

**PROCESSO** - A.I. Nº 206902.0006/01-0  
**RECORRENTE** - GRANDE LAGO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão JJF nº 2011/01  
**ORIGEM** - INFAZ PAULO AFONSO  
**INTERNET** - 15.02.02

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0020-11/02

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. Rejeitadas a preliminar de nulidade e a solicitação de diligência. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Razões recursais insuficientes para alterar o julgado. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/05/01, cobra ICMS no valor total de R\$ 8.207,08 em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 450,66, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS.
2. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 7.101,31, em virtude de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.
3. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 654,11, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Refere-se às Notas Fiscais de Saídas de nºs 47 e 65.

O autuado apresentou defesa tempestiva suscitando, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do amplo direito de defesa e por inobservância ao princípio do contraditório. Assevera que os dispositivos legais mencionados pelo autuante não se aplicam ao fato descrito no lançamento. Diz que os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração são imprestáveis para a constituição do crédito tributário. Alega que falta a caracterização da irregularidade detectada.

No mérito, acerca da infração 2, o autuado afirma que o auditor fiscal não observou que o artigo 73, § 2º, “c” [do RICMS-BA/97] prevê que, nas operações com sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais, o imposto será sempre lançado pela pauta fiscal. Aduz que a “brita” é considerada como um fragmento de pedra. Para embasar sua alegação, transcreve uma definição do substantivo “brita” e o artigo 73 do RICMS-BA/97.

O defendente afirma que o valor do frete integra o preço da mercadoria e já estava contemplado pela pauta fiscal para fins de apuração do imposto devido.

Com relação à alíquota cabível nas operações interestaduais, o autuado diz que o Auto de Infração não discrimina quais as operações que foram realizadas por consumidores finais e por construtoras não inscritas. Aduz que a expressão “construtora não inscrita”, utilizada pelo autuante, é um reconhecimento de que a operação não foi destinada a consumidor final, e sim a contribuinte não inscrito no seu Estado de origem. Alega que o seu procedimento, ao aplicar a alíquota interestadual nas vendas para contribuintes não inscritos, foi correto. Transcreve ementa do Parecer GECOT nº 1717/97, cuja cópia diz ter anexado aos autos, para embasar sua alegação.

A peça defensiva é encerrada, solicitando que o Auto de Infração seja declarado nulo ou, caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade, venha o mesmo a ser julgado improcedente. Por fim, protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive perícia técnica.

Na informação fiscal, o autuante salienta que o defendente não comprovou o recolhimento dos valores pertinentes às infrações 1 e 3.

Com relação à infração 2, o auditor fiscal afirma que o fato dos adquirentes serem “construtoras não inscritas” não invalida a autuação. Frisa que, nas operações com construtoras inscritas no regime especial ou desobrigadas de inscrição cadastral, o emitente das notas fiscais fica obrigado a aplicar a alíquota de 17%, uma vez que as construtoras não recolhem o complemento de alíquota para o Estado de origem.

O autuante alega que o contribuinte não incluiu na base de cálculo do imposto, em muitas notas fiscais, o valor do frete que ocorreu por sua conta, uma vez que foi, por ele próprio, declarado nos documentos fiscais.

Explica o auditor fiscal que o *caput* do artigo 73 do RICMS-BA/97 prevê que será aplicada a pauta fiscal quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado, ou quando for difícil a apuração do real valor da operação. Porém, nas operações em tela, os valores das vendas foram declarados pelo autuado nas notas fiscais e eram reais e idênticos aos das vendas.

Segundo o autuante, o vocábulo “fragmento”, conforme utilizado no art. 73, § 2º, I, “c”, do RICMS-BA/97, é referente à parte desperdiçada que se desintegra do produto final em elaboração e que passa a ser utilizada, possuindo um valor econômico relativamente baixo. Assevera que é nesses casos que se utiliza a pauta fiscal. Quanto à “pedra britada” (brita zero, brita três oitavos, brita um, etc.), diz que não se trata mais de simples “fragmento”, mas de um produto final novo, que se obtém com a gradação mecânica do seu tamanho e que empregado na construção civil. Conclui afirmando que a “brita” não é considerada “fragmento” para efeito de aplicação da pauta fiscal.

A 4ª JJF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Inicialmente, analisando a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, constato que a descrição dos fatos, no Auto de Infração em lide, é satisfatória, deixando evidente o enquadramento legal, o qual está corretamente indicado na peça vestibular. Mesmo que houvesse erros na indicação dos dispositivos regulamentares infringidos, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, esses equívocos não implicariam nulidade do lançamento, pois a descrição dos fatos evidencia o enquadramento legal.

Os demonstrativos que acompanham o presente Auto de Infração – Anexo 1 (fls. 67 a 79) e Anexo 2 (fl. 11) – mostram as irregularidades detectadas pelo autuante. Conforme recibo, à fl. 4 dos autos, foram entregues cópias dos referidos Anexos ao autuado. Nesses demonstrativos, são citados todos os elementos necessários para a caracterização da acusação e para o exercício do amplo direito de defesa do autuado, tais como: datas, saldos credores de períodos anteriores,

créditos pelas entradas, débitos pelas saídas, saldos, imposto recolhido, imposto a recolher, cada uma das notas fiscais arroladas na auditoria, produto, unidade da federação, se os adquirentes eram inscritos ou não, quantidade, preço unitários, preços totais, valor da pauta fiscal, alíquota, imposto que foi debitado, diferença a recolher, etc.

Dessa forma, não acato a preliminar de nulidade suscitada, pois: não ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa; foi garantido ao autuado o contraditório; os demonstrativos elaborados são satisfatórios; a capitulação legal dos fatos está correta; e, o lançamento contém elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Com relação ao pedido de diligência fiscal, observo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção. Assim, com fulcro no artigo 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido formulado pelo autuado.

Entrando no mérito da lide, verifico que o autuado não se defendeu das infrações 1 e 3, o que entendo como reconhecimento, tácito, dessas acusações, as quais estão perfeitamente caracterizadas e são procedentes.

Relativamente à infração 2, da análise das peças e comprovações que integram os autos, constato que o autuado, efetivamente, recolheu ICMS a menos em razão de erro na determinação do montante da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme comprovam o Anexo 1 (fls. 67 a 79) e as fotocópias dos livros e documentos fiscais.

Não acato o argumento defensivo de que, nas saídas de “brita”, o imposto deve ser apurado com base na pauta fiscal. No meu entendimento, a “brita” não se enquadra no disposto no artigo 73, § 2º, I, “c”, do RICMS-BA/97, o qual versa sobre subprodutos ou restos de produtos que já foram utilizados e que, geralmente, possuem pequeno valor econômico em relação ao produto que lhe deu origem. A “brita”, como bem esclareceu o autuante na informação fiscal, é “um produto final requerido pelo mercado consumidor da construção civil”.

O valor do frete, quando o transporte é efetuado pelo próprio vendedor e é cobrado em separado, integra a base de cálculo do imposto, conforme prevê o art. 54, I, “b”, do RICMS-BA/97. Não procede o argumento defensivo de que o valor do frete está incluído na pauta fiscal, pois, segundo o artigo 73, § 2º, IV, do RICMS-BA/97, tal valor não está incluído nos preços das mercadorias constantes em pauta fiscal, se a pauta fiscal fosse empregada nessas operações.

Na operação em que o destinatário da mercadoria esteja localizado em outra unidade da Federação e não seja contribuinte do imposto, o artigo 50, I, “b”, do RICMS-BA/97 diz claramente que a alíquota é de 17%. Dessa forma, mesmo que o Parecer citado pelo autuado dispusesse de outra maneira, ele não poderia modificar o disposto no RICMS-BA/97, por uma questão de hierarquia das normas tributárias.

Não acato o argumento defensivo de que o autuante não especificou quais as operações foram destinadas a consumidores finais e quais foram destinadas a construtoras não inscritas, pois o demonstrativo de fls. 67 a 77 especifica a situação dos destinatários, caracterizando-os como consumidores, e outros como não inscritos, mas também não contribuintes, a exemplo de empresas de construção civil. Ademais, o auditor fiscal anexou, aos autos, fotocópia de cada uma das notas fiscais que foram arroladas na autuação.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 2011-04/01 ao autuado.

Discorda do entendimento esposado pela 4ª JF e em especial a infração 2, pois foi desconsiderada norma legal prevista na alínea “c” do inciso I, do § 2º do artigo 73 do RICMS/BA, que prevê a apuração do imposto devido com base na pauta fiscal para mercadorias que sejam ‘fragmentos’, como no caso da brita, sob a alegação que a mesma seria um produto final requerido pelo mercado consumidor da construção civil.

Afirma que a brita como mercadoria não pode ser considerada um produto final, e sim produto intermediário empregado na fabricação do concreto, este sim produto final empregado na construção civil.

Discerne sobre o voto do Relator contrariando no seu entendimento os princípios da legalidade e literalidade.

Transcreve o artigo 73, I, “c”, do RICMS/BA para consubstanciar o seu entendimento quanto ao tratamento tributário inerente as operações com fragmentos (brita).

Pede o Provimento do Recurso para que seja considerado IMPROCEDENTE o Auto de Infração, pois está alicerçado em total desamparo e contradição a nossa legislação tributária.

A PROFAZ analisa as razões recursais, afirma que o recorrente repete os mesmos argumentos já apresentados anteriormente, não encontra razões capazes de provocar uma revisão fiscal, fundamenta que o produto brita objeto da autuação constitui produto final, e opina pelo IMPROVIMENTO do Recurso.

#### **VOTO**

Neste Recurso Voluntário o recorrente contesta exclusivamente a Infração nº 2, inerente a operações com brita considerada como produto e não como fragmento.

Entendo como a PROFAZ que os argumentos recursais já foram apreciados pelo julgamento recorrido, e que o entendimento apresentado sobre fragmentos deveria estar consubstanciado em laudo técnico específico reconhecido pela SEFAZ/BA, ou entendimento da própria SEFAZ em relação a estas operações.

Sem elementos legais para alterar as razões do julgamento recorrido, adoto o Parecer nº 1076/01 da PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206902.0006/01-0, lavrado contra **GRANDE LAGO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.207,08**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.552,97 e 70% sobre R\$654,11, prevista no art. 42, II, “a”, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA JOSÉ R. COELHO LINS DE ANDRADE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ