:

Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente.

Assim, considero que se a intimação é feita diretamente ao sujeito passivo, mas sem o atendimento do pedido de que seja feita diretamente ao defensor constituído, a intimação terá os mesmo efeitos, pois estará perfeitamente amparada pela legislação em vigor.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298627.0005/12-4 lavrado contra **FAST SHOP S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.080.381,55**, acrescido das multas de 60% sobre de R\$209.728,01, 70% sobre R\$70.077,72 e 100% sobre R\$800.575,82, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$10.832,72**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR