

PROCESSO - A. I. Nº 269616.0015/12-3
RECORRENTE - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0172-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/04/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0096-11/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. 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 termos 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. Rejeitada a alegação de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 1ª JFJ, constante no Acórdão nº 0172-01/13, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epígrafado, lavrado em 20/12/2012, em razão de seis infrações, sendo que só há insurgência do Sujeito Passivo quanto a infração 1:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência do destaque a maior em documento fiscal. Períodos novembro/dezembro 2009; janeiro/dezembro 2010 e janeiro/março 2011. Valor: R\$ 109.843,46. Multa: 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JFJ proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 146/149):

Cumpra o presente Auto de Infração das 6 (seis) exigências descritas e relatadas na inicial dos autos. O sujeito Passivo apresenta impugnação apenas para a infração 01; posteriormente, apresenta o pagamento integral das infrações 02, 03, 04, 05 e 06. Subsiste a lide apenas em face à infração 01, objeto da apreciação a seguir, estando, pois, caracterizadas as demais infrações.

Preliminarmente, o autuado pede perícia contábil para identificar as imprecisões, equívocos e divergências quanto aos critérios utilizados pela fiscalização para apurar, por meio de levantamento fiscal, supostas diferenças de estoque, mensurar tais diferenças, sob os aspectos quantitativos e valorativos.

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.

No mérito, a infração 01 recai na utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência do destaque a maior em documento fiscal, no valor total de R\$ 109.843,46.

Constato que os Auditores Fiscais elaboraram demonstrativo fiscal, fls. 10/15 (resumido), 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 termos 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 da restrição do direito ao crédito fiscal ou que a tentativa de glosa do crédito, traduzir-se-á em enriquecimento ilícito, prática rechaçada pelo direito positivo. 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\$ 109.843,46, conforme constantes nos autos e PROCEDENTE é o presente Auto de Infração, na íntegra, no valor de R\$ 176.302,63, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o Autuado com o Recurso Voluntário, às fls. 210/225, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Preliminarmente suscita nulidade da Decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa, em razão do indeferimento da produção de prova pericial.

No mérito, ressalta que trata-se de operações entre o centro de distribuições de mercadorias entre os demais estabelecimentos comerciais (lojas varejistas), ou seja, simples operação de remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Neste contexto, considera evidenciado que inexistente incidência do ICMS nas operações objeto do presente lançamento, com supedâneo na Súmula nº 166 do STJ.

Ato contínuo, reproduz a ementa do Recurso Extraordinário nº 79.687/MT, que considera ser a posição do STF no sentido de possibilitar a tomada de crédito fiscal de ICMS em operações cuja base de cálculo seja reduzida.

Assim, entende que qualquer tipo de vedação do pleno exercício do princípio da não-cumulatividade mostra-se inconstitucional, não podendo prevalecer frente a posição dos Tribunais Superiores.

Sustenta que a manutenção do presente lançamento de ofício caracterizaria enriquecimento ilícito por parte do Fisco Estadual, considerando que as operações foram realizadas entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte e por essa razão, o próprio recorrente teria realizado o recolhimento do imposto a maior, uma vez que deixou de aplicar a alíquota que efetive a base de cálculo reduzida autorizada na legislação estadual.

Alega que o crédito tributário estaria extinto em razão da compensação, haja vista que se houve destaque de imposto a maior, também houve o recolhimento do ICMS sobre o valor efetivamente destacado, dando ensejo à utilização integral do crédito apropriado.

Considera, ainda que o art. 2º da LC 87/96 não traz respaldo jurídico para a exigência do ICMS diferencial de alíquota.

Pugna pela aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para reduzir as multas impostas.

A PGE/PROFIS no Parecer da lavra da Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, às fls. 238/241, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário por considerar ausentes os argumentos jurídicos capazes

de provocar a revisão do acórdão recorrido.

Observa que as arguições de inconstitucionalidades devem ser rechaçadas, haja vista falecer competência a este colegiado para declaração de inconstitucionalidade conforme art. 167, I do RPAF.

Comunga do entendimento de rejeição à prova pericial em face dos elementos probatórios constantes dos autos revelar-se suficientes à formação da convicção dos julgadores e a prova do fato gerador não demandar de conhecimento técnico, em consonância com o art. 147, I e II “a” do RPAF/99.

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

Considera os argumentos tecidos pelo recorrente incapazes de descaracterizar a exigência fiscal, cujo cerne reside na utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência do destaque de imposto a maior, por conta da falta de estorno ou anulação proporcional do crédito fiscal em operações de saídas de mercadorias com redução da base de cálculo efetuada pelo defendente, indo de encontro com as disposições estabelecidas no inciso II do art. 100 do RICMS/1997.

Ressalta que a restrição do direito ao crédito fiscal não representa enriquecimento ilícito eis que o crédito fiscal é um direito do contribuinte, cuja utilização obedece as regras previstas no art. 93, §5º do RICMS/1997.

Observa que restou comprovado no demonstrativo de fls. 10/15 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 transferências, conforme determina o art. 87, V e XLIV do RICMS/1997.

Pontua, ainda que é legítimo ao estabelecimento que destacou e pagou o imposto a maior, postular o direito à restituição do imposto através do processo de repetição do indébito.

Por fim, no que concerne ao pedido de redução da multa aplicada, falece competência à CJF, consoante art. 159 do RPAF/BA.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0172-01/13, prolatado pela 1ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, em razão do cometimento de seis irregularidades, todavia o recorrente se insurge apenas quanto a infração 1 que é a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal.

Preliminarmente, não constitui nulidade o indeferimento do pedido de diligência, haja vista que trata-se de uma faculdade do julgador que diante do conjunto probatório dos autos entendeu serem suficientes à formação de sua convicção.

Quanto ao mérito, entendo não haver reparos a fazer na Decisão recorrida.

Quanto à alegação recursal de aplicação da Súmula nº 166 do STJ no sentido de que nas operações de transferência de mercadoria de um estabelecimento a outro do mesmo contribuinte não há incidência de ICMS, por inexistir fato gerador e, consequentemente não ter crédito em favor do Fisco, a aplicação da referida súmula só depõe contra o próprio sujeito passivo, pois, neste caso, haveria que se estornar o total do crédito fiscal apropriado pelo recorrente e não apenas o valor excedente em razão da redução da base de cálculo, conforme se exige, o que ensejaria no agravamento da infração vedado no âmbito do Processo Administrativo Fiscal.

A redução da base de cálculo encontra guarida no art. 87, V e XLIV do RICMS, de modo que a

carga tributária incidente nas mercadorias transferidas correspondem à alíquota de 7% e 12%, “*in verbis*”:

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);

Sabe-se que a tese albergada pelo Supremo Tribunal Federal é de considerar a redução de base de cálculo como isenção parcial (Recurso Extraordinário nº 174.478-2) consolidando a tese do Estado da Bahia, insculpida na Lei nº 7.014/96 e no RICMS, não havendo mais que se alegar que a exigência de estorno de crédito nas operações de saídas amparadas por redução de base de cálculo não encontra amparo na Lei Complementar nº 87/96, já que tal exigência tem lastro na própria Constituição Federal:

“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;

§ 2º 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;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Por sua vez, assim disciplina a LC 87/96 em seu art. 21, inciso I:

“Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;”

Ainda, com fulcro no referido dispositivo, o RICMS, trouxe determinação semelhante:

“Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;”

Do exposto, tratando a redução de base de cálculo como isenção parcial a regra do RICMS/BA que determina o estorno dos créditos nas operações subsequentes assim beneficiadas, tem lastro nos referidos diplomas legais e na Carta Magna.

Ademais, não há permissivo legal que autorize a este Conselho de Fazenda a realização do procedimento de compensação, razão pela qual, caso haja algum crédito em favor do recorrente deverá ser requerido através de pedido de repetição de indébito, nos termos do RPAF/99.

Por fim, ressalto que a multa é legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42, VII da Lei nº 7.014/96, bem como deixo de apreciar pedido de inconstitucionalidade, por faltar a este Colegiado competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o

lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269616.0015/12-3**, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$176.302,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$166.831,81, 70% sobre R\$912,41 e 100% sobre R\$8.558,41, previstas no art. 42, incisos II, “d”, 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, 25 de março de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS