

**A. I. N° - 087078.0003/10-3**  
**AUTUADO - POSTES SUDOESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**  
**AUTUANTES - ARQUINTO PINHEIRO SOUSA**  
**ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA**  
**INTERNET - 11.03.2011**

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0014-02/11**

**EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O LANÇADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO.** Comprovada a ocorrência da irregularidade apontada. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ATIVO IMOBILIZADO. UTILIZAÇÃO EM VALORES SUPERIOR AO PERMITIDO.** Comprovada a ocorrência da irregularidade apontada. **b) AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DESTINADOS A USO E CONSUMO.** Infração confirmada. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA REGISTRO NA DME. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA.** Descumprimento de obrigação acessória, infração caracterizada. **4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO.** A diferença nas quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Comprovada a origem dos dados relativos à aplicação de matéria prima. Infração caracterizada. **5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO.** Infração devidamente caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2010, traz a exigência de obrigação principal e acessória relativa ao ICMS no valor de R\$152.664,72, conforme segue:

Infração 01 – recolheu a menos o ICMS em razão do desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$244,93, multa de 60%;

Infração 02 – utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. ICMS no valor de R\$4.403,92, multa de 60%;

Infração 03 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$2.090,89, multa de 60%;

Infração 04 - omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais, apresentadas através de DME. Multa no valor de R\$5.981,64;

Infração 05 – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$ 123.911,37, multa de 70%. Consta que, em razão da irregularidade detectada o imposto foi apurado através do regime normal;

Infração 06 – deixou de recolher o ICMS no valor de R\$16.031,97, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 294 a 289, contesta a autuação, afirmando que na omissão de entradas, que compõe o maior volume da cobrança o débito de R\$152.664,72, o lançado não mereceria prosperar tendo em vista as razões que apresenta. Assegura que a razão estaria na composição do artefato, pois a tabela dos insumos utilizados na produção, para proceder ao levantamento quantitativo, omitiu a indicação da fonte oficial, o que se constituiria uma violação ao princípio da ampla defesa. A defesa enfatiza que a COELBA – seu maior cliente – tem inspecionado e aprovado seu material que segue os padrões de segurança na fabricação de postes. Alega cerceamento do direito de defesa pela utilização de composição não amparada por algum padrão ou órgão oficial, ou seja, volta a rejeitar o critério de distribuição de insumos no processo de produção de postes adotado no levantamento quantitativo.

A defesa lembra o caráter vinculado da administração pública. Nesta concepção, a “fase não-contenciosa é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo”. Relembra, também, que a exclusão da espontaneidade é o principal efeito do início da ação fiscal. Em suma, entende ser função do auditor fiscal orientar o contribuinte. Não multá-lo por ser medida de natureza extrema. Adiante, cita Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entendendo que o texto dela transcrito teria o teor aludido. Outrossim, traz as regras básicas a serem seguidas pela administração, relativas à necessidade de agir de determinada forma, da proporcionalidade de sua ação e de sua eficácia. E arremata: “os meios diretos de coerção só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo...”

A defesa alude aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, citando Antonio Bandeira de Melo e acreditando que o contestado auto de infração os contrariam por ser um ato público de força inaceitável diante destes princípios.

Requer a nulidade do presente Auto de Infração, bem como requer em caráter de imprescindibilidade, seja oficiada a GERDAU – USIBA, para que forneça a relação de Notas Fiscais que teve como destinatária a Empresa Postes Sudoeste nos anos de 2005 e 2006.

O autuante, às fls. 299 a 301, apresenta a informação fiscal alegando que o artigo 142, do CTN, dá competência privativa à autoridade administrativa para proceder ao lançamento que consiste na verificação da ocorrência do fato gerador, na determinação da matéria tributável, cálculo do tributo, identificação do sujeito passivo e até propor a aplicação de penalidade se cabível. O parágrafo único deste artigo determina que esta atividade de lançamento é vinculada e obrigatória.

Alinha que o artigo 136, do CTN, esclarece que a responsabilidade por infração à legislação é objetiva, ou seja, independe da intenção do agente ou do responsável e “da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

Complementa que, verificado, por exemplo, um pagamento menor, deve o preposto fiscal agir incontinenti – vinculado – pelo lançamento do imposto, impondo a penalidade aplicável. Assim, a mais inocente das faltas, como o atraso no pagamento, enseja a aplicação da penalidade prevista o artigo 42, Inciso II, da lei 7.014/96, independentemente de dolo ou culpa; o preposto tem

apenas esta alternativa: não tem escolha. Não é um ato discricionário. Verificado que o imposto não foi recolhido tempestivamente, este é lançado com os acréscimos legais e multa.

Conclui que, desta forma, a alternativa não-contenciosa existe apenas quando a lei assim o determinar. Nunca como ato voluntário do preposto fiscal.

Informa que, no mérito, a defesa busca afastar o levantamento quantitativo escorada no argumento de que os critérios utilizados para o procedimento não são oficiais, porquanto constante de uma planilha não referendada pela ABNT. Este argumento é falacioso, pois a tabela, denominada Demonstrativo de Consumo de Matéria-Prima (fl. 70) enviada pela própria autuada é o documento hábil para o procedimento; afinal, confeccionado pelo próprio responsável técnico da empresa o Sr. Adilson Alves Pereira, engenheiro civil CREA 29891. Assim, continua o autuante, a composição dos artefatos tem nesta tabela a participação de cada insumo no produto final sem deixar qualquer dúvida, sendo, a partir daí, elaborado o levantamento ora contestado na forma como informou a empresa.

Segundo o autuante, outro argumento de valor equivalente ao anterior, ou até inferior, é a chancela da COELBA, pois se aprovado pelo seu cliente, estes postes devem apresentar uma composição determinada e de acordo com as normas exigidas pelo cliente. Então, por que não apresentou a participação de cada insumo como exigido pela COELBA para efeito de contestação? A defesa restringe-se a negar a validade da referida tabela sem apresentar alternativa para a consecução dos trabalhos, inviabilizando o procedimento. Além de tudo e mais importante, como já esclarecido, esta é a composição que o responsável técnico da empresa informou ao autuante. Apenas este fato demonstra o intuito meramente protelatório da defesa.

Consigna que a defesa pede que seja realizada diligência para dirimir dúvidas sobre as aquisições de ferro da Gerdau não contabilizadas. Afirma que as notas que dão suporte à cobrança da multa formal estão relacionadas no Demonstrativo do Cálculo da Penalidade Fixa, todas emitidas pela Gerdau juntadas aos autos nas folhas de 23 a 26. Não há, portanto, afirma o autuante, a necessidade de diligência solicitada, cujo objetivo evidente é mais uma vez protelar o andamento do processo, pois as referidas notas constam do processo. Por que pedir um documento cuja cópia já é parte dos autos? Evidentemente devemos ignorar este pedido com base no artigo 145, do RPAF, posto ter se mostrado inútil para a compreensão e o desfecho do processo. A ação fiscal é totalmente procedente.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício atribui ao sujeito passivo 06 infrações, já devidamente relatadas, imputadas por descumprimento de obrigações principais e acessórias.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das 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. Quanto à tabela, denominada Demonstrativo de Consumo de Matéria-Prima (fl. 70), conforme demonstra o autuante, foi confeccionada com base em dados fornecidos pelo próprio responsável técnico da empresa o Sr. Adilson Alves Pereira, engenheiro civil CREA 29891, conforme consta à fls. 80, constando na aludida planilha a informação de que os dados foram obtidos com o autuado.

É importante lembrar que a função do autuante é vinculada, não cabendo a discricionariedade almejada pelo autuado. 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.

Cabe acolhimento as arguições do autuante, quando afirma que o pedido do autuado de realização de diligência para solicitar a Gerdau as notas que dão suporte à cobrança da multa formal estão relacionadas no Demonstrativo do Cálculo da Penalidade Fixa, todas emitidas pela Gerdau juntadas aos autos nas folhas de 23 a 26. Não há, portanto, como afirma o autuante, a necessidade de diligência solicitada, pois as referidas notas constam do processo. Assim, com base no art. **Art. 147, I, “a”**, indeferido o aludido pedido.

Verifico que o impugnante se restringe a alegação de nulidade, em particular, quanto ao consumo de matéria prima, que já foi abordado na análise efetuada acima, ficando demonstrado que as proporções para a apropriação de matéria prima foram fornecidas pelo próprio autuado, através de seu engenheiro responsável, não oferecendo o autuado, em contrapartida, qualquer indicação específica das proporções que considera corretas. Determina o art. 142 do RPAF/BA que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. A diferença nas quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Comprovada a origem dos dados relativos à aplicação de matéria prima, infração foi caracterizada.

As notas fiscais da Gerdau, conforme já mencionado, constam dos autos. Ademais, percorre o autuado a análise dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que não encontram amparo para elidir qualquer das infrações imputadas.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087078.0003/10-3**, lavrado contra **POSTES SUDOESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$146.683,08**, acrescido da multa de 60% sobre R\$22.771,71 e multa de 70% sobre R\$123.911,37, previstas no art. 42, incisos II, “b” e “f”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.981,64**, prevista no inciso XII-A do art. 42 do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 fevereiro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA