

SAA. I. Nº - 269278.0102/10-0  
AUTUADO - TRÊS IRMÃOS GRANITOS EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO  
AUTUANTE - SILVIO CHIAROT DE SOUZA  
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 08.06.2011

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0134-02/11

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO AUTUADO. Comprovado nos autos que a mercadoria não entrou no estabelecimento autuado, havendo apenas a remessa da nota fiscal. Infração caracterizada. 2. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À PREVISTA. Nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, conforme definido na legislação tributária em vigor: custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE VENDA. EXTRAVIO. MULTA. Infração caracterizada. Não acolhidas as alegações de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2010, para exigir ICMS e aplicar multa no valor histórico de R\$246.593,98, decorrente de:

INFRAÇÃO 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$5.102,82, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Consta da imputação que, através da Nota Fiscal nº 1912, emitida em 28/11/2005, a matriz no Espírito Santo, destinatária das transferências, procede a uma devolução simbólica referente às Notas Fiscais 197 a 200, emitidas pela filial extratora na Bahia, a autuada, para reclassificação do granito enviado através das referidas notas. Esta operação não tem amparo legal e, sobretudo, não se completa pela emissão de outra nota de saída que anularia o crédito escriturado em função da referida operação.

INFRAÇÃO 02 – Efetuou saídas de produtos em transferências para estabelecimento situado em outra unidade da federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produto. Consta da imputação que o contribuinte, no livro RAICMS, não se creditou da maior parte dos insumos utilizados no processo de extração. Por outro lado, não foi computado o preço da mão de obra empregada na produção, porquanto não apresentado pelo contribuinte. ICMS devido no valor de R\$ 241.241,16.

INFRAÇÃO 03 – Multa no valor de R\$ 250,00 por ter extraviado documentos fiscais, notas fiscais modelo 01 de nº 151 a 200 relativa ao exercício de 2005.

Consta no campo “Descrição dos fatos”, de forma resumida, que o contribuinte é filial extratora de empresa industrial e exportadora no Espírito Santo para onde transfere sua produção – blocos de pedra de granito – utilizando como base de cálculo a pauta fiscal, contrariando frontalmente o disposto no artigo 56, Inciso V, alínea “b”, do RICMS/BA. Observa que o artigo 73, parágrafo 2º, do RICMS/BA, restringe a utilização de pauta fiscal ao contribuinte não equiparado a comerciante

ou industrial, assim como em operações interestaduais apenas quando reguladas por convênio ou protocolo entre os estados envolvidos. A autuada, como filial de exportadora inscrita neste Estado, não tem a condição exigida pelo artigo 38, Inciso I, do RICMS/BA, para adotar a pauta como base de cálculo.

O autuado às folhas 1.542 a 1.551 ao impugnar o lançamento tributário, mediante advogado habilitado, preliminarmente argüiu nulidade alegando que, aos 26 de Novembro, recebeu de forma não convencional e irregular através de terceira pessoa não conhecida dos quadros funcionais da empresa, mandatário ou procurador, o Auto de Infração ora em lide, entendendo não ter havido regular notificação. A pessoa notificada, o Sr. Gilberto Ferreira Luna, seria alheia às atividades da empresa e, portanto, não habilitada para tal formalidade.

Como segunda causa de nulidade, frisa que o Auto de Infração é eivado de vício de preenchimento, citando por exemplo, o número do CNPJ da empresa, bem como o endereço correto da filial autuada. Assevera ter o documento produzido o seguinte endereço: Rua Siqueira Campos, 540, apto. 1201, Ed. Portal das Arvore, Vitória da Conquista/BA; e isto seria incompatível com a fiscalização “in loco” afirmada pela fiscalização, que tem sua filial na mesma cidade no endereço da Fazenda Santa Luzia, S/N, Zona Rural, Anagé/BA. Questiona se a fiscalização teria estado no estabelecimento da empresa, ou na casa do Sr. Gilberto Ferreira Luna para realizar a auditoria.

Frisa que a fiscalização não teria se dado na forma descrita, como também teria restringido seu direito a acompanhar os trabalhos realizados, o que se constituiria em cerceamento da defesa, e ainda nela não haveria a identificação correta da autuada no endereço e no cadastro federal, pois seu CNPJ não teria o número de controle 05, mas 08. Portanto, não vê as formalidades necessárias cumpridas para a produção dos efeitos jurídicos a que se destina.

No mérito, em relação a infração 01, esclarece que foi feita a transferência de material da filial para matriz, mediante Notas Fiscais nºs 197 a 200, sendo feita uma devolução simbólica deste material pela matriz através da Nota Fiscal nº 1912. Aduz que a devolução ocorreu devido a um erro na qualificação do material, pois foi transferido bloco de granito ornamental azul e o correto era bloco de granito ornamental verde. Afirma que a filial do Estado da Bahia agiu de forma correta, enviando a nota fiscal de transferência nº 203, fato que não foi observado pela fiscalização.

Quanto a infração 02, entende que houve uma confusão do autuante entre valor de custo e valor de pauta. Afirma que, embora o autuante alegue ser de fácil constatação, o cálculo produzido lhe seria de difícil compreensão e muitas vezes mal utilizado seu sistema de contagem e apuração adequada e devida.

Reconhece que sua contabilidade necessita ser mais precisa.

Discorda do custo de produção encontrado pela fiscalização para atribuição do valor de transferência do produto acabado (bloco de granito), haja vista que o autuado tem todo um gasto com a limpeza da rocha, devendo esse gasto fazer parte do referido custo.

No tocante a infração 03 aduz que não deixou de apresentar o bloco de notas descrito no auto, a fiscalização é que não intimou de forma devida para apresentar o citado documento fiscal, pois o fiscal esteve em local diverso do qual estava o documento.

O autuante, fls. 1.571 a 1.576, ao prestar a informação fiscal, salienta que a defesa tem caráter meramente protelatório e não adentra ao mérito do levantamento produzido na profundidade necessária.

Esclarece que o estabelecimento da autuada está localizado na zona rural, sendo o local de difícil acesso, acrescido do fato de na oportunidade da fiscalização suas atividades estarem suspensas. Buscou contato pelo telefone, obtendo êxito apenas da primeira vez quando teve uma conversa inicial, mas depois deste primeiro contato, não conseguiu mais resposta neste número, que não atendia. Diante deste transtorno inicial, identificou no dossiê da empresa como responsável o Sr.

GILBERTO FERREIRA LUNA, fls. 1.577, 1.577v e 1.578, proprietário da Construtora ECOSANE na cidade de Vitória de Conquista e, segundo informações colhidas, atuante no ramo de mineração. Este demonstrou profundo conhecimento do ramo, esclarecendo sobre detalhes técnicos como a profundidade da escavação, o que tornava o processo extremamente caro; a qualidade do granito azul extraído responsável pelo renome internacional da mineradora e que já operava no vermelho em função de sua dificuldade de extração após anos de operação, mas que continuava em virtude da propaganda que este produto representava, ou seja, porque sua marca se consolidou através deste granito.

Assevera que teve dois contatos: no primeiro o Sr. Gilberto negou ser responsável pelo empreendimento conforme constava do cadastro da SEFAZ; já no segundo se mostrou extremamente inteirado e conhecedor. Neste segundo momento, o Sr. Gilberto esteve junto com o contador da empresa o Sr. Marcos Aroldo Dantas Costa, conforme autorização do sócio Sr. Edimar à folha 07 dos autos, nesta Inspetoria de Vitória da Conquista e discutiram o levantamento que estava sendo realizado. Portanto, o Sr. Gilberto, de fato, apresentou-se como procurador da empresa, o que é confirmado de direito através de cópia do dossiê juntada. No entanto, a autuada não o reconhece como preposto, mas o Sr. Marcos contador é reconhecido como tal no documento juntado à folha 07 dos autos, sendo ele que recebeu a intimação, como contador, tendo acompanhado a fiscalização porque autorizado pelo proprietário. Entretanto, depois de concluído o trabalho e a ele apresentado, furtou-se a tomar ciência da autuação.

Do exposto, a repartição remeteu a notificação para o endereço da autuada na Fazenda Santa Luzia em Anagé/BA. Não obtendo êxito, recorreu ao Sr. Gilberto que consta no cadastro como responsável. Alega o autuante que ele não foi ali colocado por iniciativa de preposto da fazenda, mas por desejo e intenção próprias dele e do proprietário que ora o desabona em seu interesse de tumultuar o processo. Trata-se de autêntica deslealdade processual: é evidente o objetivo do argumento, contrariando frontalmente a vedação disposta no Artigo 18, §2º, do RPAF, pois além do que foi mencionado relativamente ao responsável, o procedimento foi acompanhado pelo contador da empresa conforme expressamente autorizado, fl. 07. Este apenas recusou-se a assinar, o que já seria suficiente para a finalidade, pois sua recusa é a recusa do próprio outorgante. Tanto o argumento é falacioso que todo o conteúdo do procedimento chegou às mãos da autuada em tempo hábil para apresentação de sua defesa.

Quanto ao argumento defensivo de erro na caracterização da autuada, posto ter havido erro nos dois últimos dígitos do CNPJ com troca do final 08 por 05 e também no endereço do estabelecimento que não seria na Rua Siqueira Campos, 540. Aduz que estes argumentos fogem à compreensão de qualquer pessoa alfabetizada, pois os dados do contribuinte na página inicial têm como CNPJ o número 36.005.437/0004-08 e o endereço Fazenda Santa Luzia conforme consta no cadastro.

Ressalta que juntou cópia do dossiê da autuada em que o Sr. Gilberto figura como representante legal, mas não reabriu o prazo de 10 dias para a manifestação da defesa, caso assim lhe aprouvesse, nos termos do artigo 18, §1º, do RPAF, posto que estes documentos ora apensados são de conhecimento da autuada porque por ela produzidos e apresentados por ocasião da abertura de sua inscrição estadual.

No mérito, em relação a infração 01, aduz que a matriz da autuada no Espírito Santo promove a devolução de mercadorias através da Nota Fiscal 1912 e CFOP 5209. Nesta devolução simbólica, o que não existe na legislação do ICMS, pretende que seja corrigido suposto erro na classificação do produto, cujo teor é a mudança de granito azul para verde. Não obstante, não houve devolução de mercadorias, apenas circulação de papel para alterar a operação já realizada no sentido economicamente mais favorável ao contribuinte em desfavor do Estado da Bahia, ou seja, esta segunda operação não tem amparo legal, servindo a propósitos inadmissíveis face à

legislação e ao próprio controle do imposto que fica prejudicado por eventos posteriores e incertos. Hoje, circula, de fato, uma mercadoria; amanhã, altera-se e se diz circulou outra.

Em relação a infração 02 diz concordar com a imprecisão em função dos elementos sonogados à fiscalização para a apuração do valor real do custo incorrido na produção; mas não há erro no levantamento, apenas foi feito a menos porque o custo da mão de obra não lhe foi fornecido, apesar de intimada para tal. Por outro lado, a defesa afirma que o procedimento deveria considerar os insumos, os custos contratuais de exploração e a depreciação das máquinas e equipamento, entretanto este foi exatamente o procedimento adotado e bem compreendido pela defesa porque não apresentar grande dificuldade de entendimento.

Frisa que a defesa considera duvidosos os valores encontrados, porém não indica qual seria a dúvida.

Aduz que a decapagem, que é a remoção da terra vegetal, poderia ser considerado um investimento inicial a ser amortizado pelo tempo de exploração da jazida. Este é, assim, outro custo não considerado no levantamento efetuado em favor da autuada.

Entende que caberia ao autuado apresentar levantamento alternativo, ou explicações e contestações mais pontuais. Preferiu adotar a estratégia da desqualificação do autuante, ao invés de enfrentar o cálculo efetuados com a mesma disposição deste que pretende denegrir. Esclarecer que a decapagem ocorreu em tempo bem anterior ao período fiscalizado, cabendo, neste período, apenas os custos do procedimento na forma de amortização, o que só contribuiria com o aumento do imposto devido.

No tocante a infração 03 esclarece que, conforme intimação acostada à folha 06 dos autos, o contribuinte foi reintimado a apresentar os documentos fiscais relativos 2005, o livro Registro de Inventário e as folhas de pagamento do período fiscalizado, apresentando apenas o referido livro zerado.

#### **VOTO**

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob a alegação de o Sr. Gilberto Ferreira Luna não ser pessoa conhecida da empresa autuada, pois o argumento defensivo não resiste as provas acostadas aos autos.

Analisando os documentos às folhas 1.539, 1577, 1.577v e 1.578, constatei que o Sr. Gilberto Ferreira Luna consta como responsável pela autuada conforme extrato do INC – Informações do Contribuinte, fl. 1.539, com o endereço para o qual foi enviado a intimação do Auto de Infração, pois o correio não conseguiu entregar no endereço do autuado, razão pela qual, a INFAZ intimou a empresa mediante seu representante legal, conforme documentos às folhas 1.539, 1577, 1.577v e 1.578 (Instrumento de Procuração).

No Instrumento de Procuração foi outorgando poderes para o Sr. Gilberto representar a empresa autuada perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, podendo assinar todo e quaisquer documentos que se fizer necessário, inclusive, Auto de Infração, entre outros especificados na referida procuração, que foi entregue pelo próprio contribuinte.

Logo, não houve nenhuma falha na intimação do sujeito passivo.

Também não pode ser acolhido o argumento de houve erro no nº do CNPJ indicado no Auto de Infração, uma vez que observei que o número é o mesmo constante do INC - Informações do Contribuinte. O endereço indicado no Auto de Infração e o constante no cadastro da SEFAZ.

Quanto ao argumento de desconhecimento da ação fiscal, pois não teria acompanhado o trabalho da fiscalização, o mesmo não pode ser acolhido, pois o sujeito passivo foi regularmente intimado do início da ação fiscal, na pessoa do seu Contador Sr. Marcos.

Portanto, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo

administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não podem ser acolhidas as alegações de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquiere de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Consta da imputação que, através da Nota Fiscal nº 1912, emitida em 28/11/2005, a matriz no Espírito Santo, destinatária das transferências, procede a uma devolução simbólica referente às Notas Fiscais 197 a 200, emitidas pela filial extratora na Bahia, a autuada, para reclassificação do granito enviado através das referidas notas. Esta operação não tem amparo legal e, sobretudo, não se completa pela emissão de outra nota de saída que anularia o crédito escriturado em função da referida operação.

Em sua defesa alega o autuado que a devolução ocorreu devido a um erro na qualificação do material, pois teria sido transferido bloco de granito ornamental azul e o correto era bloco de granito ornamental verde. Afirma que a filial do Estado da Bahia agiu de forma correta, enviando a nota fiscal de transferência nº 203, fato que não foi observado pela fiscalização.

Entendo que a alegação defensiva não é capaz de elidir a autuação, pois o impugnante não apresentou nenhuma prova de que teria existido erro na especificação da mercadoria (granito azul) nas Notas Fiscais 197 a 200, que circularam entre os Estado da Bahia e Espírito Santo com as mercadorias, passando, inclusive nos Postos Fiscais dos dois Estados, sem que tenha sido observado o equívoco alegado pela defesa.

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter efetuado saídas de produtos em transferências para estabelecimento situado em outra unidade da federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produto. Consta da imputação que o contribuinte, no livro RAICMS, não se creditou da maior parte dos insumos utilizados no processo de extração. Por outro lado, não foi computado o preço da mão de obra empregada na produção, porquanto não apresentado pelo contribuinte.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que houve confusão do autuante entre o valor de custo e o valor da pauta fiscal. Reconhece que sua contabilidade necessita ser mais precisa. Frisa que não foi considerado o gasto com limpeza da rocha (decapagem).

Na informação fiscal o autuante aduz que considerou os insumos, os custos contratuais de exploração e a depreciação das máquinas e equipamentos, não considerando o custo de mão de obra, pois o mesmo não foi fornecido pela empresa, o que elevaria o valor autuado.

Em relação ao custo de decapagem, como esclareceu o autuante, o mesmo ocorreu em período bastante anterior ao autuado e se fosse considerada alguma parcela agravaria a autuação, bem como o valor da mão de obra, cujos valores não foram fornecida pelo contribuinte, criando dificuldade para apuração do valor devido. Entretanto, o autuante trabalhou com os dados que conseguiu levantar nos documentos fornecidos pela empresa.

Portanto, entendo que o procedimento da fiscalização foi correto, uma vez que se trata de operações interestaduais relativos as saídas de mercadorias em transferências para estabelecimento pertencente ao mesmo titular.

Desta situação a base de cálculo do ICMS encontra-se definida na alínea “b” do Inciso V do artigo 56 do RICMS/BA, o qual determina que *é o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra*, o que foi observado pela fiscalização, não tendo nenhuma pertinência a alegação defensiva relativa a pauta fiscal.

Como bem ressaltou o autuante, quando da informação fiscal, caberia a defesa ter apontado qual ou quais as parcelas que teria sido considerada equivocadamente pela fiscalização, entretanto assim não procedeu a impugnação. Saliento que a própria defesa reconheceu que sua contabilidade não é precisa.

Assim, entendo a infração 02 restou caracterizada.

Na infração 03 é aplicada multa pelo extravio de documentos fiscal, Notas Fiscais de saídas modelo 01 nºs 151 a 200.

A alegação defensiva de que deixou de apresentar os documentos fiscais devido a erro da intimação, pois o fiscal esteve em local diverso do qual estava o documento fiscal, não é capaz de elidir a imputação, pois caberia ao impugnante comprovar que os mesmos não foram extraviciados, apresentando as notas fiscais em sua defesa.

Ocorre que, assim como na infração 01, a defesa simplesmente negou o cometimento da infração, sem ter apresentado a prova capaz de elidir a infração, que no caso em lide, são as próprias notas fiscais do estabelecimento autuado.

Logo, entendo que a infração 03 restou caracterizada.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269278.0102/10-0**, lavrado contra **TRÊS IRMÃOS GRANITOS EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$246.243,98**, acrescido das multas de 60% sobre R\$241.241,16 e de 150% sobre R\$5.102,82, previstas no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$250,00**, prevista no art. 42, XIX da mesma lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR