

PROCESSO - A. I. Nº 279463.0017/14-3
RECORRENTE - NOVA CASA BAHIA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF 0074-05/15
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0235-12/15

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Ausência de comprovação documental da ocorrência dos fatos, o qual questiona a integridade do lançamento, sugerindo que não há qualquer elemento que lhe dê sustentação, ensejou cerceamento ao pleno direito de defesa, pois, deixou de demonstrar, de forma transparente a autuação ao verificar que a abordagem de piso sobre o tema de maneira específica, não garante segurança na Decisão. Resta, portanto, ferido o princípio da ampla defesa, fazendo-se mister a anulação da Decisão recorrida com a consequente devolução dos autos para a instância *a quo* para novo julgamento. Devem os autos retornar à Primeira Instância para proferir novo julgamento. Acolhida a preliminar de nulidade da Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, exigindo do autuado ICMS no valor total de R\$19.040,50, acrescido da multa e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 30/09/2014 decorre de três acusações fiscais, sendo objeto do Recurso Voluntário apenas as de números 1 e 3, abaixo transcritas, como segue:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. O contribuinte utilizou o crédito de 17% nas entradas de computadores e periférico, que estão beneficiados com redução da base de cálculo. Tais fatos estão demonstrados na planilha Demonstrativo de Crédito indevido nas Aquisições Produtos de Informática. ICMS no valor de R\$ 17.198,20 e multa de 60%.

Infração 03 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 1.432,27 e multa de 60%.

Da apreciação dos argumentos defensivos, bem como das contra razões do autuante, a 5ª JJF, à unanimidade, decidiu pela total Procedência da autuação, tudo com substancia no voto do Relator de primeiro grau abaixo transcrito:

VOTO

Nego o pedido de diligência e de perícia fiscal, haja vista que os elementos constitutivos do PAF encontram-se nos autos e são suficientes para a formação de meu juízo de valor quanto às matérias apresentadas nesta autuação, a teor do que dispõe o art. 147, I, “a” do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Quanto aos princípios da legalidade, imparcialidade, do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório, invocados pela defendant, observo que foram respeitados na ocasião da ação fiscal até a sua culminância que

ocorreu com a lavratura do presente Auto de Infração, quando o sujeito passivo foi intimado de todos os atos do procedimento fiscal, forneceu livros e documentos fiscais que se encontram em sua posse, e recebeu os demonstrativos que fundamentam as infrações. Outrossim, nesta fase de instrução e de julgamento também foram observados os princípios constitucionais trazidos à lide, quando as partes tiveram a ocasião e o ensejo de se manifestarem por terem sido cientificadas das ocorrências processuais. Desta forma ultrapassou as preliminares de nulidade argüidas pelo defensor e adentro à análise do mérito da autuação, eis que o Auto de Infração em lide foi lavrado em consonância com o disposto nos arts. 39 a 41 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

De imediato, ao apresentar sua peça defensiva, o sujeito passivo reconhece o cometimento da infração 02. Fica mantida.

Quanto à infração 01, esta decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

O contribuinte utilizou o crédito de 17% nas entradas de computadores e periférico, que estão beneficiados com redução da base de cálculo. Tais fatos estão demonstrados na planilha, fls. 05 a 07, “Demonstrativo de Crédito indevido nas Aquisições Produtos de Informática.”

De pronto destaco que a autuação respeitou, de forma incontestável, o dispositivo constitucional inserido no artigo 155 da Carta Magna:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(..)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Da mesma forma, a Lei Complementar 87/96 que, por determinação constitucional cabe regular a matéria tributária de que trata aquele dispositivo, prevê no artigo 19 a não cumulatividade do ICMS, sendo praticamente cópia do artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal de 1988, ficando assim ainda mais elucidado o certame, como não poderia deixar de ser.

No caso concreto, as mercadorias, objeto da autuação, se constituíram em equipamentos de informática, cujas operações, nos termos da legislação, especialmente o artigo 266, inciso XIII do RICMS/12 possuem redução de base de cálculo:

“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%

(...)

Logo, tais produtos deveriam ser recebidos e escriturados com a respectiva redução de base de cálculo, diante até do dispositivo contido no artigo 266, XIII, acima transcrito. Logicamente se há redução de base de cálculo na saída, o crédito há de ser proporcional em relação às entradas, comando existente no art. 29, § 4º da Lei nº 7014/96.

“Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

(..)

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

I - para integração ou consumo em processo de industrialização, produção rural, extração ou geração, quando a operação de que decorrer a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto em se tratando de saída para o exterior";

Diante do fato do Poder Judiciário entender, por suas Cortes Superiores, que redução de base de cálculo equivale a isenção parcial, o crédito fiscal apropriado indevidamente deveria ser estornado, tal como feito no lançamento de ofício.

Caso tenha havido recolhimento a maior, efetuado pela empresa autuado, na forma da legislação, tem a mesma o direito de solicitar a restituição dos valores pertinentes, respeitada a legislação vigente.

Dessa forma, com a devida vénia, entendo que não há de falar em "bis in idem", ou cobrança em duplidade pelo Estado da Bahia.

Infração mantida.

Quanto à infração 03, relativa falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, o demonstrativo encontra-se nas fls. 09 a 12.

A Lei nº 7.014/96 (Lei do ICMS na Bahia) prevê, no inciso XV do artigo 4º, que ocorre o fato gerador do ICMS tanto na entrada de mercadoria destinada a uso e consumo, quanto na entrada de bem destinado ao ativo permanente da empresa. Verifico que os artigos do RICMS/BA discriminados no Auto de Infração tratam de pagamento de diferença de alíquota na aquisição de material de uso e consumo, sendo devido o pagamento do ICMS.

Segundo o art. 305 § 4º, inciso, III, alínea "a" do RICMS/BA Decreto nº 13.780/2012, constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher, o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente.

Infração procedente.

Quanto ao pleito formulado de encaminhamento de comunicações para o escritório dos patronos da empresa, ressalto que as intimações devem ser encaminhadas para Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 388, 6º andar – Conjunto 63, Bela Vista, São Paulo, SP – CEP: 01318-000, em nome de Dr. João Alécio Pugina Junior, OAB/SP nº 175.844.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 115/127, o contribuinte vem aos autos e após breve relato dos fatos, de plano, diz que os lançamentos consubstanciados nas infrações 1 e 3 devem ser anulados.

Afirma que a Junta de Julgamento Fiscal não se manifestou sobre a alegação defensiva atinente a anexos incompletos anexados pela fiscalização, aduzindo que da análise das planilhas apresentadas, não existe qualquer comprovação de as saídas ocorreram com alíquota reduzida, entendido que "*o que existe é uma planilha de cálculo sem menção ao SINTEGRA ou apresentação das Notas Fiscais, prova esta que cabe ao Ente Público comprovar*".

Diante do posicionamento da Junta de Julgamento Fiscal referente ao entendimento de que redução de base de cálculo equivale a isenção parcial, aduz que além da Relatora não citar a Decisão emanada de Corte Superior, para a infração 3, deixa de aplicar decisões recorrentes e sumulada pelo STJ.

Referentemente à restrição ao seu direito ao crédito fiscal, diz que fere normas constitucionais insculpidas no 155, § 2º, I e II, da CF, e que tratam da não-cumulatividade do imposto. Citando também a doutrina, afirma que quando adquire mercadorias, opera-se a hipótese de incidência que autoriza a cobrança do ICMS bem como o aproveitamento do seu crédito.

In casu, com base na acusação de 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%, afirma que as saídas efetivamente realizadas ocorreram sem a redução de base de cálculo, conforme destaque nas respectivas Notas Fiscais com a aplicação de alíquota de 17%. Nessa linha, entendendo que recolheu ICMS em percentual maior do que o devido, não impôs prejuízo ao Erário, e considerando que o recolhimento foi a maior, pelo princípio da não-cumulatividade, faz jus ao seu crédito.

Para corroborar a sua tese, diz que exemplificou através de Notas Fiscais com os destaques do ICMS que comprovam o alegado, registrando que como a quantidade de documentos fiscais é elevado, caso se entenda por necessária a juntada completa dos documentos fiscais, requer-se a conversão do julgamento em diligência.

Concluindo, afirma que mantida a glosa dos créditos, restará flagrante enriquecimento ilícito em seu desfavor do contribuinte.

Referentemente à infração 3, atinente a transferência de mercadoria entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, diz que a manutenção da autuação “... *desobedece aos mandamentos do Superior Tribunal de Justiça, ao qual também está subordinado como qualquer cidadão ou empresa privada*”.

Afirma que o entendimento do Judiciário sobre a matéria é pacífico e deu origem à edição da Súmula STJ nº 166, cujo texto dia que “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”. Transcreve Decisão do STJ, afirmado que as entradas de materiais para uso ou consumo recebidos em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, são isentas do pagamento de ICMS.

Lembrando que não se materializou a tradição da mercadoria em questão, registra que o simples tráfego entre Estados da Federação não pode ser considerado como circulação, já que este instituto pressupõe a tradição de propriedade.

Anotando que os Tribunais Administrativos devem adotar decisões judiciais uniformizadas, assevera que por medida de justiça deve ser o lançamento ser anulado.

Por fim, requer a reforma integral do julgamento realizado 5ª Junta de Julgamento Fiscal, para que sejam anuladas as infrações 1 e 3.

Não há manifestação da PGE/PROFIS em razão do valor em discussão.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª JJF deste CONSEF, Acórdão JJF 0074-05/15, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na acusação fiscal de haver o contribuinte utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias som saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, bem como de ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Em apertada síntese, a tese recursal, em sede de preliminar, sustenta que a JJF não se manifestou sobre a alegação defensiva atinente a anexos incompletos anexados pela fiscalização, entendido que o autuante não juntou qualquer comprovação documental da ocorrência dos fatos, registrado que existe uma planilha de cálculo sem menção ao SINTEGRA ou apresentação das Notas Fiscais.

De fato, às fls. 25/26 da peça de defesa, a quo recorrente aborda o tema acima referido, questionando a integridade do lançamento, sugerindo que não há qualquer elemento que lhe dê sustentação. De outro lado, da leitura da Decisão recorrida, apesar do registro no relatório, fl. 102, no voto, o afastamento da nulidade se deu de maneira mais ampla, sem que fosse atacada a preliminar suscitada de maneira efetiva, sobretudo porque o Sujeito Passivo foi específico no ponto em que julgou haver cerceamento ao seu direito de defesa.

Pois bem, verificando que a Junta de Julgamento Fiscal deveria abordar o tema de maneira específica, tal como trazido pelo Sujeito Passivo, entendo que restou ferido o princípio da ampla defesa, fazendo-se mister a anulação da Decisão recorrida com a consequente devolução dos autos para a instância *a quo* para novo julgamento.

Voto no sentido de ACOLHER a preliminar de nulidade da Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 279463.0017/14-3, lavrado contra NOVA CASA BAHIA S/A., devendo o presente PAF retornar à instância de origem para novo julgamento, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS