

PROCESSO - A. I. Nº 298942.0301/13-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e HADAD & FROSSARD LTDA. (FROSSARD SUPERMERCADOS)
RECORRIDOS - HADAD & FROSSARD LTDA. (FROSSARD SUPERMERCADOS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0262-01/13
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 16/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0114-12/14

EMENTA: ICMS. RECURSO DE OFÍCIO. 1. ARBITRAMENTO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Ausência de motivação legal para o arbitramento. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Mantida a nulidade referente a imputação relativa ao exercício de 2012. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Descabe a exigência fiscal dada a condição do autuado de inscrito como empresa de pequeno porte, cuja dispensa de pagamento do imposto encontra-se prevista no art. 7º, V, do RICMS/BA/97. Infração insubsistente. RECURSO VOLUNTÁRIO. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA. Infração caracterizada. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Prejudicada a análise do Recurso Voluntário no tocante às infrações descritas acima, tendo em vista que o autuado protocolou Termo de Confissão de Dívida referente ao valor do débito julgado em 1ª Instância, com base nos benefícios da Lei nº 12.903/13. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso de Ofício e Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 17/10/2013 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2013, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 233.606,86 (duzentos e trinta e três mil, seiscentos e seis reais e oitenta e seis centavos), em decorrência do cometimento de 12 (doze) Infrações.

As Infrações 4, 7, 8, 9, 10 e 12 foram tacitamente reconhecidas pelo autuado, tendo em vista a não impugnação das mesmas, consoante dispõe o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, nos seus arts. 140 e 142.

O autuado apresentou Recurso Voluntário no que tange todo o Auto de Infração e respectivo acórdão, principalmente no que diz respeito as infrações 1, 3, 4, 5 e 6, e a Infração 06 que restou parcialmente subsistente, a infração 11 insubsistente e a infração 2 nula.

Em razão da desoneração ocorrida quanto às Infrações 2, 6 e 11 a JJF apresenta Recurso de Ofício.

As infrações contestadas consistem em:

RV - Infração 01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [art.353,II, do RICMS/BA/97], nos meses de janeiro a setembro e dezembro de 2010, fevereiro e junho de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$28.356,08, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deixou de realizar a antecipação tributária sobre os estoques de 01/01/2010 das mercadorias – produtos de limpeza, brinquedos, papelaria e parte de bebidas alcoólicas, conforme Decreto n. 11.806, assim como, deixou de realizar antecipações de compras de mercadorias relacionadas no anexo 88, durante o período fiscalizado;

RV - Infração 03. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$55.156,62, acrescido da multa de 60%;

RV - Infração 04. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de agosto de 2010, dezembro de 2011 e fevereiro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.058,48, acrescido da multa de 60%;

RV - Infração 05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, fevereiro a abril de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$55.157,95, acrescido da multa de 60%;

RV e RO - Infração 06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro e junho de 2011, janeiro, março, abril, junho a agosto, outubro e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$17.489,81, acrescido da multa de 60%;

RO - Infração 02. Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, em 31/12/2010 e 30/06/2011 sendo exigido ICMS no valor de R\$51.447,59, acrescido da multa de 100%. Consta que o contribuinte apresentou arquivos magnéticos com dados divergentes dos livros fiscais. Consta ainda: “Para apuração das saídas do ECF, pegamos como base os meses de 07 a 12/2011 onde o débito do imposto no arquivo converge quase que na totalidade com o débito do imposto lançado no RAICMS. Os demais meses os valores e dados são totalmente divergentes. Apuramos o imposto devido nesses meses e aplicamos proporcionalmente ao restante dos meses em que os arquivos não são confiáveis (01 a 12/2010 e 01 a 06/2011) - diminuindo o valor apurado e cobrado em infração específica (Infração 03.02.02);”

RO - Infração 11. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de março a junho, agosto, outubro a dezembro de 2010, janeiro a junho de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.631,22, acrescido da multa de 60%;

Após a apresentação da defesa (fls. 1012/1026) e da correspondente informação fiscal (fls. 1033/1036), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente em parte o Auto de Infração, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$167.982,50, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “a”, “b”, “d” e “f”, VII, alíneas “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 12 infrações à legislação do ICMS, dentre as quais o autuado impugnou expressamente as infrações 01, 02, 03, 05, 06 e 11, e silenciou quanto às infrações 04, 07, 08, 09, 10 e 12.

No que tange às infrações 04, 07, 08, 09, 10 e 12, o silêncio do autuado permite concluir que este reconheceu tacitamente as irregularidades que lhe foram imputadas, consoante prevê o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, nos seus artigos 140 e 142.

Quanto às infrações 01, 02, 03, 05, 06 e 11, que foram impugnadas expressamente, cabe-me inicialmente apreciar a nulidade arguida pelo autuado.

Efetivamente, no que tange às infrações 01, 03 e 05, não vislumbro no lançamento de ofício qualquer vício ou falha que os inquine de nulidade. Verifico que não se trata de presunção conforme aduzido pelo autuado. Em verdade, os levantamentos levados a efeito pelo autuante, além dos arquivos magnéticos que foram apresentados com consistência, também decorreram de análise dos próprios livros e documentos fiscais apresentados a Fiscalização.

Diante disso, não acolho as nulidades arguidas atinentes a estas infrações, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Entretanto, no que concerne à infração 02, verifico que se trata de arbitramento da base de cálculo do ICMS, sob o fundamento de ter o contribuinte deixado de apresentar a documentação fiscal e contábil, quando regularmente intimado.

Inicialmente, cumpre registrar que já está pacificado, no âmbito deste CONSEF, o entendimento de que a medida extrema do arbitramento somente é admissível quando não é possível a aplicação de um dos roteiros normais de fiscalização, não sendo possível a aplicação de outro roteiro, que não o arbitramento, para apuração do montante real da base de cálculo.

Nesse sentido é o teor da Súmula 05 deste CONSEF abaixo reproduzido:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

É certo que o arbitramento da base de cálculo pode ser aplicado com base na falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis necessários para se proceder a fiscalização, de acordo com o previsto no art. 937, inciso I, do RICMS/97.

Porém, somente pode ser utilizado quando não houver nenhuma possibilidade de apurar-se o montante do débito através de outros roteiros de fiscalização, ou seja, apenas em última hipótese é que o arbitramento da base de cálculo poderia ser utilizado.

No presente caso, constato que inexistente justificativa plausível para aplicação do arbitramento da base de cálculo do imposto, haja vista a existência de elementos que possibilitam a aplicação de outros roteiros de fiscalização, conforme inclusive adotado pela Fiscalização para exigência fiscal atinente às demais infrações descritas no Auto de Infração em lide.

Dessa forma, considero nulo o lançamento deste item da autuação.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo.

Também, no que tange à infração 06, considero que uma parte do lançamento é nula, conforme análise que farei mais adiante sobre esta infração.

No tocante ao requerimento do autuado para realização de diligência/perícia, indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a”, II, “b”, do RPAF/99, haja vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para formação do meu convencimento sobre o julgamento da autuação.

No que concerne à infração 01, verifico que o autuado alega que já houvera efetuado o pagamento do valor de R\$853,08, referente à Nota Fiscal 24855, e do valor de R\$208,38, referente à Nota Fiscal n. 4025, que não foram considerados pelo autuante. Diz que o autuante, inexplicavelmente, não aceitou as ponderações e nem a comprovação feita do recolhimento e, abusivamente, incluiu no Auto de Infração o valor que já havia sido efetivamente recolhido.

Vejo também que o autuante contesta a argumentação defensiva, dizendo que numa infração no valor de R\$28.356,08, o autuado alega que efetuou o pagamento de R\$853,08 referente à Nota Fiscal nº 24855 e R\$208,38 referente a Nota Fiscal nº 4025. Observa que com relação à Nota Fiscal nº 24855, se o autuado houvesse prestado o mínimo de atenção verificaria que o débito apurado do mês foi de R\$6.817,65 e foram considerados pagamentos no valor de R\$1.780,74, sendo devido o valor de R\$5.036,91. Quanto à Nota Fiscal nº 4025, diz que não encontrou o recolhimento, e que o autuado não apresentou o documento correspondente, mesmo na defesa apresentada.

Do exame dos elementos acostados aos autos atinentes a esta infração, concluo que assiste razão ao autuante. De fato, as alegações defensivas referentes às Notas Fiscais nºs 24855 e 4025 não se confirmam, pois não acompanhadas das provas indispensáveis dos pagamentos aduzidos. Quanto aos demais valores exigidos, observo que o autuado não esboçou qualquer inconformismo.

Diante disso, esta infração é subsistente.

Quanto à infração 03, observo que o autuado alega que é inexistente, e que decorreu de avaliação imprecisa e equivocada do autuante, diante de um equívoco inicial da empresa ao elaborar os arquivos do SINTEGRA.

Ressalta que a fonte utilizada para a apuração dessa suposta infração também foi os arquivos magnéticos do SINTEGRA, onde o autuante considerou como produtos tributados, os que foram vendidos como “substituídos ou isentos”.

Admite ter ocorrido um erro inicial da empresa ao elaborar os arquivos do SINTEGRA, por equívoco do responsável pela digitação dos dados, o que fez com que o autuante presumisse que eram produtos tributados, os produtos que tiveram saídas isentas ou não tributadas, por terem saídos com antecipação ou substituição tributária. Acrescenta que por conta disso, o autuante imaginou que tivesse recolhido ICMS a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, quando, na verdade, não houve nenhum erro na aplicação da alíquota referente a tais produtos. Menciona como prova, que no livro de Registro de Saída de mercadorias e no livro Registro de Apuração do ICMS, não consta a situação descrita pelo autuante.

Alega que o autuante sequer examinou os citados livros fiscais, bem como não fez a verificação das notas fiscais de saídas dos produtos, para a constatação de se tratar efetivamente de mercadorias isentas ou não tributadas na saída, partindo já da presunção de que se no arquivo do SINTEGRA havia essa inconsistência é porque foi feito recolhimento a menos de ICMS, o que, assevera não houve.

Noto que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que os produtos estão todos discriminados na planilha e o autuado afirma que são isentos ou não tributados, contudo, não cita um exemplo da irregularidade.

No caso desta infração, constato que assiste razão ao Fisco. Efetivamente, na planilha elaborada pelo autuante as mercadorias foram discriminadas, dentre as quais não vislumbro as que estariam albergadas nas operações de saídas por isenção e/ou não tributação, conforme aduzido pelo autuado. Em verdade, o impugnante apenas alegou, haja vista que não identificou na peça defensiva um item sequer de mercadoria que pudesse confirmar a sua alegação. Infração subsistente.

No tocante à infração 05, observo que o autuado alega que os levantamentos elaborados pelo autuante, foram inexplicavelmente extraídos dos dados constantes do SINTEGRA e, portanto, não confrontados com os livros fiscais, sendo, dessa forma, também inexistente o débito apontado, se feito o confronto com as operações contidas nos livros fiscais.

Noto que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que as cópias dos documentos fiscais e dos livros fiscais estão acostadas aos autos. Diz que os arquivos SINTEGRA apresentados pelo contribuinte, referentes aos exercícios de 2010 e 2011 era imprestáveis no que se refere às entradas e todo trabalho teve que ser feito manualmente, sendo insubsistente a defesa.

Também neste item da autuação tem razão o autuante. De fato, o levantamento levado a efeito pela Fiscalização foi executado com base nos livros e documentos fiscais do contribuinte, conforme cópias acostadas aos autos.

Ademais, a exemplo do que ocorreu na infração anterior (infração 05) o autuado simplesmente alegou, contudo, nada trouxe ou apontou para confirmar a sua alegação.

Desse modo, esta infração é subsistente.

No que concerne à infração 06, verifico que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que as cópias das notas fiscais e livros referentes aos exercícios de 2010 e 2011 foram anexadas aos autos, sendo que, apenas no exercício de 2012 é que os trabalhos foram desenvolvidos baseados nos arquivos do SINTEGRA que considerou consistentes.

Salienta que, como o contribuinte declara que os dados estão inconsistentes, necessária é a exclusão da pequena parte que se refere esse período e a aplicação da multa de 1% sobre as saídas, no valor de R\$ 122.604,83. .

Da análise dos elementos atinentes a esta infração, constato que não merece reparo o a exigência fiscal referente aos exercícios de 2010 e 2011, pois os levantamentos realizados pelo autuante tiveram como base os livros e documentos fiscais do contribuinte, portanto, não merecendo reparo a glosa dos créditos fiscais utilizados indevidamente pelo contribuinte.

Porém, no que tange ao exercício de 2012, verifico que o próprio autuante admite que o levantamento fora realizado com base nos arquivos magnéticos do SINTEGRA que apresentavam inconsistências, sugerindo que relativamente a este exercício seja aplicada a multa de 1% sobre as saídas.

Certamente que a sugestão do autuante para que seja aplicada a multa de 1% pela entrega dos arquivos magnéticos com inconsistências não pode ser acatada, haja vista que, necessariamente, teria que ser apresentado ao contribuinte listagem diagnóstica com as inconsistências, inclusive mediante intimação na qual lhe seria concedido o prazo de trinta dias para atendimento, conforme manda o art. 708-B do RICMS/BA/97. No caso, a sugestão do autuante implicaria em mudança do fulcro da autuação, o que não pode ser admitido no presente lançamento, em respeito aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório.

Assim sendo, a exigência fiscal é subsistente no que tange aos exercícios de 2010 e 2011, pois o levantamento foi realizado com base nos livros e documentos fiscais do contribuinte. Já quanto ao exercício de 2012 é nula, em razão de ter sido realizada com base nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte com inconsistências.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, quanto

à exigência atinente ao exercício de 2012.

Desse modo, esta infração é parcialmente subsistente.

No respeitante à infração 11, verifico que o contribuinte alega que o autuante laborou em equivoco ao pretender cobrar valores reconhecidamente isentos, como é o caso da diferença de alíquotas relativa a operações efetivadas por empresas de pequeno porte (EPP).

Diz que, conforme consta da situação cadastral da empresa na SEFAZ, se trata de "Empresa de Pequeno Porte", fato reconhecido pelo próprio autuante quando consigna no Auto de Infração o tipo de contribuinte.

Alega que a empresa de pequeno porte estava isenta de pagar ICMS sobre a diferença de alíquotas, conforme estabelecido no art. 7º, inciso V, do RICMS/BA/97, cuja redação reproduz. Acrescenta que, além disso, a regra de isenção é reafirmada no RICMS/BA/12, conforme transcrição do art. 272, que apresenta. Afirma que, dessa forma, é improcedente esta infração.

Vejo também que o autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que, em conformidade com o resumo das DMAs acostadas aos autos, o faturamento do autuado é superior a R\$6,6 mi, R\$10 mi e R\$12 mi, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, respectivamente. Diz que resta comprovado que o contribuinte está indevidamente enquadrado na condição de Empresa de Pequeno Porte e, portanto, não faz jus ao benefício concedido para contribuintes em tal situação. Ressalta que é mais uma irregularidade cometida pelo autuado, haja vista que, deveria espontaneamente ter se desenquadrado.

O art. 7º, inciso V, do RICMS/BA/97 determina o seguinte:

"Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

(...)

V - por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, a partir de 01/01/99;"

É certo que estando o contribuinte devidamente inscrito na condição de empresa de pequeno porte, está dispensado do pagamento do ICMS referente à diferença de alíquotas, a teor do dispositivo regulamentar acima reproduzido.

Assim sendo, no caso em exame, como o autuado se encontrava à época dos fatos inscritos como empresa de pequeno porte, descabe a exigência de cuida este item da autuação.

Quanto ao fato aventado pelo autuante de que o autuado estava indevidamente enquadrado na condição de empresa de pequeno porte, em face do seu faturamento, certamente que o desenquadramento não pode ser feito no lançamento de ofício. Em verdade, há necessidade de que seja oportunizado ao contribuinte a ciência do procedimento de desenquadramento para que possa se manifestar, se for o caso, perante a autoridade competente para decretar o desenquadramento.

Desse modo, esta infração é insubsistente.

Diante do exposto, as infrações 01, 03, 04, 05, 07, 08, 09, 10 e 12, são subsistentes, a infração 06 parcialmente subsistente, a infração 11 insubsistente e a infração 02 nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrida:

- I. As Infrações 4, 7, 8, 9, 10 e 12 foram integralmente subsistentes, pois tacitamente reconhecidas pelo autuado;
- II. No tocante as Infrações 1, 3 e 5: a junta não vislumbrou qualquer vício ou falha que acarrete a nulidade do lançamento de ofício, incorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.
- III. Quanto a Infração 2: verificou que se trata de arbitramento da base de calculo do ICMS (sumula 05 deste CONSEF), inexistindo justificativa plausível para aplicação do arbitramento da base de cálculo do imposto, haja vista a existência de elementos que possibilitam a aplicação de outros roteiros de fiscalização; de tal forma que considerou nulo o lançamento deste item da autuação.
- IV. No que se refere a Infração 6: a exigência fiscal é subsistente no que tange aos exercícios de 2010 e 2011, pois o levantamento foi realizado com base nos livros e documentos fiscais do contribuinte. Já quanto ao exercício de 2012 é nula, em razão de ter sido realizada com

base nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte com inconsistências. Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, quanto à exigência atinente ao exercício de 2012. Desse modo, esta infração é parcialmente subsistente.

V. No que concerne a Infração 11: como o autuado se encontrava à época dos fatos inscritos como empresa de pequeno porte, descabe a exigência de cuida este item da autuação. No mais, há necessidade de que seja oportunizado ao contribuinte a ciência do procedimento de desenquadramento para que possa se manifestar, se for o caso, perante a autoridade competente para decretar o desenquadramento.

VI. Indefere o pedido de realização de diligência/perícia pois entende que os elementos contidos nos autos são suficientes para formação do meu convencimento sobre o julgamento da autuação.

Em razão da desoneração procedida, os autos foram remetidos para esta CJF para análise do **Recurso de Ofício**, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Intimado acerca do resultado do julgamento, *em que pese o autuado ter juntado termo de confissão de dívida e comprovante de pagamento (fls. 1066/1067) do valor remanescente determinado no aludido Acórdão*, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 1082/1093)**, alegando basicamente os mesmos argumentos suscitados na peça defensiva e não acolhidos pelo julgado, e:

- i. Requer seja decretada nulidade, acusando o julgamento *citra petita*, uma vez que houve efetiva impugnação dos itens 4 (houve pagamento integral do imposto debitado no RAICMS), 5 (inexiste o debito apontado, se feito o confronto com as operações contidas nos livros fiscais da empresa) e 6 (os dados do SINTEGRA não foram confrontados com os documentos que demonstram as verdadeiras operações realizadas pela empresa, apresentando, portanto, uma situação absolutamente irreal) na impugnação originária, tendo o julgador ignorado tal fato.
- ii. No que tange as infrações 1 e 3, sustentou a alegação de que efetuara o pagamento devido da primeira, e a inoccorrência da segunda, uma vez que não confrontados os dados do levantamento retirados do SINTEGRA com as notas e livros fiscais respectivos.
- iii. Por fim, alega que todas as operações estão inteiramente corretas, apesar de eventuais erros do sistema; que não houve qualquer sonegação ou evasão tributária capaz de sustentar a presente autuação nos moldes em que foi procedida; e que a fiscalização se deu de forma equivocada; não havendo comprovação válida das infrações cometidas.

Em Parecer (fls. 1101/1104), a PGE/PROFIS opinou pela inexistência de nulidades no lançamento, considerou plenamente caracterizadas as infrações e entendeu que o Recorrente não apresentou quaisquer argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão. Desta feita, conclui pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Inicialmente, cumpre analisar questão prejudicial à análise do Recurso Voluntário apresentado pelo Autuado.

Isto porque, verifico que em 29 de novembro de 2013 o autuado promoveu a juntada aos autos do Termo de Confissão de Dívida do REFIS previsto na Lei n. 12.903/13 (fls. 1065 a 1079). Da análise dos referidos documentos, verifico que o autuado expressamente renunciou ao direito de defesa ou Recurso administrativo, promovendo o reconhecimento de crédito tributário referente ao presente PAF, no valor de R\$ 167.982,50, exatamente o montante mantido pela JJF.

Em que pese tal fato, o autuado em 27 de dezembro de 2013 promoveu o protocolo de Recurso Voluntário questionando todas as Infrações que reconheceu e confessou.

Desta feita, diante do exposto, entendo restar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário interposto.

Passo à análise do Recurso de Ofício.

No que se refere à Infração 2, entendo ter sido correta a Decisão do julgador de piso ao anular o referido lançamento em razão da utilização do arbitramento.

Isto porque, concordo com o julgador de piso de que *inexiste justificativa plausível para aplicação do arbitramento da base de cálculo do imposto, haja vista a existência de elementos que possibilitam a aplicação de outros roteiros de fiscalização, conforme inclusive adotado pela Fiscalização para exigência fiscal atinente às demais infrações descritas no Auto de Infração em lide.*

De fato, o arbitramento apenas pode e deve ser utilizado como último meio de apuração do imposto devido. Tal questão é sumulada por este próprio CONSEF através de sua Súmula 05:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

No presente caso, diante de divergências nas informações prestadas pelo contribuinte por meio magnético, o fiscal ao invés de buscar a apuração do imposto supostamente devido por outros meios e roteiros de fiscalização, optou por arbitrar o imposto devido nos meses divergentes.

Assim, entendo restar irretocável a Decisão do julgador de piso ao declarar a Nulidade da Infração 2.

Quanto à Infração 6, a JJF anulou o lançamento referente ao exercício de 2012, isto porque, ao contrário do lançamento referente aos exercícios de 2010 e 2011, em que os levantamentos realizados pelo autuante tiveram como base os livros e documentos fiscais do contribuinte, portanto, não merecendo reparo a glosa dos créditos fiscais utilizados indevidamente pelo contribuinte, no que tange ao exercício de 2012, verifico que o próprio autuante admite que o levantamento fora realizado com base nos arquivos magnéticos do SINTEGRA que apresentavam inconsistências.

Tal fato foi reconhecido pelo próprio agente fiscal em suas Informações Fiscais (fl. 1035), e veja que na oportunidade, o próprio agente fiscal sugere que relativamente a este exercício seja aplicada a multa de 1% sobre as saídas.

Como bem analisado pela JJF, *a sugestão do autuante para que seja aplicada a multa de 1% pela entrega dos arquivos magnéticos com inconsistências não pode ser acatada, haja vista que, necessariamente, teria que ser apresentado ao contribuinte listagem diagnóstica com as inconsistências, inclusive mediante intimação na qual lhe seria concedido o prazo de trinta dias para atendimento, conforme manda o art. 708-B do RICMS/BA/97. No caso, a sugestão do autuante implicaria em mudança do fulcro da autuação, o que não pode ser admitido no presente lançamento, em respeito aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório.*

Desta feita, entendo ter sido acertada a Decisão da 1ª. JJF ao declarar a nulidade parcial da Infração 6, tão somente quanto ao exercício de 2012.

Por último, no que se refere à Infração 11, verifico que se trata de exigência da cobrança de diferencial de alíquotas nas aquisições de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo, e a lide basicamente se resume ao enquadramento ou não do autuado como EPP, o que lhe garantiria a isenção do diferencial de alíquotas prevista no art. 7º, inciso V, do RICMS/BA/97e reafirmada no RICMS/BA/12.

De fato, consta da situação cadastral da empresa na SEFAZ que mesma se trata de "Empresa de Pequeno Porte", fato reconhecido pelo próprio autuante quando consigna no Auto de Infração o

tipo de contribuinte.

Entretanto, o autuante justifica a autuação no fato de que o autuado estaria devidamente enquadrado na condição de EPP, por ter faturado mais do que o limite para enquadramento na condição de Empresa de Pequeno Porte e, portanto, não faz jus ao benefício concedido para contribuintes em tal situação. Ressalta que é mais uma irregularidade cometida pelo autuado, haja vista que, deveria espontaneamente ter se desenquadrado.

Da análise dos fatos entendo restar equivocado o agente fiscal e correto o julgador de piso, isto porque É certo que estando o contribuinte devidamente inscrito na condição de empresa de pequeno porte, está dispensado do pagamento do ICMS referente à diferença de alíquotas, a teor do dispositivo legal e, no caso em exame, como o autuado se encontrava à época dos fatos inscritos como empresa de pequeno porte, descabe a exigência de cuida este item da autuação.

Certamente que o desenquadramento não pode ser feito no lançamento de ofício, havendo a necessidade de que seja oportunizado ao contribuinte a ciência do procedimento de desenquadramento para que possa se manifestar, se for o caso, perante a autoridade competente para decretar o desenquadramento.

Assim, entendo também assistir razão ao julgador de piso e julgo insubsistente a Infração 11.

Diante de tudo quanto o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e PREJUDICADO o exame do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298942.0301/13-5**, lavrado contra **HADAD & FROSSARD LTDA. (FROSSARD SUPERMERCADOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$167.982,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f” e VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS