

A. I. Nº - 207090.0006/11-2
AUTUADO - BAHIA PET RECICLAGEM LTDA. (BAHIA PET LTDA.)
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET 27.04.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-05/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA DESTINADA A OUTRO CONTRIBUINTE. Crédito fiscal destacado da conta de energia elétrica destinada a estabelecimento diverso. Infração não impugnada. b) AUSÊNCIA DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. Mesmo intimado, o autuado não apresentou nota fiscal fatura das contas de energia, cujo crédito foi aproveitado. Infração comprovada. c) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A nota fiscal emitida nos termos do art. 382, I, “c”, RICM/BA documenta o imposto de responsabilidade do tomador de serviço, não se presta ao crédito de ICMS. Infração caracterizada. d) DOCUMENTOS FALSOS E INIDÔNEOS. Crédito fiscal utilizado sem o recolhimento do imposto devido. Infração caracterizada. 2. ICMS RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Crédito fiscal sem o recolhimento do imposto correspondente. Infração caracterizada. 3. AQUISIÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE MICROEMPRESAS ICMS RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infrações caracterizadas. /O autuado registrou em sua escrita os créditos originados da aquisição de mercadorias com pagamento por antecipação tributária, situação em que há vedação expressa na sua utilização, conforme art. 97, IV “b”. Infração caracterizada. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO PELO TOMADOR DOS SERVIÇOS. O tomador do serviço, quando inscrito na condição de contribuinte normal, na condição de contribuinte substituto deve efetuar a retenção e recolhimento do tributo relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte, nas prestações sucessivas desses serviços, acorde os artigos 380, II e 382, I RICMS/BA. Comprovada a falta do recolhimento, a infração resta caracterizada. Rejeitada a nulidade arguida. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2011, para reclamar ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 337.757,60, através das seguintes infrações:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas ao contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais. Consta ainda na descrição dos fatos

que é parte integrante deste auto, com cópia entregue ao contribuinte - Levantamento Fiscal - Energia Elétrica - Crédito Fiscal Indevido - Destinatário Diverso. Ainda em anexo xerox das faturas no levantamento relacionadas, dos comprovantes de inscrição e de Situação Cadastral dos 2 CGC mencionados e cópia dos LRE e LRAICMS nº 09 e 10. Valor R\$6.215,51 - Multa de 60%;

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Contribuinte, embora regularmente intimado (intimações em anexo), deixou de apresentar os documentos fiscais (nota Fiscal de energia elétrica) para comprovar os créditos fiscais utilizados. Parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte: levantamento fiscal - Crédito Fiscal utilizado sem a apresentação do documento correspondente. Anexa cópia do LRE nº 09; Valor R\$ 262.453,58 - Multa de 60%;
3. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, exercícios de 2006 e 2007. Consta ainda na descrição dos fatos: parte Integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte, o levantamento fiscal - ST TRANSPORTES - ICMS Retido e não Recolhido/Crédito Indevido. Ainda em anexo cópias das notas fiscais/CTRCs elencados no levantamento, do extrato da arrecadação do contribuinte, referentes àqueles exercícios. Infringiu os art. 62, 380, II e 382 do RICMS. Valor R\$23.843,09 - Multa de 150%;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Contribuinte emitiu a Nota Fiscal nº 12.093 em 31/01/06 (cópia anexada), referente a valores a serem recolhidos por aquisição de Serviços de Transportes por prestações sucessivas e, sem efetuar o correspondente recolhimento (vide extrato da arrecadação 2006 em anexo), creditou-se no LRAICMS nº 09, folha 05, do valor de ICMS - R\$ 6.729,20, constante da referida nota fiscal. Anexa cópia LRAICMS nº 09 do autuado. Valor R\$ 6.729,20 - Multa de 100%;
5. Utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária. Consta ainda que contribuinte, adquirente de Serviços de Transportes por prestações Sucessivas, na qualidade de substituto tributário (sem, entretanto efetuar o recolhimento do ICMS devido), utilizou-se indevidamente de valores constantes dos CTRC referentes às prestações de Serviço de Transportes. Parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte do Levantamento Fiscal ST Transporte - ICMS Retido e não recolhido/Crédito indevido. Em anexo, xerox do LRE e LRAICMS do contribuinte, referente ao exercício de 2006 e extrato da arrecadação, 2006 a 2010. Ainda acostado ao processo, cópias dos CTRCs. Infringiu os art. 91, 92, 114, 382, I, c do RICMS. Valor R\$ 23.949,00 - Multa de 60%;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviço de transporte junto à microempresa ou empresa de pequeno porte. Consta ainda que é parte integrante deste Auto, cópia entregue ao contribuinte do levantamento Fiscal - Crédito Indevido Transportador ME/PP/Simples Nacional. Em anexo, cópia ficha cadastral dos Transportadores relacionados, e cópias dos CTRCs no Levantamento elencados. Valor R\$ 2.776,56 - Multa de 60%;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos. Consta ainda que contribuinte beneficiário do BAHIAPLAST (Decreto nº 7439/98 e Resolução nº 14/99) utilizou-se indevidamente de crédito fiscal destacado integralmente nas Notas Fiscais de Entradas nºs 12.119 e 12.120, de 01/02/06, invocando o art. 533 do RICMS - dos salvados de sinistro (xerox anexadas). Pesquisando-se as Notas Fiscais de Saídas referidas nas notas fiscais supra referidas (notas fiscais nºs 12.015 e 12.016, de 21/01/06 anexadas), observa-se que o transporte realizou-se sob a cláusula FOB. Regularmente intimada (intimação em anexo), a apresentar cópia da ocorrência policial que justificasse a emissão das Notas Fiscais Entradas nºs 12.119 e 12.120, contribuinte informou que não a possui, deixando de apresentá-la. Infringiu os art. 533, combinado com o art. 112, parágrafo 2 e 114 – Decreto nº 6284/97. Também o art. 1, I da Resolução nº 14/99 e os artigos 7 e 9 do Decreto nº 7439/98). Parte integrante deste auto de infração, cópia entregue ao contribuinte, o Levantamento Fiscal Crédito Fiscal oriundo de documento inidôneo. Valor R\$ 11.790,66 - Multa de 100%;

O autuado apresenta impugnação defensiva, de fls. 868/875, alegando que o Auto de Infração padece de vícios formais e equívocos materiais, uma vez que a Auditora Fiscal utilizou como substrato fático tão-somente as informações do próprio contribuinte e que nenhuma verificação foi feita em documentos hábeis, que nada foi feito de concreto.

Reclama que o Auditor sequer analisou as notas fiscais que originaram os créditos, que não verificou se realmente todo o crédito glosado se referia apenas aos valores oriundos de aquisição de insumos não tributados, sujeitos à alíquota zero, isentos ou imunes. Diz que não há provas sequer se o valor glosado é o correto, o que impõe a nulidade do lançamento. Conclui que o auto de infração ou se baseia em provas concretas e irrefutáveis ou o lançamento será nulo. Assevera que a autuação é carecedora de elementos mínimos para lastreá-la.

Transcreve a doutrina e a jurisprudência acerca do assunto.

Alega ainda nulidade por cerceamento do direito de defesa, salientando que as glosas feitas pela fiscalização estão demonstradas apenas de maneira global, não havendo individualização, de sorte que permitisse confrontar os valores glosados.

Aduz que falta grave ocorreu, porque o auditor não analisou as notas fiscais que originaram os créditos, de modo que adotou base de cálculo sem fundamento, impedindo que o autuado pudesse verificar se os números refletem sua realidade. Não foi possível saber se o valor glosado é correto. Transcreve novamente jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes (124589, TERCEIRA CÂMARA, Rel. Vitor Luís de Salles Freire, 10540.000217/98-34, recurso voluntário, acórdão 103-20591, DOU 03/07/01).

Pede a anulação do Auto de Infração, pois a irregularidade impediu de o autuado exercitar regularmente seu direito à ampla defesa.

No mérito, alegou a inaplicabilidade da taxa SELIC, justificando que “efetuou compensação amparadas em decisão judicial, não havendo o que se falar em qualquer punição, uma vez que a conduta descrita pelo fisco não é obrigatória”.

Diz da inexigibilidade de penalidades, transcrevendo doutrina de Alberto Xavier; diz que a aplicabilidade de TAXA SELIC sobre créditos tributários é ilegal por afrontar a Constituição Federal; não foi criada por lei e não respeita direitos fundamentais dos contribuintes, como a segurança jurídica e a própria legalidade.

Aduz que a Lei nº 9.430/96 apenas faz menção ao uso da taxa SELIC, que configura juro remuneratório do capital investido por adquirente de título público.

Requer o afastamento da aplicação da SELIC sobre o crédito tributário, objeto do Auto de Infração, para que sejam utilizados os juros de 1%, previsto no art. 161, § 1º do CTN.

Protestou pela nulidade do Auto de Infração por falta de provas contundentes da ocorrência da infração; pela ausência de elementos imprescindíveis à correta verificação da infração; a sua improcedência, juntada de novos documentos, perícia ou diligência em atendimento ao princípio da verdade material.

A autuante presta Informação Fiscal, fls. 879/883, pontuando a defesa apresentada. Quanto às alegações de nulidade, diz que os argumentos da defesa não guardam correlação com a autuação; parece referirem-se a outro procedimento.

O Auto de Infração se baseou em irregularidades encontradas, após o exame dos livros e documentos fiscais arrecadados do autuado, fls. 65 a 69 e 87 a 88, houve verificação concreta dos documentos e livros fiscais, contrariando a alegação defensiva.

Esclarece que desde abril de 2011, a SEFAZ vem fazendo gestão junto à empresa para viabilizar a entrega dos documentos necessários ao desenvolvimento desta fiscalização, intimações esta que se encontram nas fls. 72 a 86 dos autos.

Diz que o registro do imposto é de responsabilidade exclusiva do contribuinte (artigos 88 e 89, RICMS BA), ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade fazendária; a doutrina e a jurisprudência juntadas não têm pertinência com as infrações, ainda porque, por mais abalizada que sejam, não obrigam, pois tal poder origina da lei.

Informou o art. 143 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF BA), em que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal; diz que não existem nos autos elementos do art.18 que justifiquem as nulidades suscitadas.

Assevera que todas as infrações estão exaustivamente comprovadas, documentalmente; que não lhe cabe questionar a aplicação da TAXA SELIC e que o pedido de diligência não deve ser deferido pela ausência dos requisitos de utilidade e necessidade.

Reitera com detalhes a ocorrência de cada infração e diz que não foram contestadas pelo contribuinte em todos os seus termos e valores; após exame das razões defensivas, pede a procedência integral do auto de infração.

VOTO

O Auto de Infração sob exame imputa ao contribuinte o cometimento de 07 (sete) infrações à legislação do ICMS descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto de apreciação, nas linhas procedentes.

Cumpre, no entanto, examinar, inicialmente, as alegações de cunho adjetivo suscitadas pelo impugnante, concernentes à nulidade dos autos e o pedido de diligência.

No que tange à nulidade arguida pelo autuado, pela falta de verificação concreta dos fatos e pela falta de individualização dos créditos apurados, verifico, em contrário, que as infrações estão descritas claramente no Auto de Infração, inclusive, com a indicação correta das normas atingidas e aplicáveis aos fatos, existindo a indicação dos livros e documentos examinados, que foram fornecidos pelo próprio contribuinte, quando regularmente intimado. Rejeito, portanto, a arguição de nulidade.

Nego o pedido de diligência ou de perícia formulado na impugnação administrativa, pois entendo não existir a necessidade, em face dos elementos constantes nos autos serem suficientes para a formação do juízo de valor acerca das infrações elencadas neste lançamento, a teor do art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, no que concerne à Infração 01, a exigência é pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas ao contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais, no valor de R\$ 6.215,51. A Auditora Fiscal elaborou demonstrativo de débito, fls. 89/94, relacionando os documentos que demandaram a exigência.

Examinando os autos do processo, verifico que se trata do crédito fiscal destacado na nota fiscal fatura / conta de energia elétrica, relativamente aos meses de abril 2006 e fevereiro 2007, porém destinada a estabelecimento diverso do autuado, CNPJ 03.198.081/0003-36, cuja inscrição não tem registro no cadastro de contribuinte desse Estado (fl. 93).

O contribuinte autuado não tece qualquer consideração acerca do fato. Infração caracterizada.

A infração 02 exige novamente falta de recolhimento de ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito, no período de janeiro/setembro 2006, valor R\$ 262.453,58.

Do demonstrativo de débito elaborado pela Auditora Fiscal e demais documentos anexados aos autos e que sustentam a exigência, constata-se a utilização de crédito fiscal oriundo da aquisição de energia elétrica pelo estabelecimento industrial (CFOP 1.252), lançado em livro fiscal próprio, no período de janeiro/setembro 2006, sem a apresentação do documento fiscal correspondente, conforme documentos fls.95/96.

Apesar de formalmente intimado para apresentar notas fiscais / fatura conta de energia elétrica, do período em questão, de acordo com intimação de fl. 97, o autuado não a atendeu. A falta de apresentação do competente documento fiscal caracteriza a infração, até para que a fiscalização pudesse avaliar a sua pertinência, em existindo.

Posto isso, resta subsistente a infração 02, no valor total de R\$ 262.453,58.

Na infração 03, o autuado é acusado de ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, exercícios de 2006 e 2007.

A auditora elabora demonstrativo fiscal, fls. 99/106, relacionando prestações de serviços de transporte interestadual, executadas por empresas transportadores, inscritas no cadastro normal de contribuintes, no período fiscalizado: Enem Transportes (54.762.998), Queiroz Transportes (44.395.924), cuja responsabilidade tributária por substituição é atribuída ao estabelecimento autuado, na qualidade de tomador do serviço, nos termos dos art. 380, II e 382, RICMS BA., abaixo reproduzido:

Art. 380. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte

II - o tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações sucessivas de serviços de transporte, nos termos do art. 382

Art. 382. Quanto à responsabilidade de que cuida o inciso II do art. 380, nas prestações de serviços de transporte que envolvam repetidas prestações:

I - o tomador do serviço de transporte, tanto na condição de remetente como de destinatário, quando inscrito neste Estado como contribuinte normal, assumirá a responsabilidade pelo imposto devido pelo prestador, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo observar o seguinte:

A norma impõe que a retenção, lançamento e o recolhimento do imposto no referido caso são obrigações que devem ser observadas pelos tomadores dos serviços, conforme ditames do art. 380, II e art. 382, I, do RICMS/BA. Precisamente, cabe ao autuado o recolhimento do ICMS-ST na condição de tomador de serviço de transporte, inscrito como normal.

Dessa forma, a Auditora Fiscal apurou o valor do ICMS devido pelo prestador, retido pelo autuado, sujeito passivo por substituição, que não foi recolhido tempestivamente. Observa-se que em agosto 2007, o autuado efetuou o recolhimento de parte do ICMS retido, razão por que a exigência se reporte apenas às respectivas diferenças, conforme fl. 106 dos autos.

Posto isso, a infração 03 resta caracterizada a falta de recolhimento do ICMS-ST TRANSPORTE, no valor global de R\$ 23.843,09.

Na quarta infração, o presente processo formaliza a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal inidôneo, no valor de R\$ 6.729,20, conforme art. 97, VII, RICMS BA.

Sustenta a fiscalização que o autuado emitiu a nota fiscal nº 12.093 em 31/01/06, relativamente aos valores a serem recolhidos por aquisição de serviços de transportes por prestações sucessivas, sem, no entanto, efetuar o correspondente recolhimento (art. 97, II, RICMS BA). Elaborou, destarte, demonstrativo de fl. 118, relacionando os conhecimentos de transporte que originaram o crédito fiscal e a nota fiscal correspondente.

O tomador do serviço de transporte inscrito na condição de contribuinte normal neste Estado assumirá a responsabilidade pelo imposto devido pelo prestador, na condição de sujeito passivo (art. 382, RICMS BA) e em sua escrita fiscal, no final do mês, para documentar o imposto de sua responsabilidade emitirá nota fiscal constando a base de cálculo, o imposto retido e a informação que trata de ICMS-ST SERVIÇOS DE TRANSPORTE TOMADOS.

A responsabilidade da retenção do ICMS compete ao tomador do serviço, na condição de substituto tributário, independe de ser remetente ou destinatário das mercadorias e cujo recolhimento deve ser feito no prazo previsto no art. 126, II, RICMS BA.

Examinando os documentos acostados aos autos, constato que a emissão da nota fiscal 12093 (fl. 373), conforme orienta o art. 382, inciso, I, “c”, RICMS BA, deve ser emitida para documentar o imposto de responsabilidade do tomador do serviço de transporte, que constará a base de cálculo e o imposto retido. Não poderia ser escriturada no livro de apuração de ICMS como crédito do imposto, a nota fiscal que engloba a totalidade do imposto retido no período, conforme consta da fl. 374, pois não se trata de crédito fiscal que possa ser apropriado, a teor do art. 382, I, RICMS BA.

Configurado o crédito fiscal indevido reclamado pela Auditora Fiscal, no valor de R\$ 6.729,20.

Na infração 05, a exigência ocorre em função da utilização indevida de crédito fiscal referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, no valor global de R\$ 23.949,00.

Constatou que o autuado, tomador dos serviços de transportes por prestações sucessivas, na qualidade de substituto tributário, registrou como crédito em sua escrita fiscal os valores de ICMS retido que foram consolidados mês a mês, nas diversas notas fiscais emitidas, nos termos do artigo 382, inciso, I, “c”, RICMS BA.

Em conformidade com a legislação que rege à espécie, as notas fiscais emitidas pelo tomador de serviço, no final do mês, prevista no art. 382, I, “c”, 4, RICMS BA, se prestam a documentar o imposto de sua responsabilidade relativo ao serviço de transporte, devido pelo prestador, na condição de sujeito passivo por substituição, sendo que seu valor será lançado no Registro de Apuração de ICMS, separadamente à apuração do imposto referente às operações próprias.

Por outro lado, para efeito da utilização do crédito fiscal, na hipótese, considerando o princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto (artigo 155, § 2º, I), é permitido ao tomador do serviço, remetente ou destinatário, nas prestações de serviços de transporte, utilizar do crédito do ICMS. Entende-se por tomador de serviço, o contratante, aquele que assume a obrigação do pagamento, contrapartida pela prestação do serviço, podendo ser o remetente ou o destinatário, em conformidade com o Ajuste SINIEF 02/08.

Dessa forma, nas operações com cláusula CIF, o tomador é o remetente, aquele que paga o serviço de transporte e fica com o direito de creditar-se do imposto pago. Em sentido contrário, no frete contratado com a cláusula FOB, compete ao destinatário da mercadoria o pagamento do custo do transporte e o direito de creditar-se, correspondente à operação tributada pelo ICMS.

No entanto, em se tratando de imposto pago por substituição tributária, devem ser cumpridas as disposições do art. 382 do citado diploma legal e, nos itens, 5 e 6, regras atinentes à utilização dos créditos de ICMS em relação ao serviço de transporte contratado (artigos 28 e 29, Lei nº 7.014/96).

Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

Interessante observar que o contribuinte terá direito ao crédito fiscal para o fim específico de compensação com o débito do imposto; do ponto de vista jurídico o ICMS atua pelo mecanismo da compensação (financeira) compensando-se débitos e créditos. Via de regra, para todo crédito há um débito.

Constitucionalmente, a imunidade e a isenção impedem a transmissão do crédito ao elo seguinte do processo de circulação, posto que não houve débito anterior, na aquisição de mercadoria “descarregada” de imposto.

O regulamento de ICMS desse Estado ensina 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 aos serviços de transportes interestaduais e intermunicipais prestados por terceiros (art. 93, III).

Por força da substituição tributária, nas prestações sucessivas de serviços de transporte, comete ao tomador do serviço de transporte, inscrito no cadastro normal, a retenção e o recolhimento do imposto, conforme ditames do art. 380, II e art. 382, I, do RICMS/BA e o aproveitamento do crédito, como já vimos, encontra-se condicionado às disposições contidas no art. 382, inciso I, alínea “c”, itens 5 e 6 da norma regulamentar.

No caso concreto, verifico, conforme demonstrativo elaborado pela Auditora Fiscal, às fls. 118 e seguintes, que o valor exigido em janeiro 2006, R\$ 1.374,12, à guisa de exemplo, corresponde aos valores de créditos fiscais extraídos dos CTRC 19434, 19461, 19462, 10469, 19482, 19489, 19503 e 19525, emitidos pela ENEM TRANSPORTES LTDA, registrados no livro registro de entrada do autuado, fls. 415 e 417. Os documentos fiscais (CTRC) revelam operação com cláusula a preço CIF (despesas de frete e seguro incluídas no preço da mercadoria), em que o tomador tem o direito de creditar-se do imposto pago. Assim agindo, o contribuinte procedeu conforme disposto no art. 322, III combinado com o § 3º, II, do RICMS/BA.

Ante o exposto, resta configurada a infração de utilização indevida de crédito fiscal, apontada pela Auditora Fiscal, no demonstrativo de fls. 100/106, considerando que o autuado obrigado ao pagamento dos valores retidos nas prestações de serviços tomados, deixou de efetuar o devido recolhimento aos cofres públicos.

Caracterizada a infração 05, no valor de R\$ 23.949,00.

A infração 06 recai sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviço de transporte junto à microempresa ou empresa de pequeno porte. A autuante acosta à fl. 377, demonstrativo do débito que relaciona as prestações de serviços de transportes que deram azo à exigência, além das cópias dos respectivos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC).

A legislação do Estado da Bahia veda, ressalvada disposição expressa de manutenção, a utilização de crédito do imposto relativo aos serviços tomados, nas aquisições de mercadorias e serviços efetuados junto a microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, ou junto a ambulantes (art. 97, XI, RICMS BA).

Constatou o registro na escrita fiscal do autuado de créditos fiscais originados de CTRC de REAL BRASIL TRANSPORTES LTDA (72.856.457) e WS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA (CICMS 73.368.593), transportadoras inscritas no cadastro de contribuintes na condição de micro-empresa e empresa de pequeno porte, respectivamente.

Infração também caracterizada, no valor de R\$ 2.776,56.

Na infração 07, o crédito indevido decorre da escrituração de documentos falsos ou inidôneos. Acusa a fiscalização que o contribuinte beneficiário do BAHIA PLAST utilizou do crédito destacado nas notas fiscais 12.119 e 12.120 sob o argumento de que tratam de produtos “salvados de sinistro” sem a ocorrência policial que as justificasse.

A auditora elabora demonstrativo fiscal, fl. 392, na sustentação da infração apurada. O sujeito passivo, mais uma vez, não faz qualquer consideração, em termos concretos, alusiva ao fato.

Observo nos autos, cópias das notas fiscais da remessa dos produtos com o destaque regular do ICMS, as notas fiscais nº 12015 e 12016, emitidas em 20.01.06 (fls. 395 e 396); cópias das notas fiscais de entrada, 12119 e 12120, de 01.02.06 (fls. 393 e 394), emitidas em atenção aos procedimentos dos

contribuintes em caso de furto, roubo, desaparecimento ou sinistro que envolvam mercadorias seguradas, nos termos dos artigos 531 e seguintes do RICMS BA.

A operação em tela, questionada pela fiscalização, teria ocorrido em cumprimento às obrigações fiscais pertinentes a operações de circulação de mercadorias identificadas como salvados de sinistro. As notas fiscais 12119 e 12120 emitidas para repor as mercadorias no estoque, além da anulação do débito fiscal decorrente da saída, no valor de R\$ 11.790,66, nos termos do art. 533, inciso I, a-2, RICMS BA.

Os documentos que informam a operação foram acostados aos autos pela fiscalização. O autuado, mesmo intimado para fazer prova da efetividade da operação, não se manifestou. Na ausência de ocorrência policial que registrasse o sinistro com os produtos constantes nas notas fiscais 12.119 e 12.120, poderia apresentar contrato ou apólice do segurado, registros contábeis da ocorrência, baixa de estoque, emissão da nota fiscal posterior ao adquirente, tendo em vista que em se tratando de venda para entrega futura, existe a obrigação da sua entrega efetiva.

Constato ainda que a operação de venda foi realizada com a cláusula de preço “posto fábrica”, significando que a mercadoria foi retirada na fábrica do fornecedor, o transporte e as garantias de seguros correrão por conta do destinatário.

Posto isso, comungo com o entendimento fiscal e caracterizada resta a utilização indevida do crédito fiscal, na infração 07, no valor de R\$ 11.790,66.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207090.0006/11-2, lavrado contra **BAHIA PET LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 337.757,60**, acrescido da multa de 60% sobre R\$ 295.394,65, 100% sobre R\$18.519,86 e 150% sobre R\$ 23.843,09, previstas no art. 42, IV, “j”; V “a”; VII, “a”, Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 abril de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINO DIAS CARVALHO - JULGADORA