

PROCESSO - A. I. N° 269278.0102/10-0
RECORRENTE - TRÊS IRMÃOS GRANITOS EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ n° 0134-02/11
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 25/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0329-11/12

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 descaracterizada. Item improcedente. Modificada a Decisão recorrida. 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. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ n° 0134-02/11), que julgou Procedente a presente autuação, lavrado em 29/09/2010, para exigir ICMS e aplicar multa no valor histórico de R\$246.593,98, decorrente de:

INFRAÇÃO 1 - 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 n° 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, o autuado, 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 2 – Efetuiu 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 3 – Multa no valor de R\$ 250,00 por ter extraviado documentos fiscais, notas fiscais modelo 01 de n° 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. O autuado, 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.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

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.

Analizando os documentos às folhas 1.539, 1577, 1.577v e 1.578, constatei que o Sr. Gilberto Ferreira Luna consta como responsável pelo autuado 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 INFRAZ 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 inquine 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, o autuado, 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 (descapagem).

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 descapagem, 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 aplica 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 extraviados, 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.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 1.597/1.608, arguindo preliminar de nulidade da autuação, sob o argumento de que a intimação foi recebida de forma não convencional e irregular através de terceira pessoa não conhecida dos quadros funcionais da empresa, mandatário ou procurador. Defende que a pessoa notificada, o Sr. Gilberto Ferreira Luna, é alheia às atividades da empresa e, portanto, não habilitada para tal formalidade, além do que não estava investida de poderes através de procuração por instrumento público para receber documentos em nome da pessoa jurídico autuada.

Ressalta que a Decisão impugnada foi recebida por funcionário da portaria, não tendo sido, portanto, recebida por pessoa autorizada para tal finalidade.

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 Arvora, 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.

Diz 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 do autuado 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 à infração 1, esclarece que foi feita a transferência de material da filial para matriz, mediante Notas Fiscais n^{os} 197 a 200, sendo feita uma devolução simbólica deste material pela matriz através da Nota Fiscal n^o 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 n^o 203, fato que não foi observado pela fiscalização.

Quanto à infração 2, 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 à infração 3 aduz que não deixou de apresentar o bloco de notas descrito no Auto de Infração, a fiscalização é que não intimou de forma devida para apresentar do citado documento fiscal, pois o fiscal esteve em local diverso do qual estava o documentos.

Pugna, ao final, pelo Provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 1.622/1.623, opinou pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo Não Provimento do apelo, ao argumento de que o sujeito passivo se limitou a repetir as teses de defesa, insuficientes para modificar o entendimento firmado em primeira instância.

VOTO

As preliminares de nulidade reiteradas no Recurso Voluntário não podem ser acolhidas.

Pelo que se observa dos autos, a intimação do presente Auto de Infração deu-se na pessoa do Sr. Gilberto Ferreira Luna, que consta como reponsável pela empresa autuada no extrato de Informações do Contribuinte, consoante documentos de fls. 1.539, 1.577 e 1.578. Vale registrar que o preposto dos Correios não obteve êxito na tentativa de entregar a intimação no endereço do Recorrente, daí porque encaminhou o mesmo ato ao endereço do Sr. Gilberto, no endereço também indicado no INC.

Se a procuração outorgada ao Sr. Gilberto havia sido revogada, expressa ou tacitamente, ao sujeito passivo competia promover as informações cabíveis junto à repartição fazendária de origem, nos termos do art. 34, II, da Lei n^o 7.014/96, não lhe sendo lícito, nesta oportunidade, alegar a nulidade por vício na intimação se foi a Fazenda induzida a erro pelo próprio contribuinte, enviando intimação a pessoa expressa indicada por este último no cadastro da SEFAZ como seu representante legal.

A par disso, verifico a inexistência de prejuízos para a defesa, já que o recorrente, em que pese alegar que a intimação foi cumprida em pessoa despida de poderes para tanto, apresentou tempestiva peça de impugnação, com extensas razões voltadas a desconstituir a autuação. Essas razões foram repetidas, sem qualquer acréscimo, na peça recursal, o que significa que o sujeito

passivo teve tempo mais do que suficiente para a elaboração de sua defesa, tendo o ato intimatório atingido o seu desiderato.

Incide, nas espécie, o §2º, do art. 18, do RPAF/99, que dispõe: ***Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.***

O mesmo ocorre com os dados da empresa, constantes do Auto de Infração, uma vez que foram utilizadas as informações cadastrais constantes dos sistemas da SEFAZ. Não há que falar em nulidade, sobretudo porque, ainda que equívocos houvessem, deles não teriam decorrido prejuízos para a adequada compreensão das acusações fiscais muito menos para o exercício do direito de defesa por parte do contribuinte. A correção desses dados poderia se dar a qualquer momento, inclusive após o ajuizamento da execução fiscal, consoante permissivo do art. 2º, §8º, da Lei nº 6.830/80.

Vale, ainda, registrar que o recorrente foi regularmente cientificado do início dos trabalhos de fiscalização (fls. 05/06) e que a auditoria pautou-se em documentos fiscais e contábeis que foram arrecadados pelos prepostos fiscais, procedimento correto e plenamente possível de ser realizado, inclusive não sendo necessária a visita presencial ao estabelecimento autuado. Logo, não vislumbro vício de nulidade que macule o presente Auto de Infração.

Ficam, com base nesses fundamentos, rejeitadas as preliminares arguidas.

No mérito, cumpre salientar que a infração 1 trata da utilização indevida de crédito fiscal relativo a mercadoria que não ingressou efetivamente no estabelecimento autuado.

O contribuinte logrou comprovar que as mercadorias que haviam transitado acobertadas das Notas Fiscais nºs 197/200 (fls. 1.563/1.566) foram simbolicamente devolvidas pela matriz em virtude de equívoco quanto à descrição das mercadorias - das referidas notas fiscais teria constado bloco granito ornamental azul, quando o correto seria bloco granito ornamental verde. Essa devolução foi materializada através de nota fiscal regularmente emitida pela matriz (fls. 1.567), da qual consta, expressamente: DEVOLUÇÃO SIMBÓLICA REF NFS 197 DE 01/11/2005, 198 DE 08/11/2005, 199 E 200 DE 12/11/2005, PARA REGULARIZAÇÃO DA COR DO PRODUTO.

Vale frisar, ainda, que as quantidades indicadas na nota de devolução coincidem com as quantidades indicadas nas notas fiscais emitidas pelo autuado.

Posteriormente ao recebimento da nota fiscal de devolução simbólica, o sujeito passivo emitiu a nota fiscal de saída constando a descrição correta do produto e fazendo o destaque do imposto devido (fl. 1.568).

A meu ver, comprovada a operação realizada pelo contribuinte, que visou apenas regularizar a incorreta especificação dos produtos feita através das Notas Fiscais nºs 197 a 200, sem que qualquer prejuízo tenha sido ocasionado ao Fisco.

Quanto ao fato das mercadorias terem passado por postos fiscais, é importante lembrar que a diferença de cores entre o granito verde e o azul é bastante tênue, não sendo fácil muitas vezes distinguir um do outro, o que justifica a impossibilidade de os prepostos do trânsito de mercadoria desqualificar as notas fiscais que acobertavam a operação.

Por derradeiro, o RICMS/97, em seus arts. 211 e 212, admitem o cancelamento de notas fiscais e, apesar de o sujeito passivo não ter agido exatamente como mandam ditos regramentos, é inegável que o seu *modus operandi* aproxima-se da previsão regulamentar e nenhum prejuízo trouxe para o Fisco baiano:

Art. 211. Não poderá ser cancelado o documento fiscal que tiver sido escriturado no livro fiscal próprio, ou que tiver dado trânsito à mercadoria.

Art. 212. Na hipótese do artigo anterior, uma vez lançado o documento fiscal, normalmente, no Registro de Saídas, será emitida Nota Fiscal (entrada) para reposição da mercadoria no estoque e utilização do crédito fiscal, quando for o caso.

Nas circunstâncias, a Decisão impugnada deve ser reformada, no particular, para julgar improcedente esta infração 1.

Quanto a infração 2, o sujeito passivo limita-se a repetir a genéricas alegações formuladas em sede de defesa, aduzindo, em síntese, que o cálculo realizado é de difícil compreensão e que o custo de produção contém equívocos. A tese recursal, assim como as alegações defensivas, padecem de falta de provas, uma vez que o contribuinte não especifica em que equívoco teria incorrido o autuante ou mesmo demonstra qual seria o custo de produção correto para o caso vertente. Deve incidir, na espécie, a norma do art. 143, do RPAF vigente, que giza: *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Não há alteração a ser promovida na Decisão de base quanto a este item.

Por derradeiro, no tocante a infração 03, que aplica multa pelo extravio de documentos fiscal (Notas Fiscais de saídas modelo 01 n^{os} 151 a 200), entendo que a intimação de fl. 06 dá respaldo à acusação, pois o contribuinte foi instado a apresentar as notas de saída do exercício de 2005, mas não atendeu à determinação do prepostos fiscal, muito menos trouxe aos autos deste PAF a prova de que ditos documentos não teriam extraviado. A penalidade, assim, deve ser mantida.

Ante o exposto, voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão da JJF e julgar IMPROCEDENTE a infração 1, mantendo as demais infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n° 269278.0102/10-0, lavrado contra **TRÊS IRMÃOS GRANITOS EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$241.241,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n° 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, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei n° 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA– REPR. DA PGE/PROFIS