

A. I. Nº - 087015.0014/11-4
AUTUADO - EXTRATIVA METALQUÍMICA S/A.
AUTUANTE - COSME ALVES SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
INTERNET 27.12.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0314-04/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Comprovada a infração, em razão das provas apensadas aos autos e das contradições das alegações defensivas. Exigência subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a) ATIVO FIXO. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo/ativo fixo do estabelecimento. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2011, exige ICMS no valor de R\$3.624.764,61, através das seguintes infrações:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado – R\$ 3.618.100,37 Multa de 150%.
2. Deixou de recolher ICMS 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. ICMS no valor de R\$ 687,00 e multa de 60%.
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 5.977,24.

Consta na descrição da infração 01:

“Este Auto de Infração é um complemento do Auto de Infração nº 087015.0034/10-7 (lavrado em 30/12/2010) e julgado totalmente procedente, por unanimidade, pelo egrégio CONSEF, em 06/12/2011. Inclusive, à época, todas as planilhas, que ora apensamos, já estavam prontas, só não as incluímos na autuação porque a OS de nº 508203/10, limitava-se aos exercícios de 2006 e 2007. Os motivos que nos levam a glosar ou desconsiderar os créditos fiscais utilizados pelo contribuinte nas operações, constantes das planilhas anexas, são os mesmos citados no Auto de Infração acima, ou seja:

a) todas as aquisições foram realizadas no estado do AMAPÁ, local bastante distante do contribuinte adquirente, todavia, sistematicamente, em nenhuma delas há carimbo de prepostos fiscais no trajeto e conhecimentos de transporte, mas, em contrapartida, todas as demais mercadorias adquiridas pelo contribuinte de créditos fiscais menos expressivos constam dos documentos o carimbo dos prepostos fiscais existentes nos trajetos ou respectivos conhecimentos de transportes com vinculação às respectivas notas fiscais (cópias de todas as notas e conhecimentos estão apensados ao PAF, como provas);

b) quase a totalidade das notas fiscais lançadas nos livros registro de entradas de mercadorias - LREM, alusivo ao exercício de 2008, não foram apresentadas ao fisco, isto porque, o lançamento delas foram realizados à luz de comunicados, via e-mail, sem a presença física, ao menos, dos próprios documentos fiscais (cujos e-mails encontram-se anexos ao processo);

c) nos e-mails acima citados, constam as informações ou orientações do procedimento que o contador do destino deveria seguir, no caso Maiquinique, descrevendo para lançamento, a exemplo, números das notas fiscais, datas, valores BC e ICMS a ser creditado, etc. e, em um deles, conforme consta da redação, fica bem claro, que a finalidade era, exclusivamente, para o fechamento do ICMS a ser declarado para o fisco baiano,

ficando, assim, bastante evidente que não se tratava de uma operação de compra de matéria prima e, sim, com a finalidade de alimentação, pura e simplesmente, de crédito fiscal e, em contrapartida, diminuição do saldo devedor;

d) todos os lançamentos contábeis da empresa são fictícios com o intuito, apenas, de dar aparente legalidade ao fato, haja visto, que seus débitos com o (fornecedor) jamais foram quitados, não há registro de crédito, só de débito. No AI já julgado pelo CONSEF, em uma das informações do contribuinte no processo, chegara a alegar de que um de seus credores havia perdoado toda a sua dívida, oriunda de (fornecimento) de matérias primas (documento anexo). Tudo isto continua nos exercícios 2007 a 2010 (até 31/07/ 2010);

e) a caligrafia do emissor sempre é a mesma não importando os locais e as empresas remetentes (CNPJs diferentes e cidades, no caso, MAZAGÃO-AP e SANTANA-AP);

f) todas as operações (notas fiscais apensadas ao PAF) não constam das informações do CFAMT e SINTEGRA, conforme documentos anexos;

g) a exemplo do que ocorrera em 2005 e 2006, as notas fiscais, de cujos documentos não houve circulação física de mercadorias, foram lançadas a débito da conta matérias-primas e a crédito da conta empréstimo - FARID ASSI JOÃO (sócio Gerente), como se ele fosse o fornecedor da matéria prima, apesar das notas fiscais terem como remetente MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA, e, em outros casos, aparecem a crédito da própria mineradora, todavia, em ambos os casos, jamais os seus créditos, derivados dos fornecimentos, foram recebidos, conforme estão provados nos lançamentos contábeis da Extrativa, demonstrando, claramente, apenas jogo de lançamentos contábeis e a não existência de circulação de mercadoria e, tampouco, movimentação econômica real, pois, nenhum fornecedor sobreviveria nessas condições, ou seja, vender os seus produtos sem a correspondente contraprestação, que é o recebimento do numerário equivalente - cópias dos lançamentos contábeis apensas ao PAF; Enfim, em todas estas (operações) não há menor dúvida de que não houve circulação física de mercadoria, assim como, circulação efetiva de numerários (pagamento x recebimento), ipso facto, enquadram-se, perfeitamente, nos dispositivos contidos nos artigos 97, inciso VII, e 209 incisos IV a VI e § único do art. 209 do RICMS vigente.”

O autuado apresenta impugnação fls. 6884/6922, de início, se pronunciou quanto à tempestividade da defesa apresentada, pois estaria de acordo com o prazo previsto e com os termos do art. 66 da Lei nº 9.784/99.

Informa que durante a fiscalização à INFAZ Itapetinga, a empresa autuada disponibilizou toda a documentação exigida (livros de Entrada e Saída de 2007 a 2010, os Registros de Apuração de ICMS de 2007 a 2010, as Notas Fiscais de entrada e saída de 2007 a 2010, o livro de controle de CIAP de 2007 a 2010, os registros de inventário de 2007 a 2010).

Descreve os fatos constantes nos autos que levaram a autoridade fiscal à imputar a infração ao autuado, sob a alegação de que fora infringido os artigos 97, inciso VII e 209 incisos IV a VI e § único do art. 209 do RICMS. Argumenta que a fiscalização está totalmente equivocada.

Reproduz os principais tópicos da autuação e afirma que nenhuma das alegações possuem consistências plausíveis, pois são frágeis, por si só, não dão guarida à autuação que se cercou de alegações falaciosas, não sendo suficientes para justificar a autuação.

Ademais constam várias cópias de notas fiscais de Empresas que se situam em Santa Catarina, em São Paulo e outros mais Estados brasileiro e que também não possuem os carimbos dos postos fiscais. Afirma não ser razoável que a falta de um carimbo justifique a desconsideração da operação, vez que todas as notas fiscais que se encontravam em poder da Empresa foram apresentadas ao Fisco, tanto é que, este usa o teor das notas fiscais para justificar a autuação.

Suscita a preliminar de nulidade quanto à autuação, por falta de elementos essenciais na compreensão de como foram alcançados os valores do Auto de Infração, pois o método de cálculo para se chegar a tal quantia não é compreendido nas planilhas, sendo constrangida em seu patrimônio.

Pede também pela nulidade em relação à utilização de prova ilícita por se encontrar eivado de vício insanável, tendo o Auditor fiscal juntado ao PAF alguns e-mails no qual induz pertencer ao autuado. No entanto desconhece a sua origem, não sabe informar como a Autoridade Fiscal tomou conhecimento dos mesmos. Observa também que tais provas são dados sigilosos e não possuiu a autorização, quer do autuado quer judicial para anexá-los ao PAF.

No mérito, aborda que existem notas fiscais sem carimbos dos postos fiscais, anexadas aos autos, mas não pode ser responsabilizado pela falta dos carimbos nas notas fiscais, como também não se pode desconsiderar uma operação que realmente aconteceu pela falta de carimbos fiscais. Salienta que para a legitimidade do crédito do ICMS não se faz necessário carimbos fiscais, deve-se verificar a existência do crédito e o pagamento do imposto pela pessoa jurídica que ocupa a primeira posição na cadeia tributária.

Ressalta que o autuado possui como objeto social principal a extração e beneficiamento do grafite. Nesse contexto, o fato de todas as notas fiscais serem do Estado do Amapá, ocorre pura e simplesmente porque a Mineração Vila Nova Ltda é fornecedora do autuado de areia de cromita e de óxido de tântalo, matérias primas, misturadas ao grafite para ser vendido aos clientes Arcelo Mittal Brasil S.A, (nota fiscal em anexo), Tupy S.A., Schulz S.A., utilizado na abertura de válvula gaveta de painéis de fundição.

Portanto, diz que houve apenas a compra de matérias-primas, de fundamental importância para a produção do produto final, qual seja, o grafite, com isso, pode creditar-se de um imposto, efetivamente recolhido e lançado, de um imposto que, *in casu*, foi pago pelo impugnante no momento da aquisição da mercadoria, haja vista que, o ICMS já estava embutido no preço da mercadoria adquirida.

Defende que a Empresa emissora das notas fiscais (Mineração Vila Nova Ltda) está regularmente constituída, e que a operação geradora da emissão da nota fiscal foi uma operação plenamente válida. Portanto, foi comprado o produto de sua necessidade e nessa operação exerceu seu direito de se creditar do ICMS gerado, não havendo, nessas operações qualquer irregularidade que pudesse levar a Autoridade Fiscalizadora a desconsiderar todo o crédito do ICMS.

Registra que nos autos o fiscal afirma que todas as notas fiscais possuem carimbos dos postos fiscais (volume 24 do PAF), com exceção das notas fiscais consideradas inidôneas. Entretanto, verifica-se na análise detalhada do volume 24 do PAF, a existência de várias cópias de notas fiscais de Empresas que se situam em Santa Catarina, em São Paulo e outros mais Estados brasileiro e que também não possuem os carimbos dos postos fiscais.

Diante do exposto, conclui que várias outras notas fiscais também não possuem o carimbo dos postos fiscais, não havendo qualquer questionamento por parte da Autoridade Fiscal. E isso se dá, justamente, porque a operação abrangida pelas notas fiscais questionadas, realmente aconteceu, apenas, o autuado, exerceu o seu direito de creditar-se do ICMS embutido na própria mercadoria adquirida.

Reafirma que apresentou todas as notas fiscais de entrada e saída, assim, todas as do exercício de 2008 foram apresentadas ao Fisco e permanecem à disposição, para possíveis averiguações. Tanto é verdade que no PAF, juntou a Autoridade Fiscal os volumes: 08, 09, 10, 11, 12 referente às notas fiscais no exercício de 2008, totalizando 1614 notas fiscais.

Pontua que no volume 08 estão as notas fiscais referentes a janeiro, fevereiro e março/2008, (fls. 2430 até as 2778), totalizando 348 notas fiscais. No volume 9 são notas fiscais referentes a abril, maio e junho/2008, (fls. 2790/3211), totalizando 421 notas fiscais. No volume 10 são notas fiscais referentes a junho, julho, agosto, setembro, (fls. 3214 a 3614), totalizando 400 notas fiscais. No volume 11 são notas fiscais referentes a outubro (fls. 3618 a 3808), totalizando 190 notas fiscais. No volume 12 são notas fiscais referentes a novembro e dezembro (fls. 3811 a 4044), totalizando 233 notas fiscais.

Ademais, verificando o PAF conclui que das 72 notas fiscais objetos da autuação, 57 encontram-se no PAF. Dessa forma, a impugnante não entende o porquê da afirmação "QUASE TODAS AS NOTAS FISCAIS". Todas as notas fiscais foram devidamente colocadas à disposição do Fisco e seguiu as determinações estabelecidas no regulamento do ICMS/BA.

Afirma desconhecer a origem dos e-mails juntados ao PAF e não sabe informar como a Autoridade Fiscal tomou conhecimento dos mesmos. Ademais, não há qualquer informação que

possa levar à conclusão de que são orientações para emissão de notas fiscais. Além disso, a Empresa emitente das notas fiscais, em questionamento, é a Mineração Vila Nova Ltda que se localiza no Estado do Amapá, e concluir que a contabilidade que cuida da parte fiscal da Extrativa Metalquímica estava emitindo nota fiscal para o seu fornecedor é meio descabido.

Ressalta que as contabilidades são terceirizadas, não há qualquer vínculo entre os departamentos fiscais das Empresas. Afirma que a partir da confrontação dos e-mails juntados e das notas fiscais, consideradas inidôneas, não há qualquer elemento, qualquer indício, que se possa levar à conclusão concreta de que o e-mail X serviu para orientar a emissão da nota fiscal Y.

Portanto, a conclusão de que os e-mails estão ligados à notas fiscais inidôneas é totalmente rasa e sem qualquer elemento de concretude.

Requer o desentranhamento dos e-mails referidos, primeiro, por não terem nexo de causalidade com o fato apurado. Segundo, porque se realmente são do autuado, são dados sigilosos e não possuiu a Autoridade Fiscal autorização, seja do contribuinte ou judicial, para anexá-los ao PAF. Trata-se, portanto, de prova ilícita.

Questiona “qual o problema encontrado em ser a caligrafia das notas fiscais a mesma?”, dizendo que se: “de um único fornecedor/Mineração Vila Nova Ltda, parece óbvio que a Empresa/Fornecedora destinava apenas uma pessoa para a emissão das notas fiscais”. Concluir que se trata da mesma caligrafia somente pode ser afirmada através de uma perícia grafotécnica, o que não foi realizado. Dessa forma, não pode ser responsabilizada porque a caligrafia da nota fiscal do seu fornecedor é sempre a mesma.

Quanto à não-obrigatoriedade do fornecimento das informações através de arquivos eletrônicos, diz que as notas fiscais não constam das informações do CFAMT e SINTEGRA. Destaca que somente passou a ser obrigada a emitir pelo SINTEGRA a partir de julho/2010, conforme se comprova pelo Convênio SEFAZ 57/95 que dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e escrituração de livros fiscais, por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados.

Portanto, somente as empresas usuárias de processamento de dados na escrituração de livros e/ou emissão de documentos fiscais, que geravam mensalmente arquivo magnético das operações efetuadas, de acordo com as especificações do Convênio ICMS 57/95 e Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, estavam obrigadas a fornecer as informações através de arquivos eletrônico/SINTEGRA, o que não era o seu caso.

Argui que, naquela época, por inúmeros motivos, inclusive a facilidade de controle do ICMS a pagar, optou pela ESCRITURAÇÃO MANUAL, por essa razão, não estava enquadrada na obrigatoriedade da entrega do arquivo magnético ao fisco, que ocorreu somente a partir de julho de 2010.

Quanto aos pagamentos das duplicatas através das transferências bancárias, foram lançadas a débito na conta matérias-primas e a crédito da conta empréstimo - Farid Assi João. Não há recebimento desses créditos, o que comprova a inexistência da circulação da mercadoria e a falta de movimentação econômica, sendo sem nexo a conclusão da fiscalização. Pergunta que se o pagamento ocorreu através da conta de mútuo, pode-se concluir que houve inexistência de circulação da mercadoria? E, por isso a falta de movimentação econômica?

Explicita que a conta de mútuo tem como finalidade, compensar operações financeiras de empresas do mesmo grupo econômico. Normalmente, é utilizada para informar contabilmente quanto cada Empresa tem a pagar e a receber e quanto possui em seu ativo e passivo sem ter que esperar o final do exercício.

Com relação, a conta crédito “Farid Assi João”, tratou-se de um aporte financeiro do Diretor da Impugnante, daí a necessidade de justificar o respectivo aporte através da conta crédito. Ressalta que, o lançamento contábil final será realizado no fim de cada exercício, e que a respectiva transação está legalmente pautada pela Lei nº 6.404/76, alterada pela Lei nº 11.638/07.

Portanto, ao contrário do que afirma a Autoridade Fiscal houve o pagamento efetivo da operação através das transferências bancárias (extratos juntados). Afirma que, na realidade, a operação existiu e foi devidamente quitada, através de transferência bancária.

Aduz que o princípio da não-cumulatividade não foi respeitado pelo auditor fiscal, ao considerar todos os créditos fiscais utilizados como inidôneos, por razões inverídicas.

Desse modo, os princípios tributários que limitam o exercício do poder de tributar, tais como legalidade, anterioridade e irretroatividade, bem como aqueles que revelam técnicas de tributação como não-cumulatividade, seletividade, progressividade, são todos princípios jurídicos de diferentes graus de concretização no Sistema Tributário.

Reproduz os dispositivos apontados pela fiscalização nos artigos 97, inciso VII e 209 incisos IV a VI e § único do art. 209 do RICMS, posto que não obstante o vício do documento, havendo comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado, a utilização do crédito é admitida.

Informa que a empresa Mineração Vila Nova Ltda, empresa fornecedora da Extrativa Metalquímica S/A, efetivamente recolheu o ICMS das notas fiscais em que a Autoridade Fiscal considerou inidôneas. Portanto, houve o efetivo pagamento do ICMS, e a Impugnante se creditou de um imposto que é legítimo e regular. Desconsiderar a operação é desconsiderar a natureza jurídica do ICMS, ofendendo claramente o princípio da não-cumulatividade. Cita o art. 155 da CF/88.

Assim, temos que o ICMS, de acordo com a Constituição da República de 1988, está expressamente estruturado pelo sistema imposto contra imposto e não pelo sistema mercadoria contra mercadoria, como quer entender a Autoridade Fiscal. Portanto, no caso em comento, a Impugnante realizou o seu direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto. Conclui que o Auto de Infração é totalmente insubsistente.

Quanto à multa aplicada, esta é confiscatória, pois a CF, expressamente traz a regra que proíbe a utilização do tributo com finalidade confiscatória, devendo-se estender à aplicação desta as multas tributárias, regra indissociável do Princípio da Razoabilidade.

Portanto, mesmo em âmbito administrativo, mais especificamente do poder de polícia, deve ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade, cabendo ao Fisco quando da fixação das sanções, dosá-las de forma que não se apresentem como verdadeiro confisco. Invoca o entendimento do mesmo sentido do magistério de Sacha Calmon Navarro Coelho (NAVARRO, Cadernos de Pesquisas Tributárias, ed. CEEU/Resenha Tributária, São Paulo, 1979, p. 4:445).

Requer a realização de prova documental e de prova pericial, prevista no art. 38 da Lei nº 9.784/99.

Pede pela Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

Nas fls. 6892/6992, consta Mandado de Segurança nº 0000248-44.2012.0126, impetrado quanto ao Auto de Infração discutido em relação ao acesso físico, no momento a SEFAZ informou que para ter acesso ao mesmo teria que se defender ou solicitar xerox (R\$3,50 por folha) tendo que gastar o valor de R\$23.590,00 para todo o Auto de Infração, contrariando o art. 46 do RPAF/Ba – Decreto nº 7.629/99. Reproduziu o Parecer nº CEA-BCL-010/2006.

Ressalta que a advogada ao tomar ciência da liminar fotografou todo o Auto de Infração, momento em que agiu dentro do princípio da legalidade e da garantida defensiva constitucional. Por fim, fora reaberto o prazo de defesa conforme determinou o Parecer.

O autuante presta informação fiscal, fls. 6996/7000, informa que o Auto de Infração é uma continuação dos trabalhos iniciados no final de 2010 (OS de nº 508203/10), que redundaram na lavratura do Auto de Infração nº 087015.0034/10-7, já definitivamente julgado procedente, por unanimidade, pelo eminente CONSEF (fls. 103/110), e, que o conteúdo deste novo procedimento (*sub judice*) só não fez parte do Auto de Infração nº 087015.0034/10-7 (já julgado), porque a OS, retrocitada, limitava-se a 2005 e 2006, todavia, desde aquela época, todos os demonstrativos (fls.

10/11 e 21/23) já estavam devidamente elaborados. Por esta razão, os motivos e provas juntadas a esse processo, deverão ser analisados e apreciados de forma conjunta e integradas e não de forma isolada.

Foram utilizados, de forma indevida, créditos fiscais destacados em notas fiscais, consideradas por esta auditoria, como inidôneas (embasado nos artigos 97, inciso VII, e 209 e seu § único – todos do RICMS vigente).

Todas as “operações” foram realizadas com empresa situada no estado do AMAPÁ - AP, local muito distante do “suposto” destino das mercadorias, chegando a cerca de mais de 3.000 Km de distância do local do destino e, não há sequer, o carimbo de nenhum preposto fiscal existente no trajeto, em todas as notas fiscais e não há conhecimentos de transporte. Tampouco, há lançamentos contábeis comprovando os pagamentos de tais serviços, por ser mercadoria “transportada” em carretas, com muito peso (oscilando de 13, 14, 20, 30, 40 toneladas, por carga) e, em contrapartida, todas as demais mercadorias adquirida pelo contribuinte (de trajeto muito menor, até de estados vizinhos), como Minas Geras, por exemplo, há, não só um, mas vários carimbos dos prepostos fiscais no trajeto, sempre acompanhado do devido conhecimento de transporte (invariavelmente), em uma mesma nota fiscal – vide fls. 851 a 6.788 volumes 04 a 25 do PAF).

O contribuinte alega, em sua defesa, que poucos estados têm postos fiscais de fronteiras, como é o caso do Estado de São Paulo, mas a defesa fez vista grossa ou não quis mencionar o grande número de notas fiscais que contêm carimbos, remetidas ao mesmo contribuinte. Em quase todas elas há, em uma mesma nota, carimbos dos estados de Minas Gerais e do Estado da Bahia e, aquelas que não constam carimbos, deve-se ao fato de terem sido entregues às transportadoras (como pode ser visto e citado no próprio documento fiscal). Como sabemos, o transportador, ao passar pelo posto, não apresenta as notas e sim o romaneio, no qual relaciona todas as notas da carga transportada e o carimbo é apostado no romaneio.

Assevera que a caligrafia da pessoa emissora em muitas notas fiscais (objeto da vedação do crédito) é a mesma e que no sistema da SEFAZ, o CFAMT (onde são registradas todas as notas fiscais capturadas nos postos fiscais de fronteiras, por onde circulam as mercadorias oriundas de outros estados) não consta nenhuma das notas fiscais, objeto deste auto de infração. Quanto ao SINTEGRA, como o contribuinte alega que não era obrigado a fazê-lo, dispensa-se comentário.

Salienta que quando, o autuado, alega desconhecer a origem dos e-mails, reprisa o que fora dito na informação fiscal do auto de infração anterior e já julgado procedente, *“acreditamos que, por um descuido do próprio contribuinte, vieram inseridos, dentre a documentação fiscal remetida ao fisco, e-mails passados da contabilidade central (sito em Minas Gerais) para o seu contador em Itapetinga, cujo contador de Itapetinga, segundo informação do próprio, limitava-se, apenas, a lançar as notas fiscais de entrada e saída e a de apurar o ICMS devido, em cada mês, onde em um de seus e-mails o contador de Minas Gerais diz, textualmente”, como segue:*

“Boa Tarde

A Edna me chamou a atenção sobre o valor da nota fiscal a ser considerada, cujo valor deve ser conforme at (grifo nosso)

Sds

Haydn”

AQUI, FICA BEM CARACTERIZADO QUE A NOTA FISCAL É EMITIDA COM O ÚNICO INTUITO DE FABRICAR CRÉDITO FISCAL E DE OFERECER AO ESTADO DA BAHIA O ICMS QUE ESTÁ DISPOSTO A RECOLHER.”

Observa que nos lançamentos contábeis realizados pelo contribuinte (fls. 151 a 201 e 218 a 296), todas as operações “compras” e que se referem às notas fiscais, objeto deste Auto de Infração, seus pagamentos encontram-se, em aberto, mesmos aqueles realizados em 2007 a 2010, da mesma forma que procedera em relação a 2005/2006 (auto anterior).

Todas as outras operações consideradas idôneas, que não envolvem o fornecedor MINERAÇÃO VILA NOVA, do Amapá, estão com seus lançamentos contábeis (Débito versus Crédito) com

saldos devedores ou credores regulares, enquanto que na situação da empresa, não há sequer, um só lançamento a título de crédito. Questiona qual o fornecedor que vende e não se importa em receber nenhuma das suas faturas e, mesmo assim, continua vendendo para o adquirente inadimplente. Na verdade, não se trata de uma venda de mercadoria e sim de um repasse de crédito fiscal, sem ônus para o emitente porque ele, também, não declara o imposto ao estado de origem. Trata-se de fato constatado em seus próprios livros contábeis e que foram juntados ao PAF, no momento da autuação. Por estas razões, sequer irá tomar conhecimento de lançamentos realizados ou “fabricados”, *a posteriori* e no momento da defesa, pelo autuado e que não constam do seu razão analítico e Diário Caixa, cujas cópias estão todas anexadas ao PAF (fls. 151 a 201 e 218 a 296);

Registra que o sujeito passivo elaborou um demonstrativo de “supostos pagamentos realizados (fls. 6925/6931)”, onde cita pagamentos realizados e não junta a devida comprovação dos pagamentos (extratos bancários), como se comprometera em sua defesa (fls. 6908) e, diga-se de passagem, tais pagamentos não constam dos seus lançamentos contábeis, realizados à época. Pergunta-se, estaria, ele, alterando o Diário Geral e conta CAIXA? Lembrou que, as cópias do original já se encontram apensadas aos autos (fls. 257 a 305 do PAF).

Reitera que no período fiscalizado 2007 a 2010 (até julho), há notas fiscais, evidentemente, tendo como adquirente o autuado, que foram lançadas a débito da conta matérias-primas e a crédito da conta empréstimo – FARID ASSI JOÃO. Entretanto, tal empréstimo nunca foi pago e, além do mais, as notas têm como natureza da operação VENDA e a contrapartida do passivo foi lançada como EMPRÉSTIMO DO SÓCIO DO EMITENTE. Ademais, ainda que tal nota corresponda à emissão de uma pessoa jurídica, tal jogada contábil demonstra, inequivocamente, que não houve, de fato, uma circulação econômica, mas mera simulação, o que torna a emissão da nota fiscal nula de pleno direito e, também, inidônea, por não haver circulação física e econômica da mercadoria, a despeito de que tais documentos fiscais tenham sido efetivamente autorizados; e, em outros casos, é o credor é a própria MINERADORA VILA NOVA, mas não consta quaisquer pagamentos das faturas (v. fls. 257 a 305 do PAF).

Afirma que não houve infringência ao princípio da não cumulatividade, citado na defesa, porque, na verdade, os créditos glosados referem-se a operações inidôneas, ou seja, não realizadas, lançadas, apenas, com o intuito, largamente demonstrado, de fraudar o fisco baiano e que a multa de 150% incidente sobre o valor do imposto não é confiscatória ou abusiva, como insinua a defesa, ela está prevista no RICMS vigente e estribada no artigo 42, inciso V, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96 (citada no próprio corpo do auto de infração, em apreço).

Aduz que constam na planilha fiscal (fls. 10/11), lançamentos das Notas Fiscais de nºs 669 e 671 (de 2007) e 1118, 1132, 1142, 1148, 1152, 1169, 1192, 1201, 1211, 1214 e 1216 (de 2008), todavia, tais notas não foram apensadas ao PAF por não terem sido entregues ao fisco. Entretanto, todas elas constam dos lançamentos contábeis do próprio contribuinte (vide fls. 219 a 255 do PAF). Outrossim, como o autuado, em sua defesa, disse que quaisquer documentos que o fisco necessitar será exibido, pedimos a gentileza da juntada de tais documentos, em futuras diligências.

Na alegação de falta de recolhimento de ICMS, a título de diferença de alíquotas, incidente sobre operações interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, não há nenhum comentário e defesa quanto ao imposto reclamado a título de diferença de alíquotas (de mercadorias destinadas ao ativo e consumo do estabelecimento), planilhas e documentação fiscal apensas ao processo.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

Nas fls. 7002/7008, o sujeito passivo reproduziu os mesmos argumentos fundamentados no Mandado de Segurança com pedido de liminar, dizendo ser abusivo o valor que o autuado gastaria para se tirar cópias dos autos. Citou o art. 5º, LXIX, da CF, a Lei nº 12.016/09 – art. 7º, II e, requereu o seu direito de acesso aos autos.

Em nova manifestação, fls. 7037/7042, o contribuinte disse que fora intimado, no entanto, não apresenta nenhum argumento novo, e traz nesta petição as mesmas razões da defesa inicial (quanto à caligrafia, o SINTEGRA, o caráter confiscatório da multa aplicada). Citou o art. 150, IV, da CF, manifestação de Sacha Calmon Navarro Coelho (em Teoria e Prática das Multas Tributárias, 1998), decisão do STF (ADI 551 / RJ - DJ 14-02-2003 PP-00058 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE) e Acórdão RE nº 582.461.

Em nova informação fiscal, 7045/7046, o autuante afirma que o contribuinte não leu atentamente, pois no próprio conteúdo do PAF, foram citados inúmeros motivos que o levou a considerar as operações inidôneas e, dentre elas, a caligrafia constante das emissões de tais documentos, portanto, não se trata de peça fundamental para a desqualificação dos documentos fiscais. Todavia, apesar de não ser técnico em perícia caligráfica, existem casos em que não se exige tamanho conhecimento, vez que a semelhança é tão gritante, que qualquer pessoa seria capaz de identificar.

Quanto à não obrigatoriedade, à época, da adoção do sistema SINTEGRA, por parte do contribuinte, desde a informação fiscal, item 1 – logo abaixo de “identidade de caligrafia – disse: quanto ao SINTEGRA, como o contribuinte alega que não era obrigado a fazê-lo, dispensa-se comentário. De alta e fundamental relevância, mesmo, é a prova da circulação efetiva da mercadoria, no seu trajeto, desde a sua origem até o destino - mais de 3.000 Km -, onde não há registro do trânsito da mercadoria em nenhum posto fiscal e, no trajeto, não são poucos os Postos Fiscais e, também, não há conhecimentos de frete, assim como, não há registros no CFAMT, Não se trata de fato isolado, é comum a todas as operações e, cumuladas a estas provas, estão todas as outras citadas na primeira informação fiscal e não contestadas pelo autuado.

Quanto à aplicação da multa de 150%, prevista no Regulamento do ICMS da Bahia é legal.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na infração 1, sob o argumento de que as mercadorias não entraram no estabelecimento, havendo burla ao ICMS por diminuir o imposto a pagar, na apuração da conta corrente-mensal do estabelecimento.

As infrações 2 e 3 não foram contestadas, razão porque ficam mantidas.

Inicialmente nego o pedido de diligência ou de perícia fiscal, pois os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor sobre a lide. Ademais, em auto de infração semelhante, relativo aos exercícios anteriores de 2005 e de 2006, foi concedida a diligência, e o seu resultado não logrou êxito, posto que a empresa autuada não comprovou o efetivo trânsito das mercadorias, nem o pagamento aos fornecedores. É o que consta naquela lide:

“À fl. 1.938 dos autos, por decisão desta 5ª Junta de Julgamento, o Processo Administrativo Fiscal foi convertido em diligência à INFAZ de origem para que intime o contribuinte a apresentar, no prazo de dez dias, os documentos por ele mencionados, os quais afirma *que atestam a circulação das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nas fls. 22 e 23*, e que estão à disposição do fisco, de forma a comprovar suas alegações de defesa, *cuas cópias deverão ser autenticadas em cartório ou conferidas com o documento original por preposto fiscal da INFAZ Itapetinga*, conforme a seguir:

- Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC das notas fiscais arroladas às fls. 22 e 23 dos autos, como também seus respectivos comprovantes de pagamentos dos fretes;
- Comprovantes de pagamentos das duplicatas mercantis relativas aos fornecedores das referidas notas fiscais e respectivos lançamentos contábeis.

Em atendimento à diligência, às fls. 1.944 dos autos, o sujeito passivo “...informa que os documentos solicitados encontram em locais diversos e distantes desta Fazenda Estadual, por conseguinte ficou impossibilitado de juntar todos os documentos numa mesma oportunidade de prazo, e também por conseguinte, conforme comprova com a cópia da petição anexa, parte dos documentos solicitados já foram entregues diretamente ao conselho estadual na cidade de Salvador-BA, e os demais que se encontravam na cidade de Mainique – BA estamos agora pedindo juntada ao processo” (sic)

Às fls. 1.946 e 1.947 dos autos, consta a referida petição, dirigida ao CONSEF, na qual o contribuinte requer a “juntada dos documentos requisitados”, onde consigna que, com relação ao primeiro item da diligência, “segue em anexo contrato de locação celebrado, em 11.08.2005, entre a empresa Transportadora Terra Santa LTDA e a empresa Minerais e Metais Comércio e Indústria LTDA, visando comprovar que a empresa utilizou de transporte próprio (Doc. 01). Desta forma, resta demonstrado que as mercadorias constantes das Notas Fiscais apenas as fls. 22/23 dos autos, efetivamente foram transportadas em veículo próprio o que justifica a não apresentação dos conhecimentos de transportes relativos a essas operações”

No que diz respeito ao segundo item da diligência, o contribuinte, após anexar documentos às fls. 1.952 a 2.026, aduz que:

- De referência às notas fiscais vinculadas a Mineração Vila Nova Ltda e Minerais e Metais Comércio e Indústria Ltda, seguem anexas cópias das transferências bancárias realizadas pela Extrativa Metal Química S/A, quitando as respectivas duplicatas comprovando, de acordo com as alegações iniciais da defesa, que os pagamentos foram realizados durante o ano de 2007 (Doc. 02);
- No que tange à empresa Cooperativa Fundidores Cassiteria Amazônia, também incluída na relação de fls. 22/23 dos autos, diante da constatação de que os materiais comercializados não atendiam as especificações técnicas para a industrialização, uma vez que a molibdenita não atingiu ao grau exigido de pureza e de que o valor de transporte dessas mercadorias é de grande relevância na composição do custo final, a empresa fornecedora resolveu optar pelo perdão do pagamento das Notas Fiscais, não havendo devolução das mesmas nem a necessidade de pagamento, do que requer a juntada posterior dos documentos autenticados, bem assim de documento comprovante do perdão do pagamento conferido pela Cassiteria Amazônia.
- [.....]

Finalmente, às fls. 2.119 e 2.120 dos autos, o autuante apresenta sua manifestação, onde aduz que a documentação juntada aos autos pelo contribuinte em nada influencia para ilidir a ação fiscal, pelo contrário, robustece ainda mais a tese que se trata de aproveitamento indevido e contumaz de crédito fiscal utilizando-se de documentos fiscais simbólicos de aquisição de matéria prima.”

Dessa forma, após o relatório acima, prolatado no voto de processo semelhante a este, verifica-se que a diligência não alcançou o resultado esperado pela defendente, ou seja, não trouxe as comprovações dos transportes das mercadorias dentre outras provas capazes de elidir a acusação fiscal, que se assemelha à ora discutida. Outrossim, no Regulamento Administrativo Fiscal (RPAF/99 – Decreto nº 7.629/99), há previsão de que os documentos devem ser trazidos por ocasião da apresentação da defesa, art. 123 e parágrafos.

Outrossim, a comprovação da realização de tais operações de circulação de mercadorias poderia ter sido trazido na oportunidade da defesa, consoante RPAF/99.

Quanto ao argumento de que haveria a necessidade de perícia técnica em relação à caligrafia constante nas notas fiscais, entendo desnecessária nesta fase processual haja vista que a caligrafia constante nas notas fiscais é de fácil visualização que é semelhante, nos vários documentos fiscais objeto da infração, e juntados ao PAF. Fica negada.

Quanto à não observância de princípios constitucionais, com relação à limitação do direito ao crédito de ICMS, devo ressaltar que o âmbito administrativo não é foro adequado para tal apreciação, à vista do art.167, I do RPAF/99.

Quanto à preliminar de nulidade por falta de elementos essenciais na compreensão de como foram alcançados os valores do Auto de Infração, pois o método de cálculo para se chegar a tal quantia não seria compreendido nas planilhas, não a acolho, pois a base de cálculo do ICMS exigido foi encontrada a partir do valor das operações constantes nas notas fiscais anexas ao PAF, fls. 12 a 20, cujo valor destacado de ICMS fora creditado pelo sujeito passivo, conforme planilha de fls. 10 a 11.

No que concerne à alegação de que fora utilizada prova ilícita, por se encontrar eivado de vício insanável, tendo o Auditor fiscal juntado ao PAF alguns e-mails no qual induz pertencer ao autuado, não procede, pois os mesmos foram entregues pelo sujeito passivo, junto com a documentação solicitada, como afirma o autuante na informação fiscal: *“acreditamos que, por um descuido do próprio contribuinte, vieram inseridos, dentre a documentação fiscal remetida ao fisco, e-mails passados da contabilidade central (sito em Minas Gerais) para o seu contador em Itapetinga, cujo contador de Itapetinga, segundo informação do próprio, limitava-se, apenas, a lançar as notas fiscais de entrada e saída e a de apurar o ICMS devido, em cada mês.”*

Ressalto que são palavras do autuante, aquele que manteve contato com a empresa no curso da ação fiscal. Assim, nego o pedido de desentranhamento dos e-mails, pois na peça de defesa o próprio autuado se reporta a eles, e indica que ele próprio os ofereceu à fiscalização. Integram o conjunto probatório, que deve ser apreciado em sua totalidade, embora não sejam o mais relevante para comprovar a utilização indevida de crédito fiscal, sobre o que versa a acusação fiscal.

Outrossim, a fiscalização possui o poder-dever de examinar todos os documentos pertencentes à empresa, que sirvam de suporte para a lavratura de Auto de Infração, e de provas de ilícitos tributários, nisso não havendo qualquer irregularidade.

E por estar perfeito e acabado o Auto de Infração em lide, com estrita obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99, para a sua lavratura, apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, adentro no mérito da autuação, como segue:

O sujeito passivo tenta desqualificar a autuação, sob a negativa de que o crédito fiscal utilizado não seria legítimo, mas proveniente de fornecedores, tais como MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA, do Amapá, mas não consegue comprovadamente justificar como poderia ter sido realizado o transporte de tais mercadorias em tão grande volume e carga, sem que conste nos documentos fiscais anexos ao PAF, sequer um carimbo fiscal dos postos de fronteira. Outrossim, observa-se que os emitentes das notas fiscais possuem a mesma caligrafia, como destacou o autuante, desde a sua primeira manifestação no PAF. Também não há vestígios de que as notas fiscais foram manuseadas por transportadores.

Argumentar, como fez o contribuinte que a Mineração Vila Nova Ltda é fornecedora de areia de cromita e de óxido de tântalo, matérias primas, misturadas ao grafite para ser vendido aos clientes Arcelo Mittal Brasil S.A, (nota fiscal em anexo), Tupy S.A., Schulz S.A., utilizado na abertura de válvula gaveta de painéis de fundição, mas não comprovar, efetivamente, que ocorreu o trânsito de tais matérias-primas, de fundamental importância para a produção do produto final qual seja, o grafite, não legitima a utilização de créditos fiscais tais como apontados neste lançamento fiscal. Tampouco basta justificar que a emissora das notas fiscais (Mineração Vila Nova Ltda) está regularmente constituída, para que a operação geradora da emissão da nota fiscal seja uma operação plenamente válida.

Corroborando com o entendimento acima, o autuante, no corpo do AI, “ destaca que a exemplo do que ocorrera em 2005 e 2006, as notas fiscais, de cujos documentos não houve circulação física de mercadorias, foram lançadas a débito da conta matérias-prima e a crédito da conta empréstimo - FARID ASSI JOÃO (sócio Gerente), como se ele fosse o fornecedor da matéria prima, apesar das notas fiscais terem como remetente MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA, e, em outros

casos, aparecem a crédito da própria mineradora, todavia, em ambos os casos, jamais os seus créditos, derivados dos fornecimentos, foram recebidos, conforme estão provados nos lançamentos contábeis da Extrativa, demonstrando, claramente, apenas jogo de lançamentos contábeis e a não existência de circulação de mercadoria e, tampouco, movimentação econômica real, pois, nenhum fornecedor sobreviveria nessas condições, ou seja, vender os seus produtos sem a correspondente contraprestação, que é o recebimento do numerário equivalente - cópias dos lançamentos contábeis apensas ao PAF;

Enfim, prossegue o autuante, em todas estas (operações) não há menor dúvida de que não houve circulação física de mercadoria, assim como, circulação efetiva de numerários (pagamento x recebimento), ipso facto, enquadram-se, perfeitamente, nos dispositivos contidos nos artigos 97, inciso VII, e 209 incisos IV a VI e § único do art. 209 do RICMS vigente.”

A empresa autuada reafirma que apresentou todas as notas fiscais de entrada e saída, assim, todas as notas fiscais do exercício de 2008 foram apresentadas ao Fisco e permanecem à disposição para possíveis averiguações. Tanto é verdade que no PAF, juntou a Autoridade Fiscal os volumes: 08, 09, 10, 11, 12 referente às notas fiscais no exercício de 2008, totalizando 1614 notas fiscais.

Pontua que no volume 08 estão as notas fiscais referentes a janeiro, fevereiro e março/2008, (fls. 2430 até as 2778), totalizando 348 notas fiscais. No volume 9 são notas fiscais referentes a abril, maio e junho/2008, (fls. 2790/3211), totalizando 421 notas fiscais. No volume 10 são notas fiscais referentes a junho, julho, agosto, setembro, (fls. 3214 a 3614), totalizando 400 notas fiscais. No volume 11 são notas fiscais referentes a outubro (fls. 3618 a 3808), totalizando 190 notas fiscais. No volume 12 são notas fiscais referentes a novembro e dezembro (fls. 3811 a 4044), totalizando 233 notas fiscais.

Ademais, aduz a defendente que verificando o PAF, das 72 notas fiscais objetos da autuação, 57 encontram-se colacionadas.

Contudo, embora a defendente informe que a empresa Mineração Vila Nova Ltda, fornecedora da Extrativa Metalquímica S/A, efetivamente recolheu o ICMS das notas fiscais em que a Autoridade Fiscal considerou inidôneas, não foram trazidos ao PAF os comprovantes de tais pagamentos.

Outrossim, o autuante destacou que *“nos lançamentos contábeis realizados pelo contribuinte (fls. 151 a 201 e 218 a 296), todas as operações “compras” e que se referem às notas fiscais, objeto deste Auto de Infração, seus pagamentos encontram-se, em aberto, mesmos aqueles realizados em 2007 a 2010, da mesma forma que procedera em relação a 2005/2006 (auto anterior).”*

Neste sentido reafirma o autuante na informação fiscal: *“o sujeito passivo elaborou um demonstrativo de “supostos pagamentos realizados (fls. 6925/6931)”, onde cita pagamentos realizados e não junta a devida comprovação dos pagamentos (extratos bancários), como se comprometera em sua defesa (fls. 6908) e, diga-se de passagem, tais pagamentos não constam dos seus lançamentos contábeis, realizados à época. Pergunta se estaria, ele, alterando o Diário Geral e conta CAIXA? Lembrou que, as cópias do original já se encontram apensadas aos autos (fls. 257 a 305 do PAF)”*

Portanto não há a comprovação dos pagamentos, e consoante o art. 144 do RPAF/99, poderá ser pedida a entrega ou exibição de documento ou de coisa que se encontre em poder da parte contrária, sendo que a sua entrega ou exibição não poderá ser negada, se aquele que o tiver em seu poder a ele houver feito referência com o propósito de constituir prova.

Ademais, consoante dispõe o art. 116 § único do CTN, *“A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”*

De todo o exposto, relevantes ainda são os fatos de que não há prova da circulação efetiva das mercadorias, no seu trajeto, desde a sua origem até o destino - mais de 3.000 Km, como pontua o

auditor fiscal, além de que não há registro do trânsito da mercadoria, em nenhum posto fiscal e, não há conhecimentos de fretes, assim como, não há registros das notas fiscais no CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em trânsito. Ressalte-se o grande volume das mercadorias que compõem as notas fiscais objeto da acusação fiscal, sendo necessária a utilização de carretas para o seu transporte. Ademais, e muito importante é que não constam nos autos os efetivos pagamentos das ditas aquisições aos fornecedores, como demonstra o autuante, ao longo da instrução processual, nem a comprovação do pagamento do ICMS a débito dos fornecedores, o que poderia legitimar o aporte do crédito para o Estado da Bahia.

Outrossim, a multa aplicada está prevista no art. da Lei nº 7.014/96, portanto legal.

Saliento que cabe a aplicação do art. 923 do RPAF/99:

Art. 923. Os setores competentes da Secretaria da Fazenda, ao tomarem conhecimento de fato que possa caracterizar infração penal de natureza tributária, tal como crime de sonegação fiscal ou crime contra a ordem tributária, conforme previsto na legislação pertinente, farão representação, a ser encaminhada ao Ministério Público para início do processo judicial (Lei federal nº 4. 729/65, arts. 1º a 3º e 7º, e Lei federal nº 8.137/90, arts. 1º a 3º, 14 e 16).

Parágrafo único. O processo fiscal instaurado na esfera administrativa independe da apuração do ilícito penal.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087015.0014/11-4**, lavrado contra **EXTRATIVA METALQUÍMICA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.624.764,61**, acrescido da multa de 150%, sobre R\$ 3.618.100,37 e de 60% sobre R\$ 6.664,24 previstas no art. 42,V, “b”, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR