

A. I. N° - 007267.0703/05-0
AUTUADO - PEVAL S/A
AUTUANTE - FRANCISCO ALBERTO MORAES NETO
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 21/11/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0416-03/05

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Comprovado nos autos, que o volume constante das notas fiscais é inferior ao efetivamente transportado, conforme apurado pela fiscalização. Infração subsistente. Rejeitado o pedido de perícia e das preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 11/03/05 para exigir o ICMS no valor de R\$2.464,48, acrescido da multa de 60%, em decorrência do destaque do imposto a menos em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo. Consta, na descrição dos fatos, que a ação fiscal teve início com a informação do DERBA de que diversos veículos estavam trafegando com carga em excesso de peso, relativo às notas fiscais de n°s. 2181 a 2188, nas quais constavam base de cálculo do ICMS a menos em decorrência do volume e da pauta fiscal, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências juntado à fl. 04.

O autuado, através de seu representante legalmente constituído (fl. 45) em sua impugnação (fls. 47 a 65), preliminarmente diz que o preposto fiscal exigiu imposto indevido o que constitui crime conforme disposto no art. 316, § 1º do Código Penal Brasileiro (CP), que transcreveu à fl. 47. Afirma que, não é dado ao preposto fiscal desconhecer a Constituição Federal, e que, “inexiste erro na determinação da base de cálculo do tributo em tela”, o que implica em crime “sub studio” e conduz a nulidade do Auto de Infração.

Diz que o procedimento fiscal ofende o princípio da verdade material. Transcreveu às fls. 44 e 45 trechos escritos pelo Professor James Marins acerca da verdade material e pede a nulidade da autuação pelo fato de que viola os princípios da legalidade e da segurança jurídica dos atos administrativos.

Esclarece que é uma sociedade comercial que atua no setor de mineração, com atividades de prospecção, pesquisa e lavra de minerais, beneficiamento e transformação e que sempre cumpriu fielmente com suas obrigações tributárias, principalmente o ICMS, motivo pelo qual foi surpreendido com a autuação.

No mérito, quanto à utilização da pauta fiscal na determinação da base de cálculo, alega que é inadequada, consoante o disposto no art. 73, I e § 2º do RICMS/97, que transcreveu às fls. 51 e 52. Diz que a pauta fiscal deve ser utilizada para determinação da base de cálculo de produtos agropecuários e extrativos animais, vegetais e minerais e que sendo o estabelecimento inscrito no cadastro de contribuintes, exerce atividade comercial, apura seus custos, conforme mapa juntado à fl. 80, portanto, no seu entendimento é desnecessário a utilização da pauta fiscal em suas atividades.

Quanto ao volume das mercadorias, esclarece que o processo produtivo tem início com a extração de blocos em forma de paralelepípedo, o mais regular possível, em medidas cúbicas entre 6 e 8 metros, preferencialmente entre 2,7 e 3m x 1,4 e 1,6m x 1,4m e 1,6m, com pesos de 16 a

25 toneladas e num segundo momento após o transporte dos blocos extraídos na pedreira, são transformados em chapas. Afirmo que quanto mais regular a extração do bloco, maior é o rendimento na produção de chapas, tendo indicado à fl. 56 uma figura para demonstrar que os excessos de medidas que extrapolam o padrão regular do bloco, são perdidos no momento da produção de chapas. Apresenta na fl. 57, uma Tabela, na qual indica o tamanho do bloco e as percentagens de perda de volume em função das irregularidades de medidas em três dimensões, para determinar a parte útil do bloco, a exemplo de um bloco de 9,18 m³, que para uma “compensação” de 5cm conduz a uma perda de 8,53% e resulta em volume de 8,39 m³ e perda maior para compensação de 10 ou 12 cm e quanto menor for o tamanho do bloco, maior a margem de perda em função de compensações.

Esclarece ainda, que existe diversas tecnologias para extração de granito (explosivo, fio diamantado, jato de água, perfuração linear, jato de fogo, corte com cunha) e que cada processo implica em custos diferentes e regularidade dos blocos, o que reflete também no custo de transporte, ou seja, quanto maior a irregularidade, maior o seu custo. Diz que na produção de chapas, quanto mais regular for o bloco, menor é o custo, haja vista a necessidade de ser esquadrado, e também maior a quantidade de chapas produzidas, citando a exemplo:

- a) bloco de 9,18 m³ = produção de 325 a 340 m² de chapas de 2cm de espessura;
- b) bloco de 6,8 m³ = produção de 240 a 265 m² de chapas de 2cm de espessura;
- c) bloco de 3,65 m³ = produção de 130 a 145 m² de chapas de 2cm de espessura
- d) bloco de 2,59 m³ = produção de 90 a 100 m² de chapas de 2cm de espessura.

Discorreu sobre diversos componentes de custos na produção de chapas, de lâminas, energia, sobras, polimento, esquadreamento e conclui que:

- 1) “os blocos devem ser produzidos na pedreira num tamanho e volume adequado e num formato regular, com vistas ao melhor aproveitamento comercial possível”, não só aqui no Brasil como em qualquer lugar do mundo onde existam compradores de rochas ornamentais (fl. 58);
- 2) “o valor de perda percentual volumétrica é diretamente aplicado ao valor econômico do bloco, se tornando assim uma perda econômica, e conseqüentemente não tributável, já que tal parcela não sofrerá aproveitamento comercial, passível de eventual incidência do ICMS”.

Afirmo que todos os blocos de granito, objeto da autuação foram remetidos para depósito no porto de Cariacica-ES e efetivamente exportados, com direito ao creditamento do ICMS recolhido, mediante a utilização de notas fiscais simbólicas de retorno emitidas pelo depósito. E que esse procedimento não causou nenhum prejuízo ao Erário Estadual, uma vez que o tributo recolhido pode ser creditado pelo recorrente.

Requer que seja feita perícia técnica para demonstrar a veracidade dos fatos alegados.

Por fim pede a nulidade da autuação em decorrência da violação dos princípios da legalidade e verdade material ou a improcedência do Auto de Infração, face a inexistência de irregularidades fiscais.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 101 e 102), alega que a ação fiscal foi motivada por uma denúncia do DERBA de que estava ocorrendo excesso de peso na transporte de granito e que ao cubicar as cargas dos veículos, constatou que o volume transportado era superior ao indicado nas notas fiscais, além do autuado não está utilizando a pauta fiscal prevista na legislação tributária.

Discorre sobre as alegações defensivas e diz que estar fora do seu alcance a interpretação dos argumentos técnicos apresentados pelo autuado para demonstrar qual a parte economicamente aproveitável dos blocos de granitos comercializados, o que pode vir a ser feito por pessoa devidamente qualificada.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos.

Rejeito as preliminares de nulidades suscitadas na impugnação do autuado, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência do destaque do imposto a menos em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo.

Quanto à alegação defensiva de que é inadequada a utilização da pauta fiscal na determinação da base de cálculo da operação de comercialização de blocos de granito, entendo que o ICMS é um imposto que incide sobre as operações de circulação de mercadorias, sendo necessário identificar a natureza da operação para determinar a exigência do imposto. No presente lançamento, verifico que o estabelecimento autuado está inscrito no cadastro de contribuintes com o Código Nacional de Atividades (CNAE) nº 1410999 - EXTRACÃO E/OU BENEFICIAMENTO DE PEDRAS E OUTROS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO e não deve ser acatada a alegação defensiva de que é equiparado a comerciante ou industrial. Entendo que poderia ser equiparado a comerciante se adquirisse blocos de granitos de extratores para revenda, situação hipotética em que o produto na primeira operação deveria ter o ICMS apurado com base na pauta fiscal (extrator) e na segunda operação (comercialização) não deveria ser utilizada a pauta fiscal para cálculo do imposto e sim o valor da operação. Também não pode ser considerada atividade de industrialização, tendo em vista que a atividade de extrair o bloco da jazida granífera constitui um processo primário extrativo mineral que não constitui atividade de industrialização nos termos do art. 2º, § 5º do RICMS/BA (transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou recondicionamento). Logo, é correto o procedimento adotado pelo autuante de que o cálculo do imposto na primeira operação deve ser feito com base na pauta fiscal, conforme disposto no art. 73 do citado Regulamento, haja vista a condição do autuado de extrator.

Ressalto que o autuado não contestou o preço da pauta fiscal por m3 do produto autuado, estipulado pela Instrução Normativa de nº 53/04, para a primeira operação realizada pelos produtores, de R\$550,00 por m3 de Granito Marrom, código 09.41.

Quanto ao volume das mercadorias apurado pela fiscalização, o autuado alegou que o volume indicado em medidas cúbicas nos documentos fiscais, por ele emitidos, corresponde a um tamanho adequado ao melhor aproveitamento comercial possível e que a perda percentual volumétrica estimada não deve ser incluída na base de cálculo tributável, por entender que não sofrerá aproveitamento comercial, passível de eventual incidência do ICMS.

Em relação à primeira alegação, constato que o autuante juntou a cada nota fiscal um demonstrativo no qual apurou o volume cúbico de cada bloco, a exemplo do consignado na nota fiscal de nº 2181 (fl. 09), o qual o autuado grafou 6,496 m3 e no demonstrativo juntado à fl. 10, o autuante apurou um volume de 9,199 m3. Já no demonstrativo acostado à fl. 06 pelo autuante, apurou a base de cálculo com base no volume cúbico apurado em cada bloco, calculou o imposto utilizando os preços de R\$550,00 por m3 indicados na Instrução Normativa nº 53/04 e deduziu o valor do imposto destacado em cada nota fiscal correspondente a cada bloco de granito em circulação. O mesmo procedimento foi feito em relação às demais operações objeto da autuação. O autuado não contestou os cálculos aritméticos utilizados pelo autuante para apurar o volume, contestou apenas que para efeito de tributação deveria ser considerado o volume "aproveitável". Entendo que, para apurar a base de cálculo tributável, o autuante calculou corretamente o volume cúbico de cada bloco de granito e multiplicou pelo preço definido na citada IN e sobre o valor

resultante aplicou a alíquota prevista para a operação. Assim sendo, está correto o procedimento fiscal.

Pelo senso comum, considero razoável a argumentação apresentada pelo autuado de que em função das irregularidades existentes na forma dos blocos de granitos extraídos, parte dele não é aproveitável comercialmente e isto influi no seu preço, entretanto, não há previsão na legislação tributária para excluir o volume não aproveitável da base de cálculo do imposto. Caso houvesse esta previsão na legislação tributária, cada matéria prima, produto intermediário ou material de embalagem vendido, seria excluído da base de cálculo aquelas que fossem defeituosas. Mesmo porque, o valor agregado nesta fase inicial do processo (extração do bloco granito) é muito pequeno em relação ao produto final (chapas para revestimentos, peitoris, soleiras, mesas, objetos de arte, etc.), haja vista que, no processo de beneficiamento é onde se agrega maior valor ao produto.

Quanto à alegação de que todos os blocos de granito, objeto da autuação foram exportados, com direito ao crédito do ICMS e que esse procedimento não causou nenhum prejuízo ao Erário Estadual, também não pode ser acatada, tendo em vista que se trata de outra operação, sobre a qual não prevalece mais a utilização da pauta fiscal. Ademais, a cópia do *Bill of Lading* acostado pelo autuado à fl. 82, indica exportação de 499.734 Kg relativo a exportação de vinte nove blocos de granitos, sem fazer nenhuma referência ao volume em metros cúbicos ou volume comercial aproveitável, que foi objeto de questionamento no presente lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 007267.0703/05-0, lavrado contra **PEVAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.464,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA