

A. I. N° - 210374.0002/20-3  
AUTUADO - J. B. BRITAGEM LTDA.  
AUTUANTE - GEILSON FELIX DE SOUZA  
ORIGEM - INFACZ CENTRO NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/12/2020

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0234-03/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA.

**a)** OMISSÃO DE RECEITA. **b)** OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Nas operações com produtos extractivos minerais, aplica-se a pauta fiscal, média ponderada de preços praticados no mercado. Infrações comprovadas, de acordo com o levantamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2020, refere-se à exigência de R\$126.213,01 de ICMS, acrescido da multa de 75%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 17.03.12: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – Sem dolo, nos meses de abril de 2016 a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$110.267,62.

Infração 02 – 17.05.01: Falta de recolhimento do ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de abril de 2016 a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$15.945,39.

O autuado apresentou impugnação às fls. 20 a 31 do PAF. Reproduz as infrações e alega que a Pauta Fiscal é um instrumento que as Secretarias da Fazenda dos Estados lançam mão para cobrança do ICMS nos valores indicados em legislação própria, com base na média ponderada de preços praticados no mercado.

Afirma que na maioria dos casos, os valores das pautas fiscais ficam um pouco abaixo do efetivamente praticado e, em casos raros, os valores da Pauta Fiscal ficam evidentemente acima das operações praticadas.

Diz que no caso de suas operações que foram objeto da autuação, é exatamente o último, ou seja, os preços efetivamente praticados são muito abaixo da Pauta Fiscal, como foi constatado pela Fiscalização. Afirma que estamos diante de uma distorção e não uma infração, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) através da Súmula 431, e o enunciado decorre diretamente do princípio da reserva legal a que se acha submetida a definição da base de cálculo de impostos previstos na Constituição Federal, como se depreende do seu art. 146, III, “a”.

Reproduz o art. 97, IV do CTN e diz que a base de cálculo do imposto deve estar definida na lei de regência do respectivo tributo. Daí a legalidade e, também, a constitucionalidade do regime de pauta fiscal, que decorre de ato do Executivo para estipulação da base de cálculo do imposto. Como reforço das alegações defensivas, cita o Acórdão CJF N° 0104-12/07.

Afirma que é totalmente ilegal a cobrança realizada pela autoridade fiscal, sem observar a operação efetiva que é muito abaixo da Pauta Fiscal. Sobre o tema menciona decisão do STF. Diz que a cobrança perpetrada no presente Auto de Infração é totalmente descabida, pois não é crível a cobrança do ICMS tomando-se como base a Pauta Fiscal, claramente extravagante em relação às operações efetivamente acontecidas.

Quanto à infração 01, diz que o autuante apurou falta de utilização da pauta fiscal na venda de produtos extractivos minerais, contrariando o art. 490-A, Inciso VI do RICMS-BA/2012, oferecendo à tributação do Simples Nacional, uma base de cálculo inferior a devida com a aplicação da pauta fiscal.

Ressalta que o levantamento da fiscalização foi realizado no período de 01/01/2015 a 31/12/2019, porém o Auto de Infração levou em consideração o período de abril de 2016 a dezembro de 2018.

Em relação às planilhas anexadas ao Auto de Infração, diz que o autuante fez os cálculos utilizando os seguintes parâmetros:

- a) Receita Bruta Declarada, auferida (regime de competência) em cada mês. Essa receita foi a efetivamente auferida pelo Impugnante.
- b) Diferença de Base de Cálculo utilizando a Pauta Fiscal.
- c) Receita Bruta Total (que seria o somatório da Receita Bruta Declarada com a Receita Bruta considerando a Pauta Fiscal).
- d) Receita Bruta Acumulada dos últimos 12 meses, considerando o somatório do item c, visando identificar a alíquota do ICMS que foi aplicada sobre a suposta receita omitida.
- e) Por fim, aplicou o percentual majorado sobre a Receita Bruta majorada (a Receita Bruta considerada omitida)

Alega que constatou os seguintes equívocos no levantamento realizado pelo autuante:

1. O parâmetro utilizado pela Fiscalização para determinar a Pauta Fiscal, ou pelo menos para determinar a Pauta Fiscal do Auto de Infração é o Quadro 1.7 (Minerais) da Instrução Normativa 004/2009.

Diz que o art. 490-A do RICMS-BA, determina claramente que deve ser utilizada a média de preços praticados no mercado e instituída através da instrução normativa. A média de mercado não é e nunca foi o determinado na Instrução Normativa 004, de 27 de janeiro de 2009.

Alega que o próprio levantamento da fiscalização atesta essa distorção, e a jurisprudência já citada nas razões de defesa sobre a determinação dos valores efetivamente praticados para se fixar o *quantum tributário*.

Diz que efetivamente vendeu R\$1.000,00, porém, pela Pauta Fiscal a receita auferida seria R\$10.000,00. Entende que não há como lançar esse valor no PGDAS, mesmo porque se a empresa fizer um absurdo desses, de oferecer à tributação receita bruta inexistente, ainda teria que recolher tributos e contribuições federais sobre a receita majorada.

2. Na planilha elaborada pela fiscalização, denominada Planilha de Notas Fiscais de Saída, menciona na “Nota” que foi utilizado o fator de conversão obtido de consulta feita a ANM – Agência Nacional de Mineração, anexa ao PAF.

Diz que na planilha em comento, a conversão de Pedra Britada foi de 1,5 Kg/m<sup>3</sup> e na tabela fornecida pela Agência Nacional de Mineração (ANM), o fator é de 1,6 Kg/m<sup>3</sup>, o que altera substancialmente o cálculo do Auto de Infração, pois a base de cálculo está errada. Como os maiores valores são exatamente o de pedra britada, a diferença é gigantesca.

3. Outro detalhe que chama a atenção é a majoração da alíquota do Simples Nacional em razão da majoração artificial da receita bruta pela imposição da Pauta Fiscal. Mais uma distorção que deve ser sanada nesse Auto de Infração.

Sobre a infração 02, entende que o enquadramento para essa infração é descabido, alegando que em nenhum momento deixou de informar no PGDAS as suas receitas, nem as enquadrou em itens como imunes, isentas ou tributadas a valores fixos, como pode ser facilmente constatado nos PGDAS já constantes desse PAF.

Também alega que a Planilha foi elaborada levando-se em consideração as mesmas bases de preparação da Infração 01, que está eivada de inconsistências.

Conclui que está demonstrada a insubsistência do lançamento, requerendo que seja acolhida a impugnação, para desconsiderar os valores do ICMS cobrados na Infração 01, bem como, os valores da Infração 02, e a correspondente atualização monetária e multa de 75%.

O autuante presta informação fiscal às fls. 36 a 38 dos autos. Reproduz os itens do Auto de Infração e faz uma síntese dos argumentos defensivos. Diz que a alegação de que a utilização da Pauta Fiscal é indevida não procede, em face desta gozar de pleno amparo legal pelo artigo 19 inciso II da Lei 7.014/96 que rege o ICMS. Portanto, a utilização da Pauta Fiscal está amparada por Lei.

Quanto ao fator de conversão utilizado na planilha pertinente a este auto de 1,5 ton/m<sup>3</sup> para pedra britada, foi utilizado um valor médio constante na tabela fornecida pela ANM Agência Nacional de Mineração (folha 11 deste processo) onde pode-se constatar que o produto areia também constante na planilha do Auto, tem um fator de conversão inferior a 1,5 ton/m<sup>3</sup> e também foi aplicado a média.

Salienta que este fator de conversão foi impreterivelmente utilizado, pois a Pauta Fiscal (anexo ao CD) tem como unidade de medida m<sup>3</sup>, enquanto que as notas fiscais emitidas pela autuada apresenta unidade de medida toneladas.

Quanto a majoração das alíquotas do Simples Nacional, estas sofreram alterações em função das omissões serem integradas a RBA – Receita Bruta Acumulada de cada mês o que leva a enquadrar em novas alíquotas.

Infração 02: Esclarece que, com o ingresso das receitas omitidas da infração 01 na RBA – Recita Bruta Acumulada, houve um novo enquadramento para às alíquotas aplicadas, alterando assim os valores devidos do ICMS para as receitas declaradas.

Diante das considerações, conclui que foram analisadas as questões levantadas pela defesa, e que submete à apreciação desse Órgão Julgador.

## VOTO

O presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, foram fornecidas ao Autuado cópias dos mencionados demonstrativos, não se identificando qualquer prejuízo ao defendente, considerando que as irregularidades apuradas foram descritas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, alegando inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal, inexistindo motivo para decretar a nulidade do lançamento.

As infrações 01 e 02 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que a caracterização dessas infrações foi efetuada mediante levantamento fiscal relacionado à receita do estabelecimento, na condição de optante pelo Simples Nacional, sendo informado na descrição dos fatos:

*“Deixou de utilizar a pauta fiscal na venda de produtos extractivos minerais, contrariando o art. 490-A, inciso VI do RICMS/12, oferecendo a tributação do Simples Nacional, uma base de cálculo inferior a devida com a aplicação da pauta fiscal. Errou na determinação da alíquota do simples Nacional, em face de apresentar Receita bruta Acumulada menor que a apurada com aplicação da pauta fiscal”.*

Infração 01 – 17.03.12: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – Sem dolo, nos meses de abril de 2016 a dezembro de 2018.

Infração 02 – 17.05.01: Falta de recolhimento do ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de abril de 2016 a dezembro de 2018.

Para melhor entendimento da matéria em análise, vale reproduzir o art. 490-A do RICMS-BA/2012:

Art. 490-A. A pauta fiscal, média ponderada de preços praticados no mercado estabelecida através de instrução normativa do Superintendente de Administração Tributária, será utilizada como base de cálculo do ICMS próprio:

...

VI - nas operações com produtos extractivos minerais, se superior ao valor declarado no documento fiscal, salvo quando comprovado o valor declarado;

O defensor afirmou que os preços efetivamente praticados são muito abaixo da Pauta Fiscal, como foi constatado pela Fiscalização. Apresentou o entendimento de que estamos diante de uma distorção e não uma infração.

Reproduziu o art. 97, IV do CTN, e disse que a base de cálculo do imposto deve estar definida na lei de regência do respectivo tributo. Daí a legalidade e, também, a constitucionalidade do regime de pauta fiscal, que decorre de ato do Executivo para estipulação da base de cálculo do imposto.

Observo que a Pauta Fiscal é utilizada na apuração da base de cálculo do ICMS, de acordo com a média de preços praticados no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação.

O autuante afirmou que não procede a alegação defensiva de que é indevida a utilização da Pauta Fiscal, em face do amparo legal pelo artigo 19, inciso II da Lei 7.014/96 que rege o ICMS. *"in verbis"*

Art. 19. Será adotada como base de cálculo do imposto da operação ou prestação própria, a média de preços usualmente praticados no mercado, cujos valores serão divulgados por ato da Secretaria da Fazenda, desde que não seja inferior ao valor declarado na operação ou prestação:

...

II – nas operações com blocos, tijolos, telhas, manilhas, ladrilhos e outros produtos de uso em construção civil em cuja fabricação seja utilizada como matéria-prima argila ou barro cozido;

Em relação ao questionamento do autuado, quanto à constitucionalidade da Pauta Fiscal, ressalto que, sendo a Pauta Fiscal prevista na legislação deste Estado, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Quanto ao fator de conversão utilizado na planilha pertinente a este auto de 1,5 ton/m<sup>3</sup> para pedra britada, questionado pelo defensor, o autuante esclareceu que foi utilizado um valor médio constante na tabela fornecida pela ANM Agência Nacional de Mineração, (folha 11 deste processo), onde se pode constatar que o produto areia também constante na planilha do Auto, tem um fator de conversão inferior a 1,5 ton/m<sup>3</sup>, e também foi aplicado a média, ou seja, foi aplicado o mesmo fator para as duas mercadorias. O fator de conversão foi utilizado, pois a Pauta Fiscal (anexo ao CD) tem como unidade de medida m<sup>3</sup>, enquanto que as notas fiscais emitidas pela autuada apresenta unidade de medida toneladas.

Sobre a infração 02, o defensor alegou que o enquadramento para essa infração é descabido, e que em nenhum momento deixou de informar no PGDAS as suas receitas, nem as enquadrou em itens como imunes, isentas ou tributadas a valores fixos, como pode ser facilmente constatado nos PGDAS já constantes desse PAF.

Como destacado pelo autuante, com o ingresso das receitas omitidas da infração 01, na RBA – Recita Bruta Acumulada, em decorrência da apuração realizada a partir da Pauta Fiscal, houve um novo enquadramento para às alíquotas aplicadas, alterando assim os valores devidos do ICMS para as receitas declaradas.

O segundo item do Auto de Infração está relacionado ao item 1º. Em virtude disso, os demonstrativos do item 1º são compartilhados com os do item 2º, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 1º também se referem ao item 2º.

O defendant disse que efetivamente vendeu R\$1.000,00, porém, pela Pauta Fiscal a receita auferida seria R\$10.000,00. Afirou que não há como lançar esse valor no PGDAS, mesmo porque se a empresa fizer um absurdo desses, de oferecer à tributação receita bruta inexistente, ainda teria que recolher tributos e contribuições federais sobre essa receita.

Conforme previsto no art. 490-A do RICMS-BA/2012, aplica-se a Pauta Fiscal, se superior ao valor declarado no documento fiscal, salvo quando comprovado o valor declarado. Neste caso, o defendant deveria comprovar que o preço praticado não era inferior à pauta ou à média de preços usualmente praticados no mercado

O regime de apuração do imposto estabelecido no Simples Nacional, leva em consideração no cálculo do valor devido mensalmente, a receita bruta auferida no mês, incidindo sobre esta receita bruta a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei Complementar 123/06. Entretanto, foi constatado que a receita declarada pelo autuado era inferior àquela apurada com a utilização da Pauta Fiscal prevista na legislação tributária deste Estado, por isso, foi apurada a receita correta e calculado o imposto com base nessa receita. Portanto, constata-se que o autuado possui método de apuração da base de cálculo do imposto diferenciado das demais empresas não optantes do Simples Nacional.

No levantamento fiscal, constam os dados relativos ao número da Nota Fiscal, a mercadoria, valor unitário, fator de conversão, pauta fiscal, base de cálculo; e a informação de que foi utilizado fator de conversão obtido em consulta à Agência Nacional de Mineração (cópia à fl. 11 do PAF).

Por fim, o defendant, como reforço das alegações defensivas, citou o Acórdão CJF N° 0104-12/07. Entretanto, o mencionado Acórdão não se refere à matéria tratada neste PAF, considerando que a decisão mencionada consta que houve escolha da via judicial pelo contribuinte, e o Recurso Voluntário foi considerado prejudicado quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário.

Entendo que está caracterizada a infração apontada, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, Mídia à fl. 12 do PAF, tendo sido calculado o débito considerando a condição do Autuado como optante pelo Simples Nacional, e a pauta fiscal prevista na legislação deste Estado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210374.0002/20-3, lavrado contra **J. B. BRITAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$126.213,01**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA