

PROCESSO - A. I. Nº 279463.0007/13-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NOVA CASA BAHIA S/A.
RECORRIDOS - NOVA CASA BAHIA S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0206-04/16
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0203-12/19

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS MENOS QUE SAÍDAS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Realizado ajuste nos valores, diante das provas trazidas pelo sujeito passivo. Mantida a Decisão recorrida. 2. CRÉDITO FISCAL. DESTAQUE A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. É vedada a utilização de crédito fiscal destacado a maior em documentos fiscal pelo destinatário, tendo sido respeitado o princípio da não cumulatividade. Infração subsistente. Não acatadas as questões preliminares postas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se o presente processo de Recurso de Ofício e de Recurso Voluntário interpostos pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte o Auto de infração, através do Acórdão JJF Nº 0206-04/16 , lavrado para imputá-lo o cometimento de 02 infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício a infração 01 e objeto do Recurso Voluntário as infrações 01 e 02 a seguir descritas:

Infração 01. 04.05.02. Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a 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 espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário, qual seja, o das saídas tributáveis, no valor de R\$160.873,13, fato verificado no exercício de 2012, sendo sugerida multa de 100%.

Infração 02. 01.02.26. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Consta na descrição da infração que “o contribuinte utilizou o crédito de 17% s/produtos de informática, que tem a carga tributária reduzida. Tais fatos estão demonstrados na planilha DEMONSTRATIVO DAS ENTRADAS DE COMPUTADORES E PERIFÉRICOS COM CRÉDITO A MAIOR”, no montante de R\$19.072,81, ocorrências constatadas nos meses de janeiro a novembro de 2012.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento do voto a seguir reproduzido:

Trata-se de novo julgamento diante da decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que anulou aquele anteriormente realizado, razão pela qual passo ao reexame dos fatos e elementos, após a adoção das medidas saneadoras requeridas.

O presente lançamento compõe-se de duas infrações, ambas contestadas. A primeira, diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a 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 espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário, qual seja, o das saídas tributáveis, ao passo que a segunda relaciona-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Consta na descrição da infração que “o contribuinte utilizou o crédito de 17% s/produtos de informática, que tem a carga tributária reduzida.

Inicialmente, gostaria de abordar alguns aspectos colocados na peça de defesa, pelo patrono da autuada. O primeiro deles, diz respeito a eventual “atuação abusiva do Fisco”. A submissão à fiscalização, é prática à qual todo e qualquer estabelecimento, seja comercial, seja industrial, deve estar preparado para se sujeitar, sem que a imposição de autuação se caracterize como “atuação abusiva”, até pelo fato da autuada poder, neste momento, ter as suas alegações defensivas apreciadas, o que demonstra que, na hipótese de eventual “abusividade” perpetrada pelo Fisco, o que não é o caso presente, poderia valer-se de sua defesa para anulá-la.

Por outro lado, o Fisco do Estado da Bahia possui tradição de profissionalismo, equilíbrio, coerência, e acima de tudo, justiça. Da mesma maneira, este órgão julgador prima pela aplicação da justiça fiscal, e análise desapaixonada dos processos que lhe são submetidos, motivo pelo qual entendo que as considerações feitas em relação a imparcialidade do julgador pelo patrono da autuada, encontram-se totalmente fora do contexto e são descabidas, somente podendo creditá-las à sua pouca prática na lida junto a este órgão.

Quanto a alegação defensiva de que haveria dicotomia na indicação de valores, o fato foi devidamente esclarecido por um dos autuantes, quando de sua última manifestação, não restando qualquer dúvida quanto ao valor ajustado do lançamento, não acolhendo, pois, a argumentação posta.

Da mesma forma, as razões que ensejaram o entendimento de Câmara de Julgamento Fiscal para a decisão prolatada anteriormente de remeter os autos para nova apreciação, foram devidamente atendidas e sanadas, à vista do fato de, em 29 de setembro 2015, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal ter convertido o feito em diligência à Inspetoria de origem, a fim de que fossem entregues pelos autuantes ao autuado os demonstrativos analíticos relativos ao levantamento quantitativo de mercadorias realizado, com prazo de manifestação para o mesmo, de dez dias (fl. 579), o que foi devidamente feito, inclusive, ainda que de posse de tais documentos, a empresa autuada não questionasse qualquer ponto do levantamento realizado, senão, apenas o valor total da infração..

Consta às fls. 661 a 684 a documentação comprobatória da entrega dos referidos documentos à empresa autuada, motivando a manifestação de fls. 666 a 668, na qual informa que recebeu no dia 05/11/2015 os respectivos demonstrativos analíticos relativos ao levantamento de estoque realizado aos ajustes realizados quando da informação fiscal.

Em relação ao pedido para que as intimações sejam encaminhadas ao endereço profissional dos patronos da empresa, nada obsta que o mesmo seja atendido, embora o não atendimento, contrariamente ao entendimento da defesa, não acarreta qualquer nulidade, vez que estamos em sede de apreciação administrativa, sujeitas a regras específicas, especialmente aos procedimentos, estes regulados no artigo 108 do RPAF/99, que dispõe sobre a intimação do sujeito passivo.

Quanto a solicitação de realização de diligência formulada pela empresa autuada, de plano, indefiro o pedido, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento do pedido não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do acima mencionado artigo 147 do RPAF/99.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de desconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Diante de tais considerações, impede dizer-se que embora obedeça aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa, apenas a informação de exiguidade de prazo e dificuldade de coligir elementos de prova.

O contribuinte apesar de alegar que verificou e provaria equívocos cometidos no levantamento, não os apontou totalmente, apenas alegou escassez de tempo.

Ademais, na própria informação fiscal prestada por um dos autuantes, foram feitos os ajustes necessários para atender ao quanto apresentado pelo sujeito passivo, diante dos elementos de prova por ele trazidos, o que, de igual forma, dispensaria a conversão do feito em diligência.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa,

ante a negativa de tal pedido, a exemplo das decisões abaixo transcritas, inclusive no âmbito do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.

2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

3. **Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito.** A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1

Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Julgamento: 12/05/2015

Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA

Publicação: DJe 18/05/2015”

INDEFERIMENTO. Cabe ao Juiz, como destinatário da prova e para formar seu convencimento, decidir acerca da pertinência da prova pericial. Desnecessária a perícia contábil. Em decisão monocrática, nego seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento N° 70046629127, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein - Data de Publicação: 16/01/2012”

“TJSP - Apelação APL 9126802752009826 SP 9126802-75.2009.8.26.0000

Data de Publicação: 18/01/2013

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA Prova pericial requerida Anatocismo alegado Indícios inexistentes Alegações genéricas Julgamento antecipado autorizado. Sem qualquer indicação precisa acerca da irregularidade havida nos cálculos apresentados pelo credor, de rigor o indeferimento da prova pericial genericamente requerida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Recurso não provido”.

Observo que a questão relevante e fundamental de tais infrações cinge-se a prova material, e, mais uma vez, faço algumas digressões.

No que concerne à alegação defensiva de ter acostado ao feito, por amostragem, os documentos que elidiriam a infração, que o são em número vultoso, e que estaria prejudicado o seu direito de ampla defesa, caso não houvesse dilação de prazo, não a posso acolher.

Isso por que, muito embora a Carta Magna estabeleça em seu artigo 5º, ao abordar os direitos e garantias individuais, no inciso LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”, neste dispositivo, evidentemente, encontra-se embutida a possibilidade de apresentação de prova.

Se é certo que, por exemplo, em direito penal, cabe sem qualquer reserva a “prova por amostragem”, à vista, inclusive de diversas decisões de Tribunais Superiores, em direito tributário tal conceito não pode ser adotado de forma ampla, como vemos no exemplo do AgRg no REsp 659521/SP, no qual o relator, ministro Francisco Falcão, exarou a seguinte decisão:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA N° 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido entendeu que no mandado de segurança, mesmo que preventivo, a necessidade de prova documental pré-constituída impede a aceitação de amostragens ou eventuais levantamentos elaborados unilateralmente pela impetrante e, ‘in casu’, nem isto foi apresentado, restando inadequada a via do mandado de segurança, instrumento constitucional que serve também para evitar lesão futura, mas desde que a direito decorrente de relação jurídica certa e determinada. (grifos do relator)

A propósito, Paulo Bonilha, em seu livro *Da Prova no Processo Administrativo Tributário*, às fls. 69, após conceituar prova como “a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no

processo administrativo tributário”, afirma na página 78 que “o poder de instrução das instâncias de julgamento administrativo não pode implicar invasão ou substituição do dever das partes de carregar prova aos autos”, o que significa dizer que cabe apenas e tão somente à autuada trazer tais provas que diz possuir, relativas aos demais elementos probantes, contudo, não estão presentes nos autos.

Isso por que no contencioso tributário, não poderá ser negado ao contribuinte o direito pleno de defesa, podendo o mesmo se utilizar de todos os meios de prova admitidos em lei, aliás, neste caso inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente a este a responsabilidade da apresentação de elementos de provas que demonstrem as inverdades apuradas através de procedimento administrativo tributário, oferecendo, assim, maior possibilidade de apreciação objetiva e segura quanto às conclusões extraídas de seus resultados, de tal sorte que as provas produzidas sejam realizadas em toda sua extensão e amplitude, assegurando amplas prerrogativas e garantias de defesa ao contribuinte, para que o mesmo não seja onerado além do expressamente previsto na lei tributária.

Tal lei não faz distinção, não havendo preterição de qualquer uma das partes, devendo triunfar sempre a verdade material e formal dos fatos. Cabe, a princípio, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mesmo que a base de cálculo do montante devido seja determinada por arbitramento, o que não foi o caso em tela. Todavia, a norma legal não conferiu ao sujeito passivo o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa ou impossibilidade da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e prevista na legislação tributária.

No presente caso, não se pode sequer aventure eventual aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil, que, sabidamente é utilizado de forma subsidiária ao processo administrativo fiscal de Estado da Bahia, na forma de previsão legal, sendo o ônus desta prova especificamente, do sujeito passivo, vez que os documentos que elidiriam a infração estão em seu poder, compondo a sua escrituração, documentação e arquivos.

Dessa forma, não fazendo a produção completa da prova necessária, incorreu a defendant na regra do artigo 143 do RPAF/99, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, razão pela qual não posso acatar a sua argumentação defensiva quanto a este item da autuação, sequer aceitar que a prova seja produzida por amostragem.

Da mesma forma, não se pode aqui, falar-se em qualquer eventual cerceamento de defesa ou concessão de oportunidade para que tais elementos viessem ao feito, justamente para que a verdade material aflorasse, sempre com a dificuldade imposta pela defendant da grande quantidade de documentos necessários para tal, esquecendo-se que poderia ter trazido os mesmos em meio magnético, e que tal argumento se fragiliza, diante do porte, organização e importância da empresa, sem nos esquecermos de que se trata de uma sociedade anônima, que tem que primar pela transparência de suas atividades, até pela necessidade de submeter-se a auditoria externa, na qual são analisadas e avaliadas as suas operações realizadas no período.

Lembro que já decorreu quase um ano da autuação, sem que os elementos que pudessem elidir o restante da infração fossem trazidos ao feito pela defendant.

Ademais, esta tem sido uma prática recorrente da defendant em suas peças: sempre alegar escassez de prazo, para tentar trazer os elementos de defesa de que dispõe, entretanto não tem tido sucesso, como se pode observar nos julgamentos que culminaram com os Acórdãos CJF 0395-12/13, 0150-12/14 e 0127-12/14, ainda que na razão social anterior (Casas Bahia S. A.), nos quais, de forma reiterada, se observa o comportamento fiscal da autuada.

Aquele primeiro possui a seguinte Ementa:

**“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0395-12/13**

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. a) ENTRADAS MENOS QUE SAÍDAS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração reconhecida. b) PRESUNÇÃO DE SAÍDAS POR DIFERENÇA NAS ENTRADAS. c) MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. c.1) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. c.2) RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Infrações reconhecidas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) ICMS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. b) MATERIAIS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Desistência da lide por pagamento dos valores exigidos. Infrações caracterizadas. 3. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES SUJEITAM-SE A REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO. Ocorrendo entradas de mercadorias, cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo, cabe estorno do crédito no valor correspondente a parte proporcional da redução. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”.

Por tal razão, inexiste qualquer motivação para a decretação da nulidade do lançamento realizado. Quanto ao

exame do mérito, para a infração 01, em sede de informação fiscal, o autuante retificou o lançamento, fazendo os devidos ajustes e reconhecendo os equívocos cometidos, o que implicou na sua substancial redução de R\$160.873,13 para R\$ 8.084,37.

A argumentação defensiva, após conhecimento dos novos valores, foi no sentido de que faltou o encaminhamento do demonstrativo de débito informando o cálculo de atualização e qual imposição de multa ficou convencionada na presente infração. Observe-se que a infração permanece a mesma, apenas teve alterados os valores apurados para o lançamento.

Verifico que foram elaborados novos demonstrativos, inseridos às fls. 383 a 403, os quais foram encaminhados ao sujeito passivo, conforme determinação legal, na forma do recibo de fl. 406, encaminhado por via postal, e devidamente entregue no domicílio do próprio patrono da autuada (Aviso de Recebimento de fl. 408, datado de 28 de julho de 2014), em atendimento ao princípio do contraditório e ampla defesa, inclusive lhe foi concedido prazo para manifestação de dez dias (fl. 406), o que ocorreu, diante da protocolização do documento de fls. 410 a 417.

Desta forma, os cálculos de atualização permanecem os mesmos, e somente podem ser avaliados quando do momento do recolhimento da parcela lançada. Da mesma forma, e não poderia ser diferente, o percentual de multa permanece o mesmo.

Ressalto que, contrariamente ao entendimento da defesa, esta infração não se enquadra como presunção, diante do fato de que não guarda similaridade com qualquer das situações elencadas no artigo 4º, parágrafo 4º da Lei 7.014/96, que de forma explícita, indica os casos em que há presunção. Havendo omissão de saídas, como constatado no presente caso, jamais há que se falar em presunção, e sim, fato concreto.

Também contrariamente ao entendimento da autuada, neste momento, não lhe seria mais permitido alterar os registros SINTEGRA, diante do fato de que, em primeiro lugar, tais arquivos devem espelhar a escrituração fiscal, e em segundo, neste momento, a ação fiscal encontra-se perfeita e acabada, somente admitindo-se qualquer alteração do valor lançado, via julgamento. Ademais, os dados trazidos foram devidamente considerados pelo autuante, reduzindo o valor do débito apurado inicialmente.

Diante da falta de qualquer outro argumento consistente, acolho os valores apontados pelo autuante em sua informação fiscal (R\$8.084,37), de acordo com os demonstrativos de fls. 383 a 403, e julgo a infração parcialmente procedente.

No tocante à infração 02, não posso concordar com a assertiva defensiva de que “a acusação fiscal busca limitar e restringir o direito ao crédito de ICMS. Todavia, deve-se ter em mente, que toda e qualquer limitação do direito ao crédito do ICMS, deve respeitar o princípio da não cumulatividade desse imposto”.

Isso por que, a autuação respeitou de forma completa, 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 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.

Por outro lado, na doutrina também o conceito de não cumulatividade do imposto é pacificado, inclusive o Professor Roque Carazza (ICMS, 15ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2011) se manifesta: “Como se vê o princípio da não cumulatividade assegura aos contribuintes o direito de compensar créditos de ICMS ainda que o tributo tenha sido cobrado por outras Unidades da Federação”.

Logo, quanto a isso não existe discussão. Todavia, tal conceito não pode, como entende a defesa, ser interpretado a seu talante, e de maneira personalíssima, como se vê nos presentes autos, diante do objeto da autuação, até mesmo em respeito ao princípio da legalidade.

De fato, o que se tem é que tendo sido destacado imposto a maior por parte do remetente das mercadorias arroladas na autuação, somente pode ser apropriado a título de crédito fiscal aquela parcela que, de acordo com determinação legal seja possível. Acontece que a legislação estadual, especialmente no artigo 93, em seu

parágrafo 5º do RICMS/97, vigente em parte do período abarcado pela autuação, prevê:

“Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

I - se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal;

II - quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou quando o imposto houver sido recolhido com base em pauta fiscal superior ao valor da operação”.

Assim pela norma regulamentar, somente é possível a apropriação do crédito fiscal relativamente aquele valor que tenha sido corretamente calculado e destacado no documento fiscal. Em caso de erro, o contribuinte deve apenas e tão somente creditar-se da parcela legalmente prevista, o que não ocorreu no presente caso, sendo o elemento motivador da autuação, e sem que isso venha a se constituir, como equivocadamente entende a defesa em negação ao princípio da não cumulatividade.

Isso por que, no caso concreto, as mercadorias objeto da autuação se constituíam em equipamentos de informática, cujas operações, nos termos da legislação, especialmente o artigo 87, incisos V e XLIV, do RICMS/97 possuem redução de base de cálculo:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - 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 Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%

(...)

XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);

Ou seja, é incontestável a redução de base de cálculo em tais operações. Ainda que se possa alegar que tendo havido destaque a maior do imposto por parte do remetente, cabe a este, em nome do princípio da autonomia dos estabelecimentos realizar os levantamentos necessários, e em processo apartado, requerer a restituição do valor eventualmente recolhido a maior a título de imposto.

Logo, tais produtos deveriam ser recebidos e escriturados com a respectiva redução de base de cálculo, diante até do dispositivo contido no artigo 93 do RICMS/97, acima transcrita.

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

Na sistemática vigente em parte dos fatos geradores, na égide do RICMS/12, o artigo 266, inciso XIII, assim determina:

“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%”.

Logicamente, se há redução de base de cálculo na saída, o crédito há de ser proporcional em relação às entradas. Esse é o comando existente no artigo 29, parágrafo 4º, da Lei 7.014/96:

“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 autuada, na forma da legislação, tem a mesma o direito de solicitar a restituição dos valores pertinentes, respeitada a legislação vigente.

Quanto ao pleito formulado de encaminhamento de comunicações para o escritório dos patronos da empresa, nada obsta que seja feito, apenas reparo que o não atendimento do mesmo, não se constitui cerceamento de defesa, como entende a autuada.

Anoto que a autuação foi calcada na legislação em vigor à época dos fatos geradores, estando a apropriação do crédito fiscal em valor superior ao previsto na norma devidamente comprovado, motivo pelo qual, quanto a este aspecto, não se pode dar acolhimento às razões defensivas postas, mantendo a autuação, quanto à infração 02.

Pelos motivos expostos, voto no sentido de que o lançamento deva ser mantido, de acordo com os ajustes realizados, especialmente em relação à infração 01, e o Auto de Infração julgado procedente em parte.”

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 4^a JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Irresignado com a Decisão o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 731 a 738 dos autos, onde, inicialmente esclarece que este Colegiado determinou a nulidade do Auto de Infração e ordenou que a Autoridade Fiscal apresentasse demonstrativo de débito após a redução do lançamento. Em obediência a esta determinação, a Autoridade Fiscal encaminhou para a Recorrente, demonstrativos de débitos com valores diferentes, com a mesma incidência de fato gerador.

Diz que independente dessas divergências, a 4^a Junta de Julgamento Fiscal, no exercício de suas atividades, manteve o lançamento, mesmo com as inconsistências apresentadas pela Autoridade Fiscal.

Pugna pela improcedência do Auto de Infração argumentando em relação à infração 01 asseverando que o levantamento quantitativo não contém a segurança fiscal e jurídica inerente aos demais processos de fiscalização. Diz que a Autoridade Fiscal para justificar o erro de seu procedimento culpou a informática, ao afirmar que selecionado texto para copiá-lo alterou algumas alíquotas da planilha para 17%, o que não pode ser aceito, pois a justificativa apresentada permanece no campo das afirmações, sem qualquer comprovação de que o “erro” na migração de dados seja realmente a ocorrência do problema.

Externa o entendimento de que o ônus da prova não foi corretamente cumprido pela SEFAZ/BA, afinal o ato administrativo neste caso é negativo e deve ser exaustivamente comprovado. Isto demonstra cabalmente que o levantamento quantitativo de estoque é uma deturpação legal, que não tem segurança para o contribuinte e prova que o método é FALHO, portanto Nula a Infração, porém o Julgador da 4^a Junta em momento algum trouxe para seu julgamento elementos probatórios que afastassem as alegações da Recorrente

Enfatiza que a primeira Instância não enfrentou o problema posto pela Recorrente, qual seja, a existência de dois valores para o mesmo período de cálculo.

Quanto à infração 02 que 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 Junta Julgadora concordou com o lançamento realizado pela fiscalização ao afastar os seus argumentos.

Entretanto, entende que dentro desta operacionalização tributária trazida pelo Auto de Infração, houve somente benefício fiscal ao caixa do Estado da Bahia, que além de não ver reduzida a base de cálculo dos produtos consequentemente teve recolhimento de imposto em valor superior ao devido. Os fundamentos da descrição da autuação restringem e limitam o direito de crédito de ICMS. Inobstante, deve-se raciocinar, que toda e qualquer limitação instituída por norma tributária referente ao crédito do ICMS deve obedecer ao princípio da não cumulatividade deste tributo, previsto no Artigo 155, § 2º, I e II, da CF, cujo teor transcreve, assim como comentários do mestre

Geraldo Ataliba, mencionada por Roque Antonio Carrazza, sobre o tema.

Após, explica que, impreterivelmente quando a Recorrente 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%.

Por 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%.

Questiona se a Recorrente recolheu ICMS em percentual maior do que o devido, qual o prejuízo ao Erário Público. Se o recolhimento foi a maior, pelo princípio da não cumulatividade faz jus ao seu crédito, constitucionalmente garantido. Com isto, se houve destaque do Imposto em percentual superior devidamente destacado nos documentos fiscais, é claro como a luz solar, que a Recorrente recolheu ICMS informado, conferindo-lhe imediato direito ao crédito integral regularmente pago pelo contribuinte.

Reitera que as saídas de 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, a glosa realizada pelo Estado dos créditos da Recorrente, petrificam flagrante enriquecimento ilícito em desfavor do contribuinte, modalidade com a qual nossa legislação e Estado Democrático de Direito não agasalha.

Informa que na impugnação exemplificou através de Notas Fiscais com os destaque do ICMS que comprovam o alegado, e como a quantidade de documentos fiscais é elevado, caso esta câmara de Julgamento entenda por necessária a juntada completa dos documentos fiscais, requer a conversão do feito em diligência.

Por fim, solicita a reforma do julgamento realizado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que manteve válida Infração 01 **com divergências de valores no mesmo período** bem com a Infração 02 do Auto de Infração, julgando-se improcedente a totalidade do lançamento.

Protesta pela juntada de provas documentais necessárias ao esclarecimento dos fatos arguidos no presente recurso, e requer que todas as intimações sejam encaminhadas ao presente subscritor, sob pena de nulidade das mesmas.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício relativo à infração 01 e Recurso Voluntário referente às infrações 01 e 02,

A infração 01 é objeto de ambos os recursos e é decorrente da falta de recolhimento do imposto constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de saída, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2012.

No que diz respeito ao Recurso de Ofício, verifico não merecer qualquer reparo o julgamento de primeira instância, pois observo que os valores originalmente exigidos foram reduzidos tendo em vista a constatação de equívocos no levantamento fiscal, mais precisamente em relação às quantidades inseridas nas notas fiscais de entradas, saídas e livro Registro de Inventário apontadas inicialmente pela fiscalização. Isso porque o fiscal ao prestar a Informação Fiscal às fls. 379/382 concordou com todos os argumentos defensivos e elaborou novos papéis de trabalho, reduzindo corretamente o valor do débito a ser exigido para R\$8.084,37.

No que diz respeito ao Recurso Voluntário relativo à infração 01, o recorrente alega que o levantamento quantitativo sob análise não contém a segurança fiscal e jurídica inerente aos demais processos de fiscalização, pois os demonstrativos que lhe foram entregues em

atendimento à diligência determinada pela Junta de Julgamento possuem valores diferentes, com a mesma incidência de fato gerador e em momento algum o Julgador de 1^a Instância enfrentou tal alegação.

Não é o que observo, pois o Relator da JJF, ao apreciar as preliminares de nulidades, pronunciou-se em relação ao referido argumento defensivo, conforme se extrai de trecho do voto a seguir transscrito:

“Quanto a alegação defensiva de que haveria dicotomia na indicação de valores, o fato foi devidamente esclarecido por um dos autuantes, quando de sua última manifestação, não restando qualquer dúvida quanto ao valor ajustado do lançamento, não acolhendo, pois, a argumentação posta.”

Ressalto que, apesar do Relator não ter apontado qual seria a dicotomia existente, tal fato não trouxe qualquer prejuízo ao contribuinte, pois restou plenamente esclarecido que o débito a ser exigido seria de R\$8.084,37, como concluiu a Junta de Julgamento. Assim sendo, entendo que a decisão prolatada não se constitui em ofensa ao direito de defesa do contribuinte.

Quanto à reiteração do pedido de nulidade sob o argumento de que os demonstrativos que lhe foram entregues em atendimento à diligência determinada pela Junta de Julgamento possuem valores diferentes, este deve ser rejeitado tendo em vista que o fiscal autuante ao se pronunciar à fl. 677 esclareceu que ao prestar a sua Informação Fiscal o valor devido foi alterado para R\$8.084,37, conforme demonstrativo às fls. 393/403, cuja cópia foi entregue ao autuado em 14/07/2014, entretanto, em cumprimento à diligência solicitada pela 1^a Instância, o referido demonstrativo foi reimpresso, oportunidade em que houve algumas desconfigurações do campo “Aliq”, alterando o valor do débito para R\$8.490,35. Porém, o autuante reiterou que o valor correto seria o anteriormente enviado ao sujeito passivo, no valor de R\$8.084,37.

Tal fato não trouxe qualquer prejuízo ao contribuinte, pois restou plenamente esclarecido que o débito a ser exigido seria de R\$8.084,37, como concluiu a Junta de Julgamento. Assim sendo, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício.

No mérito, observo que a recorrente limitou-se a afirmar existir falhas no levantamento quantitativo, sem, entretanto apresentar quaisquer provas documentais. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu, ficando confirmada a decisão de piso.

Em relação à infração 02, o imposto estadual foi exigido porque o contribuinte utilizou integralmente o crédito fiscal na entrada de produtos cujas saídas do remetente deveriam ter ocorrido com base de cálculo reduzida.

No Recurso Voluntário, o contribuinte pleiteia a utilização integral do crédito destacado nas notas fiscais, sob o argumento de que as saídas também ocorreram sem a redução de base de cálculo, tese que não pode ser acatada pois desprovida de comprovação.

As operações em comento tratam de comercialização de aparelhos e equipamentos de dados e seus periféricos, que possuem redução de base de cálculo, conforme previsto art. 87, inciso V e XLIV do RICMA/BA:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

V - 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 Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

XLIV - das operações internas com computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento);

O RICMS/97 em seu art. I e II, e o RICMS/12 através do art. 312, inciso I e § 1º ao dispor sobre a obrigatoriedade de estorno do crédito fiscal tomado nas aquisições de mercadorias, objeto de

saída posterior beneficiada com isenção ou redução de base de cálculo, determinava:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

§ 1º Quando a operação ou prestação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, o valor do estorno será proporcional à redução, sendo que, havendo fixação expressa da carga tributária, o estorno 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;

Da leitura dos dispositivos legais, conclui-se que o sujeito passivo deveria ter efetuado o estorno do crédito fiscal, na proporção da redução da carga tributária incidente nas operações de saídas, conforme previsão contida no art. 87, inciso V e XLIV do RICMA/BA, já que se trata de comercialização de aparelhos e equipamentos de dados e seus periféricos (“hardware”).

Também não pode ser aceita a alegação do recorrente de inexistência de prejuízo ao Fisco, pois de acordo com a legislação estadual (art. 93, parágrafo 5º do RICMS/97), vigente em parte no período objeto da acusação fiscal, somente poderia ser apropriado a título de crédito fiscal a parcela prevista na norma regulamentar.

Ademais, se de fato restasse comprovado o destaque a maior no momento da saída dessas mercadorias, caberia ao contribuinte, assim querendo, ingressar com pedido de restituição do tributo eventualmente pago indevidamente, à autoridade fazendária competente mencionada no artigo 79, inciso I, alínea “b”, do RPAF/BA, com a comprovação de que, efetivamente houve o alegado pagamento indevido do tributo.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou Parcialmente Procedente o presente Auto de Infração.

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 e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279463.0007/13-0 lavrado contra NOVA CASA BAHIA S/A. devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$27.157,18, acrescido da multa de 100% sobre R\$8.084,37 e 60% sobre R\$19.072,81, previstas no art. 42, incisos III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, respectivamente, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2019.

MAURIÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS