

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 - INFAZ 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 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. “

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 transcrito os artigos 411 e 412.

Menciona que o autuante desconsiderou todos esses aspectos relevantes, afrontando a legislação regeadora 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 Gerda 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 regamente.

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 escriturado 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 inconstitucionalidade.

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