

A. I. N° - 279462.0005/13-4
AUTUADO - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)
AUTUANTE - NILDA BARRETO DE SANTANA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 30/04/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-05/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS NORMALMENTE. Infração reconhecida e paga. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Item subsistente; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS COM ICMS PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida e paga. 3. RECOLHIMENTO A MENOS DE IMPOSTO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração elidida. Operações com CFOP 5929, que não configura fato gerador do ICMS - emissão de notas fiscais em substituição ao cupom ECF, a pedido do consumidor final. O item remanescente da autuação corresponde à acusação distinta da consignada nos autos. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Item subsistente. Argumentos defensivos incapazes de alterar o lançamento. Impossibilidade jurídica do órgão julgador administrativamente declarar a inconstitucionalidade e deixar de aplicação ato normativo vigente no ordenamento. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO. Infração reconhecida e paga. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE SAÍDAS SUPERIOR À OMISSÃO DE ENTRADAS. Infração reconhecida e paga. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 18/09/2013, para exigir ICMS e multa, com as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Entrada de mercadorias, por transferência, de estabelecimento situado em São Paulo. Valor da multa: R\$ 2.443,88, prevista no art. 42, inc. II, letra "d", da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Utilização de crédito fiscal de ICMS nas entradas de mercadorias, cujas saídas do remetente deveriam ter ocorrido com a base de cálculo reduzida, conforme dispõe o art. 87, incs. V e XLIV, do RICMS/Ba. As saídas subsequentes destas mercadorias ocorrem com redução de base de cálculo, conforme previsto no art. 87, sem que o contribuinte tenha estornado o crédito fiscal recebido a maior, contrariando os arts. 93 e 100 do

RICMS/Ba. Valor exigido: R\$ 25.728,84, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra "a", da lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária - aquisição de mercadorias enquadradas no regime da ST - 2010 e 2011 - Anexo III. Valor exigido: R\$ 4.663,03, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Exercícios de 2010 e 2011 - Anexo IV. Valor exigido: R\$ 4.856,30, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "a", da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - Anexo V. Valor exigido: R\$ 1.112,25, com a multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "f", da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento. Anexo VI. Valor exigido: R\$ 3.548,18, com a multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "f", da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 - Falta de recolhimento do imposto relativo às omissões de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, 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 o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Anexo VII (exercício de 2010). Valor exigido: R\$ 20.032,14, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi intimado do Auto de Infração em 20/09/2013. Ingressou com defesa administrativa em 22/10/2013, subscrita por advogados com procuração nos autos. De início reconheceu a procedência das infrações 1, 3 e 5. Em relação à infração 7 apontou inconsistências, juntou prova documental por amostragem e pediu a realização de diligência fiscal. Posteriormente, em 26/11/2012 o contribuinte efetuou o pagamento do imposto relativo a este item, extinguindo o crédito tributário reclamado. Apensado aos autos do processo relatório do SIGAT, com o detalhamento dos pagamentos efetuados pelo sujeito passivo (fls. 449 a 453).

Em discussão tão somente as infrações 2, 4 e 6.

Quanto à infração nº 2, o lançamento teve como base a utilização de *“crédito fiscal de ICMS na entrada de mercadorias, cujas saídas do remetente deveriam ter ocorrido com a base de cálculo reduzida, conforme dispõe o art. 87, incisos V e XLIV do RICMS/BA”*.

A empresa sustenta que dentro desta operacionalização tributária trazida pelo Auto de Infração houve somente benefício fiscal ao caixa do Estado da Bahia, que além de não ter reduzida a base de cálculo dos produtos, teve o recolhimento de imposto em valor superior ao devido.

Sustenta que os fundamentos da descrição da autuação restringem e limitam o direito de crédito de ICMS. Inobstante, entende que se deve raciocinar que toda e qualquer limitação instituída por norma tributária referente ao crédito do ICMS deve obedecer ao princípio da não cumulatividade deste tributo, esculpido na CF (art. 155, § 2º, incisos I e II).

Quando a impugnante adquire mercadorias, opera-se a hipótese de incidência que autoriza a cobrança do ICMS bem como o aproveitamento do seu crédito. Neste aspecto a descrição da infração afirma que as saídas do remetente deveriam ter ocorrido com base de cálculo reduzida, tendo em vista que as mesmas tiveram destaque nas respectivas Notas Fiscais com a aplicação de alíquota no percentual de 17%.

De outro lado as saídas realizadas pela Impugnante também ocorreram sem a redução de base de cálculo, com destaque nas respectivas Notas Fiscais com a aplicação de alíquota no percentual de 17%.

Formulou o seguinte questionamento: - se a Impugnante recolheu ICMS em percentual maior do que o devido, qual o prejuízo ao Erário Público ? Entende que não houve nenhum prejuízo, visto que se houve recolhimento a maior, pelo princípio da não cumulatividade, o contribuinte faria jus ao crédito fiscal, constitucionalmente garantido.

Reiterou que as saídas das mercadorias também ocorreram sem redução da base de cálculo, com destaque de alíquota igual ao da entrada e conseqüentemente inexistiria prejuízo para o Erário Público.

Com base neste raciocínio, a glosa realizada pelo Estado dos créditos da impugnante implicaram em flagrante enriquecimento ilícito em desfavor do contribuinte, modalidade que não encontraria agasalho em nossa legislação.

Em anexo a impugnante trouxe exemplos das Notas Fiscais com os destaques do ICMS que comprovariam o alegado. Pediu a realização de diligência fiscal para o exame de todas as notas fiscais.

Para a infração 4, a defesa entende que houve erro de direito e de tipificação — CFOP N° 5929. Que a Auditora Fiscal afirmou em suas razões que a Impugnante *“recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*. Apresentou suas planilhas, nominadas como Erro de Determinação da Alíquota – Exercícios 2010 e 2011.

Em análise às planilhas apresentadas pela fiscalização a defendente notou que todas as mercadorias tiveram preenchimento o código CFOP 5.929 que significa: *“Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF”*.

Frisou mais à frente que a Impugnante, empresa do ramo de varejo, é obrigada a manter em seu estabelecimento o ECF (emissor de cupom fiscal), que é documento fiscal válido. Por ocasião da emissão do Cupom Fiscal poderá ser emitida Nota Fiscal, quando o consumidor assim o exigir, hipótese em que será observado os seguintes procedimentos:

- a) Na Nota Fiscal emitida deverá ser indicado o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) 5929;
- b) No campo informações complementares da Nota Fiscal deverão constar o número do Contador de Ordem de Operação relativo ao Cupom Fiscal emitido e a identificação da marca, modelo e número de fabricação do ECF que o emitiu.

A Nota Fiscal extraída após a emissão do Cupom Fiscal referente a venda, deverá ser utilizado o CFOP 5929. Que a referida Nota Fiscal deve ser emitida sem destaque do imposto, zerando os campos base de cálculo, valor do ICMS, Valor isentos, Outros, Alíquota de ICMS, inclusive não devendo ser informados registros tipo 54 no Sintegra.

Afirmou que nos demonstrativos apresentados no Auto de Infração, todos os itens lançados contêm apenas 01 (hum) produto vendido, o que confirma a aquisição das mercadorias por consumidor final.

Disse ser do conhecimento de todos que cabe a Administração Pública a constituição de prova do seu lançamento tributário, sob pena de nulidade ou improcedência, sendo este ônus condição essencial para a legalidade do ato administrativo. Ao tributar Nota Fiscal já com a respectiva emissão de cupom fiscal (CFOP 5.929), a Auditora Fiscal interpretou equivocadamente a legislação tributária em flagrante erro de direito, prejudicando a Impugnante financeiramente.

Outro ponto relevante refere-se à tipificação da norma tributária. Se fosse levado "ao pé da letra a descrição da infração" – ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA – haveria uma nulidade flagrante do enquadramento tributário. Isto porque, na planilha elaborada pela fiscalização nota-

se claramente que a coluna ALIQ apresentada, as alíquotas estão ZERADAS, ou seja, a Impugnante sequer teria recolhido ICMS.

Assim, a correta tipificação da Auditora Fiscal seria NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS e não ERRO NA DETERMINAÇÃO DE ALÍQUOTA, como constou. Não houve erro na determinação da alíquota por parte da Impugnante, simplesmente porque não houve destaque de ICMS e conseqüente não houve recolhimento do tributo já que a natureza da operação é: Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF.

Reproduziu trechos de ensinamentos do professor Roque Antônio Carraza, que leciona no sentido de que a autuação do Fisco deve ser dentro da norma legal. (Curso de Direito Constitucional Tributário, 12.^a Edição, págs. 177, 183 e 184).

Por ser operação de saída, já acobertada pela emissão de Cupom Fiscal, somada ao fato da Auditora Fiscal reconhecer a escrituração das notas em livro próprio, sem o destaque de ICMS, bem como a tipificação errada da fiscalização, pediu pela insubsistência do item em questão.

A infração 6 contempla transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa. A defesa sustenta a ausência de circulação de mercadoria e invoca a aplicação Súmula nº 166 e recurso repetitivo do STJ, conforme redação abaixo:

Súmula 166 do STJ: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o assunto no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.125.133-SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, cujo teor foi reproduzido na peça defensiva.

No mesmo sentido as decisões posteriores do STJ que seguem o entendimento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia, conforme ementa abaixo reproduzida:

REsp 1116792/PB. Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122). Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento 24/11/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 14/12/2010.

Ementa - PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE OU DE USO E CONSUMO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. HIGIDEZ DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA CONSISTENTE NA EXIGÊNCIA DE NOTA FISCAL DOS BENS. IRRELEVÂNCIA INEXISTÊNCIA, EM TESE, DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL (NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS). FATOR VIABILIZADOR DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. ARTIGOS 175, PARÁGRAFO ÚNICO, E 194, DO CTN. ACÓRDÃO FUNDADO EM LEI LOCAL. CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL.

Defende a impugnante que as entradas de materiais para uso ou consumo recebidos em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, são isentas do pagamento de ICMS, por não se estar diante de fato gerador do ICMS, que é “a realização de operações relativas a circulação de mercadorias”, conforme dispõe o Inciso I, artigo 1º da Lei nº 7.014/96.

Ainda em razões defensivas invocou a aplicação do “BENEFÍCIO “IN DUBIO CONTRA FISCUM”, com base no art. 112 do Código Tributário Nacional, “*in verbis*”:

Artigo 112: A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Pede também que o julgamento seja efetuado com IMPARCIALIDADE, sustentado em diversos princípios e normas positivados no ordenamento legal.

Ao finalizar a peça defensiva formulou os seguintes pedidos, conforme abaixo:

a) que seja julgado o presente Auto de Infração, IMPROCEDENTE, acolhendo-se as razões supra argüidas, com anulação dos lançamentos fiscais realizados, e exclusão de qualquer imposto,

multa ou acréscimos legais.

- b) CONVERSÃO DO PROCESSO EM DILIGÊNCIA, caso a autoridade julgadora entenda necessário, para realização de perícia ou juntada dos demais documentos fiscais - Notas Fiscais, Guias, Planilhas dentre outros - que poderão comprovar a regular operação da Impugnante, concedendo-se prazo razoável para o levantamento da documentação fiscal de, ao menos, 30 (trinta) dias;
- c) Protestou ainda pela juntada posterior de todo e qualquer documento que comprove as alegações da presente defesa.
- d) Requereu que as intimações referente ao cumprimento de qualquer exigência do presente Auto de Infração sejam encaminhadas para Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, nº 388 - 6º andar - Conjunto 63 - Bela Vista - São Paulo - SP - CEP: 01318-000, em nome de João Alécio Pugina Junior, OAB/SP nº 175.844, SOB PENA DE NULIDADE.

Foi prestada informação fiscal às fls. 339 a 344 dos autos. Quanto à infração 2, autuante declarou ser cediço que o ICMS é um imposto não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores.

Conforme consta nos autos, foram glosados os créditos tributários de produtos de informática na proporção da redução de base de cálculo prevista no art. 87, incisos V e XLIV, do RICMS/97. Nas operações internas com produtos de informática não é facultado ao contribuinte reduzir a base de cálculo do ICMS; é determinado (compulsório) ao contribuinte remetente a obrigação de reduzir a base de cálculo do ICMS.

Neste caso, pondera o autuante, o estabelecimento remetente das mercadorias para o estabelecimento autuado tem direito de solicitar a restituição do imposto pago a maior, na forma do art. 73, do RPAF/99, cujo teor foi transcrito na informação fiscal. Todavia, o estabelecimento destinatário, não tem direito de utilizar o crédito do imposto destacado a mais do que o determinado pela legislação, conforme dispõe o § 5º do art. 93, do RICMS, com a seguinte redação: *"se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal, Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado"*.

Disse ainda que apesar do autuado afirmar que "as saídas realizadas pela impugnante também ocorreram *sem a redução de base de cálculo*", tal afirmação não condiz com a realidade encontrada pela fiscalização. A maioria das operações de saídas ocorreu com a tributação correta - redução de base de cálculo de 29,41% e 58,825% - que equivale às alíquotas de 12% e 7% respectivamente, conforme demonstrado no roteiro de fiscalização - Análise da Tributação - saídas cupom fiscal e saídas nota fiscal - aplicado nesta fiscalização - telas em anexo (doc. fls. 345 a 352, do PAF).

Argumentou que a situação tributária do produto - antecipação, isenção, tributação normal ou tributação reduzida - é determinada pelo fisco, não sendo facultado ao contribuinte escolher a forma de tributação que lhe convier. E sempre que o contribuinte altera a tributação de uma mercadoria pode estar incorrendo em uma infração tributária.

Quanto à infração 04 afirmou que procedem as alegações defensivas relativamente ao CFOP 5929, que se refere às notas fiscais emitidas em substituição ao cupom fiscal, ou seja, a tributação ocorreu quando da emissão do cupom fiscal. Concordando com a defesa, o crédito tributário foi, todavia, reduzido para R\$ 67,66, referente à saída do produto *"modem vivo zte"* através de cupom fiscal, conforme planilha fl. 42.

Quanto à infração 06 disse que o contribuinte se insurge contra a cobrança de diferença de alíquota de ICMS sobre as transferências interestaduais de mercadorias para uso e ou consumo do estabelecimento; trazendo aos autos diversas doutrinas e decisões do STJ no intuito de afirmar ser indevido o lançamento aqui efetuado. Ponderou em seguida que o ICMS um imposto de competência estadual e tendo o agente fiscal atividade vinculada aos ditames legais, compete a

este observar se operações praticadas pelo contribuinte estão ou não em acordo com a legislação estadual; não sendo a este facultado lançar ou deixar de lançar o crédito tributário de forma diversa à estabelecida na legislação estadual.

Destacou que o crédito tributário desta infração está respaldado nas seguintes dispositivos legais: Art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96; art. 1º, § 2º, inc. IV, do RICMS/97, normas cujo teor transcreveu na peça informativa.

Coadunando com este entendimento, citou decisão do Conselho de Fazenda da Bahia, no Acórdão JJF Nº 0207-05/11 ratificado pela no Acórdão CJF Nº 0368-12/12, nos seguintes termos:

ACÓRDÃO CJF Nº 0368-12/12

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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, sendo irrelevante o fato de se tratar de operação de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular. Exigência subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

Cientificado do inteiro teor da informação fiscal o contribuinte ingressou com MANIFESTAÇÃO apensada às fls. 425 a 441 dos autos.

Reiterou os termos da sua defesa em relação às infrações 2 e 6. Quanto à infração 4 disse que o autuante mesmo concordando com as argumentações da impugnante, manteve o lançamento de R\$ 67,66 (sessenta e sete reais e sessenta e seis centavos) para o produto “*modem vivo zte*”, pois a respectiva saída ocorreu via de cupom fiscal. Disse que questão central não é a maneira como a operação é instrumentalizada – Nota Fiscal ou Cupom Fiscal -, mas o incorreto entendimento do Estado da Bahia de que o preenchimento do CFOP errado autoriza ou não a cobrança de ICMS. Argumentou que o CFOP é uma obrigação acessória para descrever a natureza da operação e que a Impugnante é empresa no ramo de varejo e todos os seus produtos são vendidos para consumidores - pessoas físicas. Que o produto em questão “*modem vivo zte*”, está submetido a antecipação interna do ICMS e portanto já teve seu tributo recolhido. Que o Estado da Bahia em momento algum nega o recolhimento do ICMS. Apenas acusa o contribuinte de ter se utilizada do código CFOP errado e isto por si só não justifica a cobrança do ICMS, uma vez que o que o que justifica a incidência do ICMS é a ocorrência do fato gerador. O suposto erro de preenchimento do CFOP não é fato gerador, somente desobediência de obrigação acessória.

A impugnante, em seguida, reiterou todos os argumentos já demonstrados na defesa administrativa e requereu que seja a infração 4 seja julgada totalmente improcedente. Mais à frente reiterou também todos os pedidos formulados na inicial.

Foi prestada NOVA INFORMAÇÃO FISCAL, apensada às fls. 444 a 446. Disse a autuante, a partir da análise da Manifestação do contribuinte, que as razões trazidas no texto são repetições dos argumentos constantes da Impugnação Administrativa apresentada anteriormente (fls. 74 a 106).

Ao analisar a infração 2 declarou que o contribuinte insiste em dizer que “*as saídas realizadas pela impugnante também ocorreram sem a redução de base de cálculo, com destaque nas respectivas Notas Fiscais com a aplicação de alíquota no percentual de 17%.*” A autuante, entretanto, reafirma que essa declaração não condiz com as operações de venda realizadas pela empresa. Conforme consta às fls. 345 a 352, as saídas de produtos de informática ocorreram com alíquota de 7% e 12% que correspondem à uma redução de base de cálculo de 58,25% e 29,41% respectivamente.

Quanto ao alegado direito ao crédito integral sobre os produtos de informática, mesmo sendo destacado em valores diferentes do que determina a legislação, aduziu que o RICMS/BA prescreve que os estabelecimentos de uma mesma empresa são independentes entre si, devendo cada um fazer sua própria escrituração fiscal e apuração do imposto devido. Que o fisco não está a negar o direito ao crédito tributário, mas está a dizer que - *compete ao estabelecimento que efetuou o*

pagamento a maior ou indevido, o direito à restituição do indébito - sob pena de o fisco perder o controle do crédito tributário entre os estabelecimentos de uma mesma empresa.

Frisou ainda que estabelecimento destinatário se creditou do imposto destacado a maior e ao estabelecimento remetente cabe solicitar a restituição do indébito. Que fato similar aconteceu com esta mesma empresa através do Processo nº 181.523/2011-2.

Quanto à Infração nº 4 disse que o produto Modem Vivo ZTE, cujo NCM é 8517.62.62, tem tributação normal, e a saída foi efetuada com tributação zero (fl. 42), portanto é devido o imposto à alíquota de 17%, conforme inciso I do art. 50 do RICMS/BA. Que a tributação antecipada a que se refere o contribuinte, diz respeito aos aparelhos de telefonia celular e chips que estão listados no item 35, inciso II, do art. 353. Nem o produto - modem, nem seu NCM, estão listados em nenhum item do deste art. 353; estando, por conseguinte, fora da incidência da tributação antecipada. Transcreveu as disposições citadas na peça informativa. Pede pela manutenção do crédito tributário revisado no valor de R\$ 67,66.

Quanto à infração 6, manteve os argumentos trazidos anteriormente na primeira informação fiscal.

Consta nas fls. 449/453, extratos do sistema SIGAT referente à pagamentos pelo benefício da lei no valor total de R\$27.641,55, no qual destaca o reconhecimento do autuado nas infrações 1, 3, 5 e 7.

VOTO

As infrações 1, 3, 5 e 7 foram reconhecidas e pagas pelo contribuinte conforme atestam os relatórios do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), apensados às fls. 449 a 453 dos autos. No tocante à infração 7, o contribuinte chegou a apontar inconsistências, juntou prova documental por amostragem e pediu a realização de diligência fiscal. Posteriormente, em 26/11/2012 o sujeito passivo efetuou o pagamento do imposto relativo a este item, extinguindo o crédito tributário reclamado. Os valores recolhidos deverão ser homologados pela autoridade fiscal competente.

Em lide, portanto, tão somente as infrações 2, 4 e 6.

Na infração 2 o lançamento teve como base a utilização de crédito fiscal de ICMS na entrada de mercadorias, cujas saídas do remetente, deveriam ter ocorrido com a base de cálculo reduzida, conforme dispõe o art. 87, incisos V e XLIV do RICMS/BA.

Conforme consta nos autos, foram glosados os créditos tributários de produtos de informática na proporção da redução de base de cálculo prevista no art. 87, incisos V e XLIV, do RICMS/97. Nas operações internas com produtos de informática não é facultado ao contribuinte reduzir a base de cálculo do ICMS. Essa redução da base de cálculo é compulsória ou cogente para o contribuinte remetente das mercadorias submetidas ao respectivo benefício. Neste caso o estabelecimento remetente das mercadorias nas operações com destino ao estabelecimento do autuado deveria proceder à redução da base impunível do ICMS. Como assim não procedeu tem direito de solicitar a restituição do imposto pago a maior.

Todavia, o estabelecimento destinatário, ora autuado, não tem direito de utilizar o crédito do imposto destacado a mais do que o determinado pela legislação, conforme dispõe o § 5º do art. 93, do RICMS, com a seguinte redação: *"se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado"*.

Por outro lado, apesar do contribuinte ter afirmado que as saídas realizadas pela impugnante também ocorreram sem a redução de base de cálculo, tal afirmação não condiz com a realidade encontrada pela fiscalização e espelhada nos autos. A maioria das operações de saídas ocorreu com a tributação correta - redução de base de cálculo de 29,41% e 58,825% - que equivalem, respectivamente, às alíquotas de 12% e 7%, conforme demonstrado no roteiro de fiscalização -

Análise da Tributação - saídas cupom fiscal e saídas nota fiscal (doc. fls. 345 a 352, do PAF).

A situação tributária do produto - antecipação, isenção, tributação normal ou tributação reduzida - é determinada pela legislação fiscal, não sendo facultado ao contribuinte escolher a forma de tributação que lhe convier. Conforme pontuou o autuante na informação fiscal o contribuinte ao alterar a tributação de uma mercadoria estar incorrendo em uma infração à legislação do tributo. Foi o que ocorreu no caso concreto.

Logo, a infração 2 é totalmente procedente.

A infração 4, por sua vez, corresponde à acusação de recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A defesa sustentou que houve erro de direito e de tipificação — CFOP N° 5929.

A Auditora Fiscal apresentou suas planilhas, nominadas como Erro de Determinação da Alíquota – Exercícios 2010 e 2011. Em análise às planilhas apresentadas pela fiscalização a defendente notou que todas as mercadorias tiveram preenchimento o código CFOP 5.929 que significa: *“Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF”*. Frisou mais à frente que a Impugnante, é empresa do ramo de varejo, obrigada a manter em seu estabelecimento o ECF (emissor de cupom fiscal), que é documento fiscal válido. Por ocasião da emissão do Cupom Fiscal poderá também emitir Nota Fiscal, quando o consumidor assim o exigir, hipótese em que será observado os seguintes procedimentos:

- a) Na Nota Fiscal emitida deverá ser indicado o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) 5929;
- b) No campo informações complementares da Nota Fiscal deverão constar o número do Contador de Ordem de Operação relativo ao Cupom Fiscal emitido e a identificação da marca, modelo e número de fabricação do ECF que o emitiu.

A Nota Fiscal extraída após a emissão do Cupom Fiscal, referente à venda, deverá utilizar o CFOP 5929, e emitida sem destaque do imposto, zerando os campos base de cálculo, valor do ICMS, Valor isentos, Outros, Alíquota de ICMS, inclusive não devendo ser informados registros tipo 54 no SINTEGRA.

Nos demonstrativos apresentados no Auto de Infração, todos os itens lançados contêm apenas 01 (um) produto vendido, o que confirma a aquisição das mercadorias por consumidor final.

Na fase de informação fiscal a autuante afirmou que procedem as alegações defensivas relativamente ao CFOP 5929, no que se refere às notas fiscais emitidas em substituição ao cupom fiscal, ou seja, a tributação ocorreu quando da emissão do cupom fiscal. Concordando com a defesa, o crédito tributário foi, todavia, reduzido para R\$ 67,66, referente à saída do produto *"modem vivo zte"* através de cupom fiscal, conforme planilha fl. 42. Todavia, mesmo para este item de mercadoria a exigência também não pode subsistir, visto que a acusação fiscal foi erro na aplicação da alíquota e não de falta de recolhimento do imposto normal, por ocasião da saída da respectiva mercadoria.

Julgo, portanto, improcedente o item 4 do Auto de Infração.

Na infração 6 o contribuinte se insurge contra a cobrança de diferença de alíquota de ICMS sobre as transferências interestaduais de mercadorias para uso e ou consumo do estabelecimento; trazendo aos autos diversas doutrinas e decisões do STJ no intuito de afirmar ser indevido o lançamento aqui efetuado.

Destacou que o crédito tributário desta infração está respaldado nas seguintes dispositivos legais: Art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96; art. 1º, § 2º, inc. IV, do RICMS/97, normas cujo teor transcreveu na peça informativa.

Coadunando com este entendimento, citou decisão do Conselho de Fazenda da Bahia, no Acórdão JJF N° 0207-05/11 ratificado pela no Acórdão CJF N° 0368-12/12, nos seguintes termos:

ACÓRDÃO CJF Nº 0368-12/12

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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, sendo irrelevante o fato de se tratar de operação de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular. Exigência subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

No caso presente as alegações empresariais não têm o condão de alterar o lançamento, visto que as operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa estão sujeitas à tributação, por expressa disposição da legislação tributária, conforme dispositivos acima citados e reproduzido nos autos.

Ademais, não pode o órgão julgador administrativo deixar de aplicar a legislação vigente. Assim dispõe o art. 167, inc. I e III, do RPAF/99 (Regulamento do processo administrativo fiscal da Bahia), com a seguinte redação:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Deve, portanto, ser mantida a infração 6.

Considerando o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados, pela autoridade fiscal competente, os valores já recolhidos pelo contribuinte.

INF	RESULTADO	VL.R. HISTÓRICO	VL.R. JULGADO	MULTA
01	RECONHECIDA	2.443,88	2.443,88	-----
02	PROCEDENTE	25.728,84	25.728,84	60%
03	RECONHECIDA	4.663,03	4.663,03	60%
04	IMPROCEDENTE	4.856,30	0,00	-----
05	RECONHECIDA	1.112,25	1.112,25	60%
06	PROCEDENTE	3.548,18	3.548,18	60%
07	RECONHECIDA	20.032,14	20.032,14	100%
TOTAL		62.384,62	57.528,32	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0005/13-4**, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA. (CASAS BAHIA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$55.084,44**, acrescido da multa de 60% sobre R\$35.052,30 e 100% sobre R\$20.032,14, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "f", VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$2.443,88**, prevista no inciso II, "d", do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR