

A. I. Nº - 298932.0022/12-9
AUTUADO - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUIZ SANTOS SOUZA e ANA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09. 07. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-01/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. **b)** DESTAQUE A MAIOR EM DOCUMENTO FISCAL. Operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e periféricos (“hardware”), suprimento de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, contemplados no Anexo 5-A, beneficiada com a redução da base de cálculo, nos ternos do art. 87, incisos V e XLIV, do RICMS 97, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% e, em cujas saídas do Centro Distribuidor do autuado foi aplicada a alíquota de 17%. Conforme art. 93, § 5º, RICMS/97, “somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal”. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. Infração reconhecida. 3. OMISSÃO DE SAÍDAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração reconhecida. Negado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2012, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, totalizando o valor histórico de R\$ 121.518,85, em razão de irregularidades a seguir descritas:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária. Períodos novembro 2009; janeiro/março, maio/agosto 2010 e janeiro/março 2011, Valor R\$ 50.755,16, acrescido da multa de 60%.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência do destaque a maior em documento fiscal. Períodos novembro/dezembro 2009; janeiro/dezembro 2010 e janeiro/abril 2011, Valor R\$ 25.723,06, acrescido da multa de 60%.
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme Anexo 3. Períodos outubro/dezembro 2009 e setembro / novembro 2010. Valor R\$ 27.839,94. Percentual de multa 60%.
4. Falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado

mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, conforme Anexo 4, no valor de R\$ 17.200,69, exercícios 2009/2010.

O autuado, por meio de Procurador legal, ingressa com defesa, fls. 124 a 136, firmando ser uma pessoa jurídica de direito privado, com atividades comerciais – lojas de departamentos ou magazines (CNAE nº 4713001) em todo território nacional, sujeitando-se à incidência do ICMS, impugnando as infrações 02 e 03, que reproduz. Procede ao recolhimento dos demais itens.

Com relação à infração 03, alega que a discussão centra-se em saber se os materiais foram ou não destinados ao ativo fixo e ao uso e consumo, possibilitando a exigência de diferencial de alíquota em tais operações. Diz que a Fiscalização não logrou êxito em demonstrar os elementos que impõem a autuação, mas especificamente, se as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação são bens do ativo fixo e de uso e consumo.

Acusa que o trabalho fiscal deve ser rechaçado de plano, visto que eivado de nulidade, porque baseado em meros indícios, partindo de presunções e conclusões arbitrárias e injustificadas, uma vez que não fundamenta o porquê de considerar as notas fiscais arroladas como sendo de bens do ativo fixo e de uso e consumo.

Assevera que os produtos acobertados pelas Notas Fiscais autuadas integram o processo produtivo do impugnante, o que pode ser confirmado por meio de perícia técnica, que se requer desde já. Explica que tais mercadorias são absolutamente necessárias no desempenho de suas atividades, de modo que tais mercadorias devem ser tidas como consumidas no seu processo produtivo, não havendo o que falar em falta de recolhimento de diferencial de alíquota. Diz ainda que a exigência não pode prosperar, sob pena de ofensa ao princípio da não cumulatividade.

Argui a ausência de norma legal que ampare a exigência do diferencial de alíquotas, posto que tal hipótese de incidência não se encontra prevista na Lei Complementar nº 87/96. Completa que entre as diversas hipóteses de incidência do ICMS elencadas pelo legislador complementar, não há previsão de que, sejam gravadas pelo referido imposto, as entradas de mercadorias provenientes de outras unidades federadas destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado.

Conclui que falta à Fiscalização legitimidade para efetuar tal exigência. Contesta a previsão na Constituição Federal da cobrança do ICMS da diferença de alíquota no Estado de destino como suficiente para legitimar o procedimento adotado pelo Estado da Bahia na lavratura do Auto de Infração ora impugnado, pois, a mencionada disposição constitucional não possui eficácia plena. Aduzindo que a própria Constituição Federal dispõe sobre a necessidade de que, mediante lei complementar, sejam definidos os fatos geradores, contribuintes, base de cálculo e especificamente no que tange ao ICMS, fixado “para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços” (artigos 146, III, “a” e 155, § 2º, XII, “d” da CF/88).

Conclui que não pode prosperar a exigência fiscal, pois os bens que deram origem a infração não são bens destinados ao ativo fixo ou uso e consumo do estabelecimento autuado e ainda, não lhe pode ser imputada a obrigação do recolhimento do diferencial de alíquotas do ICMS na entrada de mercadorias provenientes de outras unidades federadas, já que tal fato não se encontra previsto na Lei Complementar nº 86/97 como gerador da incidência do referido imposto.

Na infração 01 (na realidade, infração 02), diz que, conforme descrito na peça acusatória, diz respeito a suposta utilização indevida de crédito de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior em documento fiscal. Alega que a acusação busca limitar e restringir o direito ao crédito de ICMS, sem respeitar, porém, ao princípio da não-cumulatividade desse imposto.

Explica que toda vez que se 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 gerador do crédito fiscal em

seu favor, a ser utilizado após encontro de contas. Aduz que, se houve destaque de imposto a maior em documento fiscal, conforme apontado pela Fiscalização, é certo que também recolheu o ICMS sobre o valor efetivamente destacado, fato que dá ensejo, portanto, à utilização integral do crédito regularmente constituído.

Argumenta que qualquer tentativa de glosa da integralidade de tais créditos traduzir-se-à em enriquecimento ilícito e que as operações realizadas não acarretaram quaisquer prejuízos ao Erário Estadual. Diz que não cabe à Fiscalização a cobrança de supostos créditos tributários em nenhuma espécie, concluindo que é inexigível o item 02 da presente autuação.

Pede perícia contábil, pois, as questões discutidas neste item 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; diz que indicou as falhas cometidas pelo Fisco e que o presente levantamento fiscal apresenta sérias distorções e resulta na apuração de quantias absolutamente despropositadas, sob os aspectos quantitativos e valorativos.

Diz que é inviável o prazo de 30 dias para apresentar um levantamento paralelo, que encontre item a item todas as incorreções existentes no trabalho fiscal, considerando necessária a realização de diligência ou perícia contábil para comprovar se existem, efetivamente, as pretensas diferenças na utilização dos créditos de ICMS. Pede a improcedência do auto de infração, protestando pela juntada posterior de documentos necessários à sua comprovação.

A autuante presta informação fiscal, fls. 154 a 166, argüindo que o auto de infração foi lavrado com fundamentação jurídica e a correta citação dos dispositivos legais infringidos, de acordo com o art. 28, RPAF BA, além de propor as multas previstas no art. 42 da Lei 7.014/94.

Defende a apreciação apenas da infração 02, uma vez que identificou no sistema a existência de saldo a pagar somente para essa infração, crédito fiscal indevido de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Conclui que já operou a extinção do crédito reclamado referente às infrações 01, 03, 04 em virtude do seu pagamento, conforme comprovantes extraídos do Sistema INC.

Reitera que em relação à infração 01, não houve manifestação por parte do contribuinte e o mesmo pagou, conforme comprovante em anexo, fls. 167 e 168, infração no total de R\$ 50.755,16.

Na infração 04, falta de recolhimento do imposto relativo à Omissão de Saídas de mercadorias tributáveis apurada por levantamento de estoque, não houve manifestação por parte do contribuinte e a empresa também efetuou pagamento, no valor de R\$ 17.200,69, comprovantes em anexos, fls. 167 e 168.

Com relação à infração 02, utilização indevida crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais no total de R\$ 25.723,06, o contribuinte autuado alega apenas que se houve destaque de imposto a maior em documento fiscal, é porque houve também recolhimento do ICMS sobre o valor efetivamente destacado, justificando, portanto, a utilização integral do crédito.

Explica que a utilização de crédito fiscal a maior decorre 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 (Anexo 5-A), bem como computadores de mesa e portátil, conforme determina o art. 87, incisos V e XLIV, do RICMS 97. Aduz que pela regra do art. 93, § 5º, RICMS 97, “somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal”.

Diz que, considerando as saídas destas mercadorias, com redução de base de cálculo, deveria o autuado observar a regra contida no art. 100, II, que disciplina o estorno do crédito fiscal, quando as

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

Argumenta que não houve agressão ao princípio da não-cumulatividade, que os estabelecimentos são autônomos e que esse Conselho já se posicionou a respeito da compensação do crédito reclamado decorrente de ação fiscal, o que somente é possível por meio de processo específico de pedido de repetição de indébito, com demonstrativo detalhado e conferido pela Inspetoria Fazendária, conforme pode ser verificado nos trechos do Acórdão JJF N° 0247-02/12.

Quanto ao pedido de diligência ou perícia, diz que o autuado não consegue comprovar, a existência de erros nos demonstrativos que dão suporte ao Auto de Infração e que justificassem a diligência. Conclui pela manutenção integral do auto de infração.

Consta nos autos, comprovantes de pagamento extraídos do SIGAT, fls. 171/172. Apresenta Procuração de Substabelecimento dos advogados do contribuinte autuado, fls. 173/174.

VOTO

Cumpre o presente Auto de Infração das 4 (quatro) exigências descritas e relatadas na inicial dos autos. O sujeito Passivo apresenta impugnação para as infrações 02 e 03, posteriormente, apresenta o pagamento integral da infração 03, subsistindo lide apenas em face à infração 02, que será objeto da apreciação a seguir. Estando, pois, caracterizadas as infrações 01, 03 e 04.

Preliminamente, acusa o autuado que o trabalho fiscal deve ser rechaçado, eivado de nulidade, porque baseado em meros indícios, partindo de presunções e conclusões arbitrárias e injustificadas, uma vez que não se fundamenta o porquê de arrolar notas fiscais do levantamento como sendo de bens do ativo fixo e de uso e consumo. Pede perícia técnica para certificar que tais mercadorias são absolutamente necessárias no desempenho de suas atividades, de modo que devem ser tidas como consumidas no seu “processo produtivo” e não havendo falar em falta de recolhimento de diferencial de alíquota.

Não vislumbro a ocorrência de atos ou procedimentos que possam invalidar o presente Auto de Infração. Inexistem quaisquer faltas de fundamentação ou utilização de presunções. Em contrário, na sua lavratura foi observada a fundamentação jurídica, a motivação e a correta citação dos dispositivos legais infringidos, conforme art. 28, RPAF/BA, além de propor as multas previstas no art. 42 da Lei 7.014/94.

Nego o pedido de diligência ou de perícia formulado na impugnação administrativa, pois entendo não existir a necessidade, em face de os elementos constantes nos autos serem suficientes para a formação do juízo de valor acerca das infrações elencadas neste lançamento, a teor do art. 147, I, “a” do RPAF/99. Tal pedido, no momento processual, sequer encontra explicação, uma vez que os esclarecimentos acerca do ICMS diferencial de alíquota não mais se justificam, porque reconhecido e extinto o respectivo crédito tributária pelo pagamento.

No mérito, a infração 02 recai na utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência do destaque a maior em documento fiscal, no valor total de R\$ 25.723,06.

Constatou que a Auditora Fiscal elaborou demonstrativo fiscal, fls. 29/31 (exercício 2009), fls. 32/40 (exercício 2010) e às fls. 41/43 (exercício 2011) relacionando as entradas, no estabelecimento do autuado, em operações de transferências internas de seu 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, contemplados no Anexo 5-A, RICMS 97, bem como computadores de mesa e portátil. Sabe-se que as operações internas com tais produtos são beneficiadas com a redução da base de cálculo, nos ternos do art. 87, incisos V e XLIV, do RICMS 97, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%.

Não encontra ressonância a alegação do contribuinte de que houve destaque de imposto a maior no documento fiscal, além do recolhimento do ICMS sobre o valor efetivamente destacado, o que justificaria a utilização integral do crédito por zelo ao princípio da não cumulatividade. Observo que

o crédito fiscal, à despeito de ser um direito do contribuinte do ICMS, a sua utilização obedece aos regramentos previstos no ordenamento jurídico. Assim é que pelo disposto no art. 93, § 5º, RICMS/97, “somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal”.

Por fim, inexistem quaisquer ofensas ao princípio da não cumulatividade, cujo pagamento a maior feito relativas às operações de saída do Centro Distribuidor do contribuinte autuado, em face do destaque da alíquota de 17%, deverá ser compensado através das opções previstas na legislação do ICMS, à preferência da empresa.

Posto isso, resta devidamente caracterizada a infração encimada, no valor global de R\$ 25.723,0, conforme consta nos demonstrativos de fls. 29/43. PROCEDENTE é o presente Auto de Infração, na íntegra, R\$ 121.518,85, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298932.0022/12-9, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 121.518,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 104.318,16, de 70% sobre R\$10.715,86 e de 100% sobre R\$6.484,83, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “f” e VII, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR