

A. I. Nº - 087461.0302/15-3
AUTUADO - M I SWACO DO BRASIL COMÉRCIO, SERVIÇOS E MINERAÇÃO LTDA.
AUTUANTES - HÉLIO SILVA DAMASCENO e ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/05/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0094-03/17

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O sujeito passivo não comprovou nos autos que as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal são decorrentes de operação de venda à ordem. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Valores informados nas DMAs não escriturados no livro registro de Apuração do ICMS - EFD. Infração subsistente. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS E O ESCRITURADO NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS - EFD. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado nos autos que o impugnante transportou em valor a mais o total dos créditos mensais apurados no livro Registro de Entradas para o livro Registro de Apuração - EFD. Infração mantida. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/09/2015, exige o valor de R\$233.719,90, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

Infração 01 - **02.01.03**. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril, maio e dezembro de 2012, conforme demonstrativos às fls. 10 a 21. Exigido o valor de R\$196.475,29, acrescido da multa de 60%. Consta como complemento que “Nas operações indicadas como remessa por conta e ordem de terceiros, conforme relação anexa, sob o CFOP 2923, deixou de comprovar deixou de comprova a emissão de remessa simbólica - venda a ordem, sob o CFOP 5118, para o adquirente original, com a devida tributação, deixando de figurar-se uma operação de venda à ordem (Triangular), mas uma operação de venda sem tributação.”;

Infração 02 - **06.02.01**. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de agosto a dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$32.209,39, acrescido da multa de 60%. Consta ainda que “Deixou de lançar os valores referentes às diferenças de alíquotas, resultando em saldo credor a maior. Os valores foram informados na DMA, porém não entraram na apuração do livro RAICMS - EFD”;

Infração 03 - **03.01.02**. Recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$5.035,22, acrescido da multa de 60%. Consta que “Transportou total dos créditos mensais por entradas para o livro Registro de Apuração - EFD em valor maior do que o lançado no livro Registro de Entradas, resultando saldo credor a maior”.

O sujeito passivo, por intermédio de seu representante legal, fls. 36 a 42, na qual, articula as seguintes ponderações.

Infração 01 - Registra que a fiscalização entendeu que as remessas por conta e ordem de terceiros, realizadas sob o CFOP 6.923, tratavam-se, na verdade, de venda direta, na medida em que não verificou a emissão de notas fiscais sob o CFOP 5118, correspondentes àquelas remessas.

Assinala que da análise de sua escrituração contábil, se verifica a emissão das notas fiscais de venda (CFOP 5101), correspondentes àquelas remessas por conta e ordem de terceiros.

Informa que, há anos, atua na indústria petrolífera fornecendo serviços e produtos e tendo como sua principal cliente a Petrobrás. Continua declarando que, por questões estratégica, logísticas e de controle de contas e custos, a Petrobrás credencia uma de suas unidades, dentro de determinada área de operação, para centralizar os pedidos de compra de insumos.

Registra que as operações envolvendo a aquisição de barita, são controladas, via de regra e em relação às vendas realizadas ora em questão, pela unidade da Petrobrás localizada no Município de Pojuca/BA que é responsável pelo faturamento e controle dos pedidos de insumos utilizados nos locais de execução dos serviços de pesquisa, produção e prospecção de petróleo e gás.

Informa que no caso sob exame, foi solicitado o fornecimento de barita, para ser entregue em determinadas áreas de produção situadas na região norte/nordeste.

Observa que acordo com o quadro, colaciona à fl. 39, reproduzido a partir da relação de notas fiscais relativas às remessas (CFOP 6923) arroladas no Auto Infração, apresenta as informações relativas às Notas fiscais reflexivas da aludida venda (Nota Fiscal de venda doc. Anexo 1), com o respectivo destaque do ICMS.

Afirma que submeteu à tributação, o imposto gerado a partir daquelas remessas.

Arremata frisando que o lançamento objeto da Infração 01 exige o recolhimento de imposto já devidamente submetido à apuração.

Ao tratar da Infração 02, assevera que fiscalização se fez realizar, exclusivamente, mediante a análise parcial de suas informações contábeis, não verificando os lançamentos existentes em seu “livro Registro de Apuração de ICMS”, tampouco na sua “Declaração e Apuração Mensal do ICMS” (DMA).

Informa que os valores relativos à exigência do ICMS sobre o diferencial de alíquota, refletido na “Infração 02” do Auto de Infração, se encontram liquidados mediante compensação.

Menciona que o quadro que acostou à fl. 40, extraídos a partir da análise comparativa do livro de Registro e Apuração do ICMS e da Declaração e Apuração Mensal do ICMS com a base de dados utilizada pelo fiscal (EFD), demonstram a existência de créditos de ICMS em seu favor, suficientes à liquidação da exigência fiscal espelhada na Infração 02.

Informa que anexa a presente defesa cópia da escrituração fiscal reflexiva dos créditos e apurações apontadas nas citadas planilhas - doc. 2.

Destaca que estando submetido a regime de conta-corrente fiscal, nos termos do art. 305 e seguintes do RICMS/BA e tendo sido apurado, no período objeto da “Infração 02”, crédito tributário em seu favor, a par das divergências existentes entre a escrituração no DMA e EFD, suficiente para a liquidação, por compensação, das exigências relativas à diferença de Alíquota (DIFAL), não há que se falar na existência de crédito fiscal em favor do Estado relativo à diferença de alíquota, conforme apontado na Infração 02.

Frisa que o princípio da verdade material decorre a obrigação imposta à administração pública de buscar a verdade real, não se limitando a emitir juízo acerca de documentos e informações parcialmente analisadas. Sobre o tema transcreve os ensinamentos do jurista Alberto Xavier.

Sustenta que o aprofundamento da fiscalização, com a análise dos documentos e demais informações pertinentes à escrituração contábil concluiria, inevitavelmente, pela existência de

crédito suficiente para a liquidação da exigência fiscal objeto da “Infração 02” do AI (ICMS sobre Diferença de Alíquota).

Ao tratar da exigência refletida na Infração 03, observa que se refere ao lançamento relativo ao ICMS com seus consectários, por suposta utilização de créditos não escriturados, pelo fato de que os valores relativos às antecipações pagas não estavam refletidas em sua EFD.

Revela que da leitura do quadro que colaciona à fl. 42, se verifica que, no período de que trata o Auto de Infração, recolheu a título de antecipação o valor total de R\$17.208,80 (coluna antecipação parcial RAICMS/DMA), sendo que referido o valor, inadvertidamente, não se refletiu em sua EFD. Arremata frisando que, desse modo, não há que se falar em utilização indevida de crédito e consequentemente na exigência de ICMS.

Registra que, quando muito, poderia ser autuado pelo descumprimento de obrigação acessória, consubstanciada na falta na escrituração dos Livros Fiscais, falha essa que poderia a Fiscalização, uma vez demonstrada a existência dos créditos no curso das diligências, ter autorizado sua regularização.

Requer a suspensão da exigibilidade dos lançamentos exigidos no presente auto, na forma prevista no inciso III, do art. 151, do CTN.

Conclui pugnando pelo reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária a amparar a cobrança de ICMS e seus consectários nas Infrações 01, 02 e 03 relatadas na presente autuação.

Os Autuantes prestam informação fiscal, fls. 47 a 49, nos termos que se segue.

Quanto à Infração 01 que trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, dizem que nas operações indicadas como Remessa por Conta e Ordem de Terceiros, conforme relação anexa, sob CFOP 6.923, deixou de comprovar a emissão das notas fiscais de remessa simbólica - venda à ordem, sob CFOP 5.118, para o adquirente original, com a devida tributação, deixando de configurar-se uma operação de venda à ordem, mas uma operação de venda sem tributação.

Explicam que a venda à ordem constitui uma operação triangular se dá da seguinte maneira:

- 1) - o fornecedor (Vendedor remetente, no caso M I SWACO) efetua a venda da mercadoria ao adquirente originário (quem está comprando a mercadoria) - CFOP 5.118, no caso. (aqui se dá o faturamento e a tributação)
- 2) - o fornecedor (Vendedor remetente, no caso MI SWACO), por conta e ordem do adquirente originário, entrega a mercadoria a uma terceira pessoa (Destinatário final); - CFOP 6.923, no caso, apenas Simples Remessa.
- 3) - o adquirente originário, no caso Petrobrás - Pojuca promove a venda da mercadoria para o destinatário final (recebedor efetivo das mercadorias remetidas diretamente pelo fornecedor por conta e ordem do adquirente original), CFOP 6.120 (Venda ou Transferência Tributada).

Observam que as notas fiscais arroladas no anexo à fl. 10 representam o 2º passo, ou seja, as remessas efetuadas pela autuada M I SWACO, por conta e ordem do adquirente originário (Petrobras/Pojuca) com destino a outro estabelecimento da Petrobrás, no estado do Ceará ou do Maranhão. Asseveram ser esta fase não tributada por se tratar de simples remessa, apenas a entrega em endereço diverso do adquirente originário.

Destacam que o passo 3 se refere às notas fiscais que devem ser emitidas a título de transferência (tributada) pela Petrobrás - Pojuca para outro estabelecimento da mesma empresa em outra UF.

Ressaltam que as notas fiscais relativas à 1ª Fase, ou seja, a efetiva tributação das vendas da M I SWACO para a Petrobrás- Pojuca, que deveriam levar o CFOP 5.118, não localizaram nos arquivos da escrituração fiscal digital da empresa. Mencionam que solicitaram do contribuinte e obtiveram a informação de que teriam sido emitidos erroneamente como vendas diretas, CFOP 5101, conforme relação enviada, coincidente com a de fls. 39.

Dizem que analisando as notas indicadas como correspondentes à tributação das operações em questão, não constatarem vínculo algum explícito entre elas.

Revelam que as notas relacionadas pelo contribuinte não puderam ser acatadas na condição de comprovação da tributação das operações de vendas efetivas, por inexistir a vinculação formal entre estas e as notas fiscais de simples remessa, agravado pelo fato de que várias delas têm como endereço de entrega, não o estabelecimento do estado do Ceará, mas do Pará.

Afirmam que a Nota Fiscal nº 7015, que comprovaria a tributação referente à Nota Fiscal nº 7019, não foi localizado seu lançamento na EFD - livro Registro de saídas. Observam que as demais têm como endereço final o Estado do Ceará ou, em outros casos, omitem o endereço de entrega.

Arrematam sustentando que, descumpridas as regras determinadas nos artigos 411 a 413 do RICMS-BA/99, e não sendo possível estabelecer o elo indispensável entre os documentos, consideram não comprovada a vinculação entre as notas fiscais, pelo que lançaram o crédito tributário e o mantém.

Infração 02 - Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Destacam que, embora o Autuado tenha informado nas DMAs os valores correspondentes às diferenças de alíquota relativas aos meses de agosto a dezembro de 2012, não lançou tais valores como outros débitos no livro Registro de Apuração do ICMS na EFD. Lembram que nos meses em questão apresentava na apuração expressivos saldos credores, razão pela qual não haveria desembolso para pagamento dos referidos valores. Destacam que deveriam ser pagos deduzindo dos saldos credores, que continuaram acrescidos indevidamente.

Asseveram que o livro Registro de Apuração do ICMS por escrituração fiscal digital, no qual constam os lançamentos daqueles meses, se encontra impresso às fl. 26, e que esse é o documento válido para a conta-corrente do ICMS e não a informação constante da DMA.

Infração 03 - Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro registro de entradas de mercadorias e o escriturado no livro registro de apuração do ICMS.

Observam que o demonstrativo acostado à fl. 23 traz a comparação entre os valores lançados no livro REM e DMA com o livro RAICMS-EFD.

Mencionam verificarem que os valores lançados a título de créditos pelas entradas, (isto não inclui outros créditos, como antecipação parcial), não conferem com os lançados a mesmo título no livro Registro de Apuração do ICMS, tendo sido lançados com valores a maior. Alegam que as diferenças correspondem à antecipação parcial. Dizem que discordam, pois as diferenças encontradas não são coincidentes com a antecipação parcial da DMA. Lembram que se naqueles meses houve qualquer crédito não lançado na apuração, só poderia ser lançados extemporaneamente, conforme as regras regulamentares.

Declararam que seguem anexas cópias das notas fiscais, fls. 50 a 73, relacionadas pelo contribuinte, as quais não indicam qualquer vinculação com as de simples remessa.

Em Pauta Suplementar esta 3ª JF, converteu os autos em diligência fl. 85, para que o Autuado apresentasse comprovação inequívoca de que as notas fiscais apontadas na defesa a elencadas na planilha acostada à fl. 39, com destaque do imposto, se referem, efetivamente, às operações objeto da autuação, planilha à fl. 10.

Os Autuantes apresentam o resultado da diligência, fls. 88 a 90, esclarecendo inicialmente que o Impugnante foi intimado, conforme recomendou o CONSEF, a apresentar comprovação inequívoca de que as notas fiscais apontadas na defesa e elencadas na planilha, fl. 39, com destaque do imposto, se referem, efetivamente, às operações objeto da autuação, planilha à fl. 10.

Frisam que dentro do prazo concedido, 10 dias, representante do autuado nos enviou mensagem via correio eletrônico, contendo, além de cópia da intimação, dois outros anexos a título de comprovação:

- Planilha das notas fiscais de remessas e vendas correlacionadas e apresentadas na manifestação e;
- Cópia das referidas notas fiscais de remessas e vendas.

Destacam que no primeiro anexo, a planilha associando as notas fiscais de simples remessa às de vendas efetivas, traz uma correlação entre notas fiscais de remessa e notas fiscais de vendas, a mesma correlação que já havia apresentado na defesa, à fl. 39, retirando, no entanto, a associação quanto às nove primeiras notas fiscais de remessa. Relatam que estas são as notas de remessa supostamente associadas a notas de vendas, as quais, além de não trazerem referência alguma às notas de remessa, ainda apontam endereço de entrega diverso daquelas, e, destaque-se, em outro Estado da Federação, conforme demonstrado na informação fiscal de fls. 48.

Declaram que a nova planilha, suprimindo as notas fiscais referidas acima, reproduz a mesma planilha da defesa, isto é, com as mesmas associações de antes, cuja validade para efeito de vinculação já foram refutadas na informação fiscal, pelos motivos igualmente lá expostos.

Revelam que, especificamente com relação às Notas Fiscais de nºs 4856 e 4857, na defesa, elas estão associadas às Notas Fiscais de vendas de nºs 4826 e 4830, respectivamente. Acrescenta destacando que às Notas Fiscais de nºs 8367 e 8368 nas informações complementares dos documentos se referem às notas fiscais que o comprador efetivo, PETROBRAS/BA, emitiu em transferência para sua filial no Ceará. Lembram que consoante detalharam na informação fiscal, são três notas fiscais envolvidas em cada operação de venda à ordem, e as Notas Fiscais de nºs 8367 e 8368 correspondem ao passo três referido, fl. 47, ou seja, a nota fiscal que a Petrobrás - Pojuca emite transferindo a mercadoria para sua filial sob CFOP 6.120 - venda ou transferência interestadual tributada.

Informam que o segundo arquivo enviado pelo Autuado, cópia das notas fiscais de remessas e vendas, apresentou problema em seu formato, e não foi possível abri-lo, tendo entrado em contato com o remetente solicitando que fosse reenviado, não obtendo resposta. Observam que se tratando apenas de cópias das notas fiscais em questão, anexam cópia de todos os documentos fiscais envolvidos, exatamente na ordem da correlação apresentada na defesa, fl. 39, alternando a nota fiscal de remessa com a indicada pelo autuado como sendo a correspondente Nota Fiscal de venda.

Asseveram que o problema com a vinculação entre as notas fiscais permanece. Frisam que nenhuma prova inequívoca foi apresentada (o que, inclusive, já havia sido solicitado no curso da fiscalização). Explicam que, diante da omissão da empresa em sua nova planilha, com relação às nove primeiras notas fiscais da planilha de fl. 10, nas quais constam que a entrega se deu em outra UF que não a da nota de remessa, tal fato reforça a dúvida acerca da efetiva tributação das operações, incerteza não dirimida pelo Autuado, mesmo tendo várias oportunidades de fazê-lo.

Concluem assinalando que, não tendo o autuado apresentado fato ou argumento novo, especificamente, a prova inequívoca solicitada, não há exclusões a serem feitas, nem novo demonstrativo a ser elaborado.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, fls.150 e 151, o Autuado não se manifestou.

VOTO

De plano, constato, ao compulsar os elementos e peças que compõem os autos, que o PAF está revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos preconizado pela legislação de regência, precipuamente os elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, inexistindo, portanto, óbice algum que o inquine de nulidade.

No que tange ao pedido do impugnante para realização de diligência para comprovação de suas razões de defesa, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da matéria, ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos, inclusive, com a realização de diligência que trouxe aos autos esclarecimentos, cujo resultado foi dado ciência ao impugnante, são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a Decisão da lide. Assim, indefiro o pedido de realização de perícia, ou mesmo de diligência, com base no art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

No mérito o Auto de Infração em lide acusa o sujeito passivo do cometimento de três infrações à Legislação Baiana do ICMS, consoante discriminação pormenorizada estampada no preâmbulo do relatório.

Infração 01 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, conforme demonstrativos à fl. 10.

A acusação fiscal se alicerça na constatação de operações listadas no demonstrativo acostado à fl. 10, identificadas nas notas fiscais emitidas como sendo Remessas por Conta e Ordem de Terceiros sob o CFOP 6.923, tendo em vista que o Autuado não comprovou a natureza das operações apresentou as correspondentes notas fiscais emitidas com destaque do imposto tendo como destinatário o adquirente das mercadorias - “Remessa Simbólica - Venda à Ordem”, sob o CFOP 5.118.

Para ilustrar os CFOPs das operações envolvidas no presente item da autuação transcrevo o teor dos respectivos códigos:

5.101 - Venda de produção do estabelecimento

Classificam-se neste código as vendas de produtos industrializados ou produzidos pelo próprio estabelecimento. Também serão classificadas neste código as vendas de mercadorias por estabelecimento industrial ou produtor rural de cooperativa destinadas a seus cooperados ou a estabelecimento de outra cooperativa.

5.118 - Venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário, em venda à ordem

Classificam-se neste código as vendas à ordem de produtos industrializados pelo estabelecimento, entregues ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário.

6.120 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros entregue ao destinatário pelo vendedor remetente, em venda à ordem

Classificam-se neste código as vendas à ordem de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, entregues pelo vendedor remetente ao destinatário, cuja compra seja classificada, pelo adquirente originário, no código “2.118 - Compra de mercadoria pelo adquirente originário, entregue pelo vendedor remetente ao destinatário, em venda à ordem”.

6.923 - Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem ou em operações com armazém geral ou depósito fechado

Classificam-se neste código as saídas correspondentes à entrega de mercadorias por conta e ordem de terceiros, em vendas à ordem, cuja venda ao adquirente originário foi classificada nos códigos “6.118 - Venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário, em venda à ordem” ou “6.119 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário, em venda à ordem”.

A operação de venda à ordem, também conhecida como operação triangular, é a denominação dada à venda cuja mercadoria está na posse do vendedor, devendo ser entregue, por conta e ordem do adquirente a outro estabelecimento da mesma empresa, ou em estabelecimento de terceiros. Em suma, a venda à ordem pode ser definida como a operação que, antes mesmo de recebê-la do fornecedor, o adquirente promove a sua saída a terceiros.

Assim, não há necessidade de que a mercadoria transite fisicamente até o estabelecimento que fez a primeira aquisição, para depois ser remetida ao segundo comprador ou destinatário final.

A legislação de regência que veicula as operações as vendas à ordem afigura-se definida nos incisos I e II, do art. 340, do RICMS-BA/12, *in verbis*:

“Art. 340. Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcelada da mercadoria a terceiro, deverá ser emitida nota fiscal (Conv. S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87):

I - pelo adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, em nome do destinatário das mercadorias, consignando-se, além dos demais requisitos, o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento que irá efetuar a remessa;

II - pelo vendedor remetente:

a) em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem valor das mercadorias e sem destaque do ICMS, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa por conta e ordem de terceiro”;

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal de que trata o inciso I deste artigo, bem como o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do seu emitente;

b) em nome do adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa simbólica - venda à ordem”;

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal prevista na alínea “a”, bem como o número de ordem, a série, a data da emissão e o valor da operação constante na nota fiscal de que trata o inciso I.”

Em sede de defesa, o impugnante em suas razões de defesa informou, tão-somente, ter verificado em sua escrituração contábil que foram emitidas notas fiscais de venda com CFOP 5.101, correspondentes às remessas arroladas no levantamento fiscal e acostou aos autos, fl. 39, planilha discriminando as referidas notas fiscais.

Os autuantes ao procederem à informação fiscal assinalaram que, depois de não constatar na escrituração fiscal as notas fiscais com o CFOP 5.118, comprovando a efetiva tributação das operações do Autuado para a Petrobras - Pojuca, solicitaram do defendente explicação. Destacaram que foram informados de que teriam sido emitidos erroneamente como vendas diretas, CFOP 5.101, conforme relação acostada à fl. 39.

Diante do contraditório instalado nos autos, depois de examinar os elementos atinentes a esse item da autuação e restar evidenciado que, de fato, as notas fiscais apresentadas pelo defendente não trazem qualquer referência às operações objeto da autuação, foi proposta em Pauta Suplementar por esta 3ª JF a conversão dos autos em diligência para que o Autuado apresentasse a comprovação inequívoca de que as notas fiscais por ele apresentadas, emitidas erroneamente, - planilha à fl. 39, se referem às operações objeto da autuação, fl. 10, e que fossem procedidas às exclusões devidas em novo demonstrativo de apuração, caso fossem comprovadas a efetiva vinculação entre as operações.

Os Autuantes, ao apresentar o resultado da diligência destacaram que, intimado para atender ao quanto solicitada pela 3ª JF, o Impugnante reapresentou a relação de notas fiscais, já disponibilizada por ocasião de sua defesa. Concluíram que, como o Autuado não apresentou a comprovação inequívoca solicitada, não havia exclusão ou novo demonstrativo a ser elaborado e colacionou às fls. 96 a 145, cópias das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal e as relacionadas pelo Autuado.

Verifico que às fls. 150 e 151, que o Impugnante foi intimado a se pronunciar acerca do resultado da diligência e não se manifestou no prazo regulamentar.

Assim, como se depreende nitidamente do exposto teor dos itens 1 e 2, da alínea “b”, inciso II, do art. 340, do RICMS-BA/12, nas operações de venda à ordem, o vendedor remetente, que no presente caso é o Autuado, além da emissão da nota fiscal de Remessa por Conta e Ordem, com CFOP 6.923, sem destaque do imposto, (item 1, alínea “a”, do inciso II), deve também emitir nota fiscal com destaque do imposto, em nome do adquirente originário, com o CFOP 5.118, Remessa Simbólica - Venda à Ordem, (itens 1 e 2, alínea “alínea “b”, do inciso II), devendo constar o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal prevista na alínea “a”, bem como o

número de ordem, a série, a data da emissão e o valor da operação constante na nota fiscal que trata o inciso I.

Logo, resta caracterizada acusação fiscal, tendo em vista que o defendente, instado a comprovar a vinculação imprescindível entre as notas fiscais que apresentou em sede defesa com destaque do imposto - CFOP 5.101, com as operações arroladas no levantamento fiscal sem destaque do imposto - CFOP 6.923, mesmo mediante diligência determinada logrou êxito. Eis que, não consta das notas fiscais apresentadas pelo defendente qualquer elemento informativo, expressamente exigido no citado dispositivo regulamentar que as vinculem inequivocamente às notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que apurou a exigência fiscal.

Nestes termos, concluo pela subsistência da Infração 01.

Infração 02 - Trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo às fls. 23 e 24.

O Impugnante não denegou a acusação fiscal, uma vez que em sua defesa buscou apenas demonstrar que as informações constantes em sua escrituração fiscal - EFD e na DMA dos períodos, objeto da autuação, dão conta da existência de créditos fiscais suficientes à liquidação da exigência fiscal.

Na informação fiscal os Autuantes mantiveram o lançamento, sob o fundamento de que embora o impugnante tenha informado nas DMAs os valores correspondentes às diferenças de alíquota relativas aos meses de agosto a dezembro de 2012, não lançou tais valores como outros débitos no livro Registro de Apuração do ICMS na EFD. Asseverou que o livro Registro de Apuração do ICMS - EFD, no qual constam os lançamentos do período fiscalizado, fl. 26, é o documento válido para a conta corrente do ICMS.

Depois de aquilatar os elementos que integram esse item da autuação, acolho o entendimento dos Autuantes, haja vista que o impugnante, efetivamente, deixou de lançar, no período autuado, o competente débito atinente às diferenças entre as alíquotas interna e interestadual, portanto, repercutindo diretamente na apuração do imposto devido nos respectivos períodos de apuração. Logo, não se trata de liquidação ou compensação, em relação à existência de saldo credor, como aduziu o autuado, e sim, do correto e imprescindível funcionamento do conta corrente fiscal em cada período de apuração.

Assim, como expendido, mantenho a Infração 02.

Infração 03 - Imputa ao sujeito passivo o cometimento do recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, por ter transportado o total dos créditos mensais decorrentes das entradas para o livro Registro de Apuração (EFD) em valor maior resultando em saldo credor a mais que o devido, consoante demonstrativo à fl. 29.

Em suas razões de defesa, o Impugnante aduziu que no período fiscalizado recolheu a título de antecipação parcial no valor de R\$17.208,80, não espelhado na EFD, e que por isso, não teria ocorrido utilização indevida de crédito e o conseqüente recolhimento a menos de ICMS.

O Autuante em sua impugnação e manteve a autuação sob o fundamento de que, comprovadamente, as diferenças encontradas não são coincidentes com a Antecipação Parcial informada na DMA e que se nos meses em questão houve qualquer crédito não lançado na apuração, somente poderia ser lançado extemporaneamente, consoante regras regulamentares.

Constato que não assiste razão ao autuado, inclusive quando alegou em sua defesa que “quando muito caberia ser autuada elo descumprimento de obrigação acessória, consubstanciada na falta de escrituração dos livros fiscais”, e acato o entendimento dos Autuantes, uma vez que ficou demonstrado nos autos, fl. 29, independente da origem, o saldo credor a mais lançado no livro Registro de Apuração - EFD, em decorrência do transporte a mais do total dos créditos mensais

apurados no livro Registro de Entradas. Logo, no presente caso, fica patente que as alegações defensivas são insuficientes para elidir a exigência fiscal.

Assim, concluo restar caracterizada a Infração 03.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087461.0302/15-3**, lavrado contra **M I SWACO DO BRASIL COMÉRCIO, SERVIÇOS E MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$233.719,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA