

A. I. N° - 298932.0021/12-2
AUTUADO - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA
AUTUANTES - JOSE LUIZ SANTOS SOUZA E ANNA CRISTINA ROLLEMBERG
ORIGEM - IFEP-COMÉRCIO
INTERNET 25.06.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0119-04/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO. Ocorrendo entradas de mercadorias, cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo, cabe estorno do crédito no valor correspondente a parte proporcional da redução. Infração subsistente. b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. Infração reconhecida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2012, exige o débito no valor de R\$65.764,11, inerente aos anos de 2010 e 2011, conforme documentos às fls. 11 a 72 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Deixou de recolher ICMS relativo ao valor de R\$ 415,96, 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, conforme ANEXO-1.
- 2 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 46.500,53, em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, conforme ANEXO-2.
- 3 Falta de recolhimento do ICMS correspondente ao valor de R\$ 18.623,78, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração fiscal, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, conforme ANEXO-3.
- 4 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no montante de R\$ 223,84, referente a mercadorias adquiridas com o pagamento de imposto por substituição tributária, conforme ANEXO-4.

Às fls. 77 a 89 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz que é pessoa jurídica de direito privado e que dedica a atividade comercial relacionada a lojas de departamentos ou magazines em todo território nacional, em que foi surpreendida com a autuação em tela, lavrada em 18/12/2012. Observa que, em que pese o empenho da fiscalização na defesa do interesse da Fazenda Estadual, o Auto de Infração referenciado não pode prevalecer

em relação às infrações 1 e 2, eis que a acusação fiscal, analisada pelo seu mérito, se mostra improcedente, como se demonstrará adiante.

De início diz que a presente defesa compreende as infrações dos itens 01 e 02, as demais, relacionadas aos itens 03, e 04, por critérios de sua conveniência optou por proceder aos recolhimentos dos valores autuados.

Efetuada essas considerações, em relação à infração 1, passa a discutir o problema da caracterização das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais objeto da autuação ser destinadas ao ativo fixo e ao consumo, com isso a exigência na autuação de diferencial de alíquota.

Diz que a fiscalização não logra êxito em demonstrar que as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação são bens do ativo fixo de uso e consumo, uma vez que os produtos acobertados pelas notas fiscais autuadas integram o seu processo produtivo, onde facilmente pode ser facilmente atestado e confirmado por meio de perícia técnica, que se requer desde já.

Assim, tem-se que, diz a autuada, a exigência de suposto diferencial de alíquota constante da peça acusatória, refere-se ao ICMS incidente nas aquisições de bens e materiais utilizados no seu processo produtivo (comercialização), portanto, a luz do seu entendimento, ilegítima qualquer exigência a esse respeito. Destaca ainda, que, conforme demonstrará na sequência, independentemente da natureza das mercadorias, que no caso diz não ser material destinado ao ativo fixo ou bem de consumo do próprio estabelecimento, a exigência aqui combatida também não pode prosperar sob pena de ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

Não obstante todo acima exposto sobre a infração 1, diz haver a flagrante ilegalidade na cobrança do ICMS a título de diferencial de alíquota constante da peça acusatória, posto que tal hipótese de incidência não se encontra prevista na Lei Complementar nº 87/96, o que destaca alguns dispositivos da citada lei na perspectiva de referendar seu entendimento.

Quanto à infração 2, que relaciona, conforme descrito na peça acusatória, de utilização indevida de crédito do ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior em documento fiscal, diz que a acusação fiscal busca limitar e restringir o direito ao crédito de ICMS. Todavia, alega, que, toda e qualquer limitação do direito ao crédito do ICMS, deve respeitar o princípio da não-cumulatividade desse imposto.

Diz que, se houve destaque de imposto a maior em documento fiscal, é certo que recolheu o ICMS sobre o valor efetivamente destacado, fato que lhe dá ensejo a utilização integral do crédito regularmente detido por ela. Assim, qualquer tentativa de glosa da integridade de tal crédito utilizado pela defendente, traduzir-se-á em verdadeiro enriquecimento ilícito, situação terminantemente rechaçada pelo direito positivo brasileiro.

Por sua vez, destaca o Contribuinte Autuado, que as operações realizadas pelas notas fiscais, objeto da infração 2, não acarretam quaisquer prejuízo ao Erário Estadual, não cabendo a cobrança de supostos créditos tributário. Conclui dizendo que é inexigível o item 02 da autuação fiscal ora combatida.

Assevera que, em apertada síntese, as questões discutidas neste item do Auto de Infração em tela, dizem respeito a imprecisões, equívocos e divergências quanto aos critérios utilizados pela fiscalização para apurar, por meio de levantamento fiscal, supostas diferenças de estoque e mensurar/valorar tais diferenças.

Ademais diz que, demonstrou que o presente levantamento fiscal apresenta distorções, que resulta na apuração de quantias absolutamente despropositadas, sob os aspectos quantitativos e valorativos. Diz ainda que é praticamente inviável empreender, no prazo de 30 dias para a apresentação de Defesa, um levantamento que encontre item a item todas as incorreções existentes no trabalho fiscal, o que, respaldado no art. 137 do RPAF/99, pede a realização de diligencia.

Diante de todo o exposto e demonstrado, requer que o Auto de Infração seja declarado improcedente.

Os autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 107 a 118 dos autos, aduz que o Auto de Infração, é composto das infrações 01, 02, 03 e 04, em que a autuada, inconformada com o procedimento fiscal, apresenta defesa para impugnação parcial do presente Auto de Infração, as fls. 77 a 89.

Preliminarmente, com base no art. 91, combinado com os arts. 90, e 121, § 1º, inciso II, do RPAF/99, pede a não apreciação das infrações 1, 3 e 4, já que identificam no Sistema INC a existência de saldo a pagar somente para a infração 02, o que concluem que houve a extinção do crédito reclamado referente essas infrações em virtude do seu pagamento conforme comprovantes extraídos do citado sistema, que anexa as fls. 119, 120, 123 e 124.

Em relação à infração 1, referente a falta de recolhimento de ICMS, decorrente da diferença de alíquota internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, diz ter havido manifestação por parte do autuado, contudo, destaca que pagou, conforme comprovante anexo fls. 119/120, o total da infração no valor de R\$ 423,84. Diz ainda, que as notas fiscais listadas no demonstrativo que permitiu a apuração desta infração, referem-se à mercadorias destinadas ao ativo fixo, com o registro no campo próprio das referidas notas fiscais o CFOP 2552 - *Transferência de bem do ativo imobilizado* (CFOP 1152).

Traça ainda alguns comentário sob o questionamento do defendente em relação a infração 1 quanto a legalidade na cobrança do ICMS a título de diferencial de alíquota constante da peca acusatória, sob o argumento de que tal hipótese de incidência não se encontra prevista na LC 87/96. Assim, apresenta ampla doutrina sobre a matéria no sentido de demonstrar que o Estado tem legitimidade para exigir o ICMS a título de diferencial de alíquota na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Destaca vários dispositivos legais, seja da CF/88, ou seja da LC 87/96, ou seja do RICMS/BA, fundamentando a cobrança objeto da infração 01. Trás a tona, ainda, alguns posicionamentos do STJ quanto à legalidade da cobrança da diferença de alíquota em se tratando de operações de bens adquiridos em outro Estado e destinado ao consumo ou ao ativo fixo da empresa na forma de alguns julgados que os citam.

Sobre a infração 02, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, constantes do demonstrativo que faz por apurar a exigência no valor total de R\$ 46.500,53, destaca que a defendente alega que, se houve destaque de imposto a maior em documento fiscal, é certo já ter havido o recolhimento do ICMS sobre o valor efetivamente destacado, justificando a utilização integral do crédito.

Com isso, diz que, a defendente, embasado no princípio da não-cumulatividade do ICMS, a ação fiscal, objeto da infração 2, estaria limitando e restringindo o direito ao crédito do ICMS, traduzindo em suposto enriquecimento ilícito, situação terminantemente rechaçada pelo direito positivo brasileiro.

Na realidade, dizem os Fiscais Autuantes, a autuação decorreu de a autuada ter utilizado crédito fiscal a maior em virtude de não ter efetuado a redução da base de cálculo nas entradas em seu estabelecimento, por meio de operações internas (transferência do centro de distribuição) de aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), suprimentos de uso de informática, bem como computadores de mesa e portátil, conforme determina o art. 87, inciso V e XLIV do RICMS/97 (BAHIA), que os citam.

Assevera que o contribuinte somente tem direito utilizar o crédito corretamente calculado (art. 93 do RICMS/BA). Destacam, ainda, considerando que o defendente procedeu às saídas das

mercadorias com redução da base de cálculo, deveria então observar a regra contida no art. 100 do mesmo diploma legal, que o destaca, onde prescreve que o contribuinte estornara ou anulará o crédito fiscal na mesma proporção da redução da base de cálculo.

Dizem que a glosa do crédito indevido em nenhum momento fere o princípio da não-cumulatividade, uma vez que ao estabelecimento que destacou e pagou o imposto à maior é assegurado o direito a restituição do imposto, pois não pode haver dúvida quanto de quem é o direito de utilizar ou restituir o crédito tributário, se empresa A ou B, se estabelecimento A ou B.

Quanto ao pedido de diligência, destacam os Fiscais Autuantes, de que o autuado não consegue comprovar, durante o curso de sua contestação, a existência de qualquer evidência de erro nos demonstrativos que dão suporte ao Auto de Infração em discussão.

Assim, diante dos argumentos contrarrazoados na informação fiscal, defendem os Fiscais Autuantes a inexistência de reparos a fazer no presente lançamento fiscal de ofício, pelo que deve ser julgada a autuação totalmente procedente em relação às infrações 1, 3 e 4; e parcialmente procedente a infração 2.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos. Refuto, portanto o pedido de nulidade argüido de forma geral pelo defendente por fundamentação legal aceitável, pois o enquadramento da autuação está em total conformidade com a descrição dos fatos relacionados à ocorrência fiscal, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla Defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito de Defesa com plenitude.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligência, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$ 65.764,11, relativo a quatro irregularidades, sendo a primeira em razão de ter deixado de recolher ICMS 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 no valor de R\$ 415,96, a segunda por ter utilizado crédito fiscal de ICMS a maior no valor de R\$ 46.500,63, em virtude de não ter efetuado a redução da base de cálculo, em valores proporcionais, por meio de estorno ou anulação, nas entradas em seu estabelecimento de mercadorias cujas operações subsequentes se dão com redução da base de cálculo, através de vendas internas, relativas a aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos suprimentos de uso de informática, bem como computadores de mesa e portátil, conforme determina o art. 87, inciso V e XLIV do RICMS/97.

Já a terceira infração, por falta de recolhimento do ICMS correspondente ao valor de R\$ 18.623,78, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração fiscal, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Por sua vez a infração 04, decorre de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no montante de R\$ 223,84, referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

O Contribuinte Autuado apresentou impugnação quanto a primeira e a segunda acusações, reconhecendo a terceira e quarta, as quais serão consideradas procedentes, por não haver lide. Em relação à primeira infração, em que pese ter sido apresentada impugnação, não será apreciada por entender não mais existir crédito tributário a ser exigido, com o pagamento do débito pelo autuado na forma do documento acostado aos autos à fl. 124, que consubstanciado no art. 90, combinado com o inciso I do art. 122 do RPAF/99, extingue-se o processo administrativo fiscal.

A segunda infração, a qual exige o valor de R\$ 46.500,53, diz respeito à acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior, por conta de falta de estorno ou anulação proporcional do crédito fiscal em operações de saídas de mercadorias com redução da base de cálculo efetuada pelo defendente no período de janeiro de 2010 a abril de 2011, indo de encontro com as disposições do inciso II, do art. 100, do RICMS/97 (BAHIA), o qual dispõe:

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 ressalvados as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:(Grifo nosso)

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;(Grifo nosso)

Na realidade, autuação decorre da autuada ter utilizado crédito fiscal a maior em virtude de não ter efetuado a redução da base de cálculo nas entradas em seu estabelecimento, por meio de operações internas de transferência do centro de distribuição de aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), suprimentos de uso de informática, bem como computadores de mesa e portátil, conforme determina o art. 87, inciso V e XLIV do RICMS/97 (BAHIA), a seguir descrito:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

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);

Logo, considerando que o autuado promoveu às saídas das mercadorias relacionadas no demonstrativo acostado aos autos às fls. 12 a 31, com redução de base de cálculo, conforme depreende o art. 87, inciso V e XLIV do RICMS/97, na forma da acusação, e sobre tal acusação o autuado não se insurge, deveria, então, o autuado, ter observado o regramento contido no art. 100 do RICMS/97, anteriormente destacado, de efetuar o estorno do crédito fiscal, relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, mesmo por meio de operações internas de transferência do centro de distribuição, que é o caso objeto em análise, na proporção da redução da carga tributária incidente nas operações de saídas, conforme cada item de mercadoria, o que não o fez. Infração 02 subsistente.

Sobre a compensação do crédito reclamado na infração 2, coaduno com as observações dos Fiscais Autuantes, de que em nenhum momento a autuação fere o princípio da não-cumulatividade, uma vez que ao estabelecimento que destacou e pagou o imposto a maior é assegurado o direito a restituição do imposto por meio de processo específico de pedido de repetição de indébito, com demonstrativo detalhado, encaminhado a unidade fazendária de sua circunscrição fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, por restar procedente a infração 2 pelos argumentos acima descrito e as infrações 1, 3 e 4 por reconhecimento e pagamento pelo autuado, cujos valores deverão ser homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298932.0021/12-2**, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 65.764,11**, acrescido das multas de 60% sobre o valor R\$ 47.140,33 e 100%, sobre o valor R\$18.623,78 previstas no art. 42, incisos II, “f”; III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –JULGADORA