

A. I. Nº - 233081.0007/04-7
AUTUADO - LANDRENNNS VIEIRA GAVA
AUTUANTE - AFONSO HILÁRIO LEITE DE OLIVA
ORIGEM - INFAS ITAMARAJU
INTERNET - 28.07.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0235-02/05

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Fato comprovado. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDA E O LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração parcialmente caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. SAÍDAS DE CARVÃO AMPARADAS PELO DIFERIMENTO, SEM CONFIRMAÇÃO DO RECEBIMENTO PELO DESTINATÁRIO. Fato comprovado. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas e o pedido de decadência de parte do crédito tributário. Indeferido o pedido de diligência em virtude de se encontrarem nos autos os elementos necessários para o deslinde das questões objeto da lide. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/04, exige o pagamento do valor de R\$ 179.157,37, em razão das seguintes irregularidades:

Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 27.243,87, em meses de exercícios de 1999 a 2003, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro fiscal próprio, conforme demonstrativos às fls. 11 e 12.

Recolhimento a menos do ICMS no valor R\$ 180,00, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, correspondente aos meses de setembro e dezembro de 1999, conforme documentos às fls. 44 a 52.

Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 151.733,50, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente às notas fiscais relacionadas às fls. 54 a 66, correspondente ao período de maio a outubro de 2000, relativamente a saídas de carvão vegetal com diferimento, cujas operações não foram confirmadas pelo destinatário da mercadoria, conforme declaração à fl. 98.

O sujeito passivo, tempestivamente e através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 754 a 763, preliminarmente argüiu a decadência do lançamento relativo ao período de janeiro a junho de 1999, sob o fundamento de que o mesmo contraria o RICMS e o Código Tributário Nacional.

No mérito, impugnou as infrações na forma que segue.

Infração 01 – Alega que a acusação fiscal é vaga e genérica, pois não há nenhum demonstrativo dos valores com o imposto recolhido em desencontro, e que a cobrança do imposto se constitui em duplicidade.

Infração 02 – Aduz que inexiste qualquer divergência nos lançamentos dos livros fiscais, visto que o autuante não observou que as mercadorias lançadas como saídas diferidas não poderiam ser somadas àquelas diferidas. Diz, ainda, que não foi apresentado nenhum demonstrativo contendo quais as notas fiscais que foram lançadas no Registro de Saídas para o confronto com os lançamentos no Registro de Apuração do ICMS.

Infração 03 – Esclarece que a empresa é do ramo de fabricação de carvão vegetal do eucaliptus, cuja produção é vendida para as usinas de ferro localizadas dentro e fora do Estado da Bahia, destacando a empresa FERBASA que adquire o produto na forma de ICMS diferido.

Diz que, diante da concorrência, na comercialização do carvão vegetal no extremo sul da Bahia é muito comum os adquirentes efetuarem o pagamento à vista de suas compras pelo sistema de ICMS diferido, não havendo qualquer vantagem financeira para os vendedores do produto, pois o preço pago ao vendedor não sofre qualquer alteração. Assevera que se ao contrário a venda fosse feita com tributação na fonte, seria acrescido ao preço o imposto que é extraído da transação, havendo maior segurança para o Estado.

Com esse argumento, o defensor tenta mostrar que se a venda for feita com diferimento ou tributada na fonte, o ICMS é arcado pelo comprador, não havendo de sua parte nenhuma vantagem em burlar o Fisco Estadual.

Argumenta que se houve sonegação, esta ocorreu na escrituração da FERBASA, por entender que não lhe cabe o direito de acompanhar se a operação foi contabilizada pela compradora.

Questiona porque decorridos quatro anos, somente agora foi detectada a ocorrência de que o comprador deixou de escriturar a entrada das compras, pois o Estado tem todos os meios de evitar desvios de mercadorias através dos postos fiscais, não tendo nenhuma vantagem para o comprador assumir riscos desta natureza.

Salienta que é ilegal a pretensão fiscal, pois as vendas a empresas que operam com ICMS diferido independem de prévia autorização do fisco para emitir notas fiscais de suas vendas.

Discordou da conclusão da fiscalização de que não houve a entrada de mercadorias na FERBASA, com base na mensagem de e-mail datada de 29/06/2004, ressaltando que a fiscalização deveria ter desenvolvido uma ação fiscal concreta perante a contabilidade da destinatária das mercadorias.

Concluindo que a responsabilidade contábil nas vendas que realizou é do adquirente da mercadoria, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 770 a 775, o autuante rebate a argüição do autuado de decadência do período de janeiro a junho de 1999, dizendo que o referido período foi considerado na autuação fiscal com base no inciso I, do artigo 965, do RICMS/97, que prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contado a partir do primeiro dia do exercício àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No mérito, o preposto fiscal contestou os argumentos defensivos da seguinte forma.

Infração 01 – Foi esclarecido que as diferenças a recolher apuradas estão demonstradas à fl. 11, na Auditoria da Conta Corrente Fiscal, na qual, encontram-se discriminadas na coluna VALOR ESCRITURADO os valores do ICMS a recolher, tendo como fonte o livro RAICMS constantes às fls. 15 a 43; e na coluna VALOR RECOLHIDO, os valores do imposto arrecadado e registrado no Sistema de Arrecadação da SEFAZ, totalizado por período, conforme demonstrado no RESUMO DE ARRECADAÇÃO – DAE às fls. 13 e 14 dos autos.

Infração 02 – O autuante informou que a apuração do recolhimento a menos neste item está demonstrada no Anexo intitulado de AUDITORIA DA CONTA CORRENTE à fl. 44, tendo como fonte o livro Registro de Saídas e o RAICMS escriturado pelo autuado, conforme documentos às fls. 45 a 52. Protestou quanto a alegação de que foram consideradas as mercadorias diferidas no cálculo do débito, salientando que não foram indicadas na defesa quais os documentos fiscais enquadrados na situação apontada.

Infração 03 – Para fundamentar a autuação deste item, o autuante informou que adotou vários procedimentos em função da necessidade de ampliação do escopo do exame diante de indícios relevantes de simulação das operações de saídas amparadas pelo diferimento, quais sejam:

- Circularização do destinatário – Falta de apresentação das vias fixas dos talonários das notas fiscais, e apresentação dos comprovantes de entrega dos produtos parte destacável da primeira via da nota fiscal (inciso IX do artigo 219 do RICMS/97); e falta de indicação e identificação dos transportadores das mercadorias nos documentos fiscais.
- Fiscalização do Trânsito de Mercadorias (postos fiscais) – Consulta ao sistema do CFAMT, durante a ação fiscal, não sendo constado nenhum registro dos documentos fiscais objeto da autuação, nas datas e com os valores consignados na sua escrita fiscal.
- Outros procedimentos de fiscalização – Foram adotados outros procedimentos de auditoria na escrita do autuado, porém diante da falta de elementos que pudessem assegurar a veracidade e a regularidade das operações escrituradas pelo estabelecimento, buscou informações do SINTEGRA apresentadas pela FERBASA e em outros prepostos fiscais da SEFAZ que realizaram diligência no destinatário das mercadorias, cujo resultado apontou a inexistência de registro das notas fiscais na escrita fiscal da FERBASA, motivando a declaração da mesma de que não havia adquirido as mercadorias, não sendo apresentado pelo autuado qualquer prova documental em sentido contrário, de forma a contestar a citada declaração.

Ressalta que em virtude do autuado não ter apresentado fatos de direito ou provas concretas que viessem comprovar a operação com o destinatário das mercadorias, ratifica a autuação, por restar evidenciado que o destinatário ou usuário real das mercadorias é desconhecido, não podendo por isso ser aplicado o enquadramento da operação no Regime de Diferimento.

Por conta disso, conclui que o autuado é o responsável tributário nas operações declaradas nos documentos fiscais, nos termos do artigo 347, inciso II, alínea “b”, do RICMS/97, pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Considerando que a exigência fiscal relativa ao item 3, concerne a saídas de carvão vegetal com diferimento, cujas operações não foram confirmadas pelo destinatário da mercadoria, conforme declaração da FERBASA à fl. 98, bem assim, que a referida declaração por ter sido fornecida por e-mail não encontra-se devidamente assinada, o processo foi encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que fosse efetuada uma diligência no contribuinte FERBASA CIA FERRO LIGAS DA BAHIA, IE nº 02.500.779, Estrada de Santiago – Pojuca/Ba, ou aonde se localizar a sua contabilidade fiscal,

no sentido de ser verificado se as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas às fls. 54 a 66, foram adquiridas pelo citado contribuinte, e se foram devidamente escrituradas as notas fiscais em seus livros fiscais, apresentando provas nesse sentido.

Conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 312/2004 (docs. fls. 781 a 782), foi informado pelo diligente que apresentou à empresa FERBASA Cia. Ferro Ligas da Bahia, IE nº 02.500.779, relação de todas as notas fiscais que estão no PAF em seu nome, sendo fornecido pela mesma declaração (doc. fl. 784) de que não consta em seus cadastros a empresa autuada, e que por conseguinte que não havia efetuado qualquer operação comercial com a referida empresa.

Ao tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal, o autuante salientou que restou ratificada a declaração constante à fl. 98, e confirmada pelo Diretor Financeiro Sr. Eduardo Martinez Barbeiros à fl. 752.

O sujeito passivo, por seu turno, manifestando-se sobre a diligência, aduziu que não houve fiscalização junto à Ferbasa, mas tão somente um expediente de ofício, com resposta por e-mail, posteriormente ratificado pela mesma.

Diz que dentre as empresas consumidoras do carvão vegetal do eucaliptus que produz, consta a empresa FERBASA que desde o ano de 1999 vem adquirindo o carvão na forma do ICMS diferido, através de seu preposto/comprador Sr. José Carlos, mediante o pagamento em dinheiro, pois é a prática de todos os revendedores de carvão da região.

Argüi que a simples negativa da FERBASA de que não adquiriu a mercadoria não a isenta, ou a seus prepostos, da responsabilidade com o produto e a escrituração fiscal dos documentos fiscais, e que não lhe cabe como vendedor a obrigação de acompanhar os caminhões, visto que, existem vários postos de fiscalização da SEFAZ onde todo veículo de carga é obrigado a parar, e deixar uma cópia da nota fiscal.

Impugnou o resultado da diligência, sob o argumento de que não foi feita uma rigorosa fiscalização perante aquela empresa FERBASA, pugnando pelo integral acatamento de sua defesa, e por falta de pressuposto que possa induzir a ser verdadeira a afirmativa de que a citada empresa não tem conhecimento dos atos de seus compradores.

VOTO

Analisando a alegação defensiva de decadência dos créditos tributários relativos ao período de janeiro a junho de 1999, observo que não assiste razão ao autuado, pois o parágrafo único do artigo 173, do CTN, deixa claro que o prazo definitivo para constituição do crédito tributário extingue-se após cinco anos contado da data em que tenha sido iniciada a referida constituição pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. No caso presente, o lançamento de ofício foi constituído a partir da ciência do Auto de Infração no dia 22/07/2004, e desse modo, o primeiro dia do exercício seguinte foi 01/01/2000, contando daí o prazo decadencial, incorrendo, assim, a alegada decadência do crédito tributário.

No mérito, tomando por base os esclarecimentos e os documentos que compõem o processo, concluo o seguinte:

Infração 01 - Recolhimento a menos do ICMS, nos meses de janeiro a abril, julho outubro a dezembro de 1999, e janeiro, junho, julho, novembro e dezembro de 2000, em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro fiscal próprio.

Na planilha às fls. 11 e 12, intitulada de AUDITORIA DA CONTA CORRENTE, encontram-se demonstrados mensalmente os valores do imposto devido escriturado no RAICMS, em comparação com os valores recolhidos em cada mês, com a indicação das respectivas diferenças a recolher, cujos demonstrativos constam a assinatura do autuado declarando que recebeu cópia dos mesmos.

Além disso, a autuação foi instruída com as cópias do Registro de Apuração do ICMS e do resumo dos recolhimentos efetuados, extraído no INC – Informações do Contribuinte, tudo conforme documentos às fls. 13 a 44.

Portanto, tendo em vista que os valores utilizados na apuração do débito foram os mesmos escriturados pelo autuado no livro de apuração, o próprio autuado conhece quais os documentos que originaram tais lançamentos, e considerando que o autuado não apresentou elemento de prova referente a recolhimento das diferenças apontadas, considero subsistente a infração.

Infração 02 - Recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, correspondente aos meses de setembro e dezembro de 1999.

Realmente na cópia do Registro de Saídas às fls. 45 a 48, consta nos referidos meses que o valor das operações com débito do imposto totaliza a cifra de R\$ 19.971,86 e R\$ 19.977,68, respectivamente, enquanto que no Registro de Apuração do ICMS às fls. 49 a 52, foram escriturados os valores de R\$ 19.791,94 e R\$ 19.977,60, resultando nas diferenças que foram lançadas no demonstrativo de débito deste item.

Ao contrário do que afirmou o autuado, na Auditoria da Conta Corrente à fl. 44 consta sua assinatura declarando que recebeu uma cópia da mesma. Assim sendo, o sujeito passivo teve todas as condições de elidir a acusação fiscal, e se acaso houvesse escrituração errada dos livros fiscais, poderia ter trazido aos autos a comprovação das notas fiscais que alegou se tratar de operações pelo regime de diferimento.

Contudo, analisando os documentos que instruem este item, observei que o somatório do imposto debitado no Registro de Saídas à fl. 46 é de R\$ 19.791,86, e não R\$ 19.971,86, conforme consignado. Logo, o valor lançado no Registro de Apuração à fl. 50 está correto, não subsistindo esta parte da infração.

Nesta circunstância, procede em parte a infração no valor de R\$ 0,08.

Infração 03 - Com relação a este item, a acusação fiscal é de falta de recolhimento do ICMS, referente às notas fiscais relacionadas às fls. 54 a 66, e constantes às fls. 103 a 750, correspondente ao período de maio a outubro de 2000, relativamente a saídas de carvão vegetal com diferimento, cujas operações não foram confirmadas pelo destinatário da mercadoria, conforme declaração à fl. 98.

Portanto, diante de indícios de simulação de operações de saídas amparadas pelo regime do diferimento, o autuante fundamentou também a autuação através de outros procedimentos de fiscalização, quais sejam:

- Circularização do destinatário – Falta de apresentação das vias fixas dos talonários das notas fiscais, e apresentação dos comprovantes de entrega dos produtos parte destacável da primeira via da nota fiscal (inciso IX do artigo 219 do RICMS/97); e falta de indicação e identificação dos transportadores das mercadorias nos documentos fiscais.

- Fiscalização do Trânsito de Mercadorias (postos fiscais) – Consulta ao sistema do CFAMT, durante a ação fiscal, não sendo constado nenhum registro dos documentos fiscais objeto da autuação, nas datas e com os valores consignados na sua escrita fiscal.
- Outros procedimentos de fiscalização – Foram adotados outros procedimentos de auditoria na escrita do autuado, porém diante da falta de elementos que pudessem assegurar a veracidade e a regularidade das operações escrituradas pelo estabelecimento, buscou informações do SINTEGRA apresentadas pela FERBASA e em outros prepostos fiscais da SEFAZ que realizaram diligência no destinatário das mercadorias, cujo resultado apontou a inexistência de registro das notas fiscais na escrita fiscal da FERBASA, motivando a declaração da mesma de que não havia adquirido as mercadorias, não sendo apresentado pelo autuado qualquer prova documental em sentido contrário, de forma a contestar a citada declaração.

Além disso, conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 312/2004 (docs. fls. 781 a 782), a pedido desta Junta de Julgamento Fiscal foi informado pelo diligente que foi apresentada à empresa FERBASA Cia. Ferro Ligas da Bahia, IE nº 02.500.779, relação de todas as notas fiscais que estão no PAF em seu nome, sendo fornecido pela referida empresa declaração (doc. fl. 784) de que não consta em seus cadastros a empresa autuada, e por conseguinte que não efetuou qualquer operação comercial com a referida empresa.

Quanto às alegações defensivas, observo que o contribuinte que emite em nome de determinado destinatário mais de seis centenas de notas fiscais arrasta para si o ônus de comprovar quem transportou as mercadorias, e quem as recebeu, a forma como foi paga cada fatura, ou seja, provar a legitimidades das operações realizadas.

Os indícios de prática de irregularidade fiscal devem ser perquiridos, pesquisados e, por fim, comprovados para que possam servir de sustentáculo à acusação fiscal. No presente caso, os elementos de prova apresentados pelo autuante, e confirmados em diligência fiscal, são suficientes para caracterizar a infração, não havendo realmente como ser aplicado o enquadramento das operações realizadas através das notas fiscais citadas no Regime do Diferimento, merecendo ressaltar que as nota fiscais não contém data de saída; carimbo de postos fiscais; nome do transportador; canhoto de recebimento assinado pelo destinatário das mercadorias, e ainda, a prova de pagamento pelo adquirente. Disso decorrente, concluo que o autuado é o responsável tributário nas operações declaradas nos documentos fiscais, nos termos do artigo 347, inciso II, alínea “b”, do RICMS/97.

Assim, não tendo o autuado trazido aos autos qualquer documento para comprovar as suas alegações, concluo pela subsistência deste item da autuação.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$ 178.977,45, ficando o demonstrativo de débito da infração 02 modificado conforme abaixo.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO - INFRAÇÃO 02 - 03.01.03

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	Infração
31/12/1999	09/01/2000	0,47	17	60	0,08	2
TOTAL DO DÉBITO						0,08

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233081.0007/04-7, lavrado

contra **LANDRENNNS VIEIRA GAVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 178.977,45**, sendo R\$ 178.603,05, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$ 374,40, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “f”, da citada Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA