

PROCESSO - A.I. Nº 279116.1055/01-9
RECORRENTE - PEVAL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0243-02/02
ORIGEM - INFRAZ BOM JESUS DA LAPA
INTRANET - 22.10.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0374-12/02

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Utilizar o preço médio como base de cálculo, simplesmente desconsiderando o valor da operação, vai de encontro ao dispositivo legal. Infração des caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO E EMPRESA TRANSPORTADORA NÃO INSCRITA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O contribuinte comprovou que, em relação a determinadas operações, não foi contratante do serviço de transporte, o qual era por conta do destinatário, situação que o exclui da condição de sujeito passivo. Noutras, por sua vez, restou verificado que se referiam a operações de exportação, hipótese de não incidência do ICMS. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração de nº 279116.1055/01-9, exigindo o pagamento do imposto no valor de R\$12.912,60, decorrente das seguintes infrações:

- 1. Recolhimento do imposto a menor, decorrente de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas;*
- 2. falta de retenção do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a prestação de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomos ou empresa transportadora não inscrita.*

A Junta de Julgamento Fiscal indeferiu as preliminares de nulidade, por entender que o PAF preencheu as formalidades legais, e o pedido de diligência, considerando suficientes os elementos processuais para a formação do seu convencimento.

No mérito, para a infração 1, entendeu que os elementos de provas apresentados pelo autuante foram suficientes para constatar o real valor da mercadoria em questão (Granito Marrom ou Granito Café Bahia) para efeito de fixação da base de cálculo. Foi constatado, mediante juntada de photocópias de notas fiscais do autuado, que este complementou valores de algumas notas fiscais, omitindo-se em relação a outras, o que resultou na exigência do imposto. Além disso, o autuante se referiu a consultas formuladas em diversos órgão e juntou cópia de publicação da Superintendência de Geologia e Recursos Minerais, na qual consta a denominação da mercadoria e o seu preço médio.

O contribuinte, por outro lado, não demonstrou a veracidade dos valores indicados por ele nos documentos fiscais. O art. 73, parágrafo 3º, do RICMS/97, dispõe que o contribuinte poderá discordar do valor fixado em pauta fiscal, cabendo a ele comprovar a exatidão do valor por ele indicado, o qual prevalecerá. Como isso não ocorreu, ratificou a autuação.

Em relação a infração 2, a decisão foi afastando, ponto por ponto, os argumentos do contribuinte. Disse que permanece a exigência relativa as Notas Fiscais nºs. 503, 504, 523 e 648, pois o DAE de 30/01/02 não comprova o recolhimento; não consta referência a notas fiscais e sua especificação é sobre ICMS REGIME NORMAL, enquanto que o débito é de ICMS sujeito a substituição tributária.

Discordou da alegação de que, nas notas fiscais relacionadas pelo contribuinte, o frete era por conta do destinatário. Os documentos se referem a operações interestaduais e o art. 125, IV, “a”, c/c o art. 381, III, “a”, do RICMS/97 atribui a responsabilidade do recolhimento ao remetente, de forma antecipada.

Manteve, também, a exigência do imposto constante das Notas Fiscais nºs 206 e 207, porque o contribuinte alegou, mas não provou o seu recolhimento. Por fim, a partir do exame das cópias de documentos fiscais de fls. 306 a 311, constatou que as mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nº 701 a 706, 710 e 711, foram destinadas ao Terminal Águas de Meninos, nesta Capital, caracterizando operação interna, e não vendas efetuadas ao exterior, como alegado pelo contribuinte.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário argumentando, preliminarmente, o cerceamento do seu direito de defesa, porque não lhe foi permitido o conhecimento da origem, cálculo e elementos constitutivos da base de cálculo aplicada. Disse que recolheu o imposto em concordância com as normas legais. Questionou a existência das pesquisas realizadas pelo autuante para a verificação do preço médio da mercadoria objeto da lide, na medida em que não foram levadas ao seu conhecimento. Entende que tais circunstâncias deixam imotivado o ato administrativo, tornando-o Nulo, conforme Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Teceu comentários, ainda, acerca do cometimento de ilícito penal pelo autuante.

No mérito, sobre a infração 1, disse que a utilização de pauta fiscal, para o caso em apreço, somente ocorre quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação (art. 73 do RICMS/97). Afirmou daí que os valores constantes das Notas Fiscais nºs 3, 38, 41, 207, 208, 209, 271, 357, 368, 407, 409, 412, 413, 468, 545, 546, 547, 548, 583, foram fixados em atendimento ao valor de pauta fiscal. Posteriormente, aduziu que não pode dar idêntico tratamento tributário a operações que envolvam mercadorias de diferentes integridades físicas, pois os blocos de granito estão submetidos a rachadura, trincamento, quebra, etc.

Em relação à infração 2, apontou que o imposto relativo as Notas Fiscais nºs. 503, 504, 523 e 648 já foi recolhido. As notas fiscais relacionadas em grande número no Recurso, segundo o recorrente, se refere a vendas onde o frete era por conta do destinatário e, portanto, sendo este o responsável pelo tributo, conforme art. 380, I, letra “a”, do RICMS/97. A exigência do imposto constante das Notas Fiscais nºs 206 e 207 já foi adimplida, segundo DAE anexado à defesa. Por fim, alegou que as mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nº 180 a 183, 701 a 706, 710 e 711, foram destinadas ao exterior, não havendo incidência do ICMS, registrando que é irrelevante o fato das mercadorias

saírem diretamente do estabelecimento para o importador estrangeiro. Pediu o provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado. Discordou da nulidade alegada, porque o recorrente teve acesso a todos os documentos que compõe o processo, inclusive aqueles novos anexados por ocasião da informação fiscal. No mérito, disse que nos autos constam elementos suficientes para indicar que as operações foram realizadas abaixo do preço de mercado e até mesmo abaixo dos valores normalmente praticados pelo recorrente. Sobre a infração 2, verificou que não houve comprovação de que as mercadorias se destinavam ao exterior, não havendo provas documentais das outras alegações.

VOTO

O recorrente, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa porque não lhe foi permitido o conhecimento da origem, cálculo e elementos constitutivos da base de cálculo aplicada.

Verifico que o Auto de Infração preenche os requisitos formais estabelecidos pela legislação, como a caracterização, da infração cometida e do infrator.

No entanto, o centro da discussão diz respeito à determinação da base de cálculo do imposto reclamado, matéria relativa ao mérito do Recurso apresentado.

O autuante aponta que o contribuinte praticou preços abaixo do valor de mercado e até dos praticado normalmente por ele mesmo, juntando photocópias de notas fiscais, para comprovar a variação dos preços, havendo para algumas delas a complementação de valores e para outras não, o que resultou na exigência do imposto.

Além disso, quando da informação fiscal sobre a impugnação, o autuante apresentou consulta formulada e juntou cópia de publicação da Superintendência de Geologia e Recursos Minerais, na qual consta a denominação da mercadoria e o seu preço médio.

A Decisão Recorrida julgou caracterizada a infração apurada porque não fora comprovado, pelo autuado, que estariam corretos os valores por ele indicados nos documentos fiscais, em discordância com os preços praticados por ele mesmo.

O recorrente primeiro afirma que praticou os preços de acordo com os valores de comercialização e que não pode dar idêntico tratamento tributário a operações que envolvem mercadorias de diferentes integridades físicas, pois os blocos de granito estão submetidos a rachadura, trincamento, quebra, etc..

Ora, entendo que o autuante apenas demonstrou que o recorrente não praticava preço fixo na comercialização de seus produtos. Porém, a prática de preços fixos não se compatibiliza com a natureza da atividade comercial do recorrente. Trata-se de operações com blocos de granito em estado bruto, os quais possuem qualidade diversa, decorrente do próprio processo extrativo.

Assim os preços praticados, como regra de razoabilidade, devem manter uma relação proporcional com a qualidade intrínseca de cada bloco, não cabendo por isso o estabelecimento de um preço médio como limite para o preço mínimo, como não o seria para estabelecer o limite

de valor máximo. Portanto, utilizar o preço médio como base de cálculo, simplesmente desconsiderando o valor da operação, vai de encontro ao dispositivo legal.

Em vista do exposto, julgo este item IMPROCEDENTE.

Sobre a infração 2, permanece a exigência relativa as Notas Fiscais nºs. 503, 504, 523 e 648, pois o DAE de 30/01/02 não comprova o recolhimento do imposto respectivo. Nele não consta referência às notas fiscais e sua especificação é sobre ICMS REGIME NORMAL, enquanto que o débito é de ICMS sujeito a substituição tributária.

Nas notas fiscais relacionadas pelo contribuinte, objeto da alegação de que o frete era por conta do destinatário, referem-se a operações interestaduais, cujo serviço foi realizado por transportador autônomo, situação passível, portanto, à disciplina do art. 125, IV, "a", combinado com o art. 380, I, "a", do RICMS/97.

O art. 125, IV, "a", dispõe que, tratando-se de serviço de transporte interestadual, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, no início da prestação do serviço quando iniciado no território baiano. Esse dispositivo se encontra na Subseção II, pertinente aos prazos ou momentos de recolhimento do imposto por antecipação.

O art. 380, I, "a", por sua vez, dispõe que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, tratando-se de operações interestaduais, o remetente, se for contribuinte normal **e desde que seja o contratante do serviço**. Esse dispositivo se encontra na Subseção XIV, pertinente às prestações de serviços de transportes sujeitas à substituição tributária por antecipação e dos sujeitos passivos por substituição.

Vale dizer que a regra para se identificar o sujeito passivo, por substituição, para as prestações de transportes interestaduais, é a do art. 380, I, "a", e a regra para se identificar o momento do recolhimento é a do art. 125, IV, "a".

Assim, o remetente é sujeito passivo no caso em comento se for contribuinte normal e desde que seja contratante do serviço. Como nas notas fiscais, referentes às operações interestaduais, consta que o frete era por conta do destinatário, este, portanto, era o contratante do serviço e não o remetente. Por isso, não sendo contratante do serviço, falta ao remetente característica necessária à sua identificação como sujeito passivo por substituição.

O art. 125, IV, "a" apenas dispõe sobre o momento do recolhimento por antecipação. Então, sua leitura incidirá sobre o remetente se este for contribuinte normal e contratante do serviço, o que não ocorre no caso em comento. Portanto, procede as razões recursais neste ponto.

Mantém-se a exigência do imposto constante das Notas Fiscais nºs 206 e 207, porque o contribuinte alegou, mas não comprovou o seu recolhimento.

Por fim, a partir do exame das cópias de documentos fiscais de fls. 302 a 311, verifica-se que as mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nºs. 701 a 706, 710 e 711, foram destinadas a Terminal Água de Meninos, nesta Capital, caracterizando operação interna, mas as Notas Fiscais nº 180 a 183, ao contrário do que afirmou a Decisão Recorrida, foram destinadas a EUROTREIDIA S.P.A, localizada na cidade de Verona, Itália, sendo, portanto, vendas efetuadas ao exterior, motivo pelo qual os argumentos do recorrente a elas se aplicam, ou seja, são hipóteses de não incidência do ICMS, as quais devem ser excluídas do cômputo da exigência.

Saliente que o recorrente, se assim quiser, poderá, no controle da legalidade, junto à PROFAZ comprovar a exportação das Notas Fiscais nº 701 a 706 e 710 e 711, as quais foram destinadas ao terminal de Água de Menino, porém não consta nos autos sua efetiva exportação.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso apresentado, visto que o item 1 é IMPROCEDENTE e a infração 2 é PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 279116.1055/01-9, lavrado contra **PEVAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.012,41**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de Outubro de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ