

A. I. N° - 278904.0001/18-8
AUTUADO - LOJAS LE BISCUIT S. A.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/03/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0022-03/21-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Caberia ao autuado comprovar que utilizou alíquota prevista na legislação, quando deu saída às mercadorias autuadas, o que não ocorreu. Ajuste realizado pelo Autuante em sede de informação fiscal, reduz o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 29/03/2018, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$844.304,67, acrescido da multa de 60%, pela seguinte irregularidade:

Infração 01 – 03.02.02 - recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquotas diversas das previstas na legislação, nas saídas de mercadorias tributáveis escrituradas regularmente, nos meses de janeiro de 2016 a setembro de 2017.

O autuado contesta o lançamento fls.114/130. Repete a infração que lhe foi imputada. Diz que a defesa é tempestiva e vem apresentar impugnação contra o auto de infração em epígrafe, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir aduzidas, as quais requer, sejam recebidas e processadas na forma da legislação vigente.

Ressalta que com a presente peça, visa a baixa total deste Auto de Infração, ante a demonstração de inoccorrência da suposta infração objeto do mesmo. Aduz que a autuação não merece acolhida, devendo ser extinta antes do julgamento do mérito, ante a verificação de irregularidades no momento de sua lavratura, que ocasionam o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da autuação como um todo, de acordo com o quanto previsto no artigo 18, inciso IV do RPAF/99.

Afirma que a falta de indicação de forma clara dos fatos que originaram o lançamento impede o exercício da ampla defesa constitucionalmente prevista no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, aduz que a empresa não consegue identificar a suposta infração cometida relativamente à legislação estadual, uma vez que não aplicou alíquota diversa da prevista para as operações praticadas, conforme afirma a fiscalização.

Ademais, em que pese o Fiscal Autuante tenha tido acesso à toda escrituração fiscal da empresa, o mesmo não considerou a mesma para fins da composição de eventual saldo de imposto a pagar, tendo constituído crédito tributário contra aquela, sem observação ao correto procedimento de apuração do imposto estadual fiscalizado.

Assim, frisa que inexistindo clareza na autuação, ofende-se o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, por não atender a regra prevista no artigo 2º do RPAF/99. Nesse sentido diz ser a jurisprudência do Conselho de Fazenda deste Estado da Bahia, conforme Acórdãos que reproduz.

Observa que há que se apontar, que o quanto contido no inciso VII do art.28 do RPAF não foi observado, na medida em que não foi lavrado o Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal. Considerando que a ação fiscal ora atacada carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança as infrações apontadas, alternativa não resta aos Senhores Julgadores, senão o reconhecimento da nulidade da mesma.

No entanto, em que pese a falta de clareza do auto de infração, diz que prosseguirá, buscando demonstrar a improcedência parcial da peça impositiva, em observância ao princípio da eventualidade, que nada mais é, do que a obrigação da parte produzir de uma só vez, todas as alegações e requerimentos, ainda que estas razões sejam excludentes e incompatíveis umas das outras.

Em primeiro lugar, ressalta que procederá com o pagamento de parte do crédito tributário exigido no presente AIIM, no montante de R\$117.074,91. Para comprovação deste pagamento, promove a juntada do DAE em anexo (Doc. 02). Assim, requer seja declarada a extinção definitiva do crédito tributário ora reconhecido, nos termos do art. 156,1, do CTN.

Prossegue afirmando que o art. 266 do Decreto nº 13.780/12 prevê redução de base de cálculo nas operações nele listadas. O inciso XIII do 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 listados.

Explica que no rol destes aparelhos e equipamentos encontramos o “*dispositivo de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores*” - NCM 8523.51.90, que nada mais são que “*pen-drives*”, os quais são objeto de operações fiscalizadas na presente autuação. Com efeito, diz que nos exercícios de 2016 e 2017 foram praticadas operações de circulação de “*pen-drive*” para as quais, não há que se falar em erro na aplicação da alíquota.

O levantamento promovido pela Impugnante, constante da mídia em anexo (doc. 03) lista todas as operações que tem por objeto o aparelho contemplado com a redução de base de cálculo, cujo efeito final é a tributação a 7%. Exemplifica com um *print* sobre estas operações.

Ademais, assevera que a Fiscalização considerou que houve suposto erro na aplicação da alíquota de operações de remessa de mercadoria para armazém geral, na qual não há incidência de imposto. Em anexo constam as notas fiscais de referidas operações, para as quais não há que se falar em diferença de imposto a pagar (doc. 04).

Nesse cenário, diz que se faz *mister* a improcedência da autuação nesta parte. Cita o art. 304 do RICMS/Ba para registrar os regimes contábeis através dos quais, poderá ser feita a apuração do ICMS. O art. 305 prevê o regime de conta corrente, no qual débito e crédito serão apurados por estabelecimento, conforme previsão do § 2º e 4º. O art. 309, por sua vez, trata do crédito fiscal de cada estabelecimento. Seu inciso XI trata como crédito “o valor do eventual saldo credor apurado no final do período quando transferido de estabelecimento da mesma empresa”. Já o art. 306 trata justamente da possibilidade de transferência do saldo credor e devedor entre estabelecimentos, mediante emissão de nota fiscal, a qual será lançada no livro de Registro de Apuração normal do imposto.

Afirma que apura o imposto a partir do regime de conta corrente, por estabelecimento, conforme demonstra a apuração constante da mídia que anexa (Doc. 03).

Os saldos credores e devedores apurados por estabelecimento são transferidos para o estabelecimento ora fiscalizado, identificado na apuração em anexo com o código 1048. Referidas

transferências são feitas mediante emissão de nota fiscal devidamente registrada na escrita fiscal da empresa.

Nesse contexto, foi que para os exercícios 2014 e 2017 promoveu ajuste na sua escrita fiscal, transferindo os saldos devedor e credor de todos os estabelecimentos do Estado para o estabelecimento de inscrição estadual 107.177.908. Referido ajuste considerou inclusive os valores que foram reconhecidos como devidos em sede dos ATs nºs 278904.0002/18-4 e 278904.0003/18-0, originários da mesma ação fiscal da presente Autuação, a partir do qual se identifica, que não há saldo devedor de imposto a pagar em sede da 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. Elabora quadro onde afirma demonstrar o ajuste contábil promovido.

Afirma que os saldos credor e devedor dos estabelecimentos da contribuinte neste Estados são objeto de levantamento em planilha constante da mídia anexa à defesa (Doc. 03). A movimentação de referidos saldos para o estabelecimento que foi fiscalizado foi devidamente escriturada, conforme demonstram os recibos da Escrituração Fiscal Digital em anexo (Doc. 05).

Nesse cenário, resta demonstrada a correção da apuração do saldo de imposto a recolher promovida pela Impugnante, o qual foi saneado a partir da utilização do saldo credor final apurado para o estabelecimento de inscrição estadual 107.177.908.

Afirma que a própria Fiscalização Fazendária poderia ter promovido este encontro de contas, na medida em que teve acesso à todos os livros de apuração do imposto e escrituração fiscal da empresa. E nem se diga que não seria possível o aproveitamento do saldo credor apurado para o estabelecimento em decorrência da necessidade de retificação da EFD, ante os ajustes promovidos pela contribuinte para se chegar àquele.

Observa que, o Ajuste SINIEF nº 11/2012 alterou a Cláusula 13ª do Ajuste SINIEF nº 02/2009, que trata dos prazos para retificação da Escrituração Fiscal Digital, conforme reproduz.

Aduz que a previsão normativa transcrita permite que a Secretaria da Fazenda deste Estado autorize o contribuinte a promover a retificação da EFD após o prazo originários de 90 (noventa) dias para aquele fim, autorização esta que se aplica perfeitamente ao presente caso. Com efeito, e conforme já afirmado, a própria Fiscalização poderia ter promovido o encontro de contas através da movimentação de saldos do estabelecimento fiscalizado, tendo sido omissa neste ponto.

Ademais, entende que não se trata de retificação decorrente de notificação do fisco para este fim. Ao contrário, a retificação se revelou uma necessidade da própria efetividade da fiscalização do Fisco, que revisou os saldos escriturados pela empresa, mas não promoveu o encontro de contas respectivo, o qual se revela mister, como forma de sanear eventual saldo de imposto a pagar através de uma das modalidades de extinção do crédito tributário, que é a compensação.

Nesse sentido, é a previsão do § 2º, do art. 251 do RICMS, que prevê a retificação da EFD relativa a períodos de apuração sob ação fiscal e terá validade, quando apresentada em decorrência daquela.

Diante do exposto, requer a validação pela ASTEC - Assessoria Técnica do CONSEF do ajuste contábil promovido com autorização por parte desta Secretaria da Fazenda do Estado para que a mesma promova a retificação das EFD's dos períodos envolvidos, saneando a movimentação e aproveitamento de saldos para fins de extinção do crédito tributário de ICMS apurado.

Sem prejuízo do inafastável direito que lhe socorre, analisa, ainda, outros aspectos que entende abusivos do presente auto de infração, ora impugnado. Tendo em vista o suposto cometimento de infrações, foram aplicadas as penalidades previstas no artigo 42, e seus incisos, da Lei nº 7.014/96. Cita a Constituição Federal em seu artigo 150, inciso IV, para imputar caráter predatório a penalidade que lhe foi aplicada.

Dentre as garantias constitucionais, destaca o direito de propriedade preconizado no artigo 5º, inciso XXII, da Carta Política, e que 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. Invoca ainda, a vedação do confisco. Sobre o tema cita doutrina e jurisprudência.

Como se vê, diz que a multa não pode ter caráter confiscatório, logo, é perfeitamente cabível sua redução em face de valor excessivo, em nome dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em vista do exposto, requer lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, requerendo, de logo, a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, esperando por fim, que sejam comprovadas todas as razões apresentadas. Em preliminar, requer que o Auto de Infração nº 206886.0012/17-4 seja julgado nulo.

Caso não seja acatada a preliminar de nulidade arguida, no mérito, e para os valores que não foram reconhecidos, requer.

- a) que seja determinado o apensamento do Auto de Infração em epígrafe com os 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 fiscalizado, para fins de julgamento conjunto;
- b) a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito, através da ASTEC - Assessoria Técnica do CONSEF;
- c) seja concedida autorização por parte desta Secretaria da Fazenda do Estado para que a mesma promova a retificação das EFD's dos períodos envolvidos, saneando a movimentação e aproveitamento de saldos para fins de extinção do crédito tributário de ICMS apurado;
- d) ao final, seja julgada totalmente improcedente a autuação, como efetivamente o é, dentro da fundamentação apresentada, expurgando os juros cumulativos e a multa em percentual confiscatória, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma constante do RICMS/12, por ser medida de direito e justiça!!

Por fim, requer também, que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal, sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos da Autuada, constante no rodapé da peça de defesa, sob pena de nulidade.

O Autuante presta a informação fiscal fls.164/168. Repete a acusação fiscal. Esclarece que, ciente da impugnação apresentada contra o presente Auto, em desfavor da empresa Lojas Le Biscuit S/A, vem prestar a informação fiscal frente às alegações apresentadas. Repete os fatos autuados. Aduz que inconformada com a citada autuação, a empresa autuada apresentou impugnação em 04/06/2018, cujas argumentações sumariza.

Primeiramente, registra que a auditoria foi executada de forma regulamentar, com a devida ciência do ato fiscalizatório mediante intimação da empresa autuada em 01/11/2017, relativa às movimentações sujeitas à incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, ao longo dos exercícios 2016 a 2017, bem como, acerca de sua prorrogação, em 05/01/2018, tendo sido finalizada com a lavratura do presente Auto de Infração em 29/03/2018, conforme visto entre as fls.01 e 12 do PAF.

Sobre as infrações apontadas, diz que foram devidamente caracterizadas, sendo possível determinar sua natureza, data de ocorrência, tipificação e o montante do débito tributário, nos termos do que dispõe o art. 39 do RPAF/99, conforme verificado no demonstrativo de débito trazido entre as folhas 01 e 06 do presente PAF.

Ademais, afirma que o Auto de Infração traz a reprodução fiel dos fatos verificados, consubstanciados pelas informações necessárias e suficientes à demonstração do fato arguido,

através dos demonstrativos fiscais anexados entre as folhas 61 e 100 do presente, bem como, da documentação fiscal (SPED/EFD) e demonstrativos de débito disponibilizados através de mídia cuja cópia se encontra anexada à folha 102 do PAF.

Desta forma, afirma que há que se repelir, toda e qualquer tentativa de desqualificar a presente auditoria, afastando a preliminar de nulidade suscitada, por restar descaracterizada a alegação de cerceamento de defesa, inclusive conforme demonstrado pela própria defendente ao trazer questionamentos recheados de informações detalhadas colhidas da peça de autuação, conforme visto entre as folhas 114 e 162 do presente PAF.

Assim, aduz que com o devido respeito ao representante da autuada, considerando vencida a preliminar de nulidade, cabe adentrar ao mérito da autuação no sentido de refutar a tentativa de demonstrar a improcedência dos lançamentos em questão.

No tocante ao pagamento efetuado, diz que a autuada não informa quais itens da autuação teriam sido objeto de reconhecimento, limitando-se a informar o valor total pago, não permitindo, portanto, qualquer consideração a respeito.

Declara que assiste razão à autuada, no que diz respeito às mercadorias apontadas, NCM 8523.51.90, “*dispositivo de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores*” cuja carga tributária, de fato, corresponde a 7% nas operações internas, nos termos do inciso XIII do art. 266 do citado RICMS/BA, vigente até 31/01/2017, razão pela qual foram os itens correspondentes excluídos do cálculo do ICMS devido, referente ao exercício de 2016, resultando em novo demonstrativo de débito que anexa.

Por sua vez, diz que a pretensão manifestada pela autuada a respeito de saldos credores em sua escrita fiscal, carece de base legal, uma vez que se por ventura existentes foram transportados e compensados em períodos futuros de apuração, em benefício da autuada, razão pela qual uma eventual compensação dos valores levantados como devido pela auditoria, relativos à infração em questão, resultaria em duplo aproveitamento dos mesmos, em desacordo com o disposto no caput do art. 306 do citado RICMS/Ba.

No que concerne ao percentual de multa, que foi contestado, esclarece que esta foi aplicada, por dever de ofício, c/ fulcro no inc. II, do art. 42, da Lei 7.014/96, aplicável às operações de movimentação de mercadorias sujeitas à tributação do ICMS, não cabendo na presente auditoria, discussões acerca de sua pertinência ou proporcionalidade.

Enfim, no que concerne aos pedidos formulados a respeito de sua EFD, registra que a presente autuação teve como base auditoria realizada junto à escrituração digital apresentada pela própria autuada, levada a cabo segundo os limites legais estabelecidos, bem como com amplo direito de manifestação e defesa por parte da autuada.

Resume, esclarecendo que dentre o rol de cerca de 29.500 mercadorias analisadas no exercício de 2016, e os cerca de 30 mil itens cujas saídas, segundo a auditoria, tiveram o recolhimento do ICMS em valor inferior ao devido, uma pequena parte, no total de 128 operações, apontadas p/ autuada como indevidamente consideradas, foi acatada e excluída do cálculo do imposto devido, conforme demonstrativos que anexa, mantendo, no entanto, todos os demais itens da infração, inclusive a totalidade dos apontados no ano fiscal de 2017.

Diante do exposto, a critério deste Conselho, mantém, em sua maioria, os lançamentos trazidos no Auto de Infração, de forma que seja julgada parcialmente procedente a única infração de número 01, resultando no valor histórico devido a título do ICMS de R\$841.005,16 e acréscimos legais cabíveis, conforme demonstrativos em anexo.

O autuado volta a se manifestar fls. 181/184. Afirma que já devidamente qualificada nos autos em epígrafe, vem, por suas advogadas, considerando os termos da Informação Fiscal de fls. 164/168, tempestivamente, requerer a conversão do julgamento em diligência, com envio dos autos à Assessoria Técnica, como forma de conhecer dos documentos ora apresentados em mídia, os

quais demonstram a necessidade de recomposição da escrituração fiscal pleiteada na Defesa apresentada.

Explica que as cópias dos livros fiscais de saída do Centro de Distribuição x livros de Entrada das Lojas, juntamente com as Notas Fiscais respectivas, comprovam que o contribuinte 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 a crédito zero.

Com esta comprovação, há que ser reconhecido crédito do imposto a ser devidamente abatido do valor da suposta diferença a pagar objeto da presente autuação, pelo que requer, sob pena de nulidade da autuação, por cerceamento do direito à ampla defesa.

À folha 227, o sujeito passivo reitera pedido de conversão do PAF em diligência à ASTEC, como forma de conhecer os documentos acostados aos autos, que entende demonstrar a necessidade de recomposição de escrituração fiscal pleiteada na defesa apresentada. Com a comprovação através dos livros de Entradas e Saídas do CD e da Loja do contribuinte e das notas fiscais respectivas, em cuja prova há que ser reconhecido o crédito do imposto a ser abatido do valor da suposta diferença a pagar, objeto da presente autuação, pelo que requer sob pena de nulidade por cerceamento do direito à ampla defesa.

O Autuante em nova informação fiscal fl.222, afirma que nenhum fato novo foi acrescentado pela manifestação do contribuinte, que já não tivesse sido apreciada quando da informação fiscal inicial. Sendo assim, requer seja julgado parcialmente procedente o presente auto de infração.

Consta às fls. 229/230, extrato do SIGAT/SICRED retratando recolhimento dos valores reconhecidos pelo autuado.

Na sessão de julgamento, houve a participação de Dra. Pérola de Abreu Farias de Carvalho, OAB/BA 23.785, que realizou a sustentação oral.

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, conseqüentemente 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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 defendente. Para tanto, basta que se compare as alíquotas registradas nos campos próprios de sua EFD, com a legislação aplicável.

Vale registrar, que caso o defendente 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 defendente 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 defendente 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, remanescendo no total de R\$841.005,16.

O defendente atribuiu caráter punitivo 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, afirmando 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 defendente 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração **nº 278904.0001/18-8** lavrado contra **LOJAS LE BISCUIT S/A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$841.005,16**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2021.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR