

PROCESSO	- A I Nº 279127.0011/13-6
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NOVA CASA BAHIA S A
RECORRIDOS	- NOVA CASA BAHIA S A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF Nº 0058-05/15
ORIGEM	- IFEP SUL
INTERNET	- 01/10/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0295-12/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO SAÍDAS DE MERCADORIAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Para elidir o lançamento, não basta provar a ocorrência de tributação das operações de saídas, pois a sistemática de redução proporcional dos créditos, prevista no art. 97, inciso I, alínea “b” do RICMS/97 não se constitui em uma opção do contribuinte, mas em norma imperativa, a qual não dá margem a escolhas, segundo conveniências do sujeito passivo. Contribuinte não se desincumbiu do seu ônus processual em evidenciar a ocorrência do fato modificativo suscitado. Infração mantida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração substancialmente reduzida após revisão do levantamento fiscal realizado pelo próprio autuante. Correção das inconsistências. A base de cálculo e o valor do débito se encontram devidamente explicitados no lançamento, bem como o percentual da multa aplicada. Mantida a decisão de piso. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 5ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 5ª JJF Nº 0058-05/15, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 279127.0011/13-6, lavrado em 27/11/2013, para exigir ICMS no valor histórico de R\$172.196,31, relativos às infrações a seguir especificadas.

Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de maio a dezembro de 2011. Valor histórico: R\$15.782,37. Multa de 60%;

Infração 02 - Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, em dezembro de 2011. Valor histórico: R\$156.413,94. Multa de 100%.

A 5^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 24/03/2015 (fls. 328 a 332) e decidiu pela procedência em parte, por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O Auto de Infração objeto da presente lide administrativa é composto de duas imputações:

Infração 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto. Fatos geradores ocorridos nos meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2011. Valor exigido: R\$15.782,37. Multa: 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 2 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Ocorrência verificada no ano de 2011. valor exigido: R\$156.413,94. Multa aplicada: 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

No que refere à infração 1 o contribuinte afirmou, em sua defesa, que mesmo tendo apropriado o valor integral dos créditos dos produtos beneficiados com redução de base de cálculo do ICMS, processou as saídas à alíquota de 17%, sem incidência de qualquer redução. Invocou a aplicação do princípio da não cumulatividade e declarou que a sua conduta não causou nenhum prejuízo para o erário estadual. Anexou na peça defensiva, às fls. 172 a 282, uma amostragem de cópias reprográficas de notas e cupons fiscais para documentar o quanto alegado. Pediu a realização de diligência para que sejam analisados a totalidade dos documentos fiscais emitidos.

Na amostragem de documentos apresentados na fase de defesa observei que o contribuinte trouxe para exame da instância de julgamento, operações com diversos produtos objeto de sua atividade comercial, a exemplo de jogos de panelas, aparelhos de DVD e CD, armários, "notebooks", kit celular, ventiladores, máquinas de lavar, sofás, violão etc (docs. juntados às fls. 171/282).

Examinando por sua vez os demonstrativos que embasaram a autuação, apensados às fl. 71/73, verifico que os estornos de créditos fiscais se referem a operações com equipamentos e suprimentos de informática, a exemplo de "notebooks" e "pendrives". Portanto, grande parte da amostra de documentos fiscais apresentada pela defesa nada tem haver com a autuação.

Em relação às operações com notebooks, espelhados às fls. 207 a 250, tributadas à alíquota de 17%, não se pode dizer que a conduta do contribuinte de lançar os créditos e os débitos pelo valor integral, sem redução de base cálculo, nos períodos mensais objeto da autuação, não tenha causado prejuízo ao Estado, visto que os créditos são lançados por ocasião das entradas e os débitos quando das saídas. Ora, as saídas podem ter se verificado em meses distintos da ocorrência das entradas, alterando assim a conta corrente do imposto, e, portanto, os valores mensais a serem recolhidos em cada mês. Por isso a legislação assegura ao contribuinte que pagou imposto a maior que o devido, após o mês de apuração e pagamento, se valha do processo de restituição de indébitos, previsto nos art. 73 a 81 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629/99, momento em que deverá o sujeito passivo produzir provas de ter assumido o encargo financeiro do imposto eventualmente pago a maior.

Todavia, a exigência fiscal, consubstanciado na glosa proporcional dos créditos de produtos cujas saídas são tributadas com redução de base cálculo, a exemplo de equipamentos e os suprimentos de informática, está correta e em conformidade com as disposições do art. 97, inc. I, letra "b", do RICMS/97, que estabelece que o contribuinte deverá estornar proporcionalmente o crédito relacionado às operações de saídas subsequentes de mercadorias beneficiadas com redução de base de cálculo.

Não há, no caso concreto, violação aos princípios invocados pelo contribuinte, dentre eles o da razoabilidade e proporcionalidade, visto que a legislação fiscal estabelece rito próprio para as hipóteses de restituição de valores pagos a maior após a apuração e quitação mensal do ICMS normal.

Logo, não vislumbro a necessidade de realização de diligência no feito, visto que nos autos há elementos de prova suficientes para a decisão de mérito.

Pelas razões acima expostas mantendo sem alteração a exigência contida no item 1 do Auto de Infração.

No que tange à infração 2 a mesma foi objeto de revisão a partir das inconsistências apresentadas pelo contribuinte na fase de defesa, concentradas basicamente na "declaração de estoque" e notas fiscais de saídas indevidamente computadas. Após a revisão foram elaborados os demonstrativos de fls. 296 a 305, ocasião em que o débito fiscal foi reduzido de R\$156.413,94 para R\$2.974,59.

O contribuinte se insurge contra a revisão, argumentando, basicamente, que não fora elaborado novo demonstrativo de débito, com os valores residuais da infração 2, devidamente atualizado com a imposição da multa. Entende que houve flagrante violação ao princípio da ampla defesa

Não vislumbro o prejuízo processual apontado pela defesa, visto que a infração 2 é composta de um único fato gerador, verificado em 30/12/2011, com imposição de também de uma única multa, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96. Por sua vez os demonstrativos relacionados à revisão do levantamento quantitativo de estoques estão detalhados às fls. 296 a 305, com cópia entregue ao contribuinte, conforme termo às fls. 308/310. Não há, portanto, o vício processual apontado pela defesa, posto que não houve prejuízo para o regular exercício do contraditório.

Considerando o acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo integralmente a infração 1 e reduzo a exigência contida na infração 2 para a cifra de R\$2.974,59, com fato gerador em 30/12/2011 e imposição de multa no percentual de 100%, podendo a mesma ser reduzida, atendidas as condições estabelecidas no art. 45 da Lei nº 7.014/96.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 343 a 349, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Alega que a questão é de pura hermenêutica, pois, argumenta que o ICMS destacado pelo remetente foi efetivamente recolhido e o Estado da Bahia não nega esta situação. Raciocina que se a recorrente recolheu ou se creditou de ICMS efetivamente recolhido, este direito lhe pertence, por ser norma constitucional, que rege os princípios de qualquer Regulamento Tributário dos Estados Membros. Entende que manter a presente autuação caracteriza verdadeiro "bis in idem" tributário. O Estado da Bahia cobra em dobro ICMS sobre o mesmo fato gerador.

Destaca que 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. Dentro desta operacionalização tributária, defende que houve somente benefício fiscal ao caixa do Estado da Bahia, pois ocorreu recolhimento de imposto em valor superior ao devido.

Alega que os fundamentos da descrição da autuação restringem e limitam o direito de crédito de ICMS. Inobstante, raciocina que toda e qualquer limitação instituída por norma tributária referente ao crédito do ICMS deve obedecer ao princípio da não cumulatividade deste tributo, em obediência ao art. 155 da CF/88, cujo texto transcreve.

Transcreve a doutrina de Geraldo Ataliba para apoiar a idéia de que é a Constituição que confere ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto incidente nas aquisições de mercadorias. Neste sentido, destaca que 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, prossegue, as saídas realizadas pela recorrente também ocorreram sem a redução de base de cálculo, com destaque nas respectivas notas fiscais, e com a aplicação de alíquota no percentual de 17%.

Questiona, então, se a recorrente recolheu ICMS em percentual maior do que o devido, qual o prejuízo ao erário público? Responde não haver nenhum, acrescentando que se o recolhimento foi a maior, pelo princípio da não cumulatividade faz jus ao seu crédito, constitucionalmente garantido. Conclui, assim, que se houve destaque do Imposto em percentual superior, nos documentos fiscais, é claro que a Recorrente recolheu o ICMS informado, conferindo-lhe imediato direito ao crédito integral regularmente pago pelo contribuinte.

Reitera que as saídas das referidas mercadorias também ocorreram sem redução da base de cálculo, com destaque de alíquota igual ao da entrada, e consequentemente inexistente prejuízo ao Erário Público. Com base neste raciocínio, assegura que a glosa realizada pelo Estado dos seus créditos petrificam flagrante enriquecimento ilícito em desfavor do contribuinte, modalidade com a qual nossa legislação e o Estado Democrático de Direito não agasalham.

Informa que, em sua impugnação, anexou exemplos das notas fiscais com os destaque do ICMS que comprovam o alegado, e que apesar de reconhecidos pela fiscalização, não foram aceitos.

Explica que, como a quantidade de documentos fiscais é elevada, caso esta Corte entenda por necessária a juntada completa dos documentos fiscais, requer a conversão do julgamento em diligência.

Quanto à infração 02, alega que, embora tenham sido encaminhados anexos dos cálculos refeitos que apuram o novo valor estabelecido pela Fiscalização, não foi encaminhado o demonstrativo de débito informando o cálculo de atualização e qual imposição de multa ficou convencionada na presente infração.

Por esses motivos, entende que a sua defesa fica prejudicada já que carece o lançamento de informações cruciais para impugnar a atualização existente, bem como acerca de qual o percentual de multa aplicada.

Dessa forma, argumenta que, em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e por estar ausente no Auto de Infração, seja por planilha ou no corpo da manifestação da fiscalização, o demonstrativo de cálculo do débito da presente infração, outra alternativa não resta senão a improcedência.

Isto posto, vem requerer o seguinte: a) Seja julgado o presente Auto de Infração, IMPROCEDENTE, acolhendo-se as razões da defesa administrativa e ratificadas no presente recurso, anulando o lançamento fiscal das Infração 01 e 02, isentando a recorrente do recolhimento de qualquer imposto, multa ou acréscimos legais; b) Protesta pela juntada posterior de todo e qualquer documento que comprove as alegações da presente defesa; c) Requer 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.

Termos em que, pede deferimento.

As folhas 356 a 358, o representante da PGE emitiu parecer, opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso voluntário, com fundamento nas razões que seguem.

Quanto à infração 01, admite que a tese do contribuinte tem lógica. Considerando, porém, o fato de que as operações autuadas foram relativas às entradas, entende não ser possível assegurar que os débitos (pelas saídas) também se deram com a base de cálculo cheia e, por conta disso, dizer que não houve prejuízo ao Estado.

Diante disso, posiciona-se no sentido de que, comprovadas as saídas sem redução de base de cálculo, caberia ao recorrente ingressar com o pedido de restituição do imposto recolhido a maior.

Opina pela manutenção da infração 01.

Quanto à infração 02, entende não merecer sufrágio a tese recursal, pois o montante do imposto se encontra devidamente discriminado nos demonstrativos às folhas 296 a 305, não havendo, por isso, qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa como sugere a recorrente.

Conclui o parecer, opinando pelo conhecimento e pelo improviso do recurso.

É o relatório.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão JJF nº 0058-05/15), desonerou o sujeito passivo, reduzindo o débito de R\$172.196,31 para R\$18.756,96, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado está relacionada, toda, à infração 02, pois a infração 01 foi mantida em sua intergralidade. Assim, passo ao exame da decisão que impôs a redução do débito lançado.

Compulsando os autos, é possível notar que o valor remanescente da infração 02 resultou do refazimento do levantamento quantitativo de estoques, levado a termo por um dos autuantes, conforme folhas 290 a 305 do processo.

Como se pode ler, à folha 294, a informação fiscal prestada acatou os novos documentos acostados ao processo pela defesa, o que resultou na redução do débito de R\$156.413,94 para R\$2.974,59, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça informativa, à folha 294, abaixo reproduzido.

“Enfim, os novos elementos fiscais, (arquivos magnéticos, notas fiscais) apresentados pela defesa foram considerados para o refazimento da infração 02.

Sendo assim, foram anexados ao processo as novas planilhas demonstrativas e relatórios com os novos resultados obtidos que resultou no valor total de R\$ 2.974,59 (dois mil novecentos e setenta e quatro reais e cinquenta e nove centavos).”

Assim, a 5^a JJF acompanhou o resultado da revisão fiscal, empreendido pela própria autoridade lançadora, a qual, por sua vez, acatou parte das alegações defensivas.

Considerando que a redução do débito, por parte do autuante, decorreu do exame dos documentos fiscais trazidos pela defesa, entendo descabida a sua reforma, salvo se houvesse evidências de erro em sua atuação. Como tal não se deu, julgo acertada a decisão da junta, no que se refere à redução do débito da infração 02, desprovendo o presente recurso de ofício.

Quanto ao recurso voluntário, relativamente à infração 01, a acusação fiscal consistiu em “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto”. A recorrente não nega o fato, pelo contrário, admite-o. Ou seja, confessa que creditou-se integralmente do ICMS destacado nas operações de entrada. Opõe, contudo, um fato modificativo, qual seja, a ausência de prejuízo ao erário, pois alega que também não houve a redução da base de cálculo nas saídas subseqüentes, conforme se extraí da leitura de trecho da sua peça recursal, à folha 347, abaixo reproduzido.

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

Ora Eméritos Julgadores, se a Recorrente recolheu ICMS em percentual maior do que o devido, qual o prejuízo ao Erário Público ? Nenhum !!! ...”

Para elidir o lançamento, não basta provar a ocorrência de tributação das operações de saídas, pois a sistemática de redução proporcional dos créditos, prevista no art. 97, inciso I, alínea “b” do RICMS/97 não se constitui em uma opção do contribuinte, mas em norma imperativa, a qual não dá margem a escolhas, segundo conveniências do sujeito passivo. Em consequência, não poderia, esta corte, “abonar” condutas contrárias ao texto normativo, sob pena de chancelar o descumprimento da legislação. De fato, a norma cogente impõe que haja o creditamento proporcional do ICMS incidente nas operações de entrada, associado às reduções de base de cálculo nas saídas.

Se a recorrente não o fez, é preciso que ingresse com o pedido de restituição do indébito, devidamente acompanhado de um demonstrativo completo das operações de apuração do imposto, considerando as duas modalidades em cotejo: com redução e sem redução da base de cálculo.

A procedência da autuação não depende, contudo, desse fato ulterior, mas se encontra caracterizada pelo creditamento integral do imposto, confessado pela própria recorrente.

Por isso, entendo que se encontra caracterizada a infração 01, devendo ser mantida a decisão de piso, neste ponto.

Quanto à infração 02, a acusação consistiu em “Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar e contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado”.

A despeito da redução, na informação fiscal, de 98,1% no valor do débito originalmente lançado, a empresa recorreu da decisão da primeira instância, alegando que não foi encaminhado o demonstrativo de débito, informando a multa e a atualização monetária, conforme trecho da peça recursal, abaixo reproduzido.

“Foram encaminhados anexos dos cálculos refeitos que apuram o novo valor estabelecido pela Fiscalização.

Por outro lado, não foi encaminhado o demonstrativo de débito informando o cálculo de atualização e qual imposição de multa ficou convencionada na presente infração.”

Examinando o demonstrativo às folhas 296 a 305, acostado pela informação fiscal, é possível notar que a base de cálculo e o valor do débito se encontram devidamente explicitados. Quanto ao valor da multa aplicável, tal informação se encontra afixada no formulário SEAI, à folha 02 do processo, a qual representa 100% do valor do imposto não recolhido.

Assim, entendo que não merece acolhida a tese recursal, também neste ponto.

Mantenho, portanto, a infração 02.

Ex-positis, mantenho a decisão de piso, votando pelo Não Provimento de ambos os Recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, para homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279127.0011/13-6, lavrado contra **NOVA CASA BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.756,96**, acrescido das multas de 60%, sobre, R\$15.782,37 e de 100%, sobre R\$2.974,59, previstas no art. 42, incisos. VII, letra “a”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2015

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS