

PROCESSO	- A. I. N° 298627.0008/12-3
RECORRENTE	- CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0282-04/13
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 03/06/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0123-12/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR DESTACADO A MAIS. Nos termos do art. 87, incisos V e XLIV do RICMS/97, os produtos de informática relacionados nos autos, possuem base de cálculo reduzida nas operações internas. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 02/12/2013 (Acórdão de fls. 303 a 309) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/12/2012, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 106.338,97, em decorrência da constatação de 11 (onze) infrações, relativas aos exercícios de 2009, 2010 e 2011, consoante documentos às fls. 01 a 05 dos autos. Tendo em vista ter o Recorrente reconhecido a procedência e realizado a quitação de todas as Infrações exceto a 2, esta remanesceu, e é objeto do presente Recurso Voluntário:

Infração 02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal. Conforme Anexo n°s 4 a 6. Valor Histórico: R\$ 22.660,24 – Multa de 60%;

Após a apresentação da defesa (fls. 199/214) e da correspondente informação fiscal (fls. 234/246), e posterior memoriais (fls. 287/297) a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 4ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente o Auto de Infração o que fez nos seguintes termos:

VOTO:

Inicialmente nego o pedido de perícia ou de diligência fiscal, haja vista que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor, na qualidade de Relatora, embasa no art. 147, I, II, do RPAF/99 (Decreto n° 7.629/99).

Saliento que a apreciação de constitucionalidade de lei emanada do Poder Legislativo, é de competência exclusiva do Poder Judiciário, portanto este CONSEF não pode apreciar a questão, entendimento este ratificado no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Decreto n° 7.629/99, art. 167, inciso I.

Ademais, o Auto de Infração contém elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator; contém a descrição dos fatos de forma clara, precisa, sucinta; bem como todos os relatórios dos levantamentos elaborados e todas as provas necessárias à demonstração dos fatos apontados nas infrações, em obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99 (Decreto n°. 7.629/99), e os autuantes na informação fiscal, rebateram todas as questões trazidas na defesa.

No mérito, o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 01, 03, 04, 05, 06, 07, 08, e 11, desse modo ficam mantidas porquanto não há controvérsia quanto aos seus cometimentos.

A infração 02 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, conforme Anexos n°s 04 a 06, fls. 28 a 36 do PAF.

Em verdade, houve a utilização de crédito fiscal de ICMS na entrada de produtos, cujas saídas do remetente deveriam ter ocorrido com a base de cálculo reduzida, conforme dispõe o art. 87, incisos V e XLIV do RICMS, no mês de dezembro de 2009, em todo o exercício de 2010 e nos meses de janeiro a abril de 2011.

Portanto, 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 informática, bem como computadores de mesa e portátil, conforme determina os dispositivos

legais adrede citados. Mesmo sendo operações internas de transferência do centro de distribuição, o sujeito passivo deveria ter observado os dispositivos do RICMS/Ba, especificamente, os arts. 100, II, 87, V e XLIV, e utilizado o crédito fiscal na proporção da redução da carga tributária incidente nas operações de saída. De acordo com cada item de mercadoria. Como não procedeu desta forma, fica mantida a infração.

Quanto à compensação do crédito reclamado na infração 02, 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 à restituição do indébito, por meio de processo específico, encaminhado à unidade fazendária de sua circunscrição fiscal, nos termos do Art. 73 do RPAF/99.

(...)

Quanto às multas aplicadas, estão em conformidade com a Lei nº 7.014/96, e não há o que se falar em ilegalidade.

Por derradeiro, no que concerne à indicação do impugnante para que as intimações sejam feitas em nome do procuradora Regina Scaranello Baldoni, ressalto inexistir óbice para que as comunicações acerca deste PAF também lhe sejam enviadas. No entanto, cumpre salientar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 321/332), em grande parte reiterando os termos da impugnação, aduzindo que:

- a) Preliminarmente, sustenta a nulidade da Decisão recorrida, em razão de suposto vício insanável, qual seja, o cerceamento do seu direito de defesa em razão da negativa de produção de prova pericial. Isto porque a perícia supostamente confirmaria a sua tese quanto à Infração 2, de que não teria havido prejuízo do fisco. Seria oportunizado averiguar se os créditos em tese tidos por indevidos foram de fato tomados, e se o valor recolhido a maior a título do ICMS foi suficiente para as compensações realizadas pelo recorrente.
- b) No mérito, aduziu a ausência de hipótese de incidência de ICMS, uma vez que as operações se dão entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (pessoa jurídica), fundado na Súmula nº 166 do STJ. Assim, para fins de controle de legalidade, alega a improcedência do lançamento fiscal uma vez constatada a inocorrência do fato, a fim cercear o enriquecimento ilícito do Estado.
- c) Suscita ainda o princípio da não-cumulatividade, argumentando que a utilização de crédito tributário, em período subsequente à operação de que se originou, não pode sofrer limitação pela legislação estadual.
- d) Por fim, alega que a multa de 60% aplicada se mostra totalmente desproporcional e desarrazoada, tendo em vista a inexistência de prejuízo aos cofres públicos.

Em Parecer (fls. 344/347), o PARECER PGE/PROFIS não vislumbra qualquer cerceamento de defesa; conclui pela devida caracterização da Infração; julga insuficientes os argumentos/provas apresentados pelo Recorrente, sem condão, portanto, de ensejar a alteração do lançamento; entende ainda, ser o CONSEF incompetente para apreciar constitucionalidade da legislação estadual. Opina, por fim, pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso é tempestivo merecendo ser acolhido para que produza os correspondentes efeitos legais, dentre eles a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do inciso III do artigo 151 do CTN.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 02/12/13 (Acórdão de fls. 303 a 309) que julgou, totalmente procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/12, com o objetivo de exigir o débito no valor histórico de R\$ 106.338,97, em decorrência da constatação de onze infrações, relativas aos exercícios de 2010 e 2011, consoante documentos às fls. 1 a 5 dos autos.

Tendo sido reconhecidas e pagas pelo Recorrente as Infrações 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 11, o presente Recurso, no mérito, cinge-se a questionar a Infração 2.

No que tange ao presente Recurso, basicamente, ele se resume a uma reiteração das razões aduzidas em sede de impugnação, incluindo-se uma preliminar de nulidade da Decisão recorrida e o pedido subsidiário de redução das penalidades impostas.

Em sede de preliminar, o Recorrente fundamenta suposta nulidade absoluta da Decisão recorrida, em razão da ocorrência de suposto vício insanável, consistente no cerceamento do seu direito de defesa em razão da negativa de produção de prova pericial.

Segundo o Recorrente, a negativa da realização de prova pericial pela JJF cerceou o seu direito de defesa por entender restarem satisfeitos os requisitos do art. 145 do RPAF/99 para garantir a prova pericial no presente processo.

E assim o fazendo, a JJF teria inviabilizado o seu direito de defesa, pois essa seria a única forma de comprovar um dos fundamentos aduzidos no mérito quanto à Infração 2, qual seja a da inexistência de prejuízo ao erário.

Outrossim, sustentou que não teria condições de realizar tal prova no exíguo prazo de 30 dias, uma vez que se trata de empresa com 56 mil colaboradores, 500 filiais em 15 Estados da Federação.

Entendo não assistir razão ao Recorrente. O lançamento está revestido das formalidades legais exigidas. O sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, contudo não carreou aos autos documentos, levantamentos e demonstrativos apontando inconsistências passíveis de revisão fiscal em diligência e por outro lado, existem nos autos todos os elementos necessários ao meu convencimento. Os autos estão devidamente instruídos. Não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico.

O que busca o Recorrente, a meu ver, é inverter o ônus da prova que é sua. Veja que até o presente momento, mais de 1 (hum) ano após a autuação, o Recorrente não promoveu a juntada, mesmo que extemporânea, de qualquer documento que embasasse suas alegações, nem mesmo de forma exemplificativa.

Ademais, até entendo que em alguns casos, o prazo legal fixado para apresentação de todos os documentos comprobatórios das razões defensivas, a depender do seu volume, pode ser inviável. Mas por isso mesmo, este CONSEF tem aceito a apresentação de um mínimo de prova documental, mesmo que exemplificativa, com o objetivo de garantir certo grau de plausibilidade às razões defensivas. Entretanto, este não é o caso do Recorrente.

Vejam que, de acordo com as planilhas de folhas 28 a 34 do presente Auto de Infração, o relatório fiscal detalha de forma clara quais notas fiscais fazem parte da referida infração, e se trata de um número relativamente pequeno diante do volume de operações realizadas pela empresa, razão pela qual entendo absolutamente possível o recorrente destacar alguns dos seus mais de 56 mil funcionários para relacionar os referidos documentos e relatórios, que segundo o Recorrente confirmariam sua tese defensiva.

Por esses fundamentos, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

No mérito, quanto à Infração 2, entendo não assistir razão ao Recorrente no que se refere à alegação da possibilidade de utilização integral do crédito fiscal de ICMS em operações com base de cálculo reduzida, isto porque o inciso II, art. 100 do RICMS normatiza o estorno ou anulação de crédito fiscal nas circunstâncias da matéria em lide:

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, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - (...)

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;

Desta feita, não poderia o Recorrente ter adotado o procedimento por ele sustentado, deveria sim estornar ou anular o crédito e, se for o caso, requerer restituição ou compensação de eventual imposto pago a maior. Trata-se de infringência direta à legislação tributária estadual.

Os argumentos aduzidos, portanto, não elidem a acusação fiscal de crédito indevido, uma vez que o alegado débito correspondente, supostamente lançado no livro Registro de Saídas do estabelecimento remetente, não serve como estorno do efetivo crédito indevido apropriado no estabelecimento destinatário (autuado), em razão do princípio da autonomia dos estabelecimentos, o qual só se comprovaria através do lançamento, a débito, no livro Registro de Apuração do ICMS do estabelecimento autuado.

Quanto à alegação de que a cobrança seria insubstancial em razão da inexistência de fato gerador do ICMS por terem as mercadorias sido originadas de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, cumpre-me fazer algumas observações.

Concordo com a tese do Recorrente quanto à não incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa. A questão é sumulada e pacífica nos Tribunais Superiores.

Entretanto, no presente caso, não se está exigindo ICMS incidente na transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, mas sim a utilização indevida de crédito fiscal.

Veja que o ICMS devido na transferência refere-se a fato gerador anterior e, efetivamente, a empresa tributou a operação, tanto assim que se creditou do ICMS pago, só que em valor indevido.

Pode o Recorrente em ação judicial própria questionar a incidência ou não nas transferências, mas este não é o fulcro do presente lançamento.

Efetivamente o recorrente se creditou de valor superior ao devido, e é este crédito indevido objeto do lançamento na Infração 2.

Quanto à redução das multas impostas em razão da suposta boa fé do Recorrente entendo não ser de competência desta CJF dispor sobre o assunto, mas sim da Câmara Superior.

Assim, diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 298627.0008/12-3, lavrado contra CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$106.338,97, acrescido das multas de 60% sobre R\$54.982,51, 70% sobre R\$26.684,14 e 100% sobre R\$24.672,32, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, II alíneas “a”, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

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