

PROCESSO - A. I. N° 087078.0003/10-3
RECORRENTE - POSTES SUDOESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0014-02/11
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 03/05/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0128-11/12

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 às arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/06/2010 para exigir ICMS de R\$152.664,72, acrescido de multa de 60%, por imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações :

INFRAÇÃO 1 – recolheu a menos o ICMS em razão em razão do desencontro 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 2 – 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 3 – 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 4 - omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais, apresentadas através de DME. Multa no valor de R\$5.981,64;

INFRAÇÃO 5 – 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 6 – 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%.

A lide administrativa foi dirimida pela JJF sob estes fundamentos:

“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 discricionalidade 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 argüições 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. “

Resistindo ao teor do julgado de Primeira Instância, o contribuinte em sede de Recurso Voluntário, ressalta a sua tempestividade e de estar consonante com as disposições legais respectivas. Faz uma breve sinopse dos fatos para, em seguida, arguir a nulidade do lançamento de ofício.

Passa, de início, a reportar-se sobre a infração 5, alegando ser passível de ser decretada a sua total nulidade, já que a circulação de mercadoria se configura condição *sine qua non* para incidência do ICMS, embora, como esclarece, suas atividades e operações realizadas difiram das características clássicas do fato gerador do ICMS, por se tratar de indústria produtora de postes e artefatos de concreto, tendo a COELBA como sua principal cliente, cujas operações são do tipo “encomenda para entrega futura”, venda esta que admite a mercadoria ficar na posse do vendedor para entrega dentro de prazo determinado.

Tece longos comentários em derredor da discussão travada nos autos do Processo nº 723.427/96 nos idos de 1996, pela COELBA, a qual teria alegado que dirigiu consulta à Gerência de Consulta e Orientação Tributária- GECOT, que foi deferida pelo Diretor de Administração Tributária em 30/12/2004 através do Parecer nº 10094/2004, que disse anexar, tendo como escopo a concessão de regime especial objetivando permitir a determinados fornecedores a assumirem a condição de fiéis depositários.

Explicita que, para realização e manutenção do sistema elétrico e ampliação com novos consumidores dispersos em várias localidades, face ao programa de expansão que envolve a ampliação e diversos materiais e equipamentos, a COELBA adquire diretamente da fábrica, através de contratos de fornecimento sob encomenda, que o fabricante, cujo vendedor exerce posição de fiel depositário até a data programada para retirada do material.

Que a COELBA no ano de 2004, nos autos do Processo nº 22436320048 com o fito de aumentar o número de seus fornecedores contemplados pelo regime especial, para incluir outros, como o recorrente, e que, por isso, pleiteou alteração do regime especial concedido com base nos Pareceres GECOT nº 1708/97, 512/99, 1718/00 e 3760/02, arrematando para afirmar que a modalidade “venda para entrega futura” foi disciplinada pelo Decreto nº 6.284 de 14/03/97, tendo transcritos os artigos 411 e 412.

Menciona que o autuante desconsiderou todos esses aspectos relevantes, afrontando a legislação regedora e o Parecer da GECOT, ao destacar o ICMS antecipadamente, o que culminou em valores vultosos, o que diz ser constatado do Auto de Infração nº 087078.0003/10-3, e que a além disto valeu-se equivocadamente do CFOP 3.101, o que implica dizer que a fiscalização ignorou o aludido Parecer da GECOT, pois deveria ter se valido do CFOP 5.948.

Afirma que o ICMS foi destacado antes da efetiva saída da mercadoria do estabelecimento, procedimento vetado pelo art. 411, do Decreto nº 6.284/97 e que por isso dúvidas não permanecem de que todos esses aspectos foram ignorados pelo autuante que se utilizou de base de cálculo errada para lavrar o Auto de Infração, que apresenta valores desproporcionais e vultosos, e que, estando provado o erro do preposto fiscal, deve ser declarada a nulidade da autuação.

Cita posição doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho sobre nulidades, destacando que em havendo fundamento desconexo com o objetivo pretendido pela Administração, deve ser declarada a nulidade que se constitui a invalidação do ato pelo vício de legalidade, eis que fiscal entendeu que o ICMS não foi por ela recolhido com base no Parecer da GECOT, o que resulta dizer que o auditor invalidou o ato administrativo. Passa a se reportar ao princípio da legalidade previsto no art. 37 da CF e nas súmulas do STJ de nº 346 e 473, afirmando que cabe à Administração anular seus próprios atos quando apresenta vício de legalidade.

Em seguida, transcreve acórdão oriundo da SEFAZ-TO, no sentido de que o Auto de Infração é nulo quando houver descompasso entre a base de cálculo e o valor originário da obrigação.

Adiante, no tópico que denominou DO DIREITO, afirma que sua defesa tem abrigo no art. 5º, LV da CF.

Em tópicos distintos, passa a mencionar a infração 1, alegando sua impertinência e que a imposição da multa fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, estes que são barreiras para limitar o poder discricionário da Administração Pública, sendo o percentual imposto alheio à realidade pátria.

Nesse sentido, da penalidade ter caráter confiscatório, traz à baila posição doutrinária de Maria Sylvia Zanella di Pietro, de Sacha Calmon e de Hugo de Brito Machado, que transcreveu, concluindo que a penalidade sendo imposta em percentual tão elevado passa a ter natureza confiscatória.

Aborda, em continuidade, a infração 2, reiterando os mesmos fundamentos da infração 01 no que tange à confiscatoriedade da multa com percentual de 60%, reportando-se sobre a posição doutrinária da dita jurista Maria Sylvia Zanella de Pietro, Sacha Calmon e Hugo de Brito Machado.

Nesta esteira, traz a mesma fundamentação para a infração 3 e 4, acrescentando que a conduta estatal ao respeitar o princípio da proporcionalidade, deve se revestir de três fundamentos básicos : adequação, exigibilidade e proporcionalidade no sentido estrito, e que a conduta deve ter-se por necessária se não houver outro meio menos gravoso ou oneroso para se alcançar o interesse público.

Menciona, repisando ao abordar a infração 5 de se tratar de hipótese de total nulidade, por considerar que o critério temporal, o fato gerador do ICMS, é o momento da saída da mercadoria do estabelecimento, sendo a saída condição *sine qua non* para a incidência do imposto. Que ocorreu, entretanto, que a modalidade de operação por si utilizada ainda que difira das características clássicas do fato gerador do ICMS, “*foi autuada como se incidindo fora o referido fato gerador*”.

Reproduz as mesmas argumentações dirigidas à infração 5, novamente ressaltando as atividades por si empreendidas e que a COELBA é sua maior cliente nas operações de entrega futura, e que em 1996 dirigiu consulta à GECOT; transcreve novamente os artigos 411 e 412 do Decreto nº 6.284, de 14/03/97.

Repete a mesma fundamentação acerca do fato do auditor ter utilizado o CFOP 5101 quando deveria ter utilizado o de nº CFOP 5949. Prossegue repetindo todos os demais argumentos invocados quanto à infração 5.

Em derredor da infração 6, afirma que reitera os mesmos fundamentos relativos aos percentuais de multa de 60% e seu caráter confiscatório, citando as mesmas posições doutrinárias a título de socorro de sua tese.

Requer a produção probatória, especialmente a documental, para evitar o cerceamento do direito de defesa.

Por fim, arrimando-se nos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e da legalidade, requer seja declarado inválido o PAF; que seja o Recurso Voluntário conhecido e atribuído efeito suspensivo como preceitua o artigo 169 do Decreto nº 7.629 e Lei nº 8.666/93; e que seja acolhida a preliminar de nulidade do lançamento de ofício por vício de legalidade.

Por cautela, requer ainda, se diverso o entendimento deste Colegiado, que seja declarada a improcedência das infrações 1 a 6, requerimento este que, se for acolhido, que seja reduzido o percentual da multa com esteio nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Instada a PGE/PROFIS para se manifestar, exarou o Parecer de fls. 348/349, no qual sucintamente esclarece que o recorrente pugnou pela nulidade da infração 5 que disse estar eivada de ilegalidade, sobre o que ressaltou discordar por não vislumbrar presente no PAF qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF.

No tocante as arguições de mérito, disse constatar que, de modo evasivo, o recorrente negou o cometimento das infrações, sem, contudo, ter apresentado a prova correlata, concluindo que as infrações apuradas no lançamento em discussão estão revestidas das formalidades legais, esclarecendo que a autuação veio acompanhada dos demonstrativos de débito que guardam conformidade com vigente legislação tributária e que o sujeito passivo, a teor do que dispõe o art. 143 do RPAF, não elidiu a presunção.

Refuta o caráter confiscatório das multas e de que tenham sido inobservados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afirmando estar o lançamento de ofício em harmonia com o art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Por derradeiro, pontua que no julgamento de piso todas as questões foram enfrentadas e deliberadas, e que o acórdão deve ser confirmado, opinando pelo improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Examinados os autos, constato que a autuação abrange 6 infrações tanto por descumprimento de obrigação principal como acessória, todas contestadas pelo sujeito passivo em sede de impugnação e recursal.

De início, verifico a partir do exame do Auto de Infração, que a descrição fática e enquadramento legal estão corretos, tendo sido entregue ao contribuinte os documentos necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa como se infere da fl. 278.

Extraio, também, que o lançamento de ofício está instruído com vasta documentação (fls. 04 a 276), incluindo o demonstrativo de cálculo das omissões com dedução das perdas; auditoria de estoque com levantamento quantitativo das entradas de matéria-prima; apuração de estoque inicial e final de matéria-prima; demonstrativo de consumo de matéria-prima, entre outros documentos que embasam a acusação fiscal de forma substancial.

Infiro que o sujeito passivo requereu a realização de diligência para que a Gerdau encaminhasse notas fiscais que dariam suporte à cobrança de multa formal, o que foi indeferido pela JJF, mas o foi sob clara fundamentação, de que seria ato despiciendo por já residir nos autos tais notas às fls. 23 a 26.

Nesta mesma esteira, verifico que o julgamento de Primeira Instância enfrentou e deliberou sobre toda a matéria, motivadamente, sem lhe poder recair qualquer pecha de nulidade. O devido processo legal foi, pois, respeitado regiamente.

Depreendo, assim, do que acima relatado está, que o Recurso Voluntário restringe-se a arguir a nulidade, entretanto, nada argui substancial e consistentemente para socorrer sua tese recursal, como também não apresentou documentos que tivessem o condão de comprovar suas alegações. Com isto, fez atrair a aplicação da regra do art. 142 do RPAF/BA, que sabidamente dispõe 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 par disso, como salientado na Decisão recorrida, a diferença nas quantidades de entradas de mercadorias foi apurada mediante levantamento quantitativo de estoques que revelaram que houve mercadorias cujas entradas não foram contabilizadas, e que os pagamentos destas foram feitos com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas.

Ademais, importa acrescentar que o recorrente em que pese ter alegado o regime especial concedido à COELBA e que, por força dele teria assumido a condição de depositário fiel das mercadorias a ela vendidas, mas não entregues, entretanto, como se extrai do PAF, não cuidou de acostar qualquer prova, tais como demonstrativos ou planilhas a fim de evidenciar ser verídica a sua alegação de que o autuante não considerou no levantamento quantitativo tal fato, ou seja, que não computou o quantitativo referente às notas fiscais de saídas efetivas das mercadorias que estavam sob sua guarda; sem se poder perder de vista o respectivo Livro de Inventário, no qual deveria estar escruturado o estoque de propriedade de terceiros que estava em seu poder, e que não foi apresentado.

Logo, a alegação recursal ao invocar os princípios da legalidade, proporcionalidade e da razoabilidade o faz evasivamente, sem ter o condão de elidir qualquer das infrações que lhe foram imputadas, após minucioso roteiro de auditoria sobre o qual não houve pontual

insurgência pelo sujeito passivo, que no seu Recurso Voluntário se limitou a exclusivamente requerer a nulidade do Auto de Infração, sem adentrar efetivamente no mérito dessas mesmas infrações, como ressaltado pela PGE/PROFIS.

No que tange à alegação da multa ter caráter confiscatório, devo discordar por estar a penalidade prevista no art. 42, da Lei nº 7.014/96, além do que, importa ressaltar, falta a este Colegiado administrativo competência material para apreciar e decidir arguição de constitucionalidade.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão “*a quo*” na íntegra.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 087078.0003/10-3, lavrado contra POSTES SUDOESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., devendo ser intimado o recorrente 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 70% sobre R\$123.911,37, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “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, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS