

A. I. Nº - 087461.0010/19-5
AUTUADO - FRIMON INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - HÉLIO SILVA DAMASCENO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17/02/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013-03/20

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS E OPERAÇÕES SUBSEQUENTES NO ESTADO DA BAHIA. RECOLHIMENTO A MENOS. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Defesa PREJUDICADA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 27/06/2019, exige crédito tributário no valor de R\$743.155,64, acrescido da multa de 60%, por ter recolhido a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, nos meses de fevereiro a outubro e dezembro de 2014, e janeiro a outubro de 2015 (Infração 07.01.02).

O autuado através de advogado, procuração fl.49, impugna o lançamento fls.20/48. Reproduz as infrações que lhe foram imputadas. Registra seu endereço profissional, situado à Rua Edístio Pondé, n. 353, Edf. Empresarial Tancredo Neves, conj. 903, CEP. 41.760-310, Costa Azul, Salvador/Bahia, *email*: fmadvtributaria@ig.com.br, para onde, desde já, requer sejam enviadas as notificações/intimações acerca do presente feito, vem, tempestivamente, apresentar as suas razões de defesa, requerendo sejam as mesmas recebidas e, após as formalidades legais, encaminhadas ao Conselho de Fazenda, para julgamento.

Afirma que o auto de infração de ICMS referentes aos exercícios 2014 e 2015, teve como objeto unicamente a “Pauta Fiscal”, conforme fundamentos que transcreve. Assegura que a lavratura do auto impugnado é descabida, conforme as razões de defesa a seguir expostas, o qual, trata-se, unicamente, de matéria relativa a “Pauta Fiscal”.

Aduz que a autuação foi fruto de um equívoco do Fiscal Autuante, tendo em vista que a empresa não incorreu em infração, logo, o débito não lhe cabe, o que será efetivamente demonstrado posteriormente, com juntada de todos os documentos comprobatórios da improcedência do referido débito, assim como, dos argumentos e fundamentos fáticos, legais e regulamentares do ICMS-BA.

Sustenta que sua intenção sempre foi cumprir com seus deveres, tudo na melhor forma da lei, especialmente, do regulamento do ICMS-BA. Entretanto, salienta que o débito aqui discutido, não deve e não pode prosperar, tendo em vista que não houve fato gerador do ICMS, que assegure e sustente regular autuação, visto que é ilegal e equivocada.

Informa que o Fiscal Autuante, não teria levado em conta que a Empresa possui Ação judicial com liminar em plena e absoluta vigência, estabelecida pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, desrespeitando, assim, o princípio da devida obediência a ordem judicial. Ademais, diz que a legislação tributária determina que a autuação fiscal deve analisar todos os documentos do estabelecimento a ser autuado, para que chegue a uma conclusão concreta, sem

dúvidas ou obscuridades, o que não ocorreu no caso concreto, conforme argumentos aludidos e documentos juntados, caracterizando assim, uma total falta de respeito às Autoridades Judiciais constituídas.

Reitera que houve um equívoco por parte do Fiscal Autuante, já que a Empresa Contribuinte atuou de maneira correta, não existindo motivo para ser cobrado o ICMS, na forma de “Pauta Fiscal”, muito menos, acrescido de multa exorbitante de 60% (sessenta por cento). Frisa ser imprescindível a revisão para retificação destes atos ilegais e abusivos.

Informa que em 20/07/2018 foi interposta Ação Ordinária com pedido de tutela de urgência em razão da atuação ilegal e abusiva da Fazenda Estadual da Bahia, por estar indevidamente submetendo o Requerente ao regime tributário de Pauta Fiscal. A ação judicial objetiva uma declaração sobre determinada relação jurídica, no que tange a sua incerteza na aplicação. O ato judicial declarado vincula as partes em todos os seus termos, principalmente quando se trata de uma decisão liminar, que somente é proferida diante da possibilidade jurídica de se concretizar determinado direito e do perigo da demora em esperar todo o trâmite da ação judicial. Nos autos da ação judicial nº 0542141-32.2018.8.05.0001, o juiz deferiu, antes mesmo da Fazenda Estadual se manifestar – tamanha a urgência e importância da medida – o pedido da petição inicial.

Transcreve conclusão da liminar concedida desde 09/10/2018, que determinou: “*Posto isso, concedo a tutela de urgência tão somente para determinar que o Réu analise o pedido de restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária progressiva, nas hipóteses em que a base de cálculo da operação final for inferior à presumida pelo Fisco.*”

Afirma que esta decisão judicial não tem sido cumprida pelos agentes da Fazenda Estadual, vide o presente auto de infração, que tem acarretado graves transtornos e prejuízos empresariais ao contribuinte ilegalmente autuado.

Assevera que mesmo com a insurgência e apresentação de Agravo de Instrumento nº. 8026620-68.2018.8.05.0000 da Fazenda Estadual alegando suas razões, o requerimento do agravo não teve provimento, bem como, a oposição de Embargos de Declaração pela Fazenda Estadual questionando a decisão do juiz, também não teve provimento.

Entende que só depois de esgotada toda a análise do pedido de restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária progressiva, conforme determinado liminarmente pelo Magistrado, ou seja, depois de comprovada que não houve o pagamento a maior, a Autoridade Fiscal poderia, valendo-se dos documentos comprobatórios, autuar o Contribuinte, o que não aconteceu.

Afirma que a Autoridade Fiscal rejeitou o valor declarado pelo Contribuinte e aplicou ilegalmente a Pauta Fiscal, e por meio desse regime, o Fisco ignora o valor real da operação comercial efetivada, para adotar, como base de cálculo do ICMS, o valor presumido administrativamente para cada mercadoria, ou nota fiscal de cada compra/entrada pré-estabelecida aleatoriamente. Ocorre que essa conduta adotada pela Administração fiscal do ICMS-BA, é ilegal e abusiva, conforme demonstrado por si próprio, de forma claramente evidente.

Aduz que este procedimento configura violação direta à Constituição Federal da República do Brasil, pois não respeita o princípio da legalidade, previsto no seu art. 150 I, e 146 que reproduz. No mesmo sentido já anteviu o art. 97 do Código Tributário Nacional.

Lembra que, inobstante a exigência de Lei para aumentar tributo, no âmbito do Estado da Bahia, a pauta fiscal foi definida, em caráter geral, por meio de uma mera e inferior Instrução Normativa nº 04/2009, que, constantemente é alterada, a fim de que os valores das mercadorias sejam modificados, o que entende ser juridicamente inadmissível.

Sustenta que a pauta fiscal, ao estabelecer uma base de cálculo fictícia para ICMS, enseja grave afastamento dos elementos do fato concreto, fazendo com que cada operação comercial/mercantil seja tributada em montante muito superior, ao que efetivamente se teria, a partir da adoção do verdadeiro preço de venda realizado pelos contribuintes em geral,

desrespeitando diretamente à Constituição Federal, uma vez que realiza a majoração do tributo estadual do ICMS-BA, sem ser por meio de lei, forma adequada e unicamente possível para este fim.

Registra ainda, que na hipótese de substituição tributária, a Lei Complementar nº 87/1996 determina que se adote a técnica do regime de valor agregado para fixação da base de cálculo do ICMS, pois leva em consideração dados concretos de cada caso. Em seu art. 8º, II prevê que a base de cálculo do ICMS guardará inexorável vinculação ao valor da operação comercial/mercantil que será praticada na sequência da cadeia econômica regular para as hipóteses legais do ICMS. O que infelizmente e efetivamente não ocorreu nesta improcedente autuação fiscal.

Consoante se infere das disposições contidas nas referidas Leis, afirma que o valor do ICMS a ser recolhido nestes tipos de operações, deverá ter por base o real valor da operação pelo substituto, conforme consignado nas notas fiscais em anexo, com o acréscimo da margem de valor agregado; e jamais valores fixados aleatoriamente pela Administração Pública Fazendária. Comenta que a própria Lei Estadual nº 7.014/1996, artigos 12 e 33, que trata do ICMS enfatiza a devolução do valor que foi apurado a maior por parte da Administração Fazendária.

No caso do auto de Infração, a Autoridade Fiscal da SEFAZ-BA, não aceitou o valor do lucro declarado pelo Contribuinte, unicamente pelo fato do valor declarado não corresponder ao mesmo valor estipulado na pauta fiscal, e o motivo é plausível, o valor apontado na pauta esta muito superior ao valor obtido no lucro da aquisição da mercadoria.

Diz que o regime de pauta fiscal, ora questionado, não foi instituído com base no artigo 148 do CTN, (arbitramento), ou seja, não possui caráter especial e individual em relação ao Contribuinte, mas sim, foi imposto de modo genérico e ilegal, sem que aos substitutos tributários, a exemplo do Contribuinte Defendente, seja atribuída qualquer conduta de má-fé ou prática contrária aos interesses fiscais, nem mesmo tendo sido precedido de anterior processo administrativo com tal propósito. Sobre o tema cita o Professor Eduardo Sabbag.

Ressalta que a possibilidade de arbitramento decorre de presunção relativa, que sempre poderá ser objeto de prova em contrário por parte do contribuinte lesado, destarte, demonstrado equívoco, por meio de documentos de investigação que venham a tornar possível a descoberta da verdade, do real valor apurado com a mercadoria, a referida técnica perde seu objeto. Sobre a matéria, cita o entendimento da jurisprudência, consolidado na Súmula n. 431 do Superior Tribunal de Justiça e pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Deste modo, diz que não há dúvida quanto à atuação equivocada da Administração, que não pode simplesmente arbitrar determinado valor para a cobrança do tributo sem antes fazer uma pesquisa de mercado, ou consultar preços compilados por revistas especializadas, a arbitrariedade demonstrada é vedada pela Constituição Federal, como já explanado acima. Assim, entende como ilegítimo o regime da pauta fiscal a que vem sendo submetido, de modo que se impõe o julgamento administrativo, a fim de que seja consagrado o direito do mesmo em não ser tributada com base em tal regime injusto e ilegal, e, há um só tempo, seja assegurado o seu direito de recolher o tributo do ICMS devido com base de cálculo que melhor represente o valor da mercadoria, qual seja o valor real da operação realizada, com o acréscimo da MVA prevista no Anexo n. 01 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Observa que apresenta competente demonstrativo em forma de planilha de dados e informações, devidamente subscrita por profissional técnico habilitado, seguida dos documentos fiscais inerentes à mesma, a qual comprova, de forma exaustiva, que o tributo, sobre a circulação de mercadorias e serviços, fora efetivamente, recolhido em sua totalidade aos cofres da Fazenda Estadual.

Nota que apresenta no seu levantamento, todas as entradas e saídas apuradas, mês a mês, por nota fiscal de compra, com suas respectivas apurações, e, consequentemente, seus respectivos recolhimentos do ICMS correspondente. Portanto, tudo em perfeita ordem e regularidade fiscal.

Diz que a apuração do ICMS aqui apresentada em demonstrativos relativos aos exercícios autuados, espelham de forma simples e didática o procedimento legal e regular efetuado pela Empresa Defendente.

Afirma que houve competências, tanto do exercício de 2014, quanto do exercício de 2015, que foram realizados recolhimentos a maior, os quais serão oportunamente, reclamados pela Empresa equivocadamente autuada. Assevera que nesta fase administrativa, a prova apresentada é cabal e suficiente, não permitindo, “*data máxima vénia*”, outra conclusão, que não seja o de reconhecer a improcedência dessa autuação fiscal.

Assim, por tudo exposto, fundado nos documentos agora colecionados a peça de defesa entende pela improcedência da presente autuação fiscal, que a Empresa Autuada demonstra à saciedade perante este Conselho de Fazenda Estadual.

Volta a invocar os fundamentos da Súmula nº 431, que tem força vinculante “*erga omnes*” decorrente de lei, conforme art. 927 do Código de Processo Civil, onde o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento quanto a ilegalidade do uso de Pauta Fiscal como base de cálculo do ICMS.

Frisa que as pautas fiscais consistem no arbitramento de preço dito como “médio de mercado”, para a base de cálculo do ICMS, ocorre que há um abismo entre o preço real de operação e o preço tabelado na pauta. Essa diferença acaba por gerar um tributo com alíquotas muito acima ao que está estabelecido em lei, o que é vedado pela Constituição Federal.

Desta forma, com base em todos os argumentos aqui apresentados e documentos juntados a peça de defesa, inclusive documentos relativos a Ação Judicial em curso que trata do objeto central desta autuação fiscal, qual seja pauta fiscal, tornando assim, prejudicado o regular seguimento deste PAF, como matéria Preliminar, sem prejuízo da análise conjunta dos demais argumentos que asseguram a completa improcedência da autuação fiscal atacada, vem a Empresa Autuada requerer que se digne a julgar totalmente improcedente o Auto de Infração e, consequentemente, acolher as razões de defesa/impugnação aqui apresentadas.

Protesta e requer ainda, a este Colegiado – CONSEF, pela produção de todos os meios de provas em direito admitidas, requer também a juntada posterior de novos documentos que julgar necessário.

O Autuante presta informação fiscal fls.386/389. Repete as irregularidades apuradas na ação fiscal. Sintetiza os termos da defesa. Diz que o auto de infração foi lavrado por haver o contribuinte recolhido a menor o ICMS por Antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Explica que se trata de aquisições interestaduais de produtos comestíveis resultantes do abate de gado suíno. Reproduz os dispositivos legais, sob os quais se fundamentou a autuação.

Afirma que a defesa alega, em síntese, que a apuração foi feita de forma totalmente fora e à margem da Lei Estadual e da Lei Complementar que instituiu o ICMS. Disse ainda, que o Autuante não levou em conta que a empresa possui Ação Judicial com liminar em plena vigência, “desrespeitando, assim, o princípio da devida obediência a ordem judicial.

Aduz que é preciso que seja esclarecido que, no curso da fiscalização, em nenhum momento, o contribuinte informou sobre qualquer ação judicial relacionada ao tema em questão, muito menos de ser detentora de liminar nesse sentido.

Assevera que a exigência encontra-se amparada na legislação e, portanto, não procede a acusação da empresa de que a mesma seria ilegal ou abusiva, mas fundamentada nos dispositivos transcritos.

Observa ainda, que o autuado não questiona os valores da planilha, ou seja, os cálculos efetuados, limitando-se a contestar genericamente a legalidade da regra de apuração por meio de pauta fiscal, podendo presumir-se que não há discordância quanto aos valores apurados na

planilha de fls. 10 a 16.

A respeito da legalidade do lançamento, considerando a liminar apresentada, diz que o CTN fala em suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que não se confunde com o direito de lançamento. Reproduz o art. 151. Acrescenta a jurisprudência do CONSEF, como o Acórdão JJF N° 0212- 01/07, que, por sua vez, faz menção a Resolução do STJ.

Lembra que o entendimento, portanto, é de que a liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário até a ocorrência da decisão de mérito ou decisão final, não havendo impedimento para lavratura do Auto de Infração, que objetiva evitar a decadência. Sugere o encaminhamento ao CONSEF, para julgamento.

VOTO

Preliminarmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a comprovação de entrega de todos os documentos ao Autuado. O termo de Intimação se encontra apensado às fls.06/07 do presente PAF e o Termo de Encerramento faz parte do próprio corpo do Auto de Infração fl.02.

Dessa forma, ao contrário do suscitado pelo Autuado, constato que foram atendidos todos os requisitos previstos no artigo 18, além de serem preenchidas as condições determinadas no art. 39 do RPAF/99. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei e foram fornecidos os demonstrativos de débito fls. 10/16, referentes à autuação em discussão, sendo respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, dentro deste específico PAF.

O Auto de Infração em lide é composto de uma única infração, na qual se imputa ao Autuado a exigência de crédito tributário no valor de R\$743.155,64, acrescido da multa de 60%, por ter recolhido a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, nos meses de fevereiro a outubro e dezembro de 2014 e janeiro a outubro de 2015.

A matéria encontra-se no inciso II, § 6º, do art. 23 da Lei nº 7014/96, que a respeito da base de cálculo, nas operações aqui discutidas, assim determina, *in verbis*:

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

§ 6º. A base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de 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;

Nota: A redação atual do § 6º do art. 23 foi dada pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, mantida a redação dos seus incisos, efeitos a partir de 15/12/12.

Por sua vez, é importante registrar as orientações expostas na Instrução Normativa 04/2009 e alterações posteriores, item 4, que estabelece os valores de pauta para os produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino bufalino e suíno.

Consta nos autos, que em momento anterior ao início da ação fiscal, o defendantecorreu à Justiça, impetrando em 20/07/2018, Ação Ordinária com pedido de tutela de urgência, por entender que está indevidamente submetido ao regime tributário de Pauta Fiscal. Nos autos da ação judicial nº 0542141-32.2018.8.05.0001, o juiz deferiu, antes mesmo da Fazenda Estadual se manifestar, o pedido da petição inicial.

Observo que a liminar concedida desde 09/10/2018, assim concluiu: “*Posto isso, concedo a tutela de urgência tão somente para determinar que o Réu analise o pedido de restituição da diferença*

do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária progressiva, nas hipóteses em que a base de cálculo da operação final for inferior à presumida pelo Fisco.”

Embora haja a Decisão retro mencionada, registro que não há impedimento, ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual, em efetuar o lançamento aqui discutido, nos termos do art. 142 do CTN. Significa dizer, que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir que as ocorrências registradas sejam fulminadas pela decadência até a decisão final sobre a matéria.

Ante à impossibilidade de se adentrar ao mérito, ressalto que, conforme disposto no art. 167, I a III, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo, e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o art. 117 do RPAF/BA assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provação desta:

I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;

II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.”

Já os artigos 126 e 127-C, IV do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

...

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais reproduzidos, e da Decisão do Judiciário transcrita anteriormente, escolhida pelo Contribuinte a via judicial considera-se esgotada a instância administrativa, situação na qual, o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a análise do mérito da defesa apresentada, referente ao Auto de Infração nº 087461.0010/19-5, lavrado contra **FRIMON INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, referente a recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$743.155,64, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR