

PROCESSO - A. I. Nº 007267.0101/05-0
RECORRENTE - PEVAL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0170-01/05
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 17/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJP Nº 0408-12/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTRAS FISCAIS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Modificada a Decisão recorrida. Trata-se de operação com mercadorias destinadas a depósito fechado com fins de exportação, cujo volume excedente não causou prejuízo ao erário público. Infração inexistente. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 19/01/2005, para exigir ICMS no valor de R\$4.150,47 do autuado por ter efetuado destaque a menor em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo (diferença no volume e não uso da pauta fiscal obrigatória), sendo constatado, conforme informação do Derba à Sefaz (anexa), na análise das Notas Fiscais nºs 002666 a 002668 e 002670 a 002681 (fls. 10 a 34). Foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 40 a 49), na qual alegou a nulidade da autuação por ofensa aos princípios da legalidade e da verdade material, sob os argumentos de que o autuante exigiu tributo que sabe indevido e que não houve apreciação das razões fáticas e de direito que apresentou.

Transcreveu o art. 73, I e §2º, III, e afirmou que é despicienda a utilização de pauta fiscal para a composição do tributo a ser pago no caso em tela, pois possui atividade de nítida natureza comercial e está inscrita no cadastro estadual. Disse que não há diferença no volume da mercadoria, pois utiliza o “tamanho compensado” que leva em conta apenas o aproveitamento comercial, não computando a margem de perdas.

Asseverou que essa redução econômica deve ser levada em consideração para os aspectos tributários, apresentou tabelas e figura e anexou artigo técnico a respeito de corte de blocos e seu volume aproveitável economicamente (fls. 68 a 86). Esclareceu que os blocos que produz são remetidos para depósito fechado no porto de Vitória-ES, com fins de exportação, sendo o ICMS destacado nestas notas fiscais compensado com as de retorno simbólico emitidas logo após a efetiva exportação dos blocos, conforme documento anexo, inexistindo qualquer prejuízo ao erário estadual.

Requeru a realização de perícia técnica e diligência à sua sede para verificação do seu processo produtivo e a nulidade do Auto de Infração ou, caso as preliminares não sejam suficientes para fulminá-lo, a sua improcedência.

Auditora Fiscal designada, em informação fiscal (fls. 88 a 91), afirmou que o valor de base de cálculo fixado mediante pauta fiscal se refere ao valor mínimo sobre o qual deve incidir o cálculo do imposto, olvidando o autuado a primeira hipótese do *caput* do art. 73 do RICMS/97: quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado – justamente uma das situações descritas no Auto de Infração que resultaram em destaque do ICMS a menor.

Disse que o autuado se equivocou na interpretação do § 2º, III, do art. 73 do RICMS/97, que se refere às operações realizadas por pessoas físicas, se aplicando o *caput* do referido artigo por ser uma empresa comercial e, quando não concordar com o valor fixado em pauta fiscal, cabe-lhe comprovar imediatamente, e não posteriormente, a exatidão do valor que indicou para que possa prevalecer como base de cálculo, caso em que o documento fiscal deverá ser visado pela autoridade responsável ou pelo auditor fiscal em exercício em plantão fiscal, posto fiscal ou unidade móvel de fiscalização, conforme o §3º do mesmo artigo. Asseverou que o valor indicado na autuação, correspondente ao preço fixado em pauta fiscal, deve prevalecer porque o autuado não procedeu à comprovação exigida no aludido dispositivo legal.

Alegou que a nota fiscal deve conter a quantidade dos produtos transportados, conforme determina o art. 219, IV, “f” do RICMS/97, e que não há nenhuma previsão legal que excepcione ou modifique esta regra, não sendo permitido ao contribuinte consignar no documento fiscal quantidade de produtos inferior à efetivamente transportada.

Observou que consta a expressão “remessa para depósito” no campo destinado à natureza da operação das notas fiscais e que nelas não consta a expressão “remessa com fim específico de exportação” no campo reservado às informações complementares como determina o art. 586 do citado RICMS/97, embora o autuado argumente que as mercadorias se destinavam à exportação.

Salientou que o fato do autuado ter anexado cópia de uma nota fiscal emitida pela empresa Sea World Navegação e Operação Portuária Ltda. (fl. 51), referente ao retorno simbólico para o autuado de blocos de granito com numeração diversa dos incluídos na autuação, não comprova que houve exportação efetiva dos produtos autuados, sendo que a referida empresa cadastrada na atividade de transporte marítimo de longo curso, não se enquadrando nos tipos de empresa relacionados no art. 582, I a III, para as quais se estende a não-incidência prevista no art. 581, todos do citado RICMS/97. Opinou pela procedência do Auto de Infração.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O presente processo exige ICMS do autuado por ter efetuado destaque a menor em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo, em razão de diferença no volume e por não ter usado a pauta fiscal obrigatória.

O autuado suscitou a nulidade da autuação por ofensa aos princípios da legalidade e da verdade material, sob a alegação de que o autuante exigiu tributo que sabe indevido e que não houve apreciação das razões fáticas e de direito que apresentou.

Ressalto que cabe a este CONSEF a apreciação das razões apresentadas pelo autuado, o que está sendo realizado no presente julgamento. Entendo que o autuado está equivocado e rejeito a nulidade argüida, pois não foi evidenciado nenhum vício formal na autuação.

O autuado requereu a realização de perícia técnica e diligência à sua sede para verificação do seu processo produtivo. Entendo que são desnecessárias, pois os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de minha convicção.

O autuado alegou que não deve ser utilizada a pauta fiscal, pois possui atividade de nítida natureza comercial e está inscrita no cadastro estadual, e que não há diferença no volume da mercadoria, indicando nas notas fiscais apenas o volume que tem aproveitamento comercial e entendendo que esta redução econômica deve ser levada em consideração para aspectos tributários e não causou prejuízo ao erário estadual, já que os blocos que produz são remetidos para depósito fechado com fins de exportação, sendo o ICMS destacado nas notas fiscais compensado com as de retorno simbólico emitidas logo após a efetiva exportação dos blocos.

Alegou que a nota fiscal deve conter a quantidade dos produtos transportados, conforme determina o art. 219, IV, “f” do RICMS/97, e que não há nenhuma previsão legal que

excepcione ou modifique esta regra, não sendo permitido ao contribuinte consignar no documento fiscal quantidade de produtos inferior à efetivamente transportada.

Segundo determina o art. 219, IV, “f” e VI, “j”, “o” e “p” do RICMS/97, a nota fiscal deve ter a indicação da quantidade e do peso dos produtos, não havendo nenhum dispositivo legal ou regulamentar que dispense tal formalidade ou que permita a indicação apenas de parte do volume do produto. Desta forma, entendo que deve ser exigido o imposto relativo à diferença de volume encontrada.

No entanto, verifico que só deve ser adotado o valor estabelecido em pauta fiscal para determinação da base de cálculo nas operações com produtos extrativos quando estas forem efetuadas por pessoa não inscrita no cadastro estadual ou produtor ou extrator não equiparado a comerciante ou industrial, o que não é o caso do autuado, ou então se o preço declarado for inferior ao de mercado, conforme previsto no art. 73, I e §2º, III, do RICMS/97. Entendo que tal fato deveria ter sido provado pelo autuante, não constando dos autos tal prova.

Ressalto que o preço estabelecido em pauta fiscal somente é adotado como parâmetro mínimo quando utilizado para determinar a base de cálculo referente à substituição ou antecipação tributária. Além disso, constato que os documentos fiscais não são inidôneos, devendo ser considerado os valores unitários neles indicados. Entendo também que a alegação de que não há prejuízo ao erário estadual não pode prosperar, pois além da operação ser tributada, não há como prever se a mercadoria seria efetivamente exportada. Desta forma, entendo que a infração é parcialmente subsistente de acordo com o demonstrativo abaixo:

N. Fiscal	Valor	Quantidade	P. Unitário	Valor Total	ICMS (12%)	ICMS Destacado	ICMS Devido
2666	2.544,78	8,587	393,93	3.382,68	405,92	305,37	100,55
2667	1.116,79	6,365	393,93	2.507,36	300,88	134,01	166,87
2668	2.022,04	8,538	393,93	3.363,37	403,60	242,64	160,96
2670	2.033,86	8,761	393,93	3.451,22	414,15	244,06	170,08
2671	1.712,80	7,273	393,93	2.865,05	343,81	205,54	138,27
2672	1.508,35	6,648	393,93	2.618,85	314,26	181,00	133,26
2673	904,06	4,217	393,93	1.661,20	199,34	108,49	90,86
2674	1.768,35	6,280	393,93	2.473,88	296,87	212,20	84,66
2675	1.843,59	7,884	393,93	3.105,74	372,69	221,23	151,46
2676	1.957,04	8,903	393,93	3.507,16	420,86	234,84	186,01
2677	1.093,94	5,733	393,93	2.258,40	271,01	131,27	139,74
2678	1.790,80	8,586	393,93	3.382,28	405,87	214,90	190,98
2679	1.589,50	6,320	393,93	2.489,64	298,76	190,74	108,02
2680	1.437,05	5,747	393,93	2.263,92	271,67	172,45	99,22
2681	2.308,03	9,664	393,93	3.806,94	456,83	276,96	179,87
Valor Total do ICMS Devido							2.100,81

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 2.100,81. ”

O contribuinte apresenta Recurso Voluntário reiterando as nulidades argüidas em sua defesa por terem sido rejeitadas sem qualquer fundamentação.

No mérito, em defesa da correta determinação da base de cálculo, alonga-se mais uma vez sobre a técnica utilizada para apurar o volume útil comerciável dos blocos de granito objeto da ação fiscal. Em prosseguimento a mercadoria destina-se a exportação como comprova anexando notas fiscais de Exportação e conhecimentos de embarque em navio. Diz que consta nesse documento todos os blocos com a mesma numeração daqueles que foram transportados para depósito no porto de Cariacica-ES, acompanhados das respectivas notas fiscais, possibilitando à recorrente o

direito ao crédito do ICMS recolhido, mediante a emissão de notas simbólicas de retorno emitidas pelo depósito. Requer perícia técnica para verificação in loco do processo produtivo.

A PGE/PROFIS opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, por entender, primeiramente, que as nulidades suscitadas não merecem acolhimento, pois a infração foi perfeitamente tipificada, tendo o autuado a compreendido e sobre ela tecido comentários e defesa; e ainda que a d. JJF apreciou os argumentos defensivos e sobre todos eles se manifestou, não havendo razão para decretação de nulidade. Acrescenta a procuradora: *“Quanto aos princípios supostamente infringidos, observo que o processo administrativo fiscal transcorre sem qualquer ilegalidade, tendo o autuado trazido aos autos todos os elementos que julgou suficientes para comprovação das infrações e que um entendimento diferente por parte da JJF, que importou na redução do valor, não pode caracterizar, a priori, o tipo penal excesso de exação. No mérito entendo que a redução feita pelo contribuinte do volume dos blocos de granito não encontra amparo na legislação vigente que determina o transporte da mercadoria com indicação na nota fiscal de seu peso e volume. As supostas reduções para efeitos comerciais devem se refletir no valor da operação e não no volume transportado. Quanto à alegação de que as mercadorias foram exportadas, não há nos autos a comprovação desse fato. Por fim, entendo desnecessária a perícia requerida, pois em nada resultara para a solução da presente lide”*.

Na assentada de julgamento da 2ª CJF, em 25 de julho de 2005, ficou o autuado intimada, através de seu representante legal, para, no prazo de dez dias, apresentar comprovante de Declaração de Exportação (DE) e Registro de Exportação (RE), das mercadorias objeto da ação fiscal. No dia 29 do mesmo mês, o recorrente apresentou cópias da documentação solicitada, constantes das fls. 168 a 161 do PAF, esclarecendo que as mesmas encontram-se disponíveis no sistema SISCOMEX.

A COORD/ADM DO CONSEF encaminhou o processo à SAT/DPF-GEINC para adoção dos procedimentos fiscais pertinentes, tendo em vista a diligência solicitada.

O Coordenador da GEINC, João Melo dos Santos Filho, às fl. 184, informa que a documentação acostada ao processo corresponde à comprovação de operações de exportação, devidamente registradas no SISCOMEX, tendo verificado que o autuado efetuou operações de exportação nas seguintes condições:

- 1) Registro de Exportação (RE) de nº 05/0168044001 vinculado ao Despacho de Exportação (DDE) de nº 2050189786/0, data de embarque em 02/03/2005, com as especificações referentes à nota fiscal para exportação nº 5621 indicando uma quantidade de blocos de granito CAFÉ BAHIA com o volume de 228,64 metros cúbicos.
- 2) Registro de Exportação (RE) de nº 05/0122058001 vinculado ao Despacho de Exportação (DDE) de nº 2050124817/0, data de embarque em 16/02/2005, com as especificações referentes à Nota Fiscal de Exportação nº 5477 indicando uma quantidade de 28 blocos de granito CAFÉ BAHIA com volume de 194,521 metros cúbicos.

Atendendo Decisão unânime da 2ª CJF, converti o processo em diligência a fim de que fossem científicas as partes, para se manifestarem, querendo, sobre o Parecer da GEINC, em seguida, à PGE/PROFIS para seu Parecer conclusivo.

Às fls.197/198 o recorrente apresenta sua manifestação, afirmando que faz jus ao crédito do ICMS recolhido, pois todos os blocos foram exportados, conforme comprovação constante do processo. Entendendo não ter havido nenhum prejuízo para o erário, requer seja julgado nulo o Acórdão combatido, para que seja proferida nova Decisão anulando o Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em novo Parecer, após uma série de considerações, conclui: *“Com efeito, sugiro que a questão deva ser investigada para não se cobrar ICMS em uma operação que, se tecnicamente correta, não geraria imposto a pagar. Creio que estas considerações, ainda que não sejam definitivamente conclusivas, possam agregar em alguma medida quanto ao posicionamento deste egrégio CONSEF”*. Em nota de rodapé, sem assinatura, consta o seguinte

texto: “PS: Por sugestão do nosso técnico PROFIS, sugerimos cotejar o peso apresentado na nota fiscal de remessa ao depósito fechado e o peso apresentado na documentação de exportação”.

VOTO

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade argüidas pelo recorrente, usando como fundamentação os bem expendidos argumentos constantes do opinativo da ilustre procuradora fiscal, acima transcritos, que adoto integralmente como razão de decidir. No mérito, como se pode verificar das notas fiscais anexadas ao processo e utilizadas como base para a ação fiscal, consta no campo “Natureza da Operação” **REMESSA PARA DEPÓSITO**, e destinatária TORA TRANSPORTES RODOVIARIOS LTDA, localizada em Vitória, Estado do Espírito Santo. O Auto de Infração tem com fato gerador erro na determinação da base de cálculo do ICMS (diferença no volume e não uso da pauta fiscal obrigatória), encontrando-se uma diferença a menor de metros cúbicos. O Julgador de Primeira Instância decidiu corretamente pela não aplicação da pauta fiscal, por não se adequar ao caso em exame, exigindo o imposto relativo à diferença de volume encontrada, julgando o Auto de Infração Procedente em parte, porque não há como prever se a mercadoria seria efetivamente exportada.

Ocorre, porém, que o autuado anexa ao Recurso Voluntário documentos - cópias de notas fiscais - como comprovação de que toda a mercadoria objeto do Auto de Infração foi efetivamente exportada, podendo-se constatar a coincidência da numeração dos blocos constantes das fiscais apreendidas com aquela utilizada para a exportação da mercadoria.

Ainda mais, em atendimento à diligência promovida por deliberação da 2ª CJF, a GEINC, em Parecer de fl. 184, informa que a documentação acostada ao processo pelo recorrente, corresponde à comprovação de operações de exportação devidamente registradas no SISCOMEX.

Comprovado, indubitavelmente, que a mercadoria objeto da ação fiscal foi efetivamente exportada, deixando de existir, em consequência, o fato gerador da infração, não há que se cogitar de incidência de ICMS, tornando-se também superadas as considerações a respeito da divergência sobre o volume da mercadoria, que ocasionou a cobrança da diferença do tributo pela JJF.

Por todas essas razões, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE a ação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 007267.0101/05-0, lavrado contra **PEVAL S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

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