

A. I. Nº - 299333.0002/17-0
AUTUADO - BONAPARTE DISTRIBUIDORA DE FRIOS E TRANSPORTES EIRELI
AUTUANTE - ALAN ROBERTO DIAS
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11.05.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0063-04/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS ALBERGADAS POR ISENÇÃO DO IMPOSTO. Utilização indevida. Infração não contestada. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO EM SUA DETERMINAÇÃO. Após saneamento realizado pelo próprio autuante, houve diminuição do valor do imposto exigido. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se em cada exercício diferenças tanto de saídas como de entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso a de saídas. Infração parcialmente elidida 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES NAS VENDAS PARA CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Aplicação da Pauta Fiscal. Falta de competência do órgão julgador administrativo para apreciar questões atinentes à inconstitucionalidade de Lei. Vedação contida no inciso I do artigo 125, I e III do Código Tributário do Estado da Bahia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/06/2017, exige ICMS no valor de R\$197.985,27, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado:

Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadoria beneficiada com isenção do imposto. Período: janeiro, fevereiro, abril e julho de 2014, fevereiro e maio de 2015. ICMS: R\$2.728,08.

Consta na descrição dos fatos: *Contribuinte se utiliza de créditos fiscais de mercadorias isentas. As mercadorias são: CORVINA G LUMARIS CX 10KG NCM 0302; CORVINA SG. M. 10KG LAGOMAR NCM 0303; SARDINHA LAGE BALDE LUMARIS NCM 0302; BAGRE LUMARIS 10 KG NCM 0302; PESCADINHA AMARELA P 10 KG NCM 0302. Todas as mercadorias acima são classificadas na NCM 0302 e 0303, classificadas na tabela TIPI pelas descrições abaixo (...). Portanto, mercadorias isentas, conforme art. 265 do RICMS.*

Infração 02 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período: abril de 2014 a dezembro de 2015. ICMS: R\$95.483,05.

Consta na descrição dos fatos: *O contribuinte era signatário do decreto atacadista 7799/00 até o dia 14/10/2014. Entretanto, depois desta data o contribuinte continua utilizando esta redução. Ainda durante a vigência do termo de acordo, pode-se observar que a redução era calculada erradamente, sendo reduzida a base de cálculo para uma equivalência de alíquota de 7%, ao*

invés dos 10% preconizado pelo referido decreto. A irregularidade se deu tanto no ano de 2014, como 2015.

Infração 03 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS: R\$46.445,89.

Consta na descrição dos fatos: *Omissão de saída, apurado conforme levantamento quantitativo de estoque referente aos anos de 2014 e 2015, relativo ao item carne seca, também conhecida como charque ou jerked beef.*

Infração 04 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior. Período: fevereiro, abril e maio de 2014, maio a junho de 2015 e setembro de 2015. ICMS R\$53.328,25.

Consta na descrição dos fatos: *Contribuinte deixou de utilizar a pauta fiscal em algumas situações onde era devido.*

Por representante legal constituído o autuado impugna a ação fiscal (fls. 87/96). Embora afirme ser o Auto de Infração improcedente, não tece qualquer argumento em relação à infração 01.

Após demonstrar a tempestividade de sua defesa e transcrever as infrações, passa a impugnar a infração 02.

Diz que embora o fisco tenha entendido que o estabelecimento autuado tivesse perdido o benefício fiscal do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/2000 a partir de 14/10/2014, não foi ele devidamente cientificado desse fato por via postal. Em assim sendo, requer seja o processo convertido em diligência para que o autuante traga aos autos a prova cabal desta cientificação do sujeito passivo e assim possa ser aferida sua legalidade.

Além do mais, analisando os demonstrativos fiscais observou que grande parte das ocorrências se refere a notas fiscais de CFOP 5904, correspondentes a remessas para vendas em veículo fora do estabelecimento. O art. 344, I, do RICMS/2012, determina que tais remessas devem ser feitas com destaque do imposto. No entanto, o art. 346, I, do referido Regulamento, dispõe que o contribuinte deverá lançar a crédito todo o valor do imposto destacado nas notas fiscais de remessa, justamente por não ser tal operação passível de tributação, por faltar circulação econômica das mercadorias. E mais, entendendo por ficção que o veículo seja outro estabelecimento da pessoa jurídica, a "transferência" para outro estabelecimento também não poderia ser tributada conforme inclusive consta da Súmula nº 166 do STJ.

Em assim sendo, as centenas de ocorrências com CFOP 5.904 constantes no levantamento fiscal, correspondente ao valor de R\$75.355,59, devem ser excluídas da autuação.

No que tange à infração 03, após indicar as diferenças de quantidades apuradas pelo fiscal autuante, ressalta que analisando sua real movimentação apurou pequenos quantitativos de omissões de entradas em ambos os exercícios, conforme apresentou. Afirma que a diferença entre seus levantamentos e os do fisco, prende-se ao fato de que o autuante não computou todas as notas fiscais de entradas e saídas em seu levantamento, violando o art. 3º, I, da Portaria nº. 445/1998, uma vez que as notas fiscais de remessa e retorno para venda em veículos foram omitidas do levantamento, o que não se sustenta, tendo em vista que há efetiva saída/entrada física do estabelecimento.

Diz ser a infração improcedente.

Em relação à infração 04, afirma que as diferenças se devem aos itens descritos pelos fornecedores como "galo" e "galinha" em vez de frango, como constante nas instruções normativas acerca da pauta fiscal. E tal diferença do imposto tem como origem, em grande parte,

à utilização da pauta fiscal para cálculo do ICMS devido por antecipação enquanto havia utilizado a MVA, situação que expressamente consta na descrição da infração.

Advoga que consoante pacífica jurisprudência dos tribunais superiores sumulada pelo STJ, é ilegal a adoção da pauta fiscal como base de cálculo. O valor da pauta fiscal é definido em instrução normativa de competência do Superintendente de Administração Tributária e, portanto, não pode fazer às vezes de lei, definindo base de cálculo do tributo, por violar o princípio da legalidade (art. 97, IV, do Código Tributário Nacional).

Além do mais, o autuante não encontrou qualquer indício de que os valores consignados nos documentos fiscais não mereçam fé para que o tributo possa ser lançado por arbitramento (art. 148, do Código Tributário Nacional), quando seria, em tese, admissível a utilização da pauta fiscal. Para corroborar o que expõe apresenta voto vencido no Acórdão CJF nº 0150-12/12 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Afirma que na hipótese deste Colegiado se negar a julgar pela inconstitucionalidade do ato normativo emanado por autoridade superior, *“a sucumbência do Estado da Bahia em eventual judicialização do litígio é certa, estando a Procuradoria do Estado autorizada, pelo art. 119-C do Código Tributário do Estado da Bahia, a não inscrever em dívida ativa o presente crédito tributário, uma vez que o único fundamento que o mantém é, justamente, a utilização da pauta fiscal, cuja ilegalidade foi reiteradamente decidida pelos Tribunais contrariamente à Fazenda Pública Estadual, conforme comprova a edição da Súmula nº. 431 do Superior Tribunal de Justiça”*.

E neste caminhar, apresenta julgamentos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e afirma que como este CONSEF não julga inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato normativo que estabeleceu a pauta fiscal utilizada pelo autuante, entende que na forma do art. 168 do RPAF/BA, deve a matéria ser submetida à Câmara Superior deste foro administrativo para que ela represente ao Secretário de Fazenda, *“visando a decidir a revogação do ato ilegal que estabelece o valor de pauta fiscal como base de cálculo do ICMS por substituição tributária, suspendendo-se o curso do processo administrativo nos termos do art. 168, V, do RPAF até que ocorra despacho denegatório da Câmara Superior ou que o Secretário de Fazenda decida denegar a proposição de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal”*.

Por fim requer o acolhimento das suas razões de defesa para que sejam julgadas improcedentes as infrações 02, 03 e 04, bem como, *“o funcionamento, no presente processo administrativo, da Procuradoria Fiscal como “custus legis”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações”*.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 101/107), ressaltando não ter havido contestação em relação à infração 01.

Quanto à infração 02, informa que o processo da cassação do benefício fiscal do Decreto nº 7.799/00 é realizada eletronicamente, conforme consta nas folhas 108/110 dos autos os documentos relativos ao SISTEMA DE CONTROLE DE PARECERES TRIBUTÁRIOS, INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE (INC), bem como, do SIPRO - SISTEMAS DE PROTOCOLO. Por tais controles se pode acompanhar toda a tramitação do processo, desde o parecer até a ratificação pelo Diretor da DPF.

E no específico caso, após a assinatura do Diretor da DPF em 14/10/2014, às 17:29, a notificação desta cassação foi enviada para à contabilidade do autuado pelo e-mail merca@merca.com.br (e-mail operante até os dias de hoje), que foi devidamente cadastrado pela empresa junto à SEFAZ. Esta mensagem foi lida pelo contribuinte no dia 21/10/2014, às 11:27, portanto dentro do próprio mês, quando seria plenamente passível de correção de alguns lançamentos antes do fechamento da escrita mensal, fato este que não foi corrigido por anos.

Com relação ao CFOP 5904 (remessa para vendas em veículos fora do estabelecimento), informa que tomou o devido cuidado para que ele não fizesse parte dos cálculos na desconsideração do regime de atacadista. Que este procedimento consiste na seleção do referido CFOP e a eliminação dos mesmos do cálculo através do sistema SIAF, como inclusive se verifica em inúmeros lançamentos com esta característica, os quais não foram considerados. No entanto, sem que possa dar uma explicação plausível, visto que a exclusão é feita por CFOP e não por descrição, houve a permanência de alguns itens no cálculo do resultado final, fato este que em função da manipulação do SIAF, passou despercebido.

Diante de tal situação, refez o levantamento fiscal, passando o valor do ICMS exigido nesta infração de R\$95.483,05 para R\$19.707,22.

No que concerne à infração 03, informa, como preliminar, que como se trata de uma auditoria dos estoques com inúmeras variáveis, sempre toma a precaução de submeter ao contribuinte as inconsistências encontradas, visto que inúmeros aspectos como CFOP envolvido, natureza do item, unidades empregadas, vendas fora do estabelecimento, estoques de terceiros, etc. podem comprometer o resultado final. E este procedimento foi rigorosamente seguido, ou seja, submeteu-se à análise do contribuinte todos os levantamentos elaborados para eventuais comentários que pudessem ser pertinentes e plenamente retificados. Porém, apesar das inúmeras cobranças por uma posição por parte do mesmo, nunca houve uma resposta, fato este que culminou na elaboração do presente Auto de Infração.

Em relação a não consideração das saídas para vendas fora do estabelecimento e as suas respectivas entradas no estabelecimento (retornos), mas tão somente as saídas efetivas, diz ser um simples caso de adoção de critérios que ao final será a mesma coisa.

Neste sentido, apresenta todos os CFOPs (de saídas e entradas selecionados) utilizados no levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias.

E afirma que se os CFOPs de remessa e retorno (1904 e 5904) não foram considerados, o CFOP 5104 foi, ou seja, se todas as notas fiscais efetivamente foram emitidas, elas devem estar contempladas neste CFOP. E neste momento, diz que não se pode considerar os 3 CFOPs acima referidos, pois neste caso, se estaria considerando duas vezes as saídas. Talvez por esta razão o estoque apresentado pelo contribuinte que contempla os 3 CFOPs, esteja apresentando omissão de entrada, conforme diz ele.

Passa a analisar o levantamento quantitativo de mercadorias por exercício.

Exercício de 2014 – além do argumento acima exposto (CFOPs 1904 e 5904), o autuado deixou de considerar nos seus levantamentos várias notas fiscais devidamente registradas na sua escrituração, conforme demonstrativos obtidos da sua EFD, bem como das respectivas notas fiscais anexas à esta informação (fls. 135/143) - Nota fiscal de entrada nº 18352 e de saídas nºs 1215, 1301, 1302, 9396, 1256, 1305, 1197, 1214.

Em relação às notas fiscais de entradas faz a seguinte observação: a carne salgada, também denominada como JERKET BEEF, assim é denominada nestes documentos de entradas. Quando de suas entradas o contribuinte troca a palavra Jerket Beef por carne seca, mantendo parte da descrição, conforme apresenta.

Mantém a autuação em relação a este exercício.

Exercício de 2015 – informa que para a perfeita caracterização dos itens é necessário que eles possuam o mesmo código para o sistema SIAF de fiscalização, possibilitando, assim, identificá-los. No caso do estabelecimento autuado verificou que as mesmas mercadorias possuíam códigos diferentes, como indica. O agrupamento foi realizado e enviado para o contribuinte na pessoa da funcionária da contabilidade, Sra Camile Pinheiro (apresenta e-mail). Um mês após o envio, sem retorno de discussão acerca de eventuais distorções, lavrou o presente Auto de Infração. No entanto, inadvertidamente anexou os relatórios do estoque sem os agrupamentos, ficando no auto os relatórios diferentes daqueles corretamente enviados ao contribuinte para análise.

Em função de tal equívoco apresenta os relatórios corretos de 2015, onde o crédito reclamado passa de R\$33.843,77 para R\$17.477,77.

No que diz respeito à infração 04, ressalta que a legislação determina como valor da base de cálculo para as operações autuadas o definido em pauta fiscal pelo Estado e este deve ser o valor mínimo na entrada da mercadoria originária de outro Estado da federação, de acordo com o art 490-A, IV do RICMS/12. Em seguida, apresenta o argumento da defesa sobre submeter a questão à Câmara Superior do CONSEF para que ela represente ao Secretário de Fazenda, visando a decidir a revogação deste ato, suspendendo-se o curso do processo administrativo nos termos do art. 168, V, do RPAF/BA.

Requer a procedência parcial da autuação.

O estabelecimento autuado solicita parcelamento de débito dos valores dos meses de abril de 2014 e setembro de 2015 referente à infração 04 e do débito dos meses de abril a setembro de 2014 e parcial de outubro de 2014 a dezembro de 2015 relativo à infração 02 (fls. 146/147). No entanto, não cumprindo as determinações do art. 8º, do Decreto nº 8.047/01 o pedido de parcelamento foi indeferido (fls. 154/157).

Manifestando-se à respeito da informação prestada pelo autuante (fls. 163/167) o defendente aduz:

Infração 02 – não concorda que a ciência da cassação do seu termo de acordo tenha ocorrido por e-mail ou outro meio eletrônico, uma vez que entende que *“tais meios não têm garantia de recebimento, não são acessados mediante assinatura eletrônica ou de forma capaz de garantir ter sido o sujeito passivo tributário devidamente e inequivocamente cientificado, como, de fato, não chegou ao conhecimento do Contribuinte a referida cassação do seu termo de acordo”*. Diz que tal cassação é ato gravíssimo, que depende de solenidade *“a fim de respeitar a legalidade, abrindo-se antes processo administrativo com possibilidade de manifestação prévia do contribuinte, a fim de resguardar a licitude do ato administrativo em questão. Na hipótese, não ocorreu a ciência ao Contribuinte ou a seu procurador devidamente constituído, nem processo administrativo prévio.”* Requer diligência para que o fisco comprove o fato.

E que a pequena diferença entre o que apurou e aquela apresentada pelo autuante quando do saneamento realizado, se deu *“por equívoco do autuante, sobretudo, em relação à exclusão de notas fiscais relativas à cobrança de diferenças quanto à cassação indevida do termo de acordo, sem processo administrativo e cientificação prévia”*.

Quanto à infração 03, apresenta o mesmo argumento de sua inicial. Entende equivocado o fato do autuante não ter consideradas as remessas e retornos das mercadorias para vendas em veículos.

No que concerne à infração 04, os mesmos argumentos já expostos foram externados.

Pugna pela improcedência da ação fiscal e solicita a interferência da Procuradoria da Fazenda para o deslinde da lide.

O autuante toma ciência da manifestação do impugnante e afirma nada mais ter a comentar (fl. 173).

VOTO

Preliminarmente ressalto que o presente processo encontra-se revestido de todas as formalidades legais, estando determinados: o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações ora em questão, que se encontram fundamentadas na norma legal deste Estado e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Ou seja, todos os requisitos determinados pelo art. 39 do RPAF/BA foram obedecidos, não ensejando qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal, tendo o sujeito passivo demonstrado perfeito conhecimento das infrações.

A empresa solicita que o presente processo seja encaminhado à PGE/PROFIS para que este Órgão Jurídico se manifeste a respeito das matérias postas em discussão. Ressalto, neste momento, que

obedecendo à norma de regência do processo administrativo fiscal do Estado da Bahia, a PGE/PROFIS somente em casos excepcionais pode ser chamada a se manifestar enquanto o processo se encontrar em julgamento na 1ª Instância deste Colegiado. No presente caso, a matéria em discussão não se reveste de cunho excepcional. Em assim sendo, não vislumbro motivação em agora haver interferência do referido Órgão Jurídico.

Rejeito o pedido feito pelo impugnante para comprovação da sua cientificação da cassação do seu Termo de Acordo por entender que as provas constantes dos autos são suficientes para elucidação da matéria.

No mérito, o Auto de Infração é composto por quatro infrações.

A infração 01 que trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto não foi impugnada. Não havendo lide a ser discutida, a mantenho no valor de R\$2.728,08.

A infração 02 acusa o contribuinte de ter recolhido a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Informa o autuante que o contribuinte era signatário do Decreto nº 7.799/00 até o dia 14/10/2014. No entanto, após tal data continuou a utilizar a redução da carga tributária prevista no referido Decreto. E que ainda durante a vigência do Termo de Acordo, esta redução era realizada de forma equivocada, sendo reduzida a base de cálculo para uma equivalência de uma alíquota de 7% ao invés de 10%.

O defendente insurge-se primeiramente a respeito da cassação do seu Termo de Acordo, previsto no Decreto nº 7.799/00. Diz que não foi cientificado desse fato por via postal. Advoga que a ciência dessa cassação não poderia ter sido por e-mail ou outro meio eletrônico, pois tais meios não apresentam garantia de recebimento, e não são acessados mediante assinatura eletrônica ou de forma capaz de garantir ter sido o sujeito passivo tributário devidamente e inequivocamente cientificado. Entende ainda que para haver tal cassação é necessário haver um processo administrativo com possibilidade de manifestação prévia do contribuinte. E que no específico caso, não ocorreu a ciência do autuado ou do seu procurador devidamente constituído, nem processo administrativo prévio.

Por seu turno, o autuante informa que a notificação desta cassação foi enviada para à contabilidade do autuado pelo e-mail merca@merca.com.br (e-mail operante até os dias de hoje) que foi devidamente cadastrado pela empresa junto a SEFAZ e que a mensagem foi lida pelo contribuinte no dia 21/10/2014, às 11:27.

No momento da assinatura do Termo de Acordo ora em lide, estava plenamente ciente o estabelecimento autuado de que para usufruir das prerrogativas do nominado acordo, não poderia possuir qualquer crédito fiscal exigido e constante em Dívida Ativa. No momento da celebração de tal acordo, por óbvio, esta situação não existia. No entanto e ao longo do tempo, débito do contribuinte foi inscrito em Dívida Ativa.

Eis o que determina o Decreto nº 7.799/00 a respeito desta matéria.

Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H, 3º-I e 3º-J fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

§ 1º O contribuinte somente fará jus ao termo de acordo se:

[...]

IV - não possuir débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

Afora que:

Art. 7º-A O desenquadramento de contribuinte do tratamento tributário previsto neste Decreto, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo a que se refere o artigo anterior.

Diante destas determinações, o processo administrativo que se instaura para denúncia do Termo de Acordo é de ofício, não havendo na legislação qualquer brecha para haver lide em relação ao fato, pois a legislação é expressa. Se o defendente entende que a legislação vai de encontro ao devido processo legal, deve ele buscar na área competente, modificá-la, objetivando que a mesma se adeque ao seu entendimento. Observo apenas que o benefício fiscal ora em questão é uma outorga do Estado.

No caso em lide, o processo foi instaurado e finalizado em 14/10/2014 às 17:29:00 hs - Processo nº 19052020142 (fl. 108).

Quanto ao fato de acaso não ter havido o envio para ciência por via postal do resultado do processo administrativo que cassou o Termo de Acordo entre o estabelecimento autuado e esta SEFAZ, não vejo como atender ao pleito do impugnante de que ela somente poderia surtir efeito se realizada via postal. Estaríamos retroagindo no tempo e indo de encontro às determinações do RPAF/BA, como segue e quando dos fatos ocorridos:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

[..]

§ 2º A cientificação da intimação por meio eletrônico ocorrerá quando o contribuinte acessar, mediante uso de senha, o banco de informações do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda em que conste o despacho ou a decisão.

Inicialmente entendo que o fato de ter havido e-mail de cientificação da cassação do Termo de Acordo para o escritório de contabilidade do autuado, esta comunicação pode até ser válida para reforço dos acontecimentos, porém não é a comunicação válida para surtir efeitos legais. Porém, tem razão o autuante quando afirma que ela foi feita eletronicamente.

Os dados do contribuinte existentes nesta Secretaria de Fazenda são por ele acessados, **via senha eletrônica e individual para cada contribuinte**, não podendo o público ter este acesso. No específico caso, no site www.sefaz.ba.gov.br – Inspeção Eletrônica – ICMS na aba “Processos”. Portanto, quando o contribuinte através desta senha eletrônica acessa seus dados, estará tomando ciência dos mesmos em sua plenitude. No caso concreto, no dia 21/10/2014, às 11:27:00 hs (campo: Data Ciência), ele tomou ciência da cassação do seu Termo de Acordo, tendo em mãos todas as etapas e pareceres do processo que foi instaurado de forma legal, correta e de ofício, visando esta cassação (fl. 109 dos autos).

Portanto não há como acolher o argumento defensivo, nem tampouco o pedido de diligência feito.

Como segunda questão, diz o defendente que nos demonstrativos fiscais grande parte das ocorrências se referia as notas fiscais de CFOP 5904, correspondentes as remessas para vendas em veículo fora do estabelecimento. Observa que o art. 344, I, RICMS/2012 determina que tais remessas devem ser feitas com destaque do imposto e o art. 346, I, dispõe que o contribuinte deverá lançar a crédito todo o valor do imposto destacado nestas notas fiscais, por não ser tal operação passível de tributação por faltar circulação econômica das mercadorias. Além do mais, admitindo, por ficção e conforme a norma tributária que o veículo é outro estabelecimento da pessoa jurídica, a "transferência" efetuada não poderia ser tributada, conforme Súmula nº 166 do STJ. Portanto, todas as saídas com CFOP 5.904 constantes no levantamento fiscal, correspondente ao valor de R\$75.355,59, deveriam ser excluídas da autuação.

O autuante quando prestou sua informação admitiu erro na lavratura do Auto de Infração, afirmando que embora tenha tido o cuidado de excluir as operações comerciais com CFOP 5904, inadvertidamente, sem que saiba a razão, algumas delas permaneceram no levantamento fiscal.

Em assim sendo, refez os levantamentos fiscais, passando o valor do ICMS exigido nesta infração de R\$95.483,05 para R\$19.707,22.

Em manifestação, o impugnante afirma que a pequena diferença constatada entre os dois levantamentos teve por origem a cassação indevida do termo de acordo, sem processo administrativo e cientificação prévia. Este argumento já foi analisado no presente voto. Em assim sendo, é argumento que não se pode acolher.

Mantenho parcialmente a infração 02 no valor de R\$19.707,22, conforme demonstrativos de fls. 111 (exercício de 2014) e 117 dos autos (exercício de 2015).

A infração 03 trata da falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. A mercadoria auditada foi carne seca, também conhecida como charque ou jerked beef.

Toda a base de argumentação do defendente prende-se ao fato de que na auditoria realizada não foram consideradas as saídas e entradas para vendas em veículo fora do estabelecimento (CFOP 5904, remessas para vendas fora do estabelecimento e CFOP 1.904 - Retorno de remessa para venda fora do estabelecimento). Apresenta levantamentos e afirma que neles apurou pequenos quantitativos de omissões de entradas em ambos os exercícios, decorrentes da falta de considerações dos referidos CFOPs, o que violou as determinações do art. 3º, I, da Portaria nº 445/1998.

O autuante entende que a não consideração das saídas para vendas fora do estabelecimento e as suas respectivas entradas no estabelecimento (retornos), mas tão somente as saídas efetivas (CFOP 5.104 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros efetuada fora do estabelecimento), conforme realizou, é um simples caso de adoção de critérios que ao final será a mesma coisa.

Neste caso, embora para melhor visualização do levantamento efetuado e para seguir literalmente as determinações do art. 3º, I, da Portaria nº 445/1998, o autuante deveria ter incluindo tais operações comerciais no levantamento fiscal com a exclusão das vendas com CFOP 5104 para não haver duplicidade de lançamento. No entanto, este procedimento não causou qualquer repercussão no levantamento fiscal.

Apresento o seguinte exemplo, incluindo as operações com os CFOPs 5904 e 1904:

Quantidade de mercadorias saídas com CFOP 5904 - 100

Quantidades de mercadorias entradas com CFOP 1904 - 80

Vendas efetivas – CFOP 5104 - 20

Neste caso, as 80 unidades que retornaram (CFOP 1904) anularam estas mesmas quantidades de saídas (CFOP 5904) dos estoques do estabelecimento, restando tão somente as 20 unidades efetivamente vendidas (CFOP 5104). Estas sim, saíram dos seus estoques, as 80 demais não.

No levantamento fiscal, o autuante não considerou as operações com CFOPs 5904 e 1904, considerando apenas as operações com CFOP 5104 e no exemplo dado, as 20 unidades. Ou seja, quer considerasse, ou não, os referidos CFOPs arguidos, a situação seria mesma, não havendo, como dito, qualquer repercussão para o levantamento quantitativo em espécie de mercadoria.

Esta situação seria totalmente diferente se o levantamento tivesse sido realizado considerando o CFOP 5104 e um dos demais, CFOP 5904 ou 1904. Aí sim, o levantamento fiscal apresentaria distorções, indo de encontro às determinações legais.

A respeito das pequenas diferenças que disse o impugnante entre seus levantamentos e os da fiscalização não se deve, portanto, a este motivo. O que poderia causar alguma distorção no caso,

seria não ter sido consideradas todas as operações com CFOP 5104. Mas esta situação não restou caracterizada nos autos nem o defendente arguiu.

No entanto, o fiscal autuante analisou com critério, novamente, todos os seus levantamentos bem como aqueles apresentados pelo autuado, constatando:

Para o exercício de 2014, verificou que o autuado havia deixado de considerar nos seus levantamentos apresentados quando de sua impugnação, várias notas fiscais devidamente registradas na sua escrituração fiscal (EFD). Apresentou cópias das respectivas notas fiscais anexas a sua informação, quais sejam: nota fiscal de entrada nº 18352 e de saídas nºs 1215, 1301, 1302, 9396, 1256, 1305, 1197, 1214.

O contribuinte quando de sua manifestação sobre a informação fiscal não teceu qualquer comentário a este respeito, o que me leva a considerar verdadeira esta informação com base nos arts. 140 e 142, do RPAF/BA.

Por consequência do ora exposto, mantenho a ação fiscal deste exercício.

Para o exercício de 2015, diz que realizou o agrupamento da mercadoria, pois indentificou que a mesma mercadoria possuía códigos diferentes. Inclusive, antes da lavratura do Auto de Infração enviou os levantamentos para o crivo do estabelecimento autuado, porém não obteve êxito na resposta. No entanto, inadvertidamente anexou os relatórios do estoque sem os agrupamentos no Auto de Infração, ficando eles diferentes daqueles corretamente enviados ao contribuinte para análise. Em função de tal equívoco apresentou os relatórios corretos de 2015, onde o crédito reclamado passou de R\$33.843,77 para R\$17.477,77.

A situação ora analisada é de cunho eminentemente fático, não tendo o impugnante se desencilhado de provar o contrário. Em assim sendo e neste momento, somente posso acolher o saneamento realizado pelo fiscal autuante, mantendo parcialmente a infração 03 na forma por ele apresentada, no valor de R\$30.079,89, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO INFRAÇÃO 03

MÊS/ANO	ICMS	MULTA (%)
31/12/2014	12.602,12	100
31/12/2015	17.477,77	100
TOTAL	30.079,89	

A infração 04 trata do recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da federação e/ou exterior.

A insurgência do impugnante prende-se exclusivamente à utilização da pauta fiscal para apuração do imposto. Afirma que consoante pacífica jurisprudência dos tribunais superiores sumulada pelo STJ, é ilegal a adoção da pauta fiscal como base de cálculo. Afora que o autuante não encontrou qualquer indício de que os valores consignados nos documentos fiscais não mereciam fé para que o tributo pudesse ser lançado por arbitramento. Requer que para o caso específico sejam utilizadas as determinações do art. 168 do RPAF/BA.

O uso da pauta fiscal para a exigência do ICMS ora em lide, embora seja um tema discutido nos tribunais da esfera judicial com várias decisões a ela contrárias, está prevista na legislação tributária em nível nacional (para impostos de competência da União) e no âmbito de competência dos Estados, inclusive do Estado da Bahia, conforme previsões abaixo transcritas e à época dos fatos geradores (Lei nº 7014/96):

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

§ 3º O cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação ou substituição tributária será feito em função do disposto no art. 23.

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

I –

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes

.....

§ 6º Nas situações de que cuida o § 4º do art. 8º, a base de cálculo do imposto a ser pago por antecipação será determinada:".

I - de acordo com os critérios previstos neste artigo, relativamente ao valor acrescido, estando as mercadorias acompanhadas de documento fiscal, desde que a base de cálculo resultante não seja inferior ao preço de pauta, se houver; (grifo não original)

II -

Em assim sendo, as determinações da lei acima expostas e para o caso em lide, o RICMS/12 apenas regulamenta tais determinações.

No mais, observo que o Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, em seu artigo 125, III, exclui da competência deste órgão Julgador a negativa de aplicação da legislação em vigor. Em assim sendo, a apuração da base de cálculo do ICMS a ser recolhido aos cofres públicos deveria ter sido realizada conforme os termos do art. 8º, § 4º, da lei nº 7014/96 c/c com o seu art. 23, §6º, I, bem como, consoante teor do art. 490-A, IV do RICMS/12. E aqui acrescento: o presente caso não caminha por indícios que não mereçam fé que o fisco encontrou nos valores consignados nos documentos fiscais, mas sim em obediência à legislação tributária deste Estado. E se a pauta fiscal, conforme entendimento externado pelo n. impugnante é uma forma de arbitramento, esta é questão foge da competência desta JJF abordar.

Após tais colocações aprecio a questão trazida pelo impugnante para que esta JJF, com base no art. 168, do RPAF/BA, submeta o presente PAF à Câmara Superior deste Colegiado propondo que ela represente ao Secretário da Fazenda, visando retirar da norma deste Estado a utilização da pauta fiscal.

É fato que o art. 168, I, do RPAF/BA dispõe que “*sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, a autoridade julgadora deverá submeter à Junta ou à Câmara proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda*”, visando a sua modificação. Entretanto e no presente caso não vejo como utilizar de tais determinações, pois até então a decisão sobre “pauta fiscal” é assunto, como dito, discutido nas esferas judiciais e praticada em todas as esferas administrativas do Poder Executivo do País. Inclusive ao analisar o Acórdão CJF Nº 0150-12/12, trazido pelo defendente e a exemplo, a própria PGE/Profis tem caminhado neste sentido, ou seja, finca posição à obediência ao cumprimento das determinações inseridas na Lei nº 7014/96 e RICMS/12.

Diante do exposto, as determinações do art. 168, V, do RPAF/BA aqui não podem ser aventadas, bem como, desnecessário o encaminhamento do presente PAF à PGE/Profis para emissão de parecer jurídico sobre a questão objetivando a não inscrição (caso ocorra), do presente lançamento fiscal em Dívida Ativa.

Por tudo exposto a infração 04 é mantida, já que não existe qualquer outro argumento a se contrapor à autuação.

Voto pela Procedência Parcial da autuação mantendo em sua totalidade as infrações 01 e 04 e parcialmente as infrações 02 e 03 nos valores acima expostos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299333.0002/17-0** lavrado contra **BONAPARTE DISTRIBUIDORA DE FRIOS E TRANSPORTES EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.843,44**, acrescido da multa de 60% sobre o valor de R\$75.763,55, prevista no art. 42, II, “a” e “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e 100% sobre o valor de R\$30.079,89, prevista no art. III, “g”, da nominada Lei e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento recorre de ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA