

PROCESSO - A. I. Nº 130610.0023/20-0
RECORRENTE - PEDREIRAS BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0101-03/21-VD
ORIGEM - SAT/DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0101-11/22-VD

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas operações com produtos extrativos minerais, somente se aplica a pauta fiscal, média ponderada de preços praticados no mercado na hipótese de contribuinte não equiparado a indústria ou comerciante. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0101-03/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/10/2020, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$31.820,02 pelo cometimento de 04 infrações no período de Janeiro a Dezembro/2015, sendo objeto do recurso tão somente a imputação 2:

***Infração 02 – 03.02.05:** Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de outubro a dezembro de 2015. Saídas para não contribuintes, sem comprovação do valor declarado (Art. 490-A, Inciso VI do RICMS-BA/2012). Valor do débito: R\$26.858,08. Multa de 60%.*

O autuado apresentou impugnação (Fls. 37 a 49), informação fiscal prestada pelo autuante (Fl. 53), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JJF que após análise julgou Procedente em Parte, nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência/perícia, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência/perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência da utilização de crédito presumido com vedação de créditos do imposto relativos à aquisição ou entrada real ou simbólica de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido, nos meses de outubro a dezembro de 2015. Estorno de créditos inferiores à soma do crédito fiscal pelas entradas e CIAP sem hipótese de manutenção.

O defendente alegou que houve equívoco do Autuante ao desprezar que a vedação só se aplica à proporcionalidade das operações internas, pois, no caso de operações de vendas interestaduais, o contribuinte não usufrui de qualquer redução de base de cálculo, justamente por ser inaplicável o regime de crédito presumido sobre as vendas interestaduais. Nesses casos, a tributação de ICMS é normal, sem qualquer redução de base de cálculo.

Citou o art. 312, § 4º do RICMS-BA/2012. De acordo com a Planilha de Apuração do ICMS (Doc. 04), no mês 10/2015, o percentual de crédito fiscal utilizado limitou-se a 3,72%, no mês 11/2015 o crédito fiscal limitou-se ao percentual de 2,08%, enquanto em dezembro de 2015 o percentual do crédito fiscal foi de 1,16%. Elabora quadro resumo às fls. 39/40 do PAF, indicando o total do crédito estornado em cada mês (outubro a dezembro

de 2015).

O art. 312 do RICMS-BA/2012 estabelece regras para o sujeito passivo efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado, e as hipóteses de manutenção desse crédito, inclusive de forma proporcional, conforme previsto no seu § 4º:

RICMS-BA/2012

Art. 312

...

§ 4º Tendo o contribuinte empregado mercadorias ou serviços na comercialização, fabricação, produção, extração, geração ou prestação, conforme o caso, de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas ou prestações sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, o estorno do crédito será efetuado de forma proporcional, relativamente às mercadorias, materiais de embalagem, insumos ou serviços empregados nos produtos ou serviços não tributados.

Na informação fiscal, o autuante destacou que a discussão reside no fato de o Impugnante ter alegado que a utilização do crédito fiscal no valor de R\$655,43, registrado na sua EFD, decorre de proporcionalidade entre as operações de saídas para o Estado, com redução da base de cálculo, e interestaduais (não alcançadas pelo estorno). Reconheceu que razão assiste ao Autuado, e que não foi observado no levantamento fiscal a questão das saídas interestaduais.

Observe que restou comprovado que houve utilização do crédito proporcional às operações de saídas interestaduais, fato reconhecido pelo autuante. Dessa forma, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, constato que não mais existe lide. Infração insubsistente.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de outubro a dezembro de 2015. Saídas para não contribuintes, sem comprovação do valor declarado (Art. 490-A, Inciso VI do RICMS-BA/2012).

O defendente contestou a aplicação da Pauta Fiscal afirmando que o seu cabimento é restrito às operações próprias de produtos agropecuários e extrativos, efetuadas por produtor ou extrator não equiparados a comerciante ou industrial ou por pessoa não inscrita no Cadastro Estadual, características incompatíveis com o estabelecimento autuado, que realiza atividades da indústria e comércio, bem como é inscrito no Cadastro Estadual sob o nº 070.729.405.

Disse que o seu cadastro no CNPJ é de empresa que tem como atividade principal a extração de granito e beneficiamento associado e como atividades secundárias, mas não menos volumosas, a extração de minerais não metálicos e a preparação de massa de concreto e argamassa para construção. Concentra suas atividades na exploração e beneficiamento do minério pedra britada empregado sobretudo na concretagem, atividades que o qualificam como uma indústria e comércio da construção civil.

Afirmou que na tributação por pauta, ocorre basicamente a troca da base de cálculo real de determinado produto ou operação, por outra ficta definida pelo órgão fazendário em legislação própria. Mencionou o art. 97, IV do CTN e alegou que a ilegalidade e a inconstitucionalidade do regime de pauta fiscal, que decorre de ato do Executivo para estipulação da base de cálculo do imposto.

O Autuante afirmou que a alegação defensiva é no sentido de que a Pauta Fiscal prevista na IN nº 04/2009 não se aplica às suas operações, mas tão somente “às operações próprias de produtos agropecuários e extrativos, efetuadas por produtor ou extrator...”, mas a ação fiscal obedeceu rigorosamente ao que prescreve a referida IN nº 04/2009.

Constato que a autuação fiscal foi realizada em razão de o Autuado não ter utilizado a pauta fiscal na venda de produtos extrativos minerais, contrariando o art. 490-A, inciso VI do RICMS/12, oferecendo a tributação uma base de cálculo inferior a devida com a aplicação da pauta fiscal.

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 extrativos minerais, se superior ao valor declarado no documento fiscal, salvo quando comprovado o valor declarado;

Observe 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.

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 inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99,

aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

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, a comprovação que o defendente deve apresentar não é apenas a cópia da nota fiscal por ele emitida, mas comprovar que o preço praticado não era inferior à pauta ou à média de preços usualmente praticados no mercado, o que não se constatou no presente processo.

Entendo que está caracterizada a infração apontada, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, tendo sido calculado o débito considerando a pauta fiscal prevista na legislação deste Estado.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a maio, julho a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$4.166,51.

A legislação prevê a aplicação de multa, de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal (art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96).

O Autuado disse que já providenciou o pagamento correspondente ao valor histórico de R\$2.963,93, alegando que parte das notas fiscais autuadas, além de estar devidamente contabilizada, também foi escriturada nos seus Registros de Entradas, conforme apontado na planilha anexa (Doc. 06) em cotejo com o Registro de Entradas (Doc. 07 – CD).

O Autuante informou que o Defendente comprovou o registro de parte das Notas Fiscais relacionadas e que reconhece a procedência do imposto no valor de R\$2.963,93. Dessa forma, as conclusões do autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pela defesa. Em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados na sua escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, subsiste parcialmente a exigência fiscal deste item do presente lançamento

Mantida parcialmente a exigência fiscal, no valor de R\$2.963,93, conforme quadro abaixo, considerando a exclusão das notas fiscais comprovadas, acatadas pelo Autuante:

Infração 04: Escrituração de livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares. Multa de R\$140,00.

De acordo com as razões de defesa, o Autuado não impugnou esta infração, tendo informado que constatou a pertinência da integralidade do débito exigido nesta Infração, no valor histórico de R\$140,00, valor esse que foi quitado antes do encerramento do prazo para impugnação. Dessa forma considero esta infração subsistente, tendo em vista que não há lide a ser decidida.

Por fim, o defendente solicita que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas ao Representante legal do Autuado, Dra. Patrícia Didoné, OAB-BA 16.528.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e a representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO	MULTA
01	IMPROCEDENTE		
02	PROCEDENTE	26.858,08	
03	PROCEDENTE EM PARTE		2.963,93
04	PROCEDENTE		140,00
T O T A L	-	26.858,08	3.103,93

Inconformado com a Procedência Parcial do Auto, que fora reduzido para R\$26.962,01, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 138 a 145) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados, em relação a infração 02.

Inicialmente alega que os ilustres julgadores de piso, ao decidirem sobre a questão a infração 02, pelo recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto de mercadorias regularmente escrituradas, complementaram que a apuração ocorreu em desacordo com o previsto no Art. 490-A, inciso VI do Decreto nº 13.780/12, nas saídas para não contribuintes, sem comprovação do valor declarado.

O art. 490-A do RICMS/BA, diz que a pauta fiscal, média ponderada de preços praticados no mercado estabelecida através de instrução normativa do Superintendente de Administração de Tributária, será utilizada como base de cálculo do ICMS próprio nas operações com produtos extrativos minerais, se superior ao valor declarado no documento fiscal, salvo quando

comprovado o valor declarado.

Nesse sentido, a Instrução Normativa nº 04/2009 se trata de norma estadual que regula a pauta fiscal para produtos específicos, nas operações efetuadas por extrator.

Ou seja, vê-se claramente que a empresa foi autuada para cobrar ICMS tendo como base de cálculo valores fixados em PAUTA FISCAL, desprezando completamente as bases de cálculos incorridas concretamente, quais sejam os valores correspondentes às operações de vendas, devidamente declarados em suas correspondentes notas fiscais.

Alega que de acordo com o que se verifica na Instrução Normativa nº 04/2009 acima citada, o seu cabimento é restrito às operações próprias de produtos agropecuários e extrativos, efetuadas por produtor ou extrator não equiparados a comerciante ou industrial ou por pessoa não inscrita no Cadastro Estadual, características incompatíveis com a Recorrente, que realiza atividades da indústria e comércio, bem como é inscrita no Cadastro Estadual sob nº 070.729.405, logo não preenche sequer a hipótese legal para uso da pauta fiscal.

Diz que a Recorrente é empresa que tem como atividade principal a extração de granito e beneficiamento associado e como atividades secundárias, mas não mesmo volumosas, a extração de minerais não metálicos e a preparação de massa de concreto e argamassa para construção, concentrando suas atividades na exploração e beneficiamento do minério pedra britada empregado sobretudo na concretagem, atividades que a qualificam como uma indústria e comércio da construção civil, características que afastam a aplicação da IN 04/2009 e, portanto, a aplicação da pauta fiscal.

Noutro giro, não se pode permitir a exigência de tributação de acordo com valores arbitrados em pauta fiscal, desprezando-se a ocorrência de operações que comprovadamente declaram valores distintos de base de cálculo do ICMS.

E, considerando que o art. 97, IV, do CTN dispõe que “*somente a lei pode estabelecer a fixação da alíquota do tributo e da sua **base de cálculo***”, essa última deve estar definida na lei de regência do respectivo tributo. Daí a ilegalidade e, também, a inconstitucionalidade do regime de pauta fiscal, que decorre de ato do Executivo para estipulação da base de cálculo do imposto.

Diz que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), guardião da legalidade, há muito editou a **Súmula nº 431** com o seguinte enunciado: *É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.*

Considerando este entendimento já pacificado dispõe ser ilegal a adoção de pauta fiscal sem a ocorrência do disposto no artigo 148 do CTN, que dispõe que quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Note-se que o próprio art. 490-A, inciso VI do RICMS/BA orienta não se aplicar a pauta fiscal quando o contribuinte comprova o valor declarado. Para comprovar a licitude e correição da base de cálculo utilizada por esta Recorrente, a empresa acostou com a Impugnação cópia das notas fiscais, a título exemplificativo, emitidas que retratam os valores declarados das operações que compõe a alegada infração recorrida, resultando em sua evidente improcedência.

Reitera-se, que o tema abordado encontra pacífico entendimento nas mais altas Cortes Judiciais, o que reforça não sendo razoável, nem eficiente que o Estado perpetue tão indevida autuação.

Por todo o exposto, alega ser indevida a aplicação da pauta fiscal, seja porque a legislação sequer se aplica às qualificações da Recorrente, seja porque tributou corretamente suas operações considerando os reais e concretos valores recebidos e declarados pela saída das mercadorias, de modo que não podia o Sr. Agente Fiscal ignorar os valores declarados nos documentos fiscais e autuar com base em pauta fiscal, razão pela qual a presente autuação deve ser julgada improcedente.

Com base nos fundamentos e fatos apresentados, a ora Recorrente, requer a este Egrégio

Conselho, que seja a dado provimento ao presente Recurso Voluntário para seja reconhecida a improcedência da infração 02, nos termos da Súmula nº 431 do STJ que veda a utilização do referido regime da Instrução Normativa Estadual de nº 04/2009.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0101-03/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/10/2020, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exigia o valor histórico de R\$31.820,02 pelo cometimento de 04 infrações no período de Janeiro a Dezembro/2015, sendo que somente a infração 02 é objeto do presente recurso.

A Infração 02 fora inicialmente lavrada para cobrança do recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de outubro a dezembro de 2015, nas saídas para não contribuintes, sem comprovação do valor declarado com base no Art. 490-A, Inciso VI do RICMS-BA/2012 no valor de R\$26.858,08 acrescida de multa de 60% nos termos do Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em suas razões, a Recorrente defende que a aplicação da Pauta Fiscal é cabível apenas às operações próprias de produtos agropecuários e extrativos, efetuadas por produtor ou extrator não equiparados a comerciante ou industrial ou por pessoa não inscrita no Cadastro Estadual, que não é o seu caso, visto que é contribuinte inscrito no Cadastro Estadual sob o nº 070.729.405 e realiza atividades da indústria e comércio e que atua com a extração de granito e beneficiamento associado e como atividades secundárias, mas não menos volumosas, a extração de minerais não metálicos e a preparação de massa de concreto e argamassa para construção. Concentra suas atividades na exploração e beneficiamento do minério pedra britada empregado sobretudo na concretagem, atividades que o qualificam como uma indústria e comércio da construção civil.

Mister se faz analisar o disposto no Artigo que fundamentou a autuação, o Art. 490-A, inciso VI do RICMS/BA que trata de operações com pauta fiscal.

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 extrativos minerais, se superior ao valor declarado no documento fiscal, salvo quando comprovado o valor declarado; (grifos nossos)

Em análise ao disposto acima citado, verifica-se que a pauta deverá ser aplicada quando o valor constante no documento fiscal, for inferior ao valor de pauta, exigindo-se a comprovação do valor declarado para que referida pauta não seja aplicada.

O Regulamento por sua vez, não diz como deve ser comprovado o valor declarado. Seria este valor comprovado através de transações bancárias/contábeis comprovando o efetivo valor da operação (pagamento) que poderia ter sido trazido pela empresa? Ou seria a comprovação realizada através do comparativo com outras operações realizadas pela recorrente que poderia ter sido trazido à baila pela autuação? Não resta claro de que forma se comprova estes valores.

De acordo com o que se verifica com a Instrução Normativa nº 04/2009, o seu cabimento é restrito às operações próprias de produtos agropecuários e extrativos, efetuadas por produtor ou extrator não equiparados a comerciante ou industrial ou por pessoa não inscrita no Cadastro Estadual. De acordo com o cadastro constante no sistema da SEFAZ Bahia a empresa está como unidade produtiva, conforme consulta realizada no www.sefaz.ba.gov.br em 06/04/2022.

Diante de todo o exposto, entendo que não se aplica às qualificações da Recorrente à referida Instrução, devendo ser considerado os valores declarados nos documentos fiscais, razão pela qual a presente autuação deve ser julgada Improcedente. Ficando o Auto de Infração Procedente em Parte com relação as demais infrações.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	MULTA
01	IMPROCEDENTE	
02	IMPROCEDENTE/PROVIDO	
03	PROCEDENTE EM PARTE	2.963,93
04	PROCEDENTE	140,00
TOTAL	-	3.103,93

No que tange legalidade da Pauta Fiscal, questionada pela Recorrente, e considerando que a Pauta Fiscal está prevista na legislação do Estado da Bahia, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para tornar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor da multa por descumprimento de obrigação acessória em R\$3.103,93.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130610.0023/20-0**, lavrado contra **PEDREIRAS BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$3.103,93** previstas no art. 42, incisos IX e XVIII, “b” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de Abril de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS