

PROCESSO - A. I. N° 206905.0001/13-0
RECORRENTE - AGROUS ALL BUSINESS COMMODITIES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0022-01/15
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/08/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0149-11/18

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. O pagamento do ICMS deveria ter ocorrido no momento da saída da mercadoria (soja) para outra unidade da Federação, termo final do benefício do diferimento, devendo o documento de arrecadação ou o Certificado de Crédito do ICMS acompanhar o transporte das mercadorias. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 1ª JFJ - Acórdão JFJ nº 0022-01/15 - que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o ICMS de R\$4.841.429,12, acrescido da multa de 60%, inerente ao período de outubro de 2010 a julho de 2011, sob a acusação de “*Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável por recolhimento do imposto diferido.*”

Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração:

1- O contribuinte emitiu Notas Fiscais Eletrônicas, em 2010 e 2011 para dar saída em mercadorias sujeitas ao diferimento, destinadas a outros Estados da Federação. A relação das Notas Fiscais Eletrônicas se encontra em anexo e foram capturadas no Sistema SEFAZ. Não consta na DMA do contribuinte o lançamento do ICMS do diferimento referente as notas fiscais mencionadas, no exercício de 2010 e também no exercício de 2011. Impressos da DMA consolidada e folha relativa a Apuração e Informações Complementares se encontram anexadas ao presente AI, bem como a DMA consolidada de 2010 e 2011. Não foram encontrados no SIGAT e nem no INC informações sobre o recolhimento do ICMS das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte em 2010 e 2011.

A Decisão recorrida, após ultrapassar a nulidade arguida, julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes razões:

[...]

Não há que se falar em nulidade. A infração se encontra descrita claramente, ou seja: Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Os demonstrativos elaborados pela autuante de fls. 19 a 34 e 50 a 88, referentes às Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado, arroladas na autuação, permitem identificar claramente o tipo de nota fiscal emitida – todas, Notas Fiscais eletrônicas - ; o número de cada nota fiscal; o CNPJ e Inscrição Estadual dos destinatários; a UF de destino; o valor da nota fiscal; a base de cálculo do ICMS; o valor do ICMS; e o ICMS exigido.

Ademais, consta na descrição dos fatos que o contribuinte emitiu Notas Fiscais Eletrônicas, em 2010 e 2011 para dar saída em mercadorias sujeitas ao diferimento, destinadas a outros Estados da Federação - Minas Gerais, São Paulo e Goiás - , sendo possível verificar na impugnação apresentada que o autuado teve pleno conhecimento e entendimento da imputação.

É indubitoso que o Auto de Infração em exame foi lavrado com total observância às exigências legais, inexistindo qualquer ofensa ao devido processo legal e a ampla defesa.

Cumpra consignar que a possibilidade de equívoco na indicação dos dispositivos infringidos e da multa aplicada não implica em nulidade da autuação, haja vista que, pela descrição dos fatos resta evidente o

enquadramento legal, consoante estabelece o art. 19 do RPAF/99.

Diante do exposto, considerando que o Auto de Infração se encontra revestido das formalidades legais, portanto, que não ocorreu quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, especialmente as dos incisos I a IV, aduzidas pelo impugnante, não acolho a nulidade arguida.

No mérito, a imputação é de que o autuado deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nas operações com soja realizadas no meses de outubro a dezembro de 2010, janeiro a julho de 2011.

A alegação defensiva é de que realizou suas operações de aquisições de soja de outras unidades da Federação amparado no RICMS/BA/97 vigente, e os procedimentos contábeis fiscais foram corretamente efetivados através dos lançamentos das entradas/saídas e apuração e, equivocadamente, a autuante ignorou as compras e tributou de forma generalizada todas as vendas indistintamente.

Tendo estabelecimento matriz localizado no Estado da Bahia, o autuado alega que procedeu a aquisição originária da soja especialmente no Tocantins, Goiás e Distrito Federal, tendo vendido tais produtos para adquirentes estabelecidos fora do Estado da Bahia. Diz que se valendo do permitido nos artigos 411 e seguintes do RICMS, que tratam das vendas por conta e ordem do adquirente, comprou o produto fora do Estado da Bahia, no estabelecimento do vendedor e emitiu nota fiscal de remessa direta por conta e ordem do adquirente originário – autuado - para os destinatários estabelecidos em outros Estados da Federação.

Consoante consignado pela autuante foi constatado encerramento da fase de diferimento na saída da mercadoria – soja - para outras unidades da Federação, conforme se verifica nas Notas Fiscais Eletrônicas emitidas pelo autuado, sendo que o pagamento do ICMS deveria ter ocorrido no momento da saída da mercadoria para outra unidade da Federação, de acordo com o inciso IX do artigo 347, em sua alínea “a”, do RICMS/BA/97, o que não ocorreu.

Na realidade, conforme registrado pela autuante e consta dos autos, as cópias dos livros apresentados pelo autuado não estão de acordo com o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, quanto ao termo de abertura e encerramento dos livros e autenticação dos livros fiscais, haja vista que não têm termo de abertura e nem de encerramento e muito menos autenticação, consoante exige o art. 317 do RICMS/BA/97.

Independentemente disso, é relevante consignar que esta JJF, em face das alegações defensivas e no intuito de alcançar a verdade material, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à INFRAZ/BARRERAS (fls. 2.717/2.718), a fim de fosse designado Auditor Fiscal estranho ao feito para que efetuasse revisão fiscal do lançamento, verificando e informando se o autuado, de fato, apurara e recolhera o ICMS referente às operações acobertadas pelas notas fiscais arroladas no levantamento levado a efeito pela autuante às fls. 19 a 87, na apuração mensal do imposto, conforme alegara. Foi solicitado, ainda, que se restasse comprovado que a apuração mensal e os recolhimentos dizem respeito às referidas notas fiscais, deveria o diligenciador verificar, por período mensal, conforme consta no demonstrativo de débito do Auto de Infração se existe diferença a recolher, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos, com os valores remanescentes.

O Auditor Fiscal estranho ao feito designado para cumprir a diligência informou (fl. 2.737) que, após diversas diligências ao estabelecimento autuado, sempre fechado, e inúmeras tentativas de contato telefônico e eletrônico, não foram localizados os seus representantes para dar ciência às intimações necessárias ao procedimento, sendo a situação atual do estabelecimento de inaptidão.

Ressaltou o diligenciador que existe suspeição da veracidade das operações de entrada informadas nos livros fiscais, sendo necessária, além da observação da escrituração fiscal, pedido de comprovação dos pagamentos efetuados para as compras dessas mercadorias. Salientou que todos os estabelecimentos que efetuaram vendas ao autuado ficaram inaptos após vistorias dos respectivos Fiscos de origem, ou seja, não existiam.

Ora, a diligência foi solicitada por esta JJF precisamente para que o autuado pudesse trazer aos autos elementos hábeis de provas de suas alegações, especialmente de que efetuara o recolhimento do imposto, o que, de fato, não fez, demonstrando total indiferença, conforme informado pelo diligenciador.

Vale destacar o registro feito pela autuante e pelo diligenciador quanto às irregularidades dos contribuintes que teriam fornecido as mercadorias ao autuado.

Diante do exposto, a infração é subsistente. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, às fls. 2.757 a 2.765 dos autos, o recorrente reitera todas as alegações da impugnação do Auto de Infração, tanto em preliminares, quanto ao mérito, a saber:

- Nulidade do Auto de Infração:

1. Alega que, com uma simples análise comparativa entre a descrição da infração e o seu

demonstrativo de débito, constata-se que não foram preenchidos requisitos formais previstos no inciso V, do art. 39 do RPAF, visto que o recorrida descreve a infração de forma generalizada, bem como indica dispositivos infracionais também de forma generalizada, quando sabido que o artigo 347 e 348 do RICMS-BA abrigam diversas situações fáticas jurídicas não se identificando com precisão, a infração cometida, o que autoriza a decretação de sua nulidade da infração, uma vez que acarretou no cerceamento ao amplo direito de defesa do recorrente, em virtude de que não se identificou, com precisão, a infração cometida.

2. Ressalta ainda como preliminar de nulidade (?), que a recorrida omite situação fático jurídica que tem grande e decisiva repercussão na apuração do montante do débito tributário, o qual acaba por se configurar totalmente indeterminado, visto que partiu da presunção de que o recorrente adquiriu as mercadorias dentro do Estado desconsiderando o fato de que o mesmo procedeu a regular e devida aquisição em outros Estados da Federação. Ou seja, apenas e tão somente com base em informações do Sistema Sefaz (como, aliás, confessa), a recorrida efetiva lançamento de ICMS diferido pertinente às operações de venda sem considerar as suas origens comprovadamente fora do Estado, sem ter diligenciado na busca das demais informações.

Diz que em sua defesa comprova com a juntada de Notas Fiscais de compras efetivadas fora do Estado não consideradas pela recorrida, cópia do livro Registro de Saídas (onde são escrituradas as notas de vendas), cópia do livro Apuração do ICMS (onde consta a entrada/saída do imposto a pagar/e/ou creditar, cópias das DMAS referentes ao período fiscalizado (que confere com o livro Registro de Apuração do ICMS), cópia dos DAE competências 01/2011 e 03/2011, pois as guias de recolhimento de ICMS apurados nos meses de outubro/2010, dezembro/2010, abril/2011, maio/2011, junho/2011 e julho/2011 não foram localizados, pois fizeram parte da busca e apreensão realizada, conforme termo de apreensão anexo e não devolvidos).

Assim, sustenta ser impossível a determinação do montante do débito tributário nestas condições de total desconsideração do fato incontroverso de aquisições efetivadas pelo recorrente fora do Estado da Bahia. Ou seja, necessário considerar a origem das operações e forma de sua finalização, tendo a recorrida considerada a mera presunção de que o recorrente efetivou a comercialização de soja remetendo para outros Estados da Federação e por isto deveria recolher o ICMS diferido. Contudo, só por não ter o Fisco considerado as operações de aquisições fora do Estado da Bahia, já torna nulo o Auto de Infração, o que requer.

- No Mérito:

1. Reitera que efetivou suas operações de aquisições de soja de outras unidades da federação respaldado no RICMS vigente e os procedimentos contábeis fiscais foram corretamente efetivados através dos lançamentos das entradas/saídas e apuração e, equivocadamente, a recorrida ignorou as compras e tributou de forma generalizada todas as vendas indistintamente.

Aduz que, apesar de sediada no Estado da Bahia, procedeu a aquisição originária de produtos soja especialmente no Tocantins, Goiás e Distrito Federal, tendo vendido tais produtos para adquirentes estabelecidos fora do Estado da Bahia, se valendo do permitido nos artigos 411 e seguintes do RICMS, que trata das vendas por conta e ordem do adquirente, uma vez ser desnecessário que se procedesse o envio primeiro para o recorrente e posteriormente o envio para o adquirente em outro Estado, aplicando-se, então, as alíquotas de ICMS previstas nos regulamentos, não havendo proibição no Regulamento do ICMS.

2. Assevera que cumpriu com todos dispositivos regulamentares, especificamente o previsto nos artigos 411, 413 e 414 do RICMS-BA, tendo procedido com os devidos lançamentos e recolhimentos do ICMS gerado pelas operações, conforme documentos comprobatórios anexos, cuja descrição repisa nos termos de sua “preliminar”.
3. Frisa que não adquiriu seus produtos no Estado da Bahia, mas sim em outros Estados da Federação, tendo se valido do disposto e autorizado pelos artigos 411 e seguintes do RICMS-

BA, conforme comprovam documentos já juntados na defesa, do que para se comprovar basta verificar nas notas fiscais de aquisições (desconsideradas pela autuação), nas quais consta no campo natureza da operação a inscrição “remessa por conta e ordem do adquirente” e no campo informações complementares está consignado “mercadoria remetida por conta e ordem do adquirente originário All Businees Ltda, situada a rua Princesa Isabel, Sandra Regina, Barreiras, Bahia, CNPJ n.14.552.855/0001-10 e Inscrição Estadual nº 67.254.695, conforme nota fiscal de venda.

4. Concluiu que tudo isto bem demonstra que as operações efetivadas pelo recorrente se encontram no estrito cumprimento do RICMS-BA, tendo sido recolhido o ICMS pertinente ao Estado da Bahia, do que requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inicialmente, o recorrente arguiu a nulidade do Auto de Infração sob dois prismas, a saber:

- i) pelo cerceamento ao amplo direito de defesa do recorrente, em virtude de que não se identificou, com precisão, a infração cometida e;
- ii) em razão de o Fisco não ter considerado as operações de aquisições fora do Estado da Bahia, que tem grande e decisiva repercussão na apuração do montante do débito tributário, o qual acaba por se configurar totalmente indeterminado, pois, apenas e tão somente com base em informações do Sistema Sefaz, efetiva lançamento de ICMS diferido pertinente as operações de venda sem considerar as suas origens comprovadamente fora do Estado, sem ter diligenciado na busca das demais informações.

Da análise destas alegações, vislumbra-se ser esta última razões de mérito, pois, assim foram reiteradas e assim serão analisadas, visto que, caso confirmadas, implicaria na improcedência do Auto de Infração.

Quanto à primeira arguição de nulidade sob a alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa do recorrente, em virtude de que não se identificou com precisão a infração cometida, há de esclarecer que a infração encontra-se devidamente precisa, inclusive com riqueza de informações contidas no campo “Descrição dos Fatos”, como também foi, analiticamente, demonstrada nos papéis de trabalho, às fls. 19 a 34 e 50 a 88 dos autos, os quais são consolidados com as informações econômico-fiscais às fls. 35 a 49 e 89 a 105 dos autos, o que já afasta qualquer dúvida no enquadramento legal realizado. Em consequência, ao contrário do que afirma o recorrente, o lançamento de ofício permitiu ao contribuinte pleno exercício ao direito de defesa.

Ademais, o art. 18, § 2º, assim como o art. 19, do RPAF, estabelecem que não se decretará a nulidade sem prejuízo e que o erro na indicação de dispositivo legal não implica em nulidade, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Sendo assim, não há como acolher a preliminar de nulidade do Auto de Infração, sob esta ótica. Primeiro, por inexistir erro no enquadramento e segundo, caso houvesse erro de enquadramento, mesmo assim, não haveria de anular o lançamento de ofício, visto o pleno exercício de defesa pelo contribuinte e explícito conhecimento do que estava sendo acusado, conforme se pode comprovar das próprias razões de mérito apresentadas.

Quanto às razões de mérito, inicialmente, há de se registrar que o recorrente alega que a autuante, ao realizar o lançamento de ofício, apenas e tão somente, com base em informações do Sistema SEFAZ, exige o ICMS diferido nas operações de venda sob falsa premissa de que tais mercadorias foram adquiridas dentro do Estado da Bahia, do que entende que deveria a autuante ter diligenciado na busca das demais informações.

Contudo, em que pese o recorrente levantar a bandeira de perquirir a verdade material e alegar que adquiriu a soja em Tocantins, Goiás e Distrito Federal, utilizando-se do crédito fiscal das aquisições e aplicar a alíquota de ICMS prevista nas vendas interestaduais, tal bandeira da busca da verdade material não foi mantida pelo próprio recorrente, quando intimado, inclusive via edital (fl. 2.736) para atender diligência determinada pela 1ª JF, nos termos ínsitos às fls. 2.717 e 2.718 dos autos, de modo a comprovar o efetivo recolhimento do imposto, assim como da operação de aquisição.

Registre-se, ainda, que a própria autuante, quando da lavratura do Auto de Infração, já havia consignado as tentativas para intimar o contribuinte para entregar documentos e livros fiscais, o que já justificaria a captação das notas fiscais eletrônicas pelo sistema da SEFAZ, em que pese se tratar de um documento virtual e com esse propósito de acesso dos seus dados.

Assim, diante de tais documentos fiscais de vendas de soja para fora do Estado da Bahia, lavrou-se o Auto de Infração sob acusação de que o contribuinte deixou de proceder o recolhimento do ICMS, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

Prevía o art. 343, IX, “a”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores, o termo do diferimento para o momento em que ocorresse a saída da mercadoria para outra unidade da Federação, conforme a seguir descrito:

Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

[...]

IX - nas sucessivas saídas de soja em grãos, dentro do Estado, para o momento em que ocorrer a saída:

a) da mercadoria para outra unidade da Federação;

Já o art. 347, II, “a”, do RICMS/97, estabelecia que:

Art. 347. O ICMS será lançado pelo responsável:

[...]

II - sempre que a saída da mercadoria for efetuada em circunstâncias em que não seja possível a adoção do diferimento, como nas seguintes hipóteses:

a) saída de mercadoria para outra unidade da Federação ou para o exterior;

Por sua vez, o art. 348, § 1º, do RICMS/97, determinava que o contribuinte efetuará o recolhimento no modo a seguir:

*Art. 348. O contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer qualquer das situações previstas no artigo anterior efetuará o **recolhimento do imposto por ele lançado**, inclusive o correspondente às operações anteriores, na condição de responsável por substituição.(grifo nosso)*

§ 1º O ICMS será pago:

I - no momento da saída das mercadorias enquadradas no regime de diferimento, ainda que beneficiadas, nas situações em que não for possível a adoção do diferimento, observado o seguinte:

a) o documento fiscal será emitido com destaque do imposto, devendo a ele ser anexado, para acobertar o transporte das mercadorias, o correspondente documento de arrecadação;

b) para cumprimento da exigência prevista na alínea anterior, se o estabelecimento remetente dispuser de crédito fiscal e pretender dele fazer uso naquela operação:

1 - deverá o contribuinte requerer à Inspetoria Fazendária do seu domicílio tributário a expedição de Certificado de Crédito do ICMS, indicando o valor a ser utilizado e o fim a que se destina;

2 - o Inspetor Fazendário, à vista do requerimento do contribuinte, autorizará a expedição do Certificado de Crédito do ICMS, posteriormente à emissão do Controle de Crédito do ICMS, documento interno da repartição (art. 961);

3 - na documentação fiscal que acobertar o transporte das mercadorias, será feita referência ao número do Certificado de Crédito do ICMS, à qual será este anexado;

Em consequência, restou claro que, uma vez constatado encerramento da fase de diferimento na saída da mercadoria (soja), em decorrência das vendas para outras unidades da Federação, conforme se verificou através das Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte, o pagamento do

ICMS deveria ter ocorrido no momento da saída da mercadoria para outra unidade da Federação, devendo, inclusive, o documento de arrecadação ou o Certificado de Crédito do ICMS, expedido pela repartição fiscal, acompanhar o transporte das mercadorias.

Sendo assim, para atribuir a responsabilidade ao substituto tributário, quando do encerramento do benefício do diferimento, independe da origem da soja ser na Bahia ou de outros Estados, como também de se tratar de operações de venda à ordem, como fundamenta a tese recursal, desde que se comprove o termo final do diferimento, no caso, operações interestaduais de vendas de soja.

Registre-se, ainda, que a emissão do Certificado de Crédito do ICMS pela repartição fazendária, ensejaria a análise da legitimidade dos créditos fiscais, inclusive das efetivas operações, visto que, nesta oportunidade, poderia exigir do contribuinte, então requerente do Certificado de Crédito, dentre outras, a comprovação dos pagamentos das operações e das prestações de serviço de transporte, o que poria fim às dúvidas existentes quanto aos supostos estabelecimentos fornecedores, conforme consta da informação fiscal e objeto de diligência fiscal frustrada.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206905.0001/13-0**, lavrado contra **AGROUS ALL BUSINESS COMMODITIES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.841.429,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS