

A. I. Nº - 206951.0007/07-2
AUTUADO - POSTES SUDOESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUIESTA
INTERNET - 05.10.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0307-02/09

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença nas quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Efetuadas as diligências para análise das proporções dos materiais utilizados na fabricação do produto final, foi mantida a exigência resultante dos cálculos efetuados pela autuante, à fl. 07 dos autos. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/2007, exige ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto na importância de R\$14.615,97, com multa de 70%, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, às fls. 63 a 74, argumenta que alguns dos demonstrativos entregues ao contribuinte não condizem sequer com alguns demonstrativos de cálculos de posse da auditora, também insertos no Livro de Registro de utilização de documentos Fiscais e Termo de Ocorrências do contribuinte.

Considera cerceamento de defesa, pois lhe foi apresentado uma série de demonstrativos confeccionados unilateralmente, que serviram de base de cálculo para a autuação.

Argumenta que os demonstrativos que fundamentam a autuação, também, aprestam falhas ao não indicar, por exemplo, qual foi a fonte utilizada pela autuante.

Consigna que o relatório “COMPOSIÇÃO DOS MATERIAIS”, efetivamente utilizados pela empresa, consta divergência para a maior nas medida de Kg de Aço e Cimento em 10 dos 12 produtos analisados. Considera fato sabido que do Poste Concreto 100/07, em que se verifica uma diferença para maior de 28kg de cimento e 7,63 kg de Aço, por lógico que utilizando-se no demonstrativo do Auto de Infração mais matéria-prima presumidamente com relação à efetivamente utilizada, gera-se automaticamente aumento de consumo, que desequilibra a relação entradas x saídas.

Destaca que a Coelba é a sua maior adquirente, e que o autuado segue a tabela Composição de Materiais, ora anexa.

Assegura que a autuante não informa a fonte de engenharia (o padrão) utilizado, bem com não verifica de forma clara os fenômenos químicos geradas pela transformação da matéria, com

adição de água, perda e quebre de material, conversão de materiais Areia e Brita em volume e não em quilogramas.

Considera abalada a base de cálculo, pois utilizou como parâmetro valores e medias a maior dos materiais utilizados na convenção de uma peça fabricada (poste, cruzeta, etc).

Aduz que há discrepância entre a Tabela de “composição de Materiais” para elaboração de postes, ora anexa pelo contribuinte e as quantidades de matérias primas utilizadas na confecção dos mesmos postes pela autuada.

Entende violado o princípio da razoabilidade, trazendo doutrina sobre a matéria e conclui pedindo pela nulidade do Auto de Infração. Pugna pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, sobretudo as provas documentais e periciais expressamente pleiteadas, sob pena de nulidade do Auto de Infração hora hostilizado, em virtude de cerceamento de defesa.

A autuante, às fls. 102 a 105 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando que o autuado foi a Inspetoria exigindo cópias do Auto e respectivos demonstrativos, se negando a levar o livro de ocorrência. Nesse momento, por engano, lhe foi entregue a segunda cópia onde apenas o demonstrativo do inventário não está perfeitamente igual ao constante no auto. Porém no dia 19/12/2007, foram entregues, ao seu representante legal, conforme protocolo anexo, toda documentação com os demonstrativos fixados no livro RDFTO, exatamente como estão anexos no PAF. Afirma que os demonstrativos anexados pela defesa, inclusive o que aponta o valor do débito estão exatamente iguais, conforme fl. 07 e 93, 08 e 94, 12 e 96, 13 e 95, 10 e 97, 11 e 98 etc.. Afirma que, quanto aos demonstrativos de entradas e saídas, apenas a ordem das notas fiscais não coincidem.

Afirma que o autuado apresentou, após solicitação, uma proporção de matéria prima empregada em cada tido de poste imprestável, incompleto e com unidade de medidas diversas, às fls. 27 do PAF. Assim, a proporcionalidade foi feita com base no laudo da empresa Postes Bahia Ltda, fls. 29. Empresa com a mesma atividade industrial e fornecedora, também, de postes á COELBA.

Argumenta que as afirmações do autuado de que a areia foi medida em volume e não em quilo, não há nada que impeça em fazê-lo, mesmo porque no documento, às fls. 22, a nota fiscal tem o peso da mercadoria. Quanto a areia não possui uma nota registrada, conforme registro de entrada cópias anexas as fls. 34 a 35, e a brita a entrada tem o peso da mercadoria conforme nota 17300, anexa a fl. 22.

Afirma não ter havido espontaneidade, além dos procedimentos e autuação estarem pautados na Legislação Tributária Estadual.

Pugna pela manutenção do Auto de Infração.

A 1^a JJF decidiu, em pauta suplementar, converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para que o autuante ou outro Auditor Fiscal indicado pelo Inspetor Fazendário:

- a) obtivesse da empresa, Postes Bahia Ltda, expressa declaração relativa à proporcionalidade constante do demonstrativo à fl. 29, anexando-a aos autos;
- b) anexasse aos autos, também, se possível, mais uma declaração da aludida proporcionalidade praticada por mais uma empresa fabricante de postes, bem como informações técnicas que assegurem a aplicação dos materiais utilizados no levantamento para fabricação de postes e respectivas proporcionalidades aceitáveis;
- c) refizesse os demonstrativos com os ajustes introduzidos, caso entenda necessário qualquer modificação nos aludidos levantamentos, tendo em vista os novos elementos (proporcionalidade dos itens aplicados), eventualmente, trazidos aos autos.

A autuante, ora diligente, à fls 113, responde que o Sr. José Avelar de Assunção, sócio gerente da empresa Postes Bahia Ltda, assinou o documento da proporcionalidade, conforme anexo.

Quanto à solicitação “b” informa que não foi identificada na INFAZ, outra empresa com a mesma atividade.

Ressalta que a matéria já foi julgada no processo 269.197.0007/07-0.

A 1ª JJF decidiu, em pauta suplementar, mais uma vez, converter o PAF em diligência, desta vez à ASTEC/CONSEF para que o diligente tomasse as seguintes providências:

a) apurasse se a composição dos materiais, bem como as proporções dos mesmos, utilizados na fabricação dos produtos acabados, considerados no presente levantamento de estoque, apresentados pelo autuado, à fl. 99 dos autos, tem condições técnicas de ser utilizados para efetuar o levantamento de estoque, ora impugnado, e estão dentro dos parâmetros aceitáveis para o processo industrial do autuado;

b) caso estivasse em condições técnicas de ser utilizados e dentro dos padrões aceitáveis, acima indicados, refizesse os demonstrativos com os ajustes introduzidos, caso entenda necessário qualquer modificação nos aludidos levantamentos, tendo em vista os novos elementos (proporcionalidade dos itens aplicados), eventualmente trazidos aos autos.

O diligente da ASTEC, às fls. 128 a 130, apresenta seu parecer, conforme segue: afirma que, apesar do diligente não ser especializado em engenharia civil, foram verificadas a composição dos materiais, bem como se as proporções informadas pelo autuado, estão dentro das condições técnicas de serem utilizadas para efetuar o levantamento de estoque ora impugnado.

Aduz que, das proporções informadas pelo autuado, verifica-se no demonstrativo de fl. 131, que os índices não totalizam 100%, sinal que não foram informados corretamente; já no demonstrativo elaborado pela autuante, em que a mesma baseou-se em índices fornecidos pela empresa Postes Bahia Ltda., o somatório dos índices totalizam 100%.

Consigna que, analisadas as proporções informadas pelo autuado à fl. 99, foi elaborado demonstrativo de estoque, conforme fls. 132.

Conclui que, considerando-se os índices informados pelo autuado, sendo que o valor do débito que era R\$14.615,97, após a diligência efetuada, caso o mesmo entenda ser devida, reduziria para R\$9.118,42.

Entretanto, entendendo não ser devido o levantamento efetuado pelo diligente, deverá prevalecer o levantamento efetuado pelo autuante, baseado em informações de empresas do mesmo ramo de atividades, documentado à fl. 29.

O autuado, às fls. 144 a 153, volta a se manifestar argumentando que não foi atendidas as diligências, purgando pela nulidade da autuação.

Considera que as incorreções não foram suprimidas, evidenciada pelo encaminhamento duas vezes do processo em diligência.

Afirma que na primeira diligência foi apenas colhida a assinatura de o carimbo do demonstrativo de fls. 29, não havendo expressa declaração sobre a proporcionalidade.

Reproduz o voto relativo ao processo julgado do Postes Bahia e afirma que, para as demais providências solicitadas, convém investigar o ponto nodal, qual seja, se a composição dos materiais, bem como as proporções dos mesmos utilizados na fabricação dos produtos acabados, tem condições técnicas de ser utilizados para efetuar o levantamento de estoque ora impugnado, e se estão dentro dos parâmetros aceitáveis para o processo industrial do autuado.

Argumenta que, insiste a Autuante no que foi seguida pelo Diligente em se basear no padrão POSTES BAHIA para manter os demonstrativos que dão sustentação ao Auto de Infração. Nesse particular, chama à atenção a prova anexada pela autuante às fls. 119/123, qual seja, cópia do

Acórdão JJF nº 0182-01/08, datado de 20 de maio de 2008, cujo autuado é ninguém mais ninguém menos que a indústria POSTES BAHIA LTDA, passando a reproduzir o aludido voto:

"VOTO do processo POTES BAHIA.

(. . .)

No que se refere à infração 07, que originalmente se constitui na presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em decorrência da falta de contabilização de entradas de matérias-primas, noto que o autuante, de forma acertada, e à vista dos demonstrativos e demais provas trazidas aos autos pelo impugnante, concordou com as alegações e com os novos elementos apresentados pela defesa, isto em decorrência da existência de equívocos na apuração dos quantitativos de entradas e de saídas das mercadorias objeto do levantamento.

Verificando os novos documentos juntados às fls. 112 a 124, noto que as divergências em relação aos quatro itens, redundaram em novos dados os quais apontam para a ocorrência de presunção de saldas anteriores em relação aos materiais "aço" e "areia", enquanto que em referência aos itens "brita" e "cimento" ocorreu omissão de saídas, sendo que no primeiro caso os valores apurados representam uma maior expressão monetária. Considerando que nessa situação e de acordo com o art. 20, § JO do RICMS/97, deve ser exigido o imposto correspondente às saídas anteriormente realizadas sem emissão de documentos fiscais, tendo em vista que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção de ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto, mantenho esta infração de forma parcial, para exigir o pagamento do ICMS no valor de R\$ 5.403,45, correspondente à omissão relativa aos itens "aço" e "areia". (com destaque)

"Ad absurdo", o padrão utilizado pela autuante e diligente para insistir na manutenção do Auto de Infração é o da empresa POSTES BAHIA LTDA, autuada, porque, segundo o processo administrativo fiscal trazido à colação pela autuante, deixou de contabilizar as entradas. efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de !!Idas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. "

Considera o autuado que não cabe utilizar como padrão o demonstrativo de uma empresa recentemente autuada pela SEFAZ-BA pelo mesmo motivo apontado no auto sob análise. Aduz que o Auditor Fiscal Diligente não observou em seu parecer a imprestabilidade de tal padrão ao afirmar que: (FLS. 129) "... no demonstrativo elaborado pela autuante, em que a mesma baseou-se em índices fornecidos pela empresa Postes Bahia Ltda., o somatório dos índices totalizam 100%."

Afirma que é de se indagar: Qual a confiabilidade, credibilidade e certeza dos índices fornecidos por empresa autuada com base na mesma infração apontada no auto sob discussão?

Consigna, quanto escandido na defesa, isto é, os demonstrativos que fundamentaram a autuação apresentam falhas ao não indicarem, por exemplo, qual foi a fonte oficial utilizada pela Autuante no que concerne às percentagens e quilogramas dos materiais que compõem a fabricação de postes. Entende se conhecido que, em casos tais, as divergências desequilibram inexoravelmente a relação Entradas x Saídas.

Afirma que a COELBA (adquirente da maior parte dos produtos) por seu turno continua inspecionando e aprovando o material produzido pela Autuada, que por sua vez segue o padrão de engenharia civil apto a garantir a segurança dos produtos fabricados.

Destaca que, além de não se declinar a fonte de engenharia (o padrão oficial) confiável e de credibilidade, optou a autuante por batizar-se em padrão de empresa autuada (POSTES BAHIA) como fartamente provado nos autos, o que de per si fere o direito constitucional à ampla defesa.

Segundo o autuado, para agravar ainda mais a situação, a autuante não levou em consideração os fenômenos químicos gerados pela transformação da matéria, como adição de água, perda e quebra do material, conversão dos materiais AREIA e BRITA em volume e não em quilogramas, etc.

Chama a atenção para as perdas não inferiores a 5% (cinco por cento), que sequer foi cogitado pela autuante e diligente.

Argumenta ainda a existência de materiais que apresentam composições diferenciadas (areia e brita) com alteração do peso específico a depender da região de onde forem extraídas, bem como aplicação de tecnologia diferenciada entre empresas no processo de fabricação que permite aperfeiçoar a produção mantendo os padrões de segurança.

Resume seu entendimento alinhado que o Auto de Infração em tela, malgrado as diligências fiscais realizadas, mantém os vícios de origem, eis que baseado em padrão de empresa (POSTES BAHIA) que pelas razões acima lançadas jamais poderia fornecer índices. Ademais, ainda que tais índices fossem interpretados como corretos, não se poderiam ignorar nos demonstrativos, fatores como "verbi gratia", a perda e quebra de material, o processo de fabricação diferenciado entre as fábricas que utilizam materiais extraídos de fontes diversas, com maior ou menor economia de matéria-prima, a acarretar iniludivelmente alteração em termos quantitativos.

Reitera em todos seus termos a defesa de fls., eis que se mantém íntegra após a informação fiscal e sucessivas diligências fiscais, e, por conseguinte requer a nulidade de pleno direito o Auto de Infração. Outrossim, pugna que sejam remetidas cópias da informação fiscal de fls. 102/105 aos órgãos censórios da SEFAZ-BA (Ouvidoria), para em procedimento próprio apurar se a conduta da Sra. Auditora Fiscal GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA, está de acordo com a exigência de respeito e urbanidade que os agentes públicos devem obrigatoriamente dispensar aos contribuintes e patronos destes.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência do ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Verifico que o ponto central da discussão se dá em torno da composição dos materiais, bem como as proporções dos mesmos utilizados na fabricação dos produtos acabados. O autuante entende que os dados fornecidos pelo autuado não são utilizáveis e o autuado afirma que não cabe a utilização de proporções de matérias primas colhidas de outra empresas (POSTES BAHIA, á fl. 29), para efetuar o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Para dirimir as dúvidas relativas à composição proporções dos materiais aplicados na fabricação dos produtos finais, alvo da pressente exigência, foi o presente processo encaminhado à

ASTEC/CONSEF, para que o diligente apurasse se a composição dos materiais, bem como as proporções dos mesmos, utilizados na fabricação dos produtos acabados, considerados no presente levantamento de estoque, apresentados pelo autuado, à fl. 99 dos autos, têm condições técnicas de serem utilizados para efetuar o levantamento de estoque, ora impugnado, e estão dentro dos parâmetros aceitáveis para o processo industrial do autuado.

Caso os dados utilizados estivessem em condições técnicas e dentro dos padrões aceitáveis, acima indicados, foi solicitado que o diligente refizesse os demonstrativos com os ajustes introduzidos, se entendesse necessário qualquer modificação nos aludidos levantamentos, tendo em vista os novos elementos (proporcionalidade dos itens aplicados), eventualmente trazidos aos autos.

O diligente aduz que, das proporções informadas pelo autuado, verifica-se no demonstrativo de fl. 131, que os índices não totalizam 100%, sinal que não foram informados corretamente; Já no demonstrativo elaborado pela autuante, em que a mesma baseou-se em índices fornecidos pela empresa Postes Bahia Ltda., o somatório dos índices totalizam 100%.

Consigna que, analisadas as proporções informadas pelo autuado, à fl. 99, foi elaborado demonstrativo de estoque, conforme fls. 132.

Conclui que, considerando-se os índices informados pelo autuado, sendo que o valor do débito que era R\$14.615,97, após a diligência efetuada, caso o mesmo entenda ser devida, reduziria para R\$9.118,42.

Afirma, contudo, que se for entendido não ser devido o levantamento efetuado pelo diligente, deverá prevalecer o levantamento efetuado pela autuante, baseado em informações de empresas do mesmo ramo de atividades, documentado à fl. 29.

Diante do parecer do diligente da ASTEC, cabe concluir que as proporções oferecidas pelo autuado, às fls. 99 dos auto, realmente não podem ser acolhidas para os cálculos de proporções de matérias primas necessária para a composição do produto final, pois além de não totalizarem o 100% do item produzido, conforme se pode verificar na tabela apresentada pelo diligente, à fl. 131, (com percentuais que variam de 78,91 a 111,03%) o autuado não explica de que se compõem às diferenças para completar 100% dos produtos produzidos, por exemplo, do total de matérias primas que totaliza 78,91% do produto final, era necessário explicar o restante, ou seja, os 21,09 %, que completaria 100% para formação do produto final.

As aludidas proporções se tornam mais imprecisas em razão de o autuado alegar que há perdas no processo produtivo, trazendo distorções ainda maiores, pois, se assim fosse, teríamos que ter maiores quantidades de matérias primas empregadas para se obter os pesos destas, que remanesceram nos produtos finais.

O autuado ao afirmar que a COELBA é adquirente da maior parte dos produtos e, por seu turno, continua inspecionando e aprovando o material produzido por ela e que, por sua vez, segue o padrão de engenharia civil apto a garantir a segurança dos produtos fabricados, se pode concluir que a mesma inspeção e aprovação da Coelba ocorre com POSTES BAHIA, que fornece os mesmo produtos a Coelba, e prestou as informações sobre os matérias aplicados e as proporções utilizadas pela autuante para a composição dos produtos finais, alvo do presente levantamento, oferecendo, por conseguinte, a confiabilidade nos dados utilizados.

Além do mais, não foram apresentados elementos de custos que comprovem os números trazidos pelo autuado.

Assim, diante das imprecisões existentes nas proporções trazidas pelo autuado, bem como as confirmadas composições e proporções aplicadas pela autuante, com base nos dados colhidos na empresa Postes Bahia, à fl. 29 dos autos, que fornece os mesmos postes ao mesmo cliente, ou seja, a COELBA, que têm um único padrão, deve ser mantida a exigência resultante dos cálculos efetuados pela autuante à fl. 07 dos autos.

Quanto aos argumentos de que a areia foi medida em volume e não em quilo, em consonância com a autuante e em suas próprias palavras, “não há nada que impeça em fazê-lo, mesmo porque no documento, às fls. 22, a nota fiscal tem o peso da mercadoria. Quanto a areia, não possui uma nota registrada, conforme cópias anexas as fls. 34 a 35, e a brita a entrada tem o peso da mercadoria conforme nota 17300, anexa a fl. 22”.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206951.0007/07-2, lavrado contra **POSTES SUDOESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.615,97**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE
ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR
FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR