

PROCESSO - A. I. Nº 147771.0003/12-8
RECORRENTE - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0213-04/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16/04/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0062-12/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO.

a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MATERIAIS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Desistência da lide por pagamento dos valores exigidos. 2. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES SUJEITAM-SE A REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. 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. Rejeitadas as preliminares de anulação da Decisão recorrida e de nulidades. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** em relação ao item 1 acima, e **NÃO PROVIDO** em relação ao item 2. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF nº 0213-04/13) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 17/12/2012, o qual exige ICMS no valor total de R\$175.305,19, tendo em vista que foram constatadas sete infrações á legislação tributária deste Estado, sendo que aquelas motivadoras do presente Recurso Voluntário são as seguintes:

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher ICMS de R\$ 21.647,15, 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. Período: julho 2009 e janeiro 2010. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 6 - Deixou de recolher ICMS de R\$ 6.570,08, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Período: julho a dezembro 2009, janeiro a julho e dezembro 2010, janeiro, fevereiro e abril 2011. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 7 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de R\$ 53.735,68 em decorrência de destaque de imposto a maior no(a) documento(s) fiscal(is). Período: julho a dezembro 2009, janeiro a dezembro 2010, janeiro a abril 2011. Multa: 60%. Consta que utilizou crédito fiscal na entrada de mercadorias cuja saída deveria ter ocorrido com base de cálculo reduzida conforme art. 87, V e XLIV do RICMS-BA.

Após análise dos argumentos de defesa, da ouvida dos autuantes, de rejeitar o pedido de nulidade e de diligência fiscal, a 4ª JJF proferiu a seguinte Decisão em relação às infrações ora em combate:

[...]

Embora o Impugnante tenha contestado as infrações 5 e 6, conforme extrato SIGAT de fls. 147-149, o valor exigido pelo cometimento das infrações 5 e 6 foi pago pelo autuado, o que, nos termos do art. 156, I, do Código Tributário Nacional – CTN extingue a lide quanto a essas infrações.

A despeito disso, tendo em vista nada ter a reparar nos demonstrativos que sustentam as infrações 5 e 6 (fls. 52-53 e 60-64), cujos dados não foram objetados pelo Impugnante, por alinhar-me na perfeição com os argumentos sobre o direito relativo aos fatos elencados e expostos na informação fiscal como acima relatada e que para evitar mera repetição aqui tenho como transcritos, assumo a subsistência dos valores exigidos, por ver caracterizado o ilícito tributário acusado.

Infrações 5 e 6, procedentes.

A infração 7 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 deficiente no período de julho de 2009 a abril de 2011, indo de encontro às 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, a autuação decorre do sujeito passivo 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. 74 a 82 com redução de base de cálculo, conforme depreende o art. 87, incisos 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, e ter efetuado 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 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 7, procedente.

Sobre a compensação do crédito reclamado na infração 7, coaduno com as observações do autuante, 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, pedindo a repetição do indébito, com demonstrativo detalhado, encaminhado a unidade fazendária de sua circunscrição fiscal para a pertinente análise.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento já efetuado.

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte, por representante legalmente constituído, apresentou, inicialmente, o que chamou de “memoriais” (fls. 210/220). Afirma improceder o estorno dos créditos fiscais tendo em vista a redução de base de cálculo por limitar princípios constitucionais vigentes.

Diz que, em tese, a acusação aponta fato jurídico “*apto a ensejar a implicação da norma de incidência tributária do ICMS*”. Todavia, conforme documentos apensados aos autos, as operações autuadas foram operações entre o seu Centro de Distribuição para seus estabelecimentos varejistas, ou seja, simples transferência de mercadorias, inclusive matéria sumulada na Súmula nº 166 do STJ. Em assim sendo, inexiste a incidência do ICMS nestas operações, conforme tem decidido o STJ e STF (colaciona decisões aos autos). Portanto, mesmo não adentrando ao mérito da autuação, deve ser reconhecido a “não incidência” do imposto nas referidas operações e, consequentemente, a improcedência da autuação.

Em seguida, abre tema sobre a possibilidade da utilização integral do crédito fiscal em operações com base de cálculo reduzida. Afirma que esta matéria já havia sido apreciada pelo STF (colacionando decisões) para concluir que “*qualquer tipo de vedação do pleno exercício do princípio da não-cumulatividade, mostra-se inconstitucional, não podendo prevalecer eventuais disposições da legislação estadual em relação às disposições constitucionais, chanceladas pelos Tribunais Superiores*”.

Passa a discutir a ausência de prejuízo aos Cofres Públicos da matéria em lide já que como suas operações comerciais foram realizadas entre estabelecimentos do próprio contribuinte, havia recolhido o imposto a maior, uma vez que deixou de aplicar a alíquota efetiva sobre a base de cálculo reduzida e autorizada pela legislação. Nesta situação, entende ter se operado o instituto da compensação, hipótese legal da extinção do crédito fiscal, conforme comando do art. 156, II, do CTN. E, “*se houve destaque do imposto a maior em documento fiscal – conforme apontado pela D. Fiscalização – é certo que a Defendente recolheu o ICMS sobre o valor efetivamente destacado, fato que dá ensejo, portanto, à utilização integral do crédito regularmente detido pela Defendente*”.

Em seguida, discute a necessidade da redução das multas impostas, as entendendo que ferem os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como da boa fé, conforme discorre para afirmar que, estando comprovada a origem e lisura dos créditos fiscais, este fato em obediência a tais princípios justificava, e impunha, a sua anulação.

Finaliza sua argumentação afirmando: “*Em suma, nor qualquer ângulo que se analise a questão, certo é que o presnet Auto de Infraçāo não deverá prosperar à vista da ausência de violação ao interesse do Estado, tampouco lesão financeira aos cofres públicos. Por todo o acima exposto, a Requerente reitera suas razões Auto de Infração atacado para que seja reconhecida a improcedência do Auto de Infração atacado*.

Por fim, a Requerente reitera seu pedido para que todas as intimações nos presentes autos sejam feitas exclusivamente em nome da empresa autuado, no endereço Avenida Conde Francisco de Mata razzo, 100, Centro, São Caetano do Sul/SP, CEP 09500-000”.

Após tal intervenção, a empresa apresenta Recurso Voluntário (fls. 229/246). Após transcrever a Ementa do Acórdão recorrido, pugna pela improcedência da exigência fiscal por limitar princípios constitucionais vigentes, pelas razões que passa a expor.

Alega cerceamento do seu direito de defesa diante da negativa da JJJF em recusar o seu pedido de prova pericial, uma vez que ele dizia respeito às seguintes questões: **a) se os créditos em tese tidos por indevidos foram de fato tomados; e b) se o valor recolhido a maior a título do ICMS foi suficiente para as compensações realizadas pelo recorrente (de forma a demonstrar a correção das compensações por ela realizadas, decorrentes de créditos comprovadamente apuradas, nas operações anteriores).**

E não bastasse tais fatos, menciona que conta com mais de 56 mil colaboradores e mais de 500 filiais, com presença em 15 Estados Brasileiros, o que impossibilita de levantar todos os documentos necessários para comprovação de suas alegações no tempo de 30 dias.

Em assim sendo, não sendo viabilizada a prova pericial, conforme comando do art. 137, do RPAF/BA, existiu desobediência ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa e o da verdade material. Afirma, ainda, de que “*Dante disso, restou plenamente justificados e comprovados os requisitos do artigo 145 do RPAF/99 para garantir a produção de prova pericial nos presentes autos, diferente do que indevidamente apontou a D. Autoridade Julgadora em sua r. Decisão aqui impugnada*”.

Pugna pela anulação da Decisão recorrida.

Em seguida, abre os temas sobre a “ausência de hipótese de incidência de ICMS (operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (pessoa jurídica) - Súmula 166 do STJ) e “da

possibilidade de crédito fiscal de ICMS (integral) em operações com base de cálculo reduzida” nos mesmos moldes de sua anterior manifestação.

Passa a questionar o diferencial de alíquota. Neste aspecto, diz haver 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, da qual transcreve o seu art. 2º.

Em assim sendo, resta evidente que tal norma não traz respaldo jurídico à sua exigência.

Discute a ausência de prejuízo aos Cofres Públicos da matéria da infração 7, de acordo com os argumentos anteriormente apresentados.

Em seguida, e de igual maneira como anteriormente realizada, passa a discutir a necessidade da redução das multas impostas.

Finaliza sua argumentação requerendo a total improcedência do Auto de Infração e a nulidade da Decisão recorrida para reanálise de sua defesa.

Por fim, a Requerente reitera seu pedido para juntada da procuração de subestabelecimento do advogado que assina o presente Recurso voluntário e que todas as intimações nos presentes autos sejam feitas exclusivamente em nome da empresa autuado, no endereço Avenida Conde Francisco de Mata razzo, 100, Centro, São Caetano do Sul/SP, CEP 09500-000”.

A PGE/Profis, em Parecer da lavra da n. Procuradora Maria José Coelho Sento-Sé (fls. 261/263), inicialmente ressalta a vedação contida no art. 167, I, do RPAF/BA para que este foro administrativo discuta questões de constitucionalidades da norma tributária posta.

Em seguida, ressalta de que a imputação fiscal encontra-se devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual e o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39, do nominado regulamento de processo administrativo fiscal, tendo sido preservados os princípios da legalidade, do devido processo legal e da verdade material.

Registra como importante de que a Súmula 166 do STJ não tem caráter vinculante perante as decisões administrativas proferidas no âmbito do CONSEF. Ademais, ela determina a inexistência de fato gerador de ICMS na hipótese do simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Em seguida, afirma de que os argumentos recursais não são aptos à descaracterizar a exigência fiscal relativa à infração 7. Observa que resta comprovado no demonstrativo de fls.74/82 dos autos que o sujeito passivo 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 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, incisos V e XLIV do RICMS/97.

Pontua como legítimo ao estabelecimento que destacou e pagou o imposto a maior postular o direito a restituição do mesmo por meio de processo específico de repetição do indébito, perante a unidade fazendária competente.

No que concerne ao pedido de redução das multas aplicadas, diante do contido no art. 159, do RPAF/BA, deve o sujeito passivo encaminhar o pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal à Câmara Superior do CONSEF.

Opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso interposto.

VOTO

Preliminarmente entendo necessário frisar que o contribuinte, no prazo regulamentar para interpor Recurso Voluntário, apresentou o que chamou de “Memoriais” em relação à infração 7.

Somente depois de decorrido o seu prazo de interposição de Recurso, apresentou Recurso Voluntário em relação às infrações 5, 6 e 7.

Como o processo encontra-se em foro administrativo, diante das determinações dos §§ 1º e 2º do art. 2º do RPAF/BA, tomo como Recurso Voluntário os “Memoriais” apresentados no prazo legal e como aditamento ao mesmo o que o recorrente chamou de Recurso Voluntário, apresentado posteriormente ao prazo legal.

O recorrente pede que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas exclusivamente em nome da empresa autuado, no endereço Avenida Conde Francisco de Matarazzo, 100, Centro, São Caetano do Sul/SP, CEP 09500-000.

Diante da § 3º II, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96 não se pode esquecer, nem desobedecer, a autonomia dos estabelecimentos. O autuado foi aquele situado neste Estado, localizado à rua Conselheiro Junqueira Alves, no bairro dos Barris em Salvador/BA. É com este estabelecimento que, no momento, existe a relação jurídica do Estado com a empresa. E este estabelecimento autuado tem endereço e, igualmente, seus sócios, não havendo previsão legal no RPAF/BA para se realizar as intimações na forma pretendida pelo recorrente. Entretanto e nada obsta de que cópias das intimações possam ser encaminhadas ao seu escritório de advocacia, com procuraçāo apensada aos autos, ressaltando, porém, de que no foro administrativo não é obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, porém não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem tampouco determinara a nulidade do lançamento fiscal. E, para não restar qualquer dúvida, relembrro de que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda.

Friso, ainda, de que o recorrente somente tratou no seu Recurso das infrações 5, 6 e 7. No entanto, requereu a improcedência total do Auto de Infração, o que, entendo, é um equívoco já que as demais infrações, além de terem sido reconhecidas, tiveram o imposto recolhido. Assim, trazendo a lide ao seu correto caminho, aprecio as razões recursais.

Em preliminar, suscita a anulação da Decisão recorrida por entender que a JJF negou o seu pedido de perícia fiscal em relação á infração 7 para dirimir as seguintes questões: **a)** se os créditos em tese tidos por indevidos foram de fato tomados e **b)** se o valor recolhido a maior a título do ICMS foi suficiente para as compensações realizadas pela empresa, objetivando demonstrar a correção das tais compensações. Assim, houve desobediência ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa e o da verdade material.

Ou seja, o recorrente no seu pedido formulado no item “a” requer uma completa revisão do lançamento fiscal com base na sua documentação fiscal, que encontra-se em seu poder. Não traz aos autos, e desde a sua inicial, um único documento que possa, mesmo por amostragem, lançar dúvidas a respeito da infração apurada, inclusive admitiu ter utilizado o crédito fiscal integral e lançou, no seu Recurso, argumentos de que seu procedimento encontra-se correto.

No mais, é cediço ser a busca da verdade material e a certeza jurídica a finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário, que se pauta nos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito (art. 2º, do RPAF/BA), tendo sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador por ato menos oneroso (§§ 1º e 2º do citado artigo). Por isso, o julgador administrativo pode, e deve, por competência (art. 30, III, do Regimento Interno deste CONSEF – Decreto nº 7.592/99) solicitar diligência ou perícia para que se cumpra, quando necessária, uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito de uma questão. No entanto, ao julgador cabe a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e

na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito (art. 137, do RPAF/BA). Afora tais considerações, reza o art. 147, I que deve ser indeferido o pedido de diligência fiscal (aqui se restingindo ao pedido formulado quando: *a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

Além do acima explicitado, ainda, determina o RPAF/BA:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto ao item b) do pedido formulado, este foi claramente analisado e decidido pela JJF, não havendo qualquer reparo a ser feito.

E, quanto ao fato de ser conglomerado comercial com mais de 56 mil colaboradores e mais de 500 filiais, com presença em 15 Estados Brasileiro, não o desonera, em qualquer hipótese, de cumprir as determinações da legislação tributária quer estadual, quer da união, ou mesmo do município, quando assim for.

Quanto as determinações do art. 145, do RPAF/BA elas, apenas, depõe contra o próprio recorrente, uma vez que o pedido de diligencia deve se fazer acompanhar da fundamentação de sua necessidade, que, como visto, não houve.

Por tudo exposto, não há qualquer motivação para que se decida pela anulação da Decisão recorrida, não havendo nela qualquer afronta ao devido processo legal, ao contraditório, ampla defesa e o da verdade material.

No mérito o recorrente insurge-se contra a exigência da cobrança do diferencial de alíquota relativo às infrações 5 e 6 (ativo fixo e uso e consumo), entendendo que a Lei Complementar nº 87/96 não dispõe sobre a matéria. Assim, improcedia a exigência fiscal.

Embora o contribuinte tenha, no seu Recurso trazido tais argumentos, em 22/01/2013 recolheu integralmente o imposto relativo a essas infrações, conforme DAE e “Detalhes de Pagamento do PAF” acostados aos autos ás fls. 147/149, inclusive antes do julgamento de 1º Grau.

Ressaltando que neste PAF não houve Recurso de Ofício e que o pagamento realizado implica confissão da dívida, ineficaz se torna o Recurso Voluntário interposto em relação às infrações 5 e 6, conforme previsto pelo Art. 122, inciso IV do RPAF/BA. Em consequência, fica extinto o processo administrativo fiscal, nos termos do Art. 156, inciso I do CTN e **prejudicado** o Recurso apresentado em relação às infrações nominadas.

Diante do exposto, do Recurso interposto, esta 2ª CJF somente pode analisar e decidir a infração 7, já que o imposto ora exigido não foi recolhido, que trata da utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque a maior no documento fiscal, uma vez que as saídas posteriores encontram-se albergadas pelo benefício fiscal da dedução de base de cálculo. Ou seja, o recorrente utilizou crédito fiscal a maior em virtude de não ter sido 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.

Em síntese, o recorrente alega:

- a) Diante das determinações da Súmula nº 166 do STJ, nas operações de transferências (operações entre o seu Centro de Distribuição para seu estabelecimento varejista) inexiste a incidência do ICMS. Embora matéria de grande discussão, ela não tem qualquer razão a ser aqui aventada, posto que a exigência é o estorno de crédito fiscal que o contribuinte deveria ter realizado. Ou seja, as transferências foram tributadas e o recorrente utilizou no seu conta corrente fiscal os créditos consignados nos documentos.
- b) Não pode haver qualquer tipo de vedação ao pleno exercício do princípio da não-cumulatividade, matéria já sedimentada pelo STF. Assim, tem direito à utilização integral do crédito fiscal consignado no documento fiscal em operações com base de cálculo reduzida.

Observo que para se obedecer ao princípio de não-cumulatividade do imposto, insculpido da Constituição Federal existem duas contra partidas a serem consideradas, ou seja, os créditos e os débitos. Por isto que o art. 155, § 2º da CF determina que o imposto é não-cumulativo compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores. O Estado ao reduzir a base de cálculo do imposto, configura uma desoneração de tributação nas vendas realizadas dentro do Estado, e ele não pode suportar um crédito fiscal relativo a uma operação de compra sem a contra partida, ou seja, o seu débito. Por tal circunstância veda a sua utilização.

Tal matéria já foi largamente discutida nos tribunais pátrios sendo pacificada pelo Supremo Tribunal Federal que entende ser o benefício fiscal de redução de base de cálculo uma isenção parcial, incidindo, portanto, a regra constante do art. 155, § 2º, II, b da Constituição Federal, conforme decisões abaixo citadas e exemplificativas.

RE 174478 / SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 17/03/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Art. 41, inc. IV, da Lei estadual nº 6.374/89, e art. 32, inc. II, do Convênio ICMS nº 66/88. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao Recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, inc. II, letra "b", da CF. Voto vencido. São constitucionais o art. 41, inc. IV, da Lei nº 6.374/89, do Estado de São Paulo, e o art. 32, incs. I e II, do Convênio ICMS nº 66/88

RE 174478 ED / SP - SÃO PAULO

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 14/04/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Art. 41, inc. IV, da Lei estadual nº 6.374/89, e art. 32, inc. II, do Convênio ICMS nº 66/88. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao Recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, inc. II, letra "b", da CF. Alegação de mudança da orientação da Corte sobre os institutos da redução da base de cálculo e da isenção parcial. Distinção irrelevante segundo a nova postura jurisprudencial. Acórdão carente de vício lógico. Embargos de declaração rejeitados. O Supremo Tribunal Federal entrou a aproximar as figuras da redução da base de cálculo do ICMS e da isenção parcial, a ponto de as equiparar, na interpretação do art. 155, § 2º, II, "b", da Constituição da República.

RE 465236 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 06/04/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ICMS. SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL OU INTERESTADUAL. CUMULATIVIDADE. REGIME OPCIONAL DE APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. VANTAGEM CONSISTENTE NA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CONTRAPARTIDA EVIDENCIADA PELA PROIBIÇÃO DO REGISTRO DE CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO SEM A PERMANÊNCIA DA CONTRAPARTIDA. ESTORNO APENAS PROPORCIONAL DOS CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Segundo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, as figuras da redução da base de cálculo e da isenção parcial se equiparam. Portanto, ausente autorização específica, pode a autoridade fiscal proibir o registro de créditos de ICMS proporcional ao valor exonerado (art. 155, § 2º, II, b da Constituição). 2. Situação peculiar. Regime alternativo e opcional para apuração do tributo. Concessão de benefício condicionada ao não registro de créditos. Pretensão voltada à permanência do benefício, cumulado ao direito de registro de créditos proporcionais ao valor cobrado. Impossibilidade. Tratando-se de regime alternativo e facultativo de apuração do valor devido, não é possível manter o benefício sem a contrapartida esperada pelas autoridades fiscais, sob pena de extensão indevida do incentivo. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Em assim sendo, não somente o STF assim se posiciona como, de igual forma, existe previsão constitucional da norma vigente neste Estado e previsão na Lei Complementar nº 87/96 (art. 20, § 3º, II), na Lei nº 7.014/96 (art. 29, § 4º, II) e no RICMS/97 (art. 100, II).

Portanto, correto o procedimento fiscal ao exigir o estorno de crédito relativo à entrada de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, na mesma proporção da fruição do benefício que corresponde a uma isenção parcial. E, ressalto, sobre esta redução de base de cálculo em qualquer momento se insurge o recorrente.

c) Como as operações comerciais foram realizadas entre estabelecimentos do próprio contribuinte, havia recolhido o imposto a maior, uma vez que deixou de aplicar a alíquota efetiva sobre a base de cálculo reduzida e autorizada pela legislação. Nesta situação, se operou o instituto da compensação, hipótese legal da extinção do crédito fiscal, conforme comando do art. 156, II, do CTN não havendo qualquer prejuízo ao Erário.

Com tais argumentos, o recorrente demonstra:

1. Joga por terra a sistemática do ICMS de que os estabelecimentos de uma empresa são autônomos entre si, conforme já exposto anteriormente. Trata o remetente (Centro de Distribuição) como parte integrante do estabelecimento varejista, o que é grande equívoco perante a norma legal vigente.
2. Seu Centro de Distribuição - CD ao não realizar a redução de base de cálculo às suas filiais varejistas crédito fiscal a maior. Estas, por sua vez, o utiliza para compensação dos seus débitos. Como o CD, em princípio, não efetua vendas, ele acumula ao longo do tempo créditos fiscais, créditos estes repassados às filiais do conglomerado na forma ora discutida. E, observo, a norma regulamentar prevê o repasse de créditos entre os estabelecimentos de uma mesma empresa, porém para que isto aconteça seria necessário seguir as determinações legais previstas no § 3º do art. 108, do RICMS/97.

Portanto, aqui e neste momento, não se pode discutir se houve, ou não, prejuízo ao Erário.

No mais e conforme bem pontuado pela JJF, ao estabelecimento (CD) que destacou e pagou o imposto a maior lhe é assegurado seu direito, caso assim queira, a restituição do imposto por meio de processo específico, pedindo a repetição do indébito, com demonstrativo detalhado, encaminhado a unidade fazendária de sua circunscrição fiscal para a pertinente análise.

O recorrente ainda se insurge contra a penalidade imposta, entendendo que ela fere os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como da boa fé.

Sobre tal tema, não cabe a este foro administrativo a discussão, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que a multa aplicada obedece ao quanto disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB).

Em conclusão, declaro PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário em relação às infrações 5

e 6 e voto pelo NÃO PROVIMENTO quanto a infração 7, do Recurso interposto, mantendo em sua inteireza a Decisão recorrida. Deve o órgão competente desta Secretaria de Fazenda estadual homologar os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado em relação às infrações 5 e 6, **NÃO PROVER** em relação à infração 7 e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 147771.0003/12-8, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$175.305,19**, acrescido das multas de 100% sobre R\$3.241,43, 70% sobre R\$3.423,19 e 60% sobre R\$168.640,57, previstas no art. 42, incisos VII, III e II, alíneas “d”, “f” e “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - RPER. DA PGE/PROFIS