

PROCESSO - A. I. Nº 298932.0022/12-9
RECORRENTE - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0135-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03/07/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0150-12/14

EMENTA: ICMS. 1. 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 ternos 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 subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAIS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Desistência da lide por pagamento dos valores exigidos. Rejeitadas as preliminares de anulação da Decisão recorrida e de nulidades. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** em relação à infração 3 e **NÃO PROVIDO** em relação à infração 2. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JJF (Acórdão JJF nº 0135-01/13) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 18/12/2012, o qual exige ICMS no valor total de R\$121.518,85, tendo em vista que foram constatadas quatro infrações à legislação tributária deste Estado, sendo que aquelas motivadoras do presente Recurso Voluntário são as seguintes:

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência do destaque a maior em documento fiscal. Períodos novembro/dezembro 2009; janeiro/dezembro 2010 e janeiro/abril 2011, Valor R\$ 25.723,06, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme Anexo 3. Períodos outubro/dezembro 2009 e setembro / novembro 2010. Valor R\$ 27.839,94. Percentual de multa 60%.

Após análise dos argumentos de defesa, da ouvida dos autuantes, de rejeitar o pedido de nulidade e de diligência fiscal, a 1º JJF proferiu a seguinte Decisão em relação às infrações ora em combate:

[...]

No mérito, a infração 02 recaiu na utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência do destaque a maior em documento fiscal, no valor total de R\$ 25.723,06.

Constato que a Auditora Fiscal elaborou demonstrativo fiscal, fls. 29/31 (exercício 2009), fls. 32/40 (exercício 2010) e às fls. 41/43 (exercício 2011) 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 de que houve destaque de imposto a maior no documento fiscal, além do recolhimento do ICMS sobre o valor efetivamente destacado, o que justificaria a utilização integral do crédito por zelo ao princípio da não cumulatividade. Observo que 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\$ 25.723,0, conforme consta nos demonstrativos de fls. 29/43. PROCEDENTE é o presente Auto de Infração, na íntegra, R\$ 121.518,85, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte, por representante legalmente constituído, apresentou Recurso Voluntário (fls. 207/221). Alega cerceamento do seu direito de defesa diante da negativa da JJF 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 Brasileiro, o que o impossibilita de levantar todos os documentos necessários para comprovação de suas alegações no tempo de 30 dias.

Alega, ainda, a anulação de parte da Decisão recorrida (tópica II.2 do Recurso Voluntário) já que como havia recolhido o imposto em relação à infração, seguiu ela o entendimento externado pelo autuante em não aprecia-la. Em assim sendo “*devem ser extintos todos os itens autuados (exceto o item 2 enfrenatdo pela r. Decisão recorrida) objeto do pagamento indicado na r. Decisão administrativa (conforme explicitamente apontado no 5º parágrafo da página 03 desta r. Decisão), sob pena de prejuízo irreparável à Recorrente, que conduzirá à inexorável nulidade do processo administrativo supramencionado*”.

Afora que existe incongruência no acórdão recorrido já que a Decisão foi pela procedência do Auto de Infração, mas a JJF reconheceu o pagamento de todos os itens pagos. Por consequência, havia “excesso” no valor apontado na Decisão recorrida.

Passa a discutir a ausência de prejuízo aos Cofres Públicos, como mérito acerca das infrações impugnadas. Inicialmente afirma textualmente: *Como demonstrado anteriormente, o recorrente não pode ser penalizada por não ter sido oportunizada a ela manifestação prévia quanto ao Parecer da Autoridade Fiscal Autuante que defendia a não apreciação da defesa para o item 03 – pois foi identificado no “Sistema INC” a existência de saldo a pagar somente para o item da Infração 02. Assim, na remota hipótese de incorrer qualquer prejuízo à Recorrente por força do acima exposto, deve ser decretada a nulidade do processo (conforme demonstrado no Tópico II.2. acima), ou, ainda, ser assegurada (sob pena de nulidade do processo administrativo) a apreciação efetiva, por esse Colendo Colegiado, dos argumentos contidos no Tópico II.2 da defesa administrativa por ela apresentada, os quais restam reforçados mais abaixo – Tópico II.3.b) - no presente Recurso Administrativo.*

E neste contexto passa discorrer sobre a matéria “crédito fiscal”. Diz que quando de sua defesa

buscou demonstrar que a utilização do crédito de ICMS, em tese indevido, se deu de forma a viabilizar que a quantia já recolhida (por um estabelecimento do próprio contribuinte) pudesse ser compensado na operação seguinte, assegurando o princípio da não-cumulatividade, conforme discute e inserindo nesta discussão de que a Lei Complementar nº 87/96, em momento algum limita tal garantia do contribuinte, “*de modo que eventual disposição diversa nos regulamentos estaduais padece de vício constitucional, uma vez que modifica o regramento constitucional inserido no ordenamento jurídico brasileiro*”.

Portanto, inaplicável as disposições previstas no artigo 93, §5º, incisos “I” e “II” do RICMS/97, por violar o art. 155 da CF e o art. 19 da Lei Complementar 87/96.

E afirma não poder caber a empresa pleitear a restituição de eventual imposto pago a maior, pois além de afrontar as normas acima postas, viola os princípios da economia processual e os da razoabilidade e proporcionalidade, aplicando, indiretamente, uma restrição ao princípio da não cumulatividade.

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. Este tema é abordado em duplicidade nos itens II.3.a) e II.3.b).

Finaliza sua argumentação requerendo a total improcedência do Auto de Infração e a reforma da Decisão recorrida “*para que seja realizada a perícia contábil/diligência fiscal requerida – além da possibilidade de manifestação do recorrente, em relação aos documentos acostados pela Autoridade Fiscal, ou, ao menos, seja retificado o “erro material” existente, com nova intimação do recorrente para defesa ou Recurso no prazo legal, em respeito aos princípios da verdade material, devido processo legal e ampla defesa*”.

À fl. 252 conta intervenção do recorrente requerendo, sob pena de nulidade, de que todas as intimações do presente processo sejam dirigidas única e exclusivamente ao seu bastante procurador, Dr. Sérgio Colleone Liotti, com endereço na Av. Ibirapuera, 2907, conj. 501/502, Indianópolis, São Paulo, CEP 04029-20.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da n. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior (fls. 253/254), ressalta que a preliminar de nulidade arguida quanto a um possível cerceamento de defesa, pelo fato da JJF não ter deferido a prova pericial solicitada não pode ser acolhida, uma vez que “*a produção de prova é ato ínsito à atividade do julgador, sendo este soberano na definição da necessidade da produção ou não do ato diligencial, devidamente escorado no princípio do livre convencimento motivado*”. Além do mais, o rastro probatório, necessário à formação do livre convencimento dos julgadores encontra-se nos autos.

Em relação à tese da impossibilidade da cobrança do diferencial de alíquota, diz que tal cobrança deriva da norma constitucional, de eficácia plena.

Opina pelo Improvimento do Recurso interposto.

Após Parecer exarado pela PGE/PROFIS, foi apensado aos autos nova manifestação do recorrente que foi chamada de “memoriais” (fls. 256/266). 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 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, por qualquer ângulo que se analise a questão, certo é que o presente Auto de Infração 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”.

VOTO

Preliminarmente necessário frisar que o contribuinte, no prazo regulamentar, interpôs Recurso Voluntário. Após, apresentou o que chamou de “Memoriais” contra a infração 1 e das multas aplicadas no presente lançamento fiscal.

Como o processo encontra-se em foro administrativo, diante das determinações dos §§ 1º e 2º do art. 2º do RPAF/BA, tomo os “Memoriais” apresentados fora do prazo legal como aditamento ao Recurso interposto, o acolhendo.

O recorrente pede que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas exclusivamente em nome do patrono da empresa.

Não se pode esquecer que o presente feito ainda se encontra na esfera administrativa. É com o estabelecimento da empresa autuada é que, no momento, existe a relação jurídica do Estado, sendo que o estabelecimento tem endereço e sócios, não havendo previsão legal no RPAF/BA para se realizar as intimações na forma pretendida pelo recorrente, ou seja, única e exclusivamente aos seus procuradores. Entretanto, nada obsta de que cópias das intimações possam ser encaminhadas ao escritório de advocacia, com procuração apensada aos autos, ressaltando, porém, 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, relembro 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.

No mais, também é necessário que os procuradores do recorrente determinem com exatidão qual o endereço que pretendem receber as intimações ou seja, no endereço Avenida Conde Francisco de Matarazzo, 100, Centro, São Caetano do Sul/SP, CEP 09500-000 (indicado à fl. 266) ou Av. Ibirapuera, 2907, conj. 501/502, Indianópolis, São Paulo, CEP 04029-20 (fl. 252)

Friso, ainda, que o recorrente somente tratou no seu Recurso das infrações 2 e 3. 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 à infração 2 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 se encontra 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, depõem 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, neste sentido, 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.

Alega, ainda, o recorrente a anulação de parte da Decisão recorrida já que sua defesa concentrou-se às infrações 2 e 3. No entanto, a JJF, seguindo o entendimento externado pelo autuante somente apreciou os argumentos relativos à infração 2, já que o imposto relativo a infração 3 havia sido totalmente pago. Este é um grande equívoco do recorrente que não atentou para as determinações, não somente da lei estadual, inclusive, mas sim das determinações do art. 156, do Código Tributário Nacional – CTN que assim dispõe:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento.

Os n. Julgadores da JJF não seguiram o entendimento externado pelo autuante, mas sim, as determinações legais.

E ainda neste mesmo caminho, requer a nulidade “do processo” (o que quis dizer, da Decisão) já que não pode ser penalizado por não lhe ter sido oportunizada a manifestação prévia quanto à informação fiscal, quando foi defendido o entendimento da não apreciação da defesa para o item 3 – “*pois foi identificado no “Sistema INC” a existência de saldo a pagar somente para o item da Infração 2*”.

Este é outra afirmativa totalmente equivocada. Como dito, o autuante, em sua informação fiscal, apenas obedeceu as determinações legais e que, por óbvio, também a JJF. Em segundo, em um processo administrativo fiscal (e acredo, mesmo no judiciário) não existe “oportunização prévia” a parte contrário de uma informação que dará a outra parte. Em segundo, a informação fiscal somente deve ser dada a conhecer à empresa quando houver fatos novos, visando a não desobediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa. No caso, os pagamentos realizados pela empresa encontram-se todos nos autos. O autuante, quando de sua informação fiscal e em qualquer momento, ao contrário do que disse o recorrente, não trouxe ao processo qualquer novo documento ou indicou fato novo que ensejasse reabertura de defesa. No caso presente não vislumbro qualquer motivação para ser alegado qualquer “prejuízo ao recorrente”.

No mais, ainda existe outro equívoco do recorrente que quando assim se pociionou referiu-se à infração 3. Porém justificou o seu inconformismo debatendo créditos fiscais, matéria da infração 2 que não tem qualquer semelhança com a infração 3.

E ainda nesta argumentação, insiste de que deveria ser apreciada a sua defesa quanto à infração 3. Tal matéria será analisada posteriormente, já que o argumento foi novamente posto quando do Recurso. Apenas, tenho a dizer que a JJF caminhou corretamente.

Diz ainda o recorrente que a JJF errou ao não extinguir *todos os itens autuados (exceto o item 2 enfrentado pela r. Decisão recorrida) objeto do pagamento indicado na r. Decisão administrativa (conforme explicitamente apontado no 5º parágrafo da página 03 desta r. Decisão), sob pena de prejuízo irreparável à Recorrente, que conduzirá à inexorável nulidade do processo administrativo supramencionado*”.

Mais uma vez equivoca-se o recorrente e, ao mesmo tempo se contradiz. Se a JJF, por dever como diz, deveria ter extinto a infração 3 devido ao pagamento, logicamente não poderia apreciá-la, como quer e insiste. No mais, o processo administrativo fiscal tem por objetivo a “*aplicação ou à interpretação da legislação tributária estadual, sem prejuízo das disposições provenientes de leis complementares, convênios e outros atos normativos oriundos da administração tributária estadual*” (art. 1º, do RPAF/BA). Assim, as suas decisões versam sobre o processo em si. Os pagamentos realizados serão todos computados pelo órgão próprio da Secretaria da Fazenda, através dos seus sistemas informatizados (arrecadação e crédito tributário), visando a homologação destes valores que, inclusive, não é realizada pelo CONSEF, que não possui competência para assim proceder já que não é de sua alçada realizar cálculos.

E, por fim, não existe qualquer incongruência no acórdão recorrido, pois o mérito das infrações foi julgada procedente. Apenas a JJF solicitou que o órgão competente desta SEFAZ homologasse os valores já recolhidos.

No mérito o recorrente insurge-se contra a exigência da cobrança do diferencial de alíquota relativo à infração 3, 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 essa infração, conforme “*Detalhes de Pagamento do PAF*” acostados aos autos às fls. 171/173, 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, o que torna ineficaz o Recurso Voluntário interposto em relação a infração 3, 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 à nominada infração.

Diante do exposto, do Recurso interposto, esta 2ª CJF somente pode analisar e decidir a respeito da infração 2, já que o imposto ora exigido não foi recolhido.

Esta diz respeito a 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, conforme determina o art. 87, inciso V e XLIV do RICMS/97 e levantamento fiscal às fls. 29/40.

Em síntese, o recorrente alega:

- a) Diante das determinações da Súmula 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 erroneamente 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. Portanto, inaplicável as disposições previstas no artigo 93, §5º, incisos “I” e “II” do RICMS/97.

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.

1. 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

2. 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.

3. 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 para indicar qualquer erro material que, porventura, tenha existido.

No mais, tem total pertinência para o caso as disposições contidas 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”*.

Alegou, ainda que, 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:

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 entrega ás 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 ás 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) lhe é assegurado seu direito, caso assim queira, a restituição do imposto pago a maior 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.

E, concluo: acaso, como afirma o recorrente, que tal situação (pedido de indébito) viola os princípios da economia processual e o da razoabilidade, este é entendimento pessoal do recorrente. Primeiro, o que se tem que obedecer são as determinações legais. Em segundo, não tem este CONSEF competência para determinar fiscalização (dentro de uma mesma fiscalização) para saber, de fato, se o CD pagou a maior imposto. Por fim, todo o princípio da não cumulatividade do imposto foi obedecido, ao contrário do que advoga o recorrente.

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).

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto em relação à infração 2 e PREJUDICADO em relação à infração 3, 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 à infração 3, **NÃO PROVER** quanto à infração 2 e homologando a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298932.0022/12-9, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$121.518,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$104.318,16 70% sobre R\$10.715,86 e 100% sobre R\$6.484,83, previstas no art. 42, incisos II, “F” e 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, 28 de maio de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - RPER. DA PGE/PROFIS