

PROCESSO - A. I. Nº 207494.0007/12-0
RECORRENTE - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0228-02/13
ORIGEM - IFEP COMERCIO
INTERNET - 05/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0094-12/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. É vedada a utilização de crédito fiscal, destacado a maior em documentos fiscal pelo destinatário, tendo sido respeitado o princípio da não cumulatividade. Afastada arguição de nulidade da Decisão de primeira Instância. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO quanto à infração 1 e PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário em relação à infração 2. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0228-02/13 que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o ICMS de R\$ 323.733,96, referente a cinco infrações, a seguir descritas:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$42.170,29, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais.

Infração 02 – 06.01.01 – Deixou de recolher o 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\$33.131,56;

Infração 03 – 04.05.02 - Falta de recolhimento do ICMS correspondente ao valor de R\$55.057,11, 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.

Infração 04 – 04.05.05 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$10.578,55, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária -a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

Infração 05 – 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, sendo exigido imposto no valor de R\$182.796,45.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento do voto a seguir reproduzido:

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações assessórias decorrente de 05 (cinco) infrações.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece a procedência das infrações 03, 04 e 05, tendo efetuado o pagamento. Portanto, não existindo lide, entendo que as mesmas restaram caracterizadas.

Assim, no caso em tela, a lide persiste em relação às infrações 01 e 02, as quais passo a analisar.

Em relação a arguição de constitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No tocante ao argumento defensivo de o prazo de 30 dias não é suficiente para exercer seu direito defesa, tal alegação não pode ser acolhida, pois tal prazo é o expressamente prevista na legislação do ICMS.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que a acusação fiscal busca limitar e restringir o direito ao crédito de ICMS, não observando o princípio da não-cumulatividade, ressaltando que se houve destaque de imposto a maior em documento fiscal é certo que o autuado recolheu o ICMS sobre o valor efetivamente destacado, fato que dá ensejo à utilização integral do crédito. Salienta que tais operações não acarretaram quaisquer prejuízos ao Erário Estadual.

Quanto ao argumento de limitação do princípio constitucional da não-cumulatividade, como já consignado no início voto, o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Não acolho a alegação defensiva de que teria direito ao crédito destacado nos documentos fiscais, pois, nesta situação 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.

Por sua vez, ao utilizar-se de crédito fiscal a maior do que o previsto na legislação do ICMS, por consequencia, o autuado reduzir, de forma irregular, o valor recolhido, causando prejuízo ao erário estadual.

Saliento que, na realidade, autuação decorre do fato do autuado 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. 11 a 15 e CD à folha 51 dos autos, com redução de base de calculo, 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.

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.

Na infração – 06.01.01 – é imputado ao autuado ter deixado de recolher o 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.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

No tocante ao fato de serem ou não bens destinados para o uso o consumo, trata-se de questão de mérito, que será analisado após a preliminar, portanto, não é causa de nulidade da infração.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, alega a defesa que os produtos acobertados pelas Notas Fiscais autuadas integram o processo produtivo do estabelecimento autuado, 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, entendendo flagrante a ilegalidade da legislação do Estado da Bahia ao estabelecer como hipótese de incidência do ICMS a entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou ativo fixo.

Em relação a argüição de ilegalidade da legislação em comento, ressalto que o art. 167, III, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

Em relação ao argumento defensivo que os bens objeto da autuação seriam insumos, o mesmo não pode ser acolhido, pois, como bem destacou o autuante, insumos são produtos empregados ou consumidos no processo de produção, diferentemente da atividade do autuado, fls. 57 e 58 do PAF, que se dedica a atividades comerciais de lojas de departamentos ou magazines.

De igual modo não pode ser acolhido o argumento acima, uma vez que examinando os demonstrativos que embasaram a infração em tela, acostados às folhas fls. 16 e 17 dos autos, as codificações fiscais por operações (CFOP) são: 2551 (compra de bem para o ativo imobilizado); 2552 (transferência de bem para o ativo imobilizado); 2556 (compra de material para uso ou consumo) e 2557 (transferência de material para uso ou consumo), por representarem entradas de outras unidades da Federação de material de uso e consumo e ativo fixo, declarados pelo próprio contribuinte.

Ressalto que o autuado é contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, nesta situação obriga-se a cumprir a legislação baiana do ICMS, a qual estabelece em seu art. 2º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96, que:

Art. 2º. O ICMS incide sobre:

[...]

IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

No mesmo sentido, o § 1º do citado dispositivo legal prevê que são irrelevantes para caracterização do fato gerador: I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo; II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;

Por outro lado, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, o art. 69 do RICMS/97, estabelece que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota

interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Ressalto que o art. 624, inciso II, do RICMS/BA, enfatiza que, na entrada de bem de uso ou material de consumo, se fará o pagamento da diferença de alíquotas, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Logo, a infração 02 fica mantida, pois é devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao ativo fixo ou ao uso e consumo do estabelecimento. É irrelevante o fato de a saída de mercadorias, utilizadas como material de uso e consumo, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, não ser passível de tributação pelo ICMS no Estado de origem, como alega o recorrente.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Irresignado com a Decisão o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 211 a 227 dos autos, onde, inicialmente alega cerceamento de direito de defesa por conta do indeferimento do seu pedido de revisão fiscal pela JJF, já que de acordo com o consignado na defesa "*se houve destaque de 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, a utilização integral do crédito regularmente detido pela Defendente*". Alega que a constatação de encontro de contas (crédito x débito) é necessária para a verificação da existência ou não de efetivo prejuízo ao Erário. Requer a nulidade da Decisão de 1ª Instância para que seja assegurada a produção de prova pericial

Alega ainda que as operações objeto de fiscalização apontam que houve, em tese, o fato jurídico apto a ensejar a implicação da norma de incidência tributária do ICMS, porém, tais operações referem-se a simples remessas de mercadorias entre seus estabelecimentos e de acordo com o atual entendimento da jurisprudência nacional (Súmula 166 do STF) inexiste incidência do ICMS nas referidas operações. Acrescenta que o artigo 2º da Lei Complementar 87/96, que transcreveu, também não traz a hipótese de incidência tributária das operações, restando evidente inexistir respaldo jurídico para exigência do ICMS diferencial de alíquotas.

Tece comentários sobre o efeito confiscatório da multa \aplicada de 60% pois a mesma se mostra totalmente desproporcional e desarrazoada, uma vez que restou demonstrado que inexistiu prejuízo aos cofres públicos. Requer estão a sua anulação por ter sido comprovada a origem e lisura dos créditos.

Conclui requerendo a nulidade da Decisão proferida pela 1ª Instância, caso não seja acolhida a total improcedência do Auto de Infração.

Solicita que todas as intimações sejam feitas exclusivamente em nome da empresa autuado, no endereço Avenida Conde Francisco de Matarazzo, 100, Centro, São Caetano do Sul.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer, o Dr. José Augusto Martins Junior após análise dos argumentos do recorrente, opinou pelo Improvimento do Recurso, pelos seguintes motivos:

- a) Em relação a preliminar de nulidade de um possível cerceamento do direito de defesa, em face do indeferimento da realização de prova pericial, esclareceu que cabe ao julgador definir a necessidade ou não de ato diligencial, devidamente escorado no princípio do livre convencimento motivado e que no caso em questão percebe-se de forma clara a presença de todo lastro probatório necessário à formação do livre convencimento dos julgadores, razão pela qual não acolheu a tese recursal;
- b) Quanto a tese da ausência de incidência do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ressaltou que o sujeito passivo está sendo apenado pela utilização indevida de crédito fiscal por não ter efetuado a redução da base de cálculo prevista na legislação, desequilibrando o regime da não cumulatividade;
- c) No que diz respeito a tese da possibilidade de utilização de crédito fiscal integral, mesmo em operações com base de cálculo reduzido, esclareceu que se trata de uma espécie de isenção

parcial, segundo posicionamento dos Tribunais Superiores, portanto, imperioso se faz a aplicação da norma constitucional relativo ao estorno, posicionamento este acolhido de forma pacifica pelo CONSEF.

Às fls. 341/344 foi anexado extrato do Sistema SIGAT onde consta informação de que as infrações 2, 3, 4 e 5 encontram-se baixadas por pagamento.

VOTO

Inicialmente observo que desde a defesa inicial o sujeito passivo reconheceu às infrações 3, 4 e 5, tendo inclusive efetuado o seu pagamento. Posteriormente foi anexado ao PAF às fls. 341/344 extrato do sistema SIGAT emitido por esta Secretaria constando que também a infração 2 encontra-se baixada por pagamento. Portanto, é o objeto do presente Recurso apenas a infração 1.

No que diz respeito à arguição do sujeito passivo de cerceamento de direito de defesa por conta do indeferimento da prova pericial, devo rechaçá-la, visto que a negativa do seu pedido por parte da Primeira Instância foi devidamente fundamentada, como exige a legislação processual administrativa, mais precisamente no art. 147, inciso I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, abaixo transscrito.

Assim, entendendo o Relator da JJF de que os elementos constantes dos autos são suficientes para a sua apreciação e o seu convencimento, tal fato não se constitui em ofensa ao direito de defesa do contribuinte, pois amparado na legislação citada.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, 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”.*

Portanto, fica afastado o pedido de nulidade da Decisão proferida pela 1^a Instância.

Quanto à reiteração do pedido de prova pericial, esta também deve ser rejeitada, visto que esta desacompanhado de quaisquer provas documentais. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir as infrações, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.

No que diz respeito à alegação de desproporcionalidade da penalidade imposta, caracterizando o caráter abusivo e confiscatório da multa aplicada, o que é vedado expressamente pela Constituição Federal, esta arguição não pode ser apreciada pois este órgão colegiado não possui competência para declarar a inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, em relação a infração 1 o imposto estadual foi exigido porque o contribuinte utilizou integralmente o crédito fiscal na entrada de produtos cujas saídas do remetente deveriam ter ocorrido com base de cálculo reduzida.

No Recurso Voluntário, o contribuinte pleiteia a utilização integral do crédito destacado nas notas fiscais, tese que não pode ser acatada, pois, comprovadamente o recorrente deu saída dessas mercadorias com redução de base de cálculo, e neste caso deveria ter efetuado o estorno do crédito fiscal, na proporção da redução da carga tributária incidente nas operações de saídas, conforme previsão contida no art. 87, inciso V e XLIV do RICMA/BA, já que se trata de comercialização de aparelhos e equipamentos de dados e seus periféricos (“hardware”).

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);

Também não pode ser aceita a alegação do recorrente de inexistência de prejuízo ao Fisco em razão de se tratar de operações realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte pois de acordo com a legislação estadual (art. 93, parágrafo 5º do RICMS/97), somente pode ser apropriado a título de crédito fiscal a parcela prevista na norma regulamentar.

E de fato ficou demonstrado nos autos às fls. 11/15 que o estabelecimento remetente localizado neste estado não reduziu a base de cálculo nas transferências de aparelhos e equipamentos de dados e seus periféricos ("hardware"), gerando assim uma utilização indevida de crédito fiscal no estabelecimento do recorrido.

Do exposto, considero PREJUDICADA a análise da infração 2 tendo em vista o seu pagamento integral e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário relativo à infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado quanto à infração 1, considerar **PREJUDICADA** a análise em relação à infração 2, e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207494.0007/12-0, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$323.733,96**, acrescido das multas de 60% sobre R\$258.098,30, 70% sobre R\$55.057,11 e 100% sobre R\$10.578,55, previstas no art. 42, incisos II, "f", III e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS