

PROCESSO - A. I. Nº 298932.0020/12-6
RECORRENTE - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0228-04/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03/06/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0127-12/14

EMENTA: ICMS. 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. Indeferido pedido de diligência ou perícia fiscal. Demais Infrações Reconhecidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 01/10/2013 (Acórdão de fls. 223 a 232) que julgou, totalmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2013, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 91.592,49, em decorrência da constatação de 07 (sete) infrações, relativas aos exercícios de 2009, 2010 e 2011, consoante documentos às fls. 01 a 04 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(s) documento(s) fiscal(is). Valor Histórico: R\$ 49.977,20 – Multa de 60%;

Após a apresentação da defesa (fls. 131/143) e da correspondente informação fiscal (fls. 162/174), e posterior memoriais (fls. 244/254) 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, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação tidos por infringidos. Refuto, portanto o pedido de nulidade argüido de forma geral, pois o enquadramento da autuação está em total conformidade com a descrição dos fatos relacionados à ocorrência fiscal, não ensejando violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual exerceu com plenitude.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligência ou perícia, o indefiro com fundamento no art. 147, inciso I e II, “a” e “b”, do RPAF, pois além de considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos e o pedido destinar a verificação de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que em existindo estão na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia poderia ter sido por ele juntada aos autos, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos e é desnecessária em vista das provas autuadas.

Conforme relatadas, o Auto de Infração cuida de sete infrações, das quais as de nºs 3, 4, 5, 6 e 7 tiveram seu cometimento expressamente reconhecido e, por isso, não terão o mérito apreciado. Portanto, restam mantidas.

Entretanto, de ofício, re-enquadro a penalidade proposta de 60% proposta para a infração 06 (presunção de

saída de mercadoria tributável) para 70% por ser a legalmente prevista à época do fato gerador (Lei 7.014/96: art. 42, III).

Infrações 3, 4, 5, 6 e 7, procedentes.

Embora o Impugnante tenha contestado a infração 1, conforme extrato SIGAT de fls. 176-180, o valor exigido pelo cometimento da infração 1 foi pago pelo autuado, o que, nos termos do art. 156, I, do Código Tributário Nacional – CTN extingue a lide quanto a essa infração.

A despeito disso, tendo em vista nada ter a reparar nos demonstrativos que sustenta a infração 1 (fls. 12-14), cujos dados não foram objetados pelo Impugnante, por alinhar-me na perfeição com os argumentos sobre o direito relativo aos fatos nelas 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.

Infração 1, procedente.

A infração 2 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 dependente 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, incisos 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 as saídas das mercadorias relacionadas no demonstrativo acostado aos autos às fls. 15 a 35 com redução de base de cálculo prevista no art. 87, incisos V e XLIV do RICMS/97 - e sobre tal acusação o autuado não se insurge -, deveria, então, 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 das 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 fez.

Infração 2, procedente.

Sobre a compensação do crédito reclamado na infração 2, coadunado 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 à 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.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 263/278), 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. Momento em que 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 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. Defendendo a possibilidade de crédito fiscal de ICMS (integral) em operações com base de cálculo reduzida.
- d) Em que pese já tenha reconhecido e pago a Infração 1, indica ainda a impossibilidade de exigência do ICMS no que concerne ao diferencial de alíquotas, uma vez que a LC 87/96 não traz a hipótese que legitime tal incidência.
- e) 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; quanto a cobrança do diferencial de alíquota descarta qualquer contrariedade a norma constitucional, assumindo sua possibilidade. Opina, por fim, pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 01/10/2013 (Acórdão de fls. 223 a 232) que julgou, totalmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2013, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 91.592,49, em decorrência da constatação de 07 (sete) infrações, relativas aos exercícios de 2009, 2010 e 2011, consoante documentos às fls. 01 a 04 dos autos.

Tendo sido reconhecidas e pagas pelo Recorrente as Infrações 1, 3, 4, 5, 6 e 7, o presente Recurso, no mérito, cinge-se a questionar a Infração 2, em que pese, de forma genérica, questione a legalidade da cobrança do diferencial de alíquotas objeto da Infração 1.

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 carrega 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 15 a 35 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, inicialmente, cumpre asseverar que o Recorrente, de forma genérica, e mesmo tendo reconhecido e pago a Infração 1, aduz suposta ilegalidade e inconstitucionalidade na cobrança do diferencial de alíquotas, que fora objeto de lançamento na Infração 01.

Inicialmente, a Infração 1 não mais é objeto do presente Recurso, restando prejudicados os seus argumentos face o reconhecimento e pagamento da Infração. Outrossim, este Conselho não tem competência para declarar inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquotas.

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 insubsistente 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 ao 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 **298932.0020/12-6**, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$91.592,49**, acrescido das multas de 100% sobre R\$20.090,29, 70% sobre R\$10.693,10 e 60% sobre R\$60.809,10, previstas no art. 42, incisos III, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

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