

PROCESSO - A. I. Nº 206826.0015/13-0
RECORRENTE - LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0018-02/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/06/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0129-11/15

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Se porventura fosse comprovado que as notas fiscais canceladas constam nos arquivos magnéticos, mas não estão nos livros fiscais, tais operações registradas no SINTEGRA, para efeitos fiscais não tem nenhuma relevância, já que o cancelamento de notas fiscais obedece a rito próprio estabelecido na legislação, razão pela qual entendo correta a decisão de primeiro grau. Infração mantida. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL RELATIVO A MERCADORIAS COM SAÍDAS ISENTAS. Os fundamentos do Recorrente acerca do não pagamento de antecipação parcial não guardam nexos causal com a infração (estorno de crédito fiscal) e com os argumentos da Decisão recorrida. Infração 2 mantida. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. O recorrente apresenta argumento de cunho genérico, alegando que todos os produtos estão amparados na redução prevista em Lei, e traz um entendimento do STJ sem sequer dizer em que processo foi exarado este entendimento, não tendo como se fazer um cotejo entre a infração e os fatos que constam em tal "entendimento" do STJ. Inepta a defesa apresentada para este item. Infração 3 mantida. 4. CRÉDITO FISCAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA E ANTERIOR AO RECOLHIMENTO. Consta lançamento de crédito sem respectiva comprovação de pagamento, e sem o impugnante provar que não houve repercussão tributária no saldo de imposto a pagar no mês de lançamento. Infração 4 mantida. 5. Infração reconhecida. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS. O Recorrente diz que no levantamento quantitativo, alguns itens estão com quantidades equivocadas, e que a empresa acostará ao processo os novos demonstrativos que comprovam o erro da contagem, sem contudo apresentar qualquer comprovação de erro. Infração 6 procedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em (Acórdão de fls. 208/11) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2014, sendo efetuado lançamento de ICMS no valor histórico de R\$42.402,12, em decorrência da constatação de 6 infrações à legislação deste imposto a seguir

enumeradas:

- 1 – Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS em referente as operações não escrituradas nos LIVROS FISCAIS próprios. Falta de recolhimento do ICMS de nf-e autorizada e não lançada no livro de saída.
- 2 – Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativamente a mercadorias entradas no estabelecimento com posterior saída com isenção.
- 3 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.
- 4 - Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria objeto de antecipação parcial, antes mesmo do seu recolhimento, com repercussão tributária.
- 6 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais através de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado.

Após a apresentação da defesa (fls. 195/197) e da correspondente informação fiscal, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª JJF que julgou o Auto de Infração Procedente por unanimidade após superar a arguição preliminar de nulidade, o que fez nos seguintes termos, em resumo:

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Logo, não existindo vícios na lavratura do Auto de Infração, muito menos no decorrer da instrução processual, de modo a inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito.

No que concerne à infração 01, o impugnante declara o cometimento do respectivo ilícito administrativo na defesa e não apresenta fato modificativo da acusação formulada, apesar da alegação sobre a existência de operações canceladas, o que não afasta a obrigatoriedade de o sujeito passivo efetuar o devido registro fiscal. Assim, considero subsistente o lançamento com base nos art's. 136 do CTN e 140 do RPAF/99.

Não acolho o argumento defensivo ao equiparar a desoneração decorrente de redução de base de cálculo do ICMS com redução de carga tributária. Nessa redução considera o valor da carga para apuração do imposto quando da aplicação sobre a base de cálculo, enquanto naquela aplica-se a alíquota estabelecida pela legislação em função da operação sobre o valor da base de cálculo reduzida. Para melhor compreensão, seguem os exemplos utilizando dados hipotéticos, que evidenciam a distinção dos institutos da desoneração tributária mencionados: 1. ICMS apurado em virtude de redução de base de cálculo:

VO = Valor da operação sem imposto = 100

ALÍQ = Alíquota da operação = 27%

PRBC = Percentual de redução da base de cálculo = 52%

BC = Base de cálculo = $(VO) / (1 - ALÍQ)$

BCR = Base de cálculo reduzida = $(VO) / (1 - ALÍQ) \times (1 - PRBC)$

ICMS apurado = $(VO) / (1 - ALÍQ) \times (1 - PRBC) \times ALÍQ$

ICMS apurado = $100 / (1 - 0,27) \times (1 - 0,52) \times 0,27 = 17,75$

O fator $(1 - ALÍQ)$ representa o ICMS que faz parte da sua própria base de cálculo como determina a norma constitucional.

2. ICMS apurado em virtude da carga tributária

VO = Valor da operação sem imposto = 100

CT =

Carga tributária = 8%

BC = Base de cálculo = $(VO) / (1 - CT)$

ICMS apurado = $(VO) / (1 - CT) \times CT$

ICMS apurado = $100 / (1 - 0,08) \times 0,08 = 8,70$

O fator $(1 - CT)$ possui o mesmo entendimento do fator $(1 - ALÍQ)$.

No presente caso, os documentos acostados relativos à infração 02, fls. 19/24, revelam operações de saída submetidas ao cômputo do ICMS por redução da base de cálculo, impondo ao sujeito passivo o estorno de crédito fiscal relacionado com a parcela não tributada do imposto, ao teor do art. 100, inciso I, do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997. Por seu turno, o impugnante não trouxe aos autos provas para elidir a acusação fiscal. Logo a mencionada infração resta caracterizada.

Constato que a impugnação apresentada para a infração 03 possui caráter genérico, sem afastar o lançamento tributário descrito, que imputa recolhimento a menos do devido, em virtude de redução indevida de base de cálculo nas operações com mercadorias denominadas de prateleiras, que possuem tributação normal do ICMS, fl. 77. Dessa forma, subsiste a mencionada infração com base no art. 140 do RPAF/99.

Das fls. 57/58, verifico que o sujeito passivo utilizou crédito fiscal decorrente de operação submetida à antecipação parcial, além do valor recolhido como descrito na infração 04. O argumento defensivo acerca da aplicação de multa não possui o condão de afastar a inerente acusação fiscal. Assim o respectivo lançamento

está caracterizado com base no art. 93, inciso I-A, c/c 352-A do RICMS/97. Por seu turno, o impugnante não comprova que o crédito utilizado não promoveu repercussão de débito fiscal.

Pelo reconhecimento da infração 05 ao crivo do sujeito passivo, aplico o art. 140 do RPAF/99 para caracterizar o respectivo ilícito administrativo fiscal. No que concerne a infração 06, o impugnante não traz, no bojo dos seus argumentos, comprovação de fato modificativo, extintivo ou impeditivo para elidir a acusação formulada. Assim, não se desincumbiu do seu ônus probatório. Nos termos dos arts. 140 e 143 do RPAF/99, o respectivo lançamento resta caracterizado.

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em epígrafe.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 223/225), aduzindo que, conforme demonstrado na impugnação outrora apresentada, não merece prosperar a autuação nos termos em que apresentada, e de princípio, a empresa reconheceu e já efetuou o pagamento da infração 05.

Quanto às demais infrações, fruto da impugnação, e deste Recurso, a empresa reforça as seguintes alegações:

Item 1: As NF-e levantadas não foram registradas nos livros, pois as mesmas foram canceladas e por falha no gerenciamento da informação, a empresa deixou de informar os cancelamentos. Entretanto tais cancelamentos encontram-se nos registros magnéticos Sintegra.

Item 2: Quanto a esta infração, a redução da base de cálculo, constitui em verdade uma redução de carga tributária, não sendo necessário o estorno de crédito correspondente, o que afetaria a redução de carga, nos termos da legislação:

A redução de base de cálculo do ICMS nas operações internas com aparelhos e equipamentos de informática encontra-se prevista no art. 266, inciso XIII, do RICMS/BA (Dec. no 13.780/12), a saber:

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

XIII - 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 quadro a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%:

Da mesma forma, ao disciplinar o cálculo da antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias amparadas pelo benefício da redução de base de cálculo, o art. 268 do referido diploma regulamentar assim determina em seu § 3º:

"Art. 268 (....)

"§ 3º - As reduções de base de cálculo para as operações internas, previstas neste artigo e nos arts. 266 e 267, deverão ser consideradas na apuração da antecipação parcial devida nos termos do art. 12-A da Lei no 7.014, de 04 de dezembro de 1996."

(O § 3º do art. 268 foi introduzido pelo Dec. no 13.870, de 02/04/2012, que procedeu à Alteração no 01 ao RICMS/12).

Diante do exposto, e considerando a disciplina contida no dispositivo acima transcrito, tratando-se de aquisição interestadual tributada pela alíquota de 7%, e relativa a produto alcançado pela redução de base de cálculo prevista no art. 266, inciso XIII, do RICMS/BA, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%, não haverá qualquer imposto a recolher a título de antecipação parcial, visto que, ao reduzir a base de cálculo do ICMS/Antecipação Parcial, na forma prevista no § 3º do art. 268, este valor corresponderá ao crédito de 7% relativo ao imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Item 3: Todos os produtos estão amparados na redução prevista em Lei, e o STJ exarou o seguinte entendimento:

A Lei Complementar 116/2003 adota o conceito de software como prestação de serviço puro, já que não faz qualquer ressalva quanto à incidência do ICMS, e nem mesmo quanto a se tratar de software de encomenda ou de prateleira. Portanto, a solução do conflito, na ótica da Lei Complementar 116/2003, foi de considerar o software como prestação de serviço puro e simples.

Item 04: Reitera a defesa anterior para manter apenas o valor da multa, caso contrário, a empresa poderá solicitar como crédito o valor do principal se mantida a infração.

Item 06: No levantamento quantitativo, alguns itens estão com quantidades equivocadas, a empresa acostará ao processo os novos demonstrativos que comprovam o erro da contagem.

VOTO

O Recorrente em sua defesa inicial admite, como diz o Relator na Primeira Instância, *o cometimento do respectivo ilícito administrativo na defesa e não apresenta fato modificativo da acusação formulada* mantendo a procedência da infração 1, e no Recurso Voluntário justifica que as notas fiscais levantadas não foram registradas nos livros, e que entretanto tais cancelamentos encontram-se nos registros magnéticos Sintegra, sem contudo fazer prova.

Ora, ainda que tal prova fosse feita, os arquivos magnéticos devem espelhar o registro dos livros fiscais, de onde é apurado o imposto a pagar, cujas notas eletrônicas não estão canceladas, mas sim autorizadas, devendo portanto fazer parte dos registros em livros fiscais.

Assim, se as notas fiscais porventura fossem comprovadas que as notas fiscais canceladas constam nos arquivos magnéticos, mas não estão nos livros fiscais, tais operações registradas no SINTEGRA, para efeitos fiscais não tem nenhuma relevância, já que o cancelamento de notas fiscais obedece a rito próprio estabelecido na legislação, razão pela qual entendo correta a decisão de primeiro grau.

Na infração 2, decorrente do estorno de crédito fiscal de ICMS relativamente a mercadorias entradas no estabelecimento com posterior saída com isenção, o Recorrente conclui após transcrição de parte da legislação que trata de redução de base de cálculo nas operações com itens de informática, que não haverá qualquer imposto a recolher a título de antecipação parcial. Ora, os fundamentos do Recorrente acerca do não pagamento de antecipação parcial não guardam nexo causal com a infração (estorno de crédito fiscal) e com os argumentos da Decisão recorrida. Infração 2 procedente.

Na infração 3, da mesma forma que na peça defensiva inicial, o Recorrente apresenta uma defesa de cunho genérico, alegando que todos os produtos estão amparados na redução prevista em Lei, e traz um entendimento do STJ sem sequer dizer em que processo foi exarado este entendimento, não tendo como se fazer um cotejo entre a infração e os fatos que constam em tal "entendimento" do STJ, e assim, considero inepta a defesa apresentada para este item. Infração 3 mantida.

Na infração 4, reitera a defesa inicial, quando diz que deveria apenas se aplicar a multa, sem contudo trazer provas de que o crédito indevidamente lançado não repercutiu na apuração do imposto. Consta lançamento de crédito sem respectiva comprovação de pagamento, e sem o impugnante provar que não houve repercussão tributária no saldo de imposto a pagar no mês de lançamento. Infração 4 mantida.

Na infração 6, diz que no levantamento quantitativo, alguns itens estão com quantidades equivocadas, a empresa acostará ao processo os novos demonstrativos que comprovam o erro da contagem, sem contudo apresentar qualquer comprovação de erro. Infração 6 procedente.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206826.0015/13-0**, lavrado contra **LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$42.404,12**, acrescido das multas de 100% sobre R\$14.020,42 e 60% sobre R\$28.383,70, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS