

A. I. Nº. - 281077.0002/11-0
AUTUADO - TRANSPORTADORA JOLIVAN LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 22.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0328-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO OCORRIDAS COM UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO DO IMPOSTO, SEM OBSERVÂNCIA DO ESTORNO PROPORCIONAL RELATIVO ÀS PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO TRIBUTADAS. É devido o estorno do ICMS em relação às aquisições de mercadorias que forem objeto de prestações de serviço não tributadas pelo imposto. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. TRANSFERÊNCIA IRREGULAR. MULTA. Restou comprovado que o autuado não fazia jus a nenhum valor como crédito fiscal de ICMS, visto que, no período objeto da infração, não realizou nenhuma prestação de serviço tributada por esse imposto, o que seria imprescindível ao uso do pretendido crédito, à luz do que preceitua o art. 93, § 1º, inciso II, do RICMS/97, sendo irregular a transferência realizada, sendo devida a multa aplicada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2011, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor histórico de R\$3.865.185,46, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

01 – deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, por empresa prestadora de serviço de transporte, relativo às prestações não tributadas, nos meses de janeiro/2007 a agosto de 2008, sendo exigido o imposto no valor histórico de R\$3.205.995,46. Consta da imputação que: adquiriu combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, que não foram utilizados na prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual; Não realizou prestações subseqüentes tributadas pelo imposto.

02 – Transferiu irregularmente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$659.190,00 a outro estabelecimento.

O autuado apresentou impugnação, fls. 436 a 460, inicialmente transcrevendo o teor das infrações, assim como os dispositivos legais atinentes ao enquadramento da infração e à multa aplicada.

Preliminarmente, alega que existe no Auto de Infração vício formal, uma vez que não indica quais os dispositivos de lei ordinária supostamente infringidos que autorizaria a efetivação do lançamento, o que implica em cerceamento do seu direito de defesa.

Lembra que nos termos do princípio constitucional da legalidade, nenhum cidadão é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei em sentido estrito. Desse modo, o Estado somente pode exigir do indivíduo atuações que estejam previstas em lei. Para atender o referido princípio, a indicação deve ser de dispositivo de lei ordinária, não bastando a citação de artigo do RICMS, já que este, por si só, não é capaz de obrigar o contribuinte. O regulamento serve apenas

para permitir a fiel execução da lei que pretendeu regulamentar, não pode inovar na ordem jurídica. Assim, por não poder exigir conduta do indivíduo, a simples infração à norma regulamentar, sem respaldo na lei regulamentada não é capaz de autorizar a penalização.

Salienta que em conformidade com o transcrito art. 37 da Constituição Federal de 1988, todos os entes da administração, em todos os níveis da Federação, estão submetidos ao princípio da legalidade.

Argui ausência da indicação dos pressupostos de direito que fundamentam a infração 01, pois o argumento utilizado como base para a lavratura da autuação, qual seja, a necessidade de realização do estorno dos créditos fiscais, não se encontra amparado por qualquer dispositivo legal elencado no Auto de Infração. Em outras palavras, a fiscalização expediu o Auto de Infração sem indicar o fundamento legal responsável por preconizar a necessidade de realização de estorno de créditos no presente caso.

Ressalta que se depreende da autuação que o fisco enquadrrou as supostas condutas da impugnante nos artigos 91, 92 e 93, cominados com os artigos 1º e 2º, inciso VI, todos do RICMS, entretanto, que nenhuma das disposições contidas nestes enunciados autoriza o surgimento do dever jurídico de estornar créditos fiscais, por parte do autuado, pois:

Art. 91: traça as diretrizes, observadas pela requerente, do direito ao crédito fiscal, para fins de compensação do ICMS;

Art. 92: define conceitos de expressões contidas no dispositivo anterior;

Art. 93: estabelece as hipóteses de constituição do crédito fiscal;

Art. 1º: determina os fatos geradores do ICMS;

Art. 2º, inc. VI: identifica o momento em que ocorre o fato gerador do imposto.

Argumenta que analisando detidamente cada um dos aludidos enunciados, restará patente a ausência de uma norma que, em seu conteúdo, impõe ao contribuinte o estorno de créditos fiscais, como preconiza a fiscalização na autuação. Em face disso, conclui-se que não foi apontado o dispositivo que impõe o estorno para o caso concreto, em que inexistiram saídas. Os artigos utilizados como fundamento do Auto de Infração nenhuma relação possuem o contexto fático em análise. Em primeiro lugar, porque nenhum dos artigos elencados pela fiscalização impõe o estorno dos créditos fiscais, como pretende a mesma. E, em segundo lugar, pois, mesmo que houvesse previsão nesse sentido, a situação fática não autoriza a cominação da norma, já que não há no RICMS a obrigação de estornar créditos nos casos em que inexistiram saídas. Aliás, nada mais coerente, uma vez que, havendo disposição neste sentido, restaria flagrante a violação à Constituição Federal, posto que esta excepciona o direito ao crédito somente nas situações em que as saídas são isentas ou se traduzem em casos de não-incidência do ICMS.

Quanto a infração 02 argui nulidade devido a ausência de exposição e demonstração dos pressupostos fáticos – Da ausência de motivação – Do cerceamento do direito de defesa. Frisa que o Auto de Infração não descreve o contexto fático que ensejou a sua lavratura, uma vez que não identifica os pormenores da segunda suposta infração, limitando-se a informar somente a transgressão a um dispositivo do RICMS do Estado da Bahia, qual seja, o seu artigo 98, que nada esclarece à impugnante.

Observa que a autuação aponta a violação a dispositivo do supramencionado RICMS, no entanto, o autuante silencia no que tange à exposição e à demonstração dos pressupostos fáticos, pois se limita a aferir que a autuada “transferiu irregularmente crédito fiscal de ICMS a outro estabelecimento”, sem tecer qualquer consideração no sentido de indicar a alegada irregularidade.

Ressalta que o artigo 114-A do RICMS autoriza a transferência de crédito entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo, tal como ocorreu na situação examinada. O dispositivo em questão,

então, é uma exceção à regra prevista no artigo 98 do RICMS, apontado no Auto de Infração lavrado. Dessa forma, a carência da descrição fática, bem como a insuficiência na indicação dos pressupostos de direito do ato, inviabilizam a imputação em questão.

Resume que o agente afirma ter ocorrido transferência irregular de crédito fiscal, porém, não estabelece a causa da irregularidade.

Destaca que a nossa jurisprudência, há muito, já pacificou o entendimento de que, para apontar a infração, não basta que a autuação indique o dispositivo legal que descreve a conduta nem o dispositivo legal supostamente infringido. Isto, porque a mera indicação de dispositivos legais não permite o exercício do direito à ampla defesa e do contraditório, conforme assegura nossa Constituição.

Reitera que encontra-se a empresa, ora impugnante, impedida de exercitar o seu constitucional direito de defesa, em observância ao princípio do contraditório pleno, assegurado pelo artigo 5º, inciso LV, da CF/88. Com efeito, pode-se verificar uma irregularidade que macula o procedimento administrativo e acaba por cercear o amplo direito de defesa que deve ser assegurado à impugnante, qual seja, a ausência da exposição e da demonstração, no Auto de Infração, dos pressupostos fáticos atinentes à segunda suposta transgressão. Conseqüentemente, não merece subsistir o ato administrativo imposto, em face da nulidade ora argüida.

Prosseguindo, tece comentários sobre o princípio da não-cumulatividade previsto na Constituição Federal, argumentado que o propicia, por meio da sistemática do débito e crédito, uma antecipação parcial do tributo ao longo das etapas de produção e de circulação, bem como a concomitante compensação do montante pago pelo posterior componente do ciclo, de modo a se alcançar uma completa transposição da carga tributária ao último participante (consumidor final).

Assevera que se extrai da redação do Texto da Constituição de 1988 (artigo 155, § 2º, inciso I, da CF/88) que o direito ao crédito de ICMS surge com a simples cobrança deste imposto, quando da entrada de mercadorias e serviços. Em momento algum, salvo no artigo 155, § 2º, inciso II, a Carta Maior explicita os casos em que o exercício do direito de abatimento (constitucional) pode ou deve ser limitado.

Argumenta que a fiscalização pretende impor à autora a restrição do direito ao crédito de ICMS decorrente dos valores pagos a título do mencionado tributo na compra de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, o que não faz qualquer sentido, à luz da ordem jurídica pátria, pois a ausência de operações tributáveis pelo ICMS não decorreu de situações em que o creditamento do tributo é vedado, o que se dá nos casos em que há isenção ou não-incidência nas saídas, mas, sim, do fato de não terem ocorrido saídas. Portanto, insubsistente a exigência perpetrada pela fiscalização baiana, eis que ilegítima a sua pretensão de limitar a escrituração dos créditos de ICMS acumulados pela impugnante.

Ressalta que, em seu artigo 100, o RICMS estabelece as situações em que o estorno ou anulação do crédito deverão ser promovidas. Entretanto, conforme se observa do dispositivo, a hipótese em análise não se subsume a qualquer das situações nele descritas.

Assevera inocorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, pois segundo o órgão fiscalizador, o autuado se utilizou indevidamente de créditos de ICMS, pois lançou os valores dos mesmos sem que ocorressem as saídas dos produtos responsáveis pelo creditamento. Para fundamentar a autuação, a fiscalização se utilizou dos artigos 1º, 2º, inciso VI, 91, 92 e 93, todos do RICMS/96, o que é inconstitucional, bem como aplicou a sanção contida no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, que transcreveu.

Argumenta que a punição em comento decorre da utilização indevida do crédito fiscal. Em face disso e dos esclarecimentos a seguir expostos, restará demonstrada a impossibilidade de a exigência fiscal prosperar neste particular. No próprio Auto de Infração, a fiscalização baiana afere que a escrituração dos créditos realizada pela empresa não repercutiu em falta de

recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS. Nesses termos, não ocorreu a utilização do crédito, o que desautoriza a tipificação pretendida pela autoridade fiscal.

Reitera que o abatimento dos créditos de ICMS escriturados com seus débitos não foi levado a efeito, motivo pelo qual é flagrante o fato de os mesmos não terem sido utilizados, bem como a inexistência da infração. Tal situação, inclusive, foi reconhecida pelo fiscal, ao lavrar a autuação, como resta consignado em seu bojo. Como não ocorreu o efetivo aproveitamento dos créditos de ICMS escriturados pela empresa, conclui-se que a norma jurídica responsável por impor a sanção ora cominada não é aplicável ao caso em apreço, haja vista não ter se configurado elemento fundamental do tipo, qual seja: a utilização indevida de crédito fiscal.

Entende ser inexigível o valor crédito de ICMS, uma vez que nos termos do artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, a multa aplicada deve perfazer o montante de 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, quando concretizada a sua utilização indevida. Com base nisso, aduz-se que, no caso em tela, o valor cobrado pela fiscalização contraria o dispositivo supramencionado, embora o mesmo tenha sido citado como fundamento legal da multa aplicada. Conforme discriminado na planilha “Demonstrativo de Débito”, anexada ao Auto de Infração contestado, o fisco, além de exigir o percentual de 60% (sessenta por cento) do crédito não estornado (multa), exige o valor integral do crédito fiscal. Portanto, não faz sentido a exigência do valor dos créditos, uma vez que a sua mera escrituração não gerou prejuízo à Administração Tributária. Conforme assinalou o próprio fiscal, inexistiu falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS. Além disso, deve-se afirmar que o RICMS, ao tratar dos créditos fiscais, não autoriza a cobrança dos créditos utilizados irregularmente pelo contribuinte. O que o regulamento permite é o estorno ou a sua anulação e a cobrança de multa equivalente ao valor de 60% dos créditos.

Assevera que a transferência do crédito, cuja origem remete aos livros de apuração da filial localizada no município de Conceição do Jacuípe/BA, foi realizada em consonância com a legislação em vigor. A fiscalização fundamenta a autuação no artigo 98 do RICMS, *in verbis*: Art. 98 - Salvo disposição em contrário, é vedada a transferência de crédito fiscal para estabelecimento de outro contribuinte. Segundo se denota da norma infralegal em análise, a transferência de crédito fiscal de ICMS, em regra, é proibida, entretanto, nos casos em que a legislação dispõe de modo diverso, a ocorrência desta operação é permitida.

Reitera que o *caput* do dispositivo estabelece que a transferência é possível desde que tenha como partes “os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado”. Consoante se denota das inscrições estaduais elencadas no anexo B do Auto de Infração, todas as inscrições estaduais para as quais foram transferidos saldos credores são de estabelecimentos da Transportadora Jolivan Ltda em Camaçari, Alagoinhas e Simões Filho. Portanto, o pressuposto ora analisado resta satisfeito.

Ao final, requer:

- a) o reconhecimento da insubsistência do Auto de Infração nº 281077.0002/11-0, para que seja o mesmo desconstituído;
- b) subsidiariamente, a anulação parcial do Auto de Infração, para nele fazer constar apenas a exigência do percentual de 60% do crédito fiscal, a título de multa, o que corresponde ao montante de R\$2.582.787,19

A autuante prestou informação fiscal às fls. 494 a 501, consignando que a ausência de indicação de dispositivos de lei ordinária no corpo do Auto de Infração não fere o princípio da legalidade, nem implica em vício formal e cerceamento do direito de defesa, isto porque a Lei do ICMS (nº. 7.014/96) remete para o Regulamento, no que se refere ao lançamento e à compensação do imposto, conforme se verifica nos artigos 24 a 26, que transcreveu.

Assevera que o Regulamento serve para permitir a fiel execução da lei, não inovando a ordem jurídica. Ressalta, ademais, que o Auto de Infração não extrapolou a previsão legal, exigindo

apenas conduta prevista em lei e em momento algum foi impedido o direito de defesa do contribuinte, de modo que improcede a alegação de vício formal.

Frisa que o art. 93, I, "f" do RICMS-BA (DECRETO Nº 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997) estabelece que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual. Para que o contribuinte faça jus a este creditamento, no entanto, as prestações subsequentes deverão ser tributadas pelo imposto (art. 93, §1º, III, RICMS-BA). Disso decorre que, não poderá creditar-se nas aquisições dos combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos se não forem empregados nas prestações de serviços de transporte intermunicipal e interestadual. Não houve a prestação do serviço, portanto, não há como utilizar o crédito fiscal.

Salienta que salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias condiciona-se a que as operações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito (Art. 93, § 1º, II – RICMS/Ba).

Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo. A responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. O ato administrativo de lançamento é vinculado, obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional. Constatada a irregularidade, a autoridade fazendária proferiu a penalização por descumprimento da obrigação prevista em lei e constituiu o crédito tributário, conforme previsão legal.

Aduz que conforme dispõe o artigo 98 do RICMS/Ba, salvo disposição em contrário, é vedada a transferência de crédito fiscal para estabelecimento de outro contribuinte. Condição necessária e suficiente para caracterizar a infração. Apesar de vedado, o autuado transferiu crédito fiscal para outro contribuinte. Fatos demonstrados pelo autuante em seus anexos, parte integrante deste Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Destaca que diferente do que ressalta o autuado, o artigo 114-A não autoriza a transferência de crédito entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo, o referido artigo nem mesmo existe no RICMS/Ba. O Artigo 108-A do RICMS/Ba dispõe que os créditos fiscais acumulados, nos termos do art. 106 do RICMS/Ba, poderão ser transferidos a outros contribuintes para pagamento de débito decorrente de apuração do imposto pelo regime normal. Para tanto, faz-se necessária uma solicitação ao Secretário da Fazenda. O pedido só será deferido após o exame fiscal quanto à existência e regularidade do crédito acumulado e à informação dos respectivos saldos na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) apresentada pelo contribuinte e emitido parecer da Diretoria de Planejamento da Fiscalização. Além de ter transferido irregularmente o crédito fiscal de ICMS a outro estabelecimento o contribuinte não possui créditos fiscais acumulados nos termos do artigo 106 do RICMS/Ba.

Destaca que desde 2004, o autuado, escritura irregularmente saldo credor do ICMS no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), ao infringir o artigo 100 do RICMS. Não realizou o estorno do crédito fiscal devido relativo às entradas de mercadorias quando realizada prestação subsequente isenta ou não tributada, vide AI nº 281077.0006/08-5, lavrado em 30/06/2008.

Quanto a alegação de ausência da indicação dos pressupostos de direito que fundamentam a infração 01, diz que a defesa é repetitiva e infundada em suas alegações. Sem argumentos legítimos, busca explicações e inferências descabidas. Segundo a legislação tributária, constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em

contrário, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos dispostas no Artigo 93 do RICMS/Ba. Porém, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se que as mercadorias adquiridas e os serviços tomados estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação; sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso (Art. 93, § 1º, I, a, b e c). As mercadorias adquiridas às quais o autuado se creditou não estão vinculadas à prestação do serviço de transporte, não houve operação alguma. Não há crédito tributário, não há previsão legal de crédito acumulado. Prosseguindo cita doutrina sobre o tema.

Ao final, opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, quanto as arguições de inconstitucionalidades em relação a limitação ao uso do crédito fiscal; ao fato do Auto de Infração apontar como violado dispositivos do RICMS/BA e questionamento quando as multas aplicadas, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não podem ser acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico, fato que possibilitou ao autuado exercer seu direito de defesa amplamente.

No tocante ao fato do Auto de Infração apontar como violado dispositivos do RICMS/BA, não observo nenhuma nulidade, uma vez que o art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/99, estabelece, de forma expressa, que tal procedimento não implica em nulidade, *in verbis*:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Portanto, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

No mérito, observo que o sujeito passivo deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, por empresa prestadora de serviço de transporte, relativo às prestações não tributadas, nos meses de janeiro/2007 a agosto de 2008.

Analisando os elementos acostados aos autos constatei que o contribuinte se apropriou dos valores de ICMS destacados nas notas fiscais de aquisição de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, que não foram utilizados na prestação de serviços de transportes intermunicipais e interestadual, ou seja, não realizou prestação subsequentes tributadas pelo ICMS, sem ter realizado o estorno do crédito fiscal indevido.

Trata-se de matéria que já foi objeto de Auto de Infração lavrado anteriormente contra o mesmo sujeito passivo, o qual foi julgado procedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal mediante Acórdão JJF Nº 0141-01/09.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ao analisar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, mediante Acórdão Nº 0133-12/10, manteve o julgamento procedente sob o entendimento de que:

“VOTO

...

Ingressando na seara de análise do meritum causae da infração 1, entendo que agiu com acerto o julgador de primo grau.

Ora, os dados referidos nos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, denotam que, no período anterior a agosto de 2004, o contribuinte não fazia jus a nenhum valor como crédito fiscal de ICMS, visto que não efetuou prestações de serviços tributadas por esse imposto, o que seria imprescindível ao uso do pretendido crédito, à luz do que preceitua o art. 93, § 1º, inciso II, do RICMS/97.

Outrossim, os cálculos efetuados pelo autuante estão devidamente indicados nos demonstrativos acostados às fls. 10 a 13, dos fólios processuais, nos quais são mencionados, mês a mês, o quantum correspondente a) aos créditos fiscais escriturados, b) aos percentuais de saídas sem tributação e c) aos valores dos estornos de créditos não efetivados pelo impugnante, sem prejuízo do fato de que d) foram indicadas as folhas dos livros fiscais que serviram de fonte para a realização do levantamento.

No que concerne à alegação recursal de homologação dos lançamentos por ele efetivados durante uma parte do período compreendido pela autuação, sob a justificativa de que, tendo sido fiscalizado anteriormente, não teria sido indicada a irregularidade objeto da presente autuação, concluindo que este fato implicaria na extinção dos correspondentes créditos tributários, impende salientar que, a fim de que ocorresse a pretendida homologação, seria indispensável o transcurso do prazo específico da decadência, o que não ocorreu.

Ademais, restou comprovado nos autos (fl. 253), que não houve fiscalização com homologação de exercício ou período, visto que a intimação acima apontada indica tratar-se somente de “Monitoramento Fiscal” do estabelecimento.

Ora, é cediço que a fiscalização dispõe do prazo de cinco anos para realizar uma averiguação dos procedimentos referentes à formalização do lançamento, razão pela qual é possível à mesma determinar a renovação da fiscalização, quando forem apurados dados não levados a efeito durante ações efetivadas anteriormente, em face do que preceitua o art. 936, do RICMS/97..

De referência à súplica recursal de que a cobrança efetivada, através da autuação, não estaria de acordo com o previsto no art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº. 7.014/96, por ter sido exigido o imposto e sugerida a multa de 60% sobre o crédito não estornado, não há como prosperar a tese recursal. É de corriqueira sabença que, por ter sido apurada a prática de procedimento irregular, atinente à falta de estorno de créditos fiscais previstos na legislação posta, deve ser exigido do recorrente não só o pagamento do imposto em questão, como também da multa prevista no referido dispositivo legal. Convém ressaltar, como corretamente asseverado na Decisão recorrida, “o imposto em si corresponde a um montante devido e não pago pelo contribuinte, enquanto que a multa se refere a uma penalidade que decorre exatamente da inobservância da norma por parte do contribuinte”.

Por fim, quanto à solicitação do contribuinte de que sejam abatidos dos débitos lançados no Auto de Infração os créditos acumulados de ICMS que seria possuidor, reitero o quanto salientado no julgamento de primeira instância no sentido de que o recorrente terá o direito de pleitear, junto à SEFAZ, que os débitos resultantes do presente Auto de Infração sejam adimplidos com a utilização dos créditos acumulados, porventura existentes, à luz do art. 108, inciso II, alínea “c” e o seu § 1º, do RICMS/97.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto e com espeque no Parecer exarado pela PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado.”

Acolho integralmente o resultado do voto acima transcrito, uma vez que restou comprovado nos autos o sujeito passivo não fazia jus a nenhum valor como crédito fiscal de ICMS, visto que, no período objeto da infração, não realizou nenhuma prestação de serviços tributadas por esse imposto, o que seria imprescindível ao uso do pretendido crédito, à luz do que preceitua o art. 93, § 1º, inciso II, do RICMS/97.

Quanto a alegação defensiva de que não teria utilizado o crédito fiscal, pois apenas teria lançado nos livros fiscais, ressalto que o ICMS é um tributo que tem como característica o lançamento por homologação, ou seja, o próprio contribuinte opera o lançamento e antecipa o pagamento, porém, sob a condição da homologação expressa ou tácita.

No mesmo sentido o art. 173, I, do CTN, incorporado ao RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5

(cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento tributário poderia ter sido efetuado.

Apesar de o contribuinte alegar que somente escriturando os créditos indevidos, entendo que o mesmo foi efetivamente utilizado, não para abater do imposto a recolher nos períodos passados, mas para tornar útil, aproveitar, fazer uso na contagem do prazo de decadência previsto para que ocorra a homologação dos valores declarados pelo sujeito passivo. Decorrido o prazo de cinco anos, o fisco não mais poderá fiscalizar os lançamentos dos créditos fiscais para verificar sua procedência ou improcedência, ocorrendo a homologação tácita, inclusive, dos créditos indevidos existentes. Portanto, um pedido de liberação de crédito por parte do contribuinte seria aceito, fato que não podemos deixar acontecer, pois trata-se de créditos indevidos.

Logo, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter transferido irregularmente crédito fiscal de ICMS a outro estabelecimento, tendo aplicado a multa de 60% sobre os valores transferidos irregularmente, conforme demonstrativo às folhas 13 a 15 dos autos.

Em sua defesa o autuado alega que atendeu as determinações previstas no artigo 114-A do RICMS/BA.

Efetivamente o Art. 114-A foi acrescido pela Alteração nº 29 do RICMS/Ba, mediante Decreto nº 8.087/01, possibilitando de compensação dos saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado.

Entretanto, atendendo ao determinado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão CJF Nº 0210-12/10, que recomendou a realização de ação fiscal, no estabelecimento que efetuou a transferências (estabelecimento ora autuado), a fim de aferir a regularidade dos créditos fiscais transferidos, restou comprovado, quando da análise da infração 01, que o sujeito passivo não fazia jus a nenhum valor como crédito fiscal de ICMS, visto que, no período objeto da infração, não realizou nenhuma prestação de serviços tributadas por esse imposto, o que seria imprescindível ao uso do pretendido crédito, à luz do que preceitua o art. 93, § 1º, inciso II, do RICMS/97. Nesta situação, sem sobra de dúvida, a transferência ocorreu de forma irregular, uma vez que não existia crédito fiscal, sendo correto o procedimento da fiscalização, em aplicar apenas a multa, prevista no artigo 42, VIII, “c”, pois o valor do imposto foi debitado no livro Registros de Apuração do ICMS, conforme cópia acostadas às folhas 17 a 93 dos autos.

Assim, a infração 02 restou caracterizada.

Diante de todo o exposto, voto pela procedência Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281077.0002/11-0**, lavrado contra **TRANSPORTADORA JOLIVAN LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.205.995,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” e “c” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$659.190,00**, prevista no inciso VIII, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR