

PROCESSO - A. I. Nº 278904.0001/18-8
RECORRENTE - LOJAS LE BISCUIT S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0022-03/21-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0162-12/21-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. O autuado não logrou êxito em comprovar que utilizou alíquota prevista na legislação, quando deu saída às mercadorias objeto da autuação. Inviável o pleito de compensação do crédito tributário, como pleiteado. Indeferido o pedido de realização de perícia técnica ou revisão pela ASTEC. Afastadas as nulidades suscitadas. Negado pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Mantida a decisão de origem, que reduzira em parte o valor do lançamento, com base em ajuste promovido na informação fiscal, sendo incabível recurso. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o que implicou desoneração do Sujeito Passivo da ordem de R\$6.223,85 (fl. 244).

O Auto de Infração foi lavrado em 29/03/2018 e notificado ao Sujeito Passivo em 04/04/2018 (fl. 03), para exigir ICMS no montante de R\$844.304,67, além de multa (60% sobre o valor lançado) e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de uma só infração.

As ocorrências verificaram-se ao longo de todo de todos os períodos de apuração do exercício fiscal de 2016, mais de janeiro a setembro de 2017, e a acusação foi enunciada da seguinte maneira:

Infração 01 – 03.02.02: Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Lançamento e consequente recolhimento a menor do ICMS devido em razão de erro na aplicação de alíquota cabível em operações regularmente escrituradas de saídas de mercadorias tributadas, conforme demonstrativo anexo. [...] Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96. [...] Total do débito (valor histórico): R\$844.304,67.

Em 09/03/2021 (fls. 234 a 242), por unanimidade, a 3ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Preliminarmente, o defendente alegou, que a autuação não merece acolhida, devendo ser extinta antes do julgamento, devida a verificação de irregularidades no momento de sua lavratura, que ocasionaram seu cerceamento ao direito de defesa e, consequentemente fere de nulidade a autuação. Disse que a falta de indicação de forma clara dos fatos que originaram o lançamento, impede o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ademais, afirmou que, em que pese o Fiscal autuante tenha tido acesso à toda escrituração fiscal da empresa, o mesmo não a considerou para apuração do imposto a pagar, tendo constituído crédito tributário contra a sua EFD, sem observação ao correto procedimento de apuração do imposto estadual fiscalizado.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, observo que tais alegações contrariam os fatos. O levantamento fiscal teve como fonte a EFD do contribuinte. Em ação fiscal foram constatadas diversas mercadorias associadas a alíquotas diversas daquelas previstas na legislação de regência. O defendente entendeu do que estava sendo acusado. Tanto é assim, que em sua defesa apontou que uma das mercadorias, os

pen drivers, estaria com a alíquota equivocada no levantamento fiscal. Ademais, também reconheceu que cometeu a irregularidade no tocante a diversas mercadorias, pagando parte do débito exigido.

O defensor acrescentou, que houve violação ao inciso VII do art. 28 do RPAF/99 não foi observado, na medida em que não foi lavrado o Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal.

Sobre esta alegação, verifico que faltou ao Autuado, folhear detidamente as peças recebidas e que compõem o presente PAF. Dessa forma, teria percebido que o documento ora cobrado, compõe o corpo do próprio Auto de Infração, dele sendo parte integrante.

Sendo assim, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada conforme planilhas fls. 07/67, cópias das notas fiscais fls. 68/100, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, segundo entrega de CD contendo as planilhas fls. 102/108, lhe possibilitando defender-se, como o faz no presente caso.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação. Afasto as nulidades suscitadas.

No que tange ao pedido do impugnante para realização de perícia, ou revisão do lançamento por Auditor fiscal da ASTEC, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados, para o deslinde da matéria ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos aos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a decisão da lide. Assim, com fulcro no art. 147, incisos I e II do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de perícia ou diligência fiscal.

No mérito, verifico que o procedimento fiscal em análise é consequência da constatação pelo Auditor fiscal, de que a Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, registra várias saídas de mercadorias com a aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação.

O defensor alegou, que as cópias dos livros fiscais de Saídas do Centro de Distribuição x livros de Entradas das Lojas, juntamente com as notas fiscais respectivas, comprovam que, efetivamente não se creditou do imposto no estabelecimento de destino das mercadorias, tendo as mesmas saído do CD com débito zero e sido registradas no livro de destino com crédito zero.

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou, que dentre o rol de mercadorias analisadas cerca de 30 mil itens tiveram o recolhimento do ICMS em valor inferior ao devido, e apenas uma pequena parte, no total de 128 operações, foram apontadas pela autuada como indevidamente consideradas, que por ter sido comprovado, a alegação foi acatada e tais operações foram excluídas do cálculo do imposto devido, conforme demonstrativos que anexou.

Assim, concluo que as alegações do Autuado foram contempladas pelo Autuante, com as exclusões dos documentos fiscais indevidamente relacionados no levantamento fiscal, para as operações que foram devidamente comprovadas.

O defensor afirmou, que no rol do levantamento fiscal constatou aparelhos e equipamentos de informática, “dispositivo de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores” - NCM 8523.51.90, que são ‘pen-drives’, os quais são objeto das operações fiscalizadas na presente autuação, sujeitos a redução de base de cálculo na apuração do imposto, de forma que a carga tributária seja 7%.

Observo que o argumento defensivo está em consonância com a legislação de regência. De fato, o art. 266 do Decreto nº 13.780/12, prevê redução de base de cálculo nas operações nele listadas. O inciso XIII de referido dispositivo regulamentar, trata de hipótese de redução de base de cálculo de modo que a carga tributária corresponda a 7%, a incidir nas operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e impressão.

Vale ressaltar, que a esta conclusão, também chegou o Autuante, que em sede de informação fiscal, ajustou, excluindo todos os pen drivers do levantamento fiscal.

O defensor alegou, que apura o ICMS mensalmente, através de conta corrente fiscal, e que os saldos - credor e devedor -, apurados por estabelecimento, são transferidos para o estabelecimento autuado. Disse que, para os exercícios 2014 e 2017, promoveu ajuste na sua escrita fiscal, transferindo os saldos de todos os estabelecimentos, considerando, inclusive, os valores reconhecidos como devidos dos AI nº 278904.0002/18-4 e 278904.0003/18-0, originários da mesma ação fiscal que resultou na presente Autuação, confirmando que não há saldo devedor de imposto a pagar na presente autuação. Isto é, ainda que tivesse promovido recolhimento de imposto a menor, em decorrência da suposta utilização de alíquota diversa da devida, não haveria imposto a pagar, ante a existência de saldo credor na escrita do estabelecimento, decorrente da movimentação dos saldos dos demais estabelecimentos para si. Elaborou quadro, onde afirmou demonstrar o ajuste contábil promovido.

Sobre esta alegação, observo que não pode ser acatada. Saliento, que a irregularidade apurada na presente autuação, trata de apuração do imposto recolhido a menos, pela aplicação de alíquota indevida, sempre a menor que a prevista na legislação. Em outro dizer, não se trata de crédito indevido, que em tese, repercutiria diretamente na apuração do ICMS, via conta corrente fiscal.

Assim, no caso concreto, não há necessidade de refazimento da conta corrente fiscal, para se constatar a irregularidade cometida pelo defensor. Para tanto, basta que se compare as alíquotas registradas nos campos próprios de sua EFD, com a legislação aplicável.

Vale registrar, que caso o defensor possua saldo credor acumulado como alega, poderá utilizá-lo para quitação do presente Auto de Infração, nos termos do art. 317, inciso I, alínea "b" do RICMS/2012, considerando que não cabe a compensação nesta fase processual.

O defensor pediu, que fosse determinado o apensamento deste, aos Autos de Infração nº 278904.0002/18-4 e 278904.0003/18-0, tendo em vista que os créditos tributários de ICMS objeto dos mesmos, compõe a apuração dos saldos devedor/credor do estabelecimento, para fins de julgamento conjunto.

Sobre este pleito, observo que, embora não haja óbice para atendimento deste procedimento, inclusive muitas vezes adotado por este CONSEF, no presente caso, entendo ser desnecessário, considerando que conforme já aduzido neste voto, a natureza das infrações nos lançamentos citados, é diferente da irregularidade apurada neste processo, sem qualquer repercussão na decisão sobre o julgamento daqueles processos, portanto, não trazendo prejuízo à defesa, o julgamento de cada processo em separado.

O defensor requer, a validação pela ASTEC - Assessoria Técnica do CONSEF, do ajuste contábil promovido com autorização desta Secretaria da Fazenda do Estado, da retificação das EFD's dos períodos envolvidos.

Sobre a alteração de dados da Escrituração Fiscal Digital, o Autuado deverá atravessar petição nesse sentido, junto a IFEP/COMÉRCIO, não havendo previsão legal, para que haja validação a ser realizada pela ASTEC/CONSEF. Assim, indefiro pedido de revisão por estranho ao feito ou pela ASTEC.

Neste cenário, caberia ao autuado comprovar que em suas operações, utilizou alíquota prevista na legislação, quando deu saída às mercadorias autuadas, o que não ocorreu. Sendo assim, acolho as conclusões e o demonstrativo refeito pelo fiscal Autuante em sede de informação fiscal e o valor originalmente lançado é reduzido, remanescente no total de R\$841.005,16.

O defensor atribuiu caráter predatório a penalidade que lhe foi aplicada. Disse que o artigo 5º, inciso XXII, da Carta Política, resguarda a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, a prerrogativa de não terem seu patrimônio dilapidado sem prévia indenização, ou, quando da atuação dos agentes tributários, sem a existência de arrecadação extremada. Arguiu ainda, a vedação do confisco, afirmindo ter a multa caráter confiscatório, sendo cabível sua redução em face de valor excessivo, além do expurgo dos juros cumulativos, em nome dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sobre os juros e a multa indicada na autuação, não há reparo a fazer, pois a penalidade indicada no Auto de Infração é a prevista na Lei nº 7.014/96 para a irregularidade que foi apurada, não cabendo a este Órgão Julgador Administrativo, apreciar aspectos referentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme o dispositivo regulamentar, inciso I, do artigo 167, do RPAF/99. Ademais, a multa poderá ter o seu percentual reduzido, a depender da data do pagamento do Auto de Infração, nos termos dos artigos 45 e 45-A, da Lei nº 7.014/96.

O defensor requereu ainda, que todas as intimações referentes ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos da Autuada constante no rodapé da peça de defesa, sob pena de nulidade.

Saliento que, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo, no endereço indicado. No entanto, observo que as regras seguidas pelo CONSEF sobre intimações e ciência dos processos são aquelas estampadas no art.108 e 109 do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Não foi interposto Recurso de Ofício, certamente por escapar ao valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea "a" do RPAF/99).

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo, por intermédio de seus advogados, interpôs Recurso Voluntário às fls. 252 a 264, pedindo a reforma do Acórdão pelas seguintes razões, expostas em síntese, grande parte delas reiterativas da tese de defesa:

- a) que apura o imposto em conta corrente fiscal para cada estabelecimento, e que o saldo (credor ou devedor) apurado é transferido para o estabelecimento objeto da autuação (identificado com o código 1048) mediante emissão de nota fiscal devidamente registrada na escrita fiscal

da empresa;

- b) sustenta o procedimento em extensas referências à legislação, indicando ainda os Autos de Infração nºs 278004.0002/18-4 e 278004.0003/18-0, frutos da mesma ação fiscal, afirmando que a partir dos mesmos não há saldo devedor de imposto;
- c) aduz enriquecimento sem causa do Estado, e faz transcrição de excertos doutrinários para que não se puna o contribuinte “*que sempre agiu dentro da legalidade observando todas as regras impostas pela legislação, o que será, de fato, inaceitável!*”;
- d) sustenta, enfim, que a multa aplicável possui caráter confiscatório, disserta sobre o caráter constitucional do montante da multa, valendo-se das lições de Bernardo Ribeiro de Moraes, Paulo César Baria de Castilho, Sacha Calmon Navarro Coelho, Heron Arzua e Dirceu Galdino, José Eduardo Soares de Melo, além de excertos de acórdãos do STF, e conclui postulando aplicação de multa “*em percentual que não represente, confisco do patrimônio da mesma, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco e de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*”;
- e) requer conversão do julgamento em diligência e provimento do recurso para reforma do acórdão recorrido, além de que as intimações atinentes ao processo sejam endereçadas aos patronos da Recorrente.

Recebidos os autos, estes foram a mim endereçados em 15/05/2021. Considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 09/06/2021, para julgamento.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

Sobre o pleito de intimações ao endereço dos patronos da empresa, observei que a intimação veiculada no Diário Oficial do Estado (e constante do site da SEFAZ/BA) fez expressa menção à ilustre advogada que subscreve o recurso à fl. 264:

*RELATOR(A): CONS. HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA
Auto de Infração - 2789040001188 - Recurso Voluntário
Recorrente - LOJAS LE BISCUIT S/A
Recorrido - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
Autuante(s) - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
Advogados - IONE JAQUELINE NASCIMENTO FREITAS*

Desse modo, considero atendido o requerimento, sempre lembrando que as intimações serão válidas se procedidas de acordo com os arts. 108 e 109 do RPAF/99.

Afasto, de plano, o requerimento de diligência fiscal. O tema a ser decidido diz respeito à aplicação de alíquota diversa da que seria devida, o que não se coaduna com a matéria objeto do pleito de diligência, para exame do transporte de saldos credor ou devedor de ICMS para estabelecimentos de um mesmo titular durante a apuração do tributo, já que o que se verificou nesta autuação foi o erro na determinação da alíquota aplicável. Portanto, o pleito esbarra nos óbices do art. 147 do RPAF/99.

Considerando que a matéria recursal de mérito é reiterativa da defesa, o pleito recursal se baliza pelo exame da lide consoante empreendido pelo primeiro grau de jurisdição administrativa.

Adianto-me para afirmar: nada vejo a reprochar o acórdão recorrido.

Com efeito, a alegação da Recorrente de que para os exercícios 2014 e 2017 teria promovido ajuste na sua escrita fiscal, transferindo os saldos de todos os estabelecimentos, considerando, inclusive, os valores reconhecidos como devidos dos Autos de Infração nºs 278904.0002/18-4 e

278904.0003/18-0, originários da mesma ação fiscal que resultou na presente Autuação, não vislumbro como tal tese impactaria a presente autuação.

A irregularidade aqui apurada versa sobre imposto recolhido a menos, pela aplicação de alíquota indevida, menor que a prevista na legislação. Não se trata de crédito indevido, que em tese, repercutiria diretamente na apuração do ICMS, via conta corrente fiscal. Trata-se de tributo que não foi apurado, já que a alíquota aplicada fora menor que a devida.

Assim, concordo com o órgão julgador de primeiro grau: não há necessidade de refazimento da conta corrente fiscal no caso concreto, para se constatar a irregularidade cometida pelo deficiente. Basta que se comparem as alíquotas registradas nos campos próprios de sua EFD, com a legislação aplicável.

Por fim, em relação ao pedido de redução da penalidade aplicável, deve-se reconhecer que, uma vez fixada a premissa de que restou caracterizada a apuração a menor do tributo por erro na indicação da alíquota aplicável, é imperioso reconhecer que essa conduta é exatamente a tipificada no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014, de 04/12/1996.

Nessa senda, os argumentos recursais encontram óbice na legislação que rege a competência do CONSEF para dirimir os conflitos tributários neste Estado da Bahia.

O Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF tem a sua competência estabelecida no Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956, de 11/12/1981, que precisamente em seu art. 125 veda expressamente que os “órgãos julgadores” deliberem sobre “*a declaração de inconstitucionalidade*”, “*questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida*”, e “*a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior*”.

Dito de outro modo: há de se reconhecer que por uma questão de Política Legislativa a Casa que representa o Povo da Bahia decidiu não contemplar este Conselho com a competência para efetuar a dosimetria da penalidade nessas circunstâncias.

Diante do exposto, há de se rejeitar o pleito recursal em relação à revisão da multa aplicada, ainda que se resguardem as opiniões pessoais desta Relatoria em relação ao seu montante e em relação à adequação da legislação aos princípios constitucionais tributários.

Pelo exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 278904.0001/18-8 lavrado contra LOJAS LE BISCUIT S/A., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$841.005,16, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS