

A. I. Nº - 298932.0023/12-5
AUTUADO - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ LUÍZ SANTOS SOUZA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - IFEP/COMÉRCIO
INTERNET - 13/06/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0130-03/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS PARA O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. É vedada a utilização de crédito fiscal, destacado a maior em documentos fiscal pelo destinatário, tendo sido respeitado o princípio da não cumulatividade. Infração subsistente. **b)** OPERAÇÃO COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Fato não impugnado. Não acolhido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 18 de dezembro de 2012 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 17.446,07, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do 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, no valor de R\$ 3.202,74, fato verificado nos meses de janeiro e novembro de 2010.

Infração 02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, conforme demonstrativo, no montante de R\$ 11.380,29, ocorrências constatadas nos meses de novembro e dezembro de 2010, janeiro a abril de 2011.

Infração 03. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 2.863,04, fato verificado no mês de novembro de 2010.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 28 a 32, onde argui em sua defesa, inicialmente, após fazer breve resumo dos fatos motivadores da acusação fiscal, que o lançamento deve ser parcialmente procedente, especialmente em relação à infração 02.

Alega que a acusação fiscal busca limitar e restringir o direito ao crédito de ICMS. Todavia, deve-se ter em mente, que toda e qualquer limitação do direito ao crédito do ICMS, deve respeitar o princípio da não cumulatividade desse imposto.

Afirma que toda vez em que adquire mercadorias há a ocorrência da hipótese tributária desencadeadora da incidência do ICMS, instaurando-se uma relação jurídica (obrigação principal) cujo objeto é o pagamento de determinada quantia a título de tributo geradora de crédito em seu favor, a ser utilizado por ela, após encontro de contas.

Dessa forma, se houve destaque de imposto a maior em documento fiscal, conforme apontado pela Fiscalização, é certo que recolheu o ICMS sobre o valor efetivamente destacado, fato que dá ensejo, portanto, à utilização integral do crédito regularmente devido pela autuada.

Argumenta que qualquer tentativa de glosa da integralidade de tais créditos utilizados pela Defendente traduzir-se-ia em verdadeiro enriquecimento ilícito, situação terminantemente rechaçada pelo direito positivo brasileiro.

De fato, as operações realizadas não acarretaram quaisquer prejuízos ao Erário Estadual, não cabendo à Fiscalização a cobrança de créditos tributários em nenhuma espécie.

Alega que em função da exigüidade do tempo, requer desde já, nos termos do artigo 137 do RPAF/99, a realização de diligência ou perícia pelas razões acima expostas, requerendo, igualmente, sua regular notificação para apresentação de quesitos e nomeação de assistente técnico.

Conclui, pois, ser inexigível o item 02 da autuação fiscal.

Informação fiscal prestada às fls. 50 a 56, por uma das autuantes, rebate a argumentação defensiva, afirmando que a autuada alega que se houve destaque de imposto a maior em documento fiscal, conforme apontado pela Fiscalização, é certo já ter havido recolhimento do ICMS sobre o valor efetivamente destacado, justificando, portanto, à utilização integral do crédito regularmente detido pela Defendente. Baseia-se no princípio da não cumulatividade desse imposto e que a ação fiscal estaria limitando e restringindo o direito ao crédito de ICMS, traduzindo em suposto enriquecimento ilícito, situação terminantemente rechaçada pelo direito positivo brasileiro.

Esclarece que a autuada utilizou 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 (transferências do centro de distribuição) de aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão conforme Anexo 5-A, bem como computadores de mesa e portátil, conforme determina o artigo 87, incisos V e XLIV, do RICMS/97, transcritos, além dos artigos 93, § 5º e 100, inciso II do mesmo dispositivo.

Entende 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 a maior é assegurado o direito a restituição do imposto, pois não pode haver dúvida quanto de quem é direito de utilizar ou restituir o crédito tributário, se empresa A ou B, se estabelecimento A ou B.

Também, para a legislação do ICMS, os estabelecimentos de uma mesma empresa são independentes entre si, devendo fazer a escrituração e a apuração do ICMS de forma individualizada.

Menciona e transcreve o teor de trechos do Acórdão JFJ Nº 0247-02/12, e quanto ao pedido de diligência, entende 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. Além disso, as infrações contestadas são decorrentes de roteiros realizados com muita frequência nos trabalhos de auditoria, caracterizando matéria sem qualquer complexidade, impedindo, assim, que a defesa possa requerer a realização de diligência, nos termos do § 3º do artigo 123 do RPAF/99:

Finaliza, mantendo os termos do lançamento como originalmente feito, diante das provas nos autos.

Consta à fl. 62 dos autos o recolhimento das parcelas correspondentes às infrações não contestadas.

VOTO

Inicialmente, gostaria de fazer breve observação de que apenas a infração 02 foi contestada. Dessa forma, nos termos do artigo 140 do RPAF/99, o qual dispõe que o fato alegado por uma das

partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, considero as infrações 01 e 03 procedentes.

Em função da solicitação da empresa autuada, de plano, indefiro o pedido de diligência formulado, por entender que os dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento do pedido não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do acima mencionado artigo 147 do RPAF/99.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de desconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa, o que não se afigura o presente caso.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que embora obedeça aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa, apenas a informação de exiguidade de prazo.

O contribuinte apesar de alegar que verificou e provaria equívocos cometidos no levantamento, não os apontou, apenas arguiu de maneira genérica.

Da forma que solicitada, o deferimento de tal diligência implicaria em nova fiscalização, que poderia, à vista da ausência de fatos apontados pela defendente, indicar simplesmente em inexistência de diferenças, o que não se constitui em boa prática, que teria apenas o efeito de postergar o julgamento do feito.

Digno de registro, é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo das decisões abaixo transcritas:

"TST - RECURSO DE REVISTA RR 862 862/2003-002-10-00.1 (TST)

Ementa: RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. **INDEFERIMENTO** DE OITIVA DE TESTEMUNHA E DE **PERÍCIA**. PROVA DOCUMENTAL NÃO IMPUGNADA PELO RECLAMANTE NO MOMENTO OPORTUNO. Documentos colacionados por uma parte e não impugnados pela outra. Artigos 368 e 372 do **CPC**. Não caracteriza cerceamento de defesa o **indeferimento** de oitiva de testemunha e de realização de **perícia**

grafodocumentoscópica objetivando desconstituir a validade e a eficácia de documentos não impugnados. Recurso a que se nega provimento."

"TJRS - Agravo de Instrumento AI 70046629127 RS (TJRS)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFODOCUMENTOSCÓPICA. INDEFERIMENTO. Cabe ao Juiz, como destinatário da prova e para formar seu convencimento, decidir acerca da pertinência da prova pericial. Desnecessária a perícia contábil. Em decisão monocrática, nego seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70046629127, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein - Data de Publicação: 16/01/2012"

"TJSP - Apelação APL 9126802752009826 SP 9126802-75.2009.8.26.0000
Data de Publicação: 18/01/2013

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA Prova pericial requerida Anatocismo alegado Indícios inexistentes Alegações genéricas Julgamento antecipado autorizado. Sem qualquer indicação precisa acerca da irregularidade havida nos cálculos apresentados pelo credor, de rigor o indeferimento da prova pericial genericamente requerida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Recurso não provido".

Quanto ao mérito, no tocante à infração 02, reitere-se, única objeto da defesa apresentada, não posso concordar com a assertiva defensiva de que *"a acusação fiscal busca limitar e restringir o direito ao crédito de ICMS. Todavia, deve-se ter em mente, que toda e qualquer limitação do direito ao crédito do ICMS, deve respeitar o princípio da não cumulatividade desse imposto"*.

Isso por que, a autuação respeitou de forma completa, o dispositivo constitucional inserido no artigo 155 da Carta Magna:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

Da mesma forma, a Lei Complementar 87/96 que, por determinação constitucional cabe regular a matéria tributária de que trata o disposto Constitucional, prevê no artigo 19 a não cumulatividade do ICMS, sendo praticamente cópia do Artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal de 1988, ficando assim ainda mais elucidado o certame, como não poderia deixar de ser.

Por outro lado, na doutrina também o conceito de não cumulatividade do imposto é pacificado, inclusive o Professor Roque Carazza (ICMS, 15ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2011) se manifesta: *"Como se vê o princípio da não cumulatividade assegura aos contribuintes o direito de compensar créditos de ICMS ainda que o tributo tenha sido cobrado por outras Unidades da Federação"*.

Logo, quanto a isso não existe discussão. Todavia, tal conceito não pode, como entende a defesa, ser interpretado a seu talante, e de maneira personalíssima, como se vê nos presentes autos, diante do objeto da autuação, até mesmo em respeito ao princípio da legalidade.

De fato, o que se tem é que tendo sido destacado imposto a maior por parte do remetente das mercadorias arroladas na autuação, que vem a ser o Centro Distribuidor da rede de lojas a qual pertence o estabelecimento autuado, somente pode ser apropriado a título de crédito fiscal aquela parcela que, de acordo com determinação legal seja possível. Acontece que a legislação estadual, especialmente no artigo 93, em seu parágrafo 5º do RICMS/97 prevê:

“Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

I - se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal;

II - quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou quando o imposto houver sido recolhido com base em pauta fiscal superior ao valor da operação”.

Assim pela norma regulamentar, somente é possível a apropriação do crédito fiscal relativamente aquele valor que tenha sido corretamente calculado e destacado no documento fiscal. Em caso de erro, o contribuinte deve apenas e tão somente creditar-se da parcela legalmente prevista, o que não ocorreu no presente caso, sendo o elemento motivador da autuação, e sem que isso venha a se constituir, como equivocadamente entende a defesa em negação ao princípio da não cumulatividade.

Isso por que, no caso concreto, as mercadorias objeto da autuação se constituíam em equipamentos de informática, cujas operações, nos termos da legislação, especialmente o artigo 87, incisos V e XLIV, do RICMS/97 possuem redução de base de cálculo:

“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)”;

Ou seja, é inconteste a redução de base de cálculo em tais operações. Ainda que se possa alegar que tendo havido destaque a maior do imposto por parte do remetente, cabe a este, em nome do princípio da autonomia dos estabelecimentos realizar os levantamentos necessários, e em processo apartado, requerer a restituição do valor eventualmente recolhido a maior a título de imposto.

Dessa forma, diante de tais fatos, entendo que a autuação ocorreu dentro dos ditames legais, e voto no sentido de que o lançamento deva ser mantido, e o Auto de Infração julgado Procedente. Devendo o órgão competente homologar os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **298932.0023/12-5** lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 17.446,07**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, incisos II, alínea “f”, e VII, alínea "a" da Lei nº. 7.014/96, respectivamente, e dos acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores eventualmente já recolhidos do débito apurado.

Sala de Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR