

PROCESSO - A. I. Nº 279463.0017/14-3
RECORRENTE - NOVA CASA BAHIA S/A.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0020-05/17
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/05/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0067-11/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. As mercadorias objeto da autuação se constituíam em equipamentos de informática, cujas operações possuem redução de base de cálculo, neste caso, o crédito há de ser proporcional. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de produtos destinados ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. Preliminares de nulidade rejeitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através o Acórdão JJF nº 0020-05/17 que julgou Procedente o Auto de Infração nº 2794653.0017/14-3, com a apuração de tributo a recolher no valor de R\$19.040,50, das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à 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 3 – 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%.

Este PAF foi objeto de retorno à primeira instância, sendo julgado Nulo, uma vez que não foram analisados os arquivos SINTEGRA apresentados pelo Contribuinte, conforme voto proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão nº 0235-12/15).

Assim, a Junta de Julgamento Fiscal, após encaminhamento dado pela CJF, decidiu pela Procedência do Auto de Infração, com base nos seguintes fundamentados “*ipsi literis*”:

VOTO

Inicialmente ressalto que o pedido de diligência formulado pelo impugnante restou atendido, quanto aos esclarecimentos acerca dos anexos colacionados pela fiscalização, bem como sobre a falta de menção ao SINTEGRA ou a apresentação das Notas Fiscais.

É de notar que o autuante, esclareceu e salientou que a planilha de cálculo anexada às fls. 05 a 07 demonstra os Créditos indevidos nas aquisições de produtos de informática, quando foram utilizadas as alíquotas de 17%, quando deveriam ter sido utilizadas as de 7% e de 12%; e que as novas planilhas anexadas na diligência fiscal, fls. 164 a 166, traz a RELAÇÃO DAS VENDAS DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA EXERCÍCIO 2013 – EXEMPLO, nela constando saídas de produtos com a alíquota de 7%, 17%, e 12%.

Desse modo, entendo que a diligência atingiu a sua finalidade, qual seja atendeu ao reclamo do contribuinte de que deveria ser comprovado que ocorreram saídas com alíquotas de 7% e de 12%, para que assim ficasse justificada a utilização indevida de crédito fiscal, do qual é acusado. Este fato demonstra que as suas operações de saída não ocorreram, na sua totalidade, sem a redução de base de cálculo e com a aplicação de alíquota no percentual de 17%. Como os produtos de informática têm carga tributária reduzida, o crédito a ser apropriado deve respeitar os limites impostos pela legislação.

Portanto, apesar de ter ocorrido a diligência fiscal, para a infração em tela, entendo que o demonstrativo analítico da infração, originariamente elaborado na ação fiscal e colacionado aos autos, entregues ao sujeito passivo como comprova o A.R. de fl.22, onde estão listados apenas as notas fiscais, em que o crédito fiscal não foi devidamente apropriado, é suficiente para fundamentar a autuação. Nesse sentido, a planilha exemplificativa anexada pelo autuante, no momento da diligência reforça a autuação e rebate o argumento da defendente de que as saídas ocorreram com alíquota cheia e que o Estado não teria sofrido qualquer prejuízo.

Ademais, a glosa dos créditos ocorreu apenas quando nas entradas houve o aproveitamento em montante maior do que o devido, pelo fato de as mercadorias gozarem da redução de base de cálculo na saída.

Quanto ao argumento trazido pelo defendente de que a planilha apresentada pela fiscalização em EXCEL, não comprova a existência do fato gerador, isto porque não esclarece como as notas fiscais foram escrituradas, não pode ser acolhido. Com a sistemática do SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, todos os documentos fiscais passaram a ser emitidos e processados eletronicamente. O autuante utilizou então o programa SIAF para extrair os dados da EFD – Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, e apenas utilizou o Programa EXCEL para confeccionar as planilhas que contem a descrição detalhada dos documentos fiscais de aquisição das mercadorias.

A contrário senso, o sujeito passivo poderia apresentar e comprovar que ocorreram falhas na discriminação dos documentos fiscais, constantes das planilhas, mas não o fez.

A legislação do ICMS vigente à época dos fatos geradores (exercício de 2013), prevê o benefício fiscal da redução de base de cálculo, nas 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 (para os produtos indicados no quadro constante do art. 266, inciso XIII do RICMS/12), e firma a carga tributária final em 12% (desktop e notebooks) e 7% (demais produtos de informática).

Reitero a minha posição, de que a finalidade proposta na realização da diligência, foi atendida, e o sujeito passivo, teve a oportunidade de conhecê-la e se manifestar, o que garantiu a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios que norteiam o processo administrativo fiscal e que foram obedecidos em todas as fases da instrução processual.

Quanto aos princípios da legalidade, impessoalidade, do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório, invocados pela defendente, 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, (AR. fl. 22). 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 ultrapasso as preliminares de nulidade argüidas pelo defendente 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 2. Fica mantida.

Quanto à infração 1, esta decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes 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 inconteste, 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;

(...)

§ 2.º 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 nº 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 constituíam em equipamentos de informática, cujas operações, nos termos da legislação, especialmente o artigo 266, inciso XIII do RICMS/12 trazem a 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”;

O Regulamento do ICMS (Decreto nº 13.780/2012), vigente à ocorrência dos fatos geradores também prevê:

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

b) for tributada com redução de base de cálculo, hipótese em que o valor da vedação será proporcional à redução, sendo que, havendo fixação expressa da carga tributária, a vedação será em relação ao percentual destacado na nota fiscal que exceder ao da carga tributária definida na legislação para a operação subsequente com a mercadoria ou com o produto dela resultante;

Diante do fato de o 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 autuada, como afirma o defendente, na forma da legislação, tem o mesmo o direito de solicitar a restituição dos valores pertinentes, respeitada a legislação vigente.

Dessa forma, respeitado encontra-se o princípio da não – cumulatividade do ICMS, previsto no art. 155, § 2º, I da CF/1988, se compensado o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo Estado ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. De fato, o que ocorreu é que ao ser destacado imposto a maior por parte do remetente das mercadorias objeto da autuação, somente pode ser apropriado a título de crédito fiscal a parcela que esteja legalmente prevista, ou seja, somente é possível a apropriação do crédito fiscal relativamente àquele valor corretamente calculado e destacado no documento fiscal. Caso haja erro, o contribuinte deve creditar-se, tão somente, da parcela legalmente prevista, o que não ocorreu na presente situação, sendo o que motivou a

autuação.

Infração mantida.

No que concerne à infração 3, relativa a 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, cujo 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.

Quanto à alegação do defendente de que houve mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, logo com ausência de circulação de mercadoria, e aplicação da Súmula nº 166 e do Recurso Repetitivo do STJ, a Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia firmou o entendimento no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, mas este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, tendo em vista que a Súmula nº 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º da LC 87/96.

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 Alcécio Pugina Junior, OAB/SP nº 175.844. Ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

Inconformado, o autuado apresentou Recurso Voluntário, fls. 208 a 221, em que apresenta como argumentos:

Quanto à infração 1, pede a reversão da prova de haver tributado erroneamente as saídas das mercadorias ao ente fiscalizador, pugnando, mais uma vez, pela nulidade da autuação, afirmando que “*também ocorreram sem a redução de base de cálculo, com destaque nas respectivas Nota Fiscal com aplicação de alíquota no percentual de 17%*”. Em face do que expõe pede o reconhecimento dos créditos integrais destacados nas notas fiscais de compras.

Em relação à infração 3, advoga o autuado a aplicação da Súmula nº 166 do STJ, solicitando que os materiais de uso e consumo e do Ativo Imobilizado transferidos entre estabelecimentos da mesma titularidade sejam reconhecidos como isentos do ICMS, apresentando decisão do STJ, REsp 1116792/PB, relatado pelo Ministro Luís Fux e textos de autores vários sobre a matéria, requerendo, também a nulidade da autuação.

O conselheiro Ildemar José Landin declarou-se impedido na votação do julgamento deste PAF, devido ter participado da composição da decisão de piso proferida pela 5ª JFF.

VOTO

Ao analisar, preliminarmente, não se vislumbra qualquer fato, ocorrência ou omissão por parte do autuante, em face de a autuação haver obedecido a todas as exigências legais, que venha a dar suporte ao pretendido, a nulidade das infrações 1 e 3, afastando-se de logo tal pretensão.

Quando trata da Infração 1, a 5ª JFF assim se manifestou:

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.”.

Informando e comprovando a legitimidade da autuação, respaldada no que dispõe o RICMS:

“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%.

Em relação à Infração 3, em se tratando de DIFAL, não há que se falar em aplicação da Súmula nº 166, eis que não se tratam de transferências de mercadorias para comercialização, mas sim de material de uso e consumo.

Deste modo, a infração versa sobre as transferências de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos da mesma empresa situados em Estados diferentes. Assim, a 5ª JFF apresenta o entendimento do Fisco baiano, com base em *entendimento dado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, mas este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.*

Pelo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida proferida pela 5ª JFF através o Acórdão JFF nº 0020-05/17.

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 **279463.0017/14-3**, lavrado contra **NOVA CASA BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.040,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de março de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS