

**PROCESSO** - A. I. Nº 298742.0006/12-9  
**RECORRENTE** - CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0097-03/13  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO AMARO  
**INTERNET** - 20.12.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0475-13/13

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Tendo o recorrente reconhecido o valor total lançado na Decisão recorrida de 1ª Instância, ao aderir ao benefício fiscal previsto na Lei nº 12.903/2013, enseja-se a extinção do crédito tributário, ficando caracterizada a perda superveniente do interesse recursal, diante do reconhecimento expresso do valor julgado e da desistência da peça recursal. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0097-03/13, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir o débito de R\$ 2.245.167,02, em razão da constatação de sete irregularidades, sendo objeto do Recurso Voluntário apenas a infração 1, na qual se exige a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.164.039,31, acrescido da multa de 100%, referente a Notas Fiscais em que constam como emitentes contribuintes não registrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda, nos meses de fevereiro de 2009 a novembro de 2010. Foi consignado que o contribuinte utilizou crédito fiscal da empresa Brasil Serviço de Lavanderia Ltda, inscrição estadual nº 78.226.108, inapta no cadastro da SEFAZ desde 12/2008 e da Cimentar, inscrição estadual nº 85.181.818, também irregular no período da utilização do crédito.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após consignar que a infração contestada cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS oriundo de destaque de imposto em notas fiscais emitidas por contribuintes inaptos no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda - CAD-ICMS, tendo a JJF tecida as seguintes considerações:

- Em sua impugnação, o autuado mencionou que a empresa Brasil Serviço de Lavanderia Ltda, à época dos fatos geradores, possuía a atual denominação social de Barus Mineração Ltda., beneficiava o minério baritina, utilizado no seu ramo de atuação. Entretanto, a JJF verificou que essa versão não condiz com a realidade dos fatos, uma vez que a denominação social, Barus Mineração Ltda., só existe na impressão das notas fiscais acostadas aos autos, uma vez que, como bem esclareceu a autuante em sua informação fiscal e conforme consta no sistema de informação da SEFAZ - “INC-Informações do Contribuinte”, essa empresa nunca chegou a funcionar, solicitou Inscrição Estadual em 09/2008 na condição de Microempresa e solicitou Autorização para Impressão de um único Talão de Nota Fiscal em nome da empresa Brasil Serviço de Lavanderia Ltda., única denominação constante do cadastro da SEFAZ, com numeração de 01 a 50, emitindo, já na condição de Inapta, com este talonário de 20 notas fiscais exclusivamente para a Carboflex, ora autuada, nunca apresentou DMA, muito menos recolheu qualquer valor de ICMS. Portanto, não constando qualquer alteração na razão social e muito menos mudança de ramo de atividade nos assentamentos da SEFAZ, fica patente a total falta de fundamento da informação prestada pelo impugnante, bem como remanesce

estampada nos autos, sem dúvida alguma, a situação completamente irregular do fornecedor do autuado.

- Constatou que o sujeito passivo não carrou aos autos prova inequívoca da efetiva ocorrência das operações cujos créditos fiscais estão sendo glosados, sob sua posse, como sustentou enfaticamente, eis que somente disponibilizou dados e informações já de inteiro conhecimento da fiscalização e constantes dos autos, tais como: notas fiscais e registro de sua escrita fiscal das entradas, de saídas do período fiscalizado, relação de notas fiscais de saídas de baritina e relação de Notas Fiscais de Compra de aquisição de baritina de outros dois fornecedores. Aduz a JJF que para materialização da comprovação deveria trazer à colação, por ocasião da defesa, os comprovantes dos pagamentos dessas compras acompanhados dos correspondentes extratos bancários constando os referidos débitos em sua conta corrente bancária, como prevê o art. 123 do RPAF-BA/99. Assim, entende que os documentos e arquivos apresentados pelo autuado não se prestam para comprovar, de forma inequívoca, as aquisições de baritina, razão de indeferir o pedido de diligência. Aduz que, mesmo sem ter comprovado a efetiva existência das operações de compras, objeto da glosa dos créditos fiscais, o impugnante abraçou a tese de que sendo comprovada a ocorrência das operações seria legítima a utilização de créditos fiscais destacados em documentos fiscais inidôneos. Contudo, diante da comprovação da efetiva existência das operações, tornaram-se inócuos seus argumentos. Salienta que a posição reiterada desse Conselho é de somente validar a apropriação de créditos fiscais destacados em documentos fiscais inidôneos, se restar comprovado o efetivo recolhimento do imposto pelo emitente do documento fiscal inidôneo, e no caso de impossibilidade de se comprovar esse recolhimento, recorre-se à comprovação, pelo adquirente, da efetiva ocorrência da operação.
- Destaca que o art. 209, do RICMS/97, expressamente estatui que será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que, além de outras situações, for emitido por contribuinte *no período em que se encontrar com sua inscrição desabilitada no CAD-ICMS (VII, “b”)* e que a apropriação de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadoria é categoricamente vedada pelo art. 97, VII, do RICMS/97, quando se tratar de documento fiscal inidôneo, sendo admitida, porém, a utilização do crédito fiscal quando sanada a irregularidade ou quando houver comprovação de que o imposto destacado no documento fiscal foi efetivamente recolhido. Logo, os documentos declarados inidôneos por inaptidão do emitente, ao serem produzidos, já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade para gerar créditos do imposto.
- Aduz que, em consulta ao banco de dados da SEFAZ – “INC-Informações do Contribuinte”, verifica-se que durante os exercícios de 2009 e 2010, período em que foram escrituradas as notas fiscais das empresas Brasil Serviço de Lavanderia Ltda e Cimentar Indústria, Comércio e Serviços Ltda, não foi efetuado, a qualquer título, pagamento algum, ou seja, as aludidas empresas, além de inativas, nenhum imposto recolheram no período fiscalizado. Fato esse que demonstra a não ocorrência do lançamento e pagamento do ICMS das operações pelo emitente das notas fiscais objeto da autuação, cujo crédito foi escriturado pelo impugnante. Entende que eventual desconhecimento do caráter inidôneo dos documentos emitidos pelos fornecedores do autuado, não têm o condão de elidir a autuação, eis que a ele caberia apreciar criteriosamente os documentos fiscais emitidos por seus fornecedores antes de utilizar os respectivos créditos, sob pena de, ao não fazê-lo, infringir o mandamento expresso no art. 97, VII, do RICMS/97, pois é natural o agente econômico, ao exercer a atividade comercial, ter que assumir o risco inerente a todo o processo de mercancia, inclusive com quem comercializa.
- Assim, concluiu a JJF que devem ser consideradas inidôneas as notas fiscais em comento, visto que ficou provado que seus emitentes encontravam-se inaptos no CAD-ICMS, não recolheram o imposto devido nas correspondentes operações e, concomitantemente, o sujeito passivo não comprovou a efetiva ocorrência das aquisições, cujos créditos fiscais se apropriou. Manteve a infração.

No Recurso Voluntário, às fls. 680 a 705, o recorrente ressalta que demonstrou que, embora os documentos tenham sido emitidos por contribuintes em situação cadastral irregular, as operações neles declaradas efetivamente ocorreram (compra e venda de baritina), de modo que o crédito fiscal aproveitado é lícito.

Em seguida, suscita preliminar de nulidade da Decisão recorrida por ofensa ao princípio da ampla defesa, pois, a despeito dos argumentos e documentos apresentados pela defendente, a 3ª JF indeferiu o pedido de diligência, o que entende o recorrente caracterizar manifesta ofensa ao princípio da ampla defesa e ao contraditório. Discorre sobre o assunto e cita doutrina. Pede que a Decisão seja nula e que seja realizada a diligência fiscal para comprovação de todas as alegações de defesa, de forma a comprovar as operações consubstanciadas nas notas fiscais e os pagamentos correspondentes.

No mérito, pede a improcedência da exação e esclarece que “tudo indica” que a empresa Brasil Serviço de Lavanderia Ltda é a atual denominação social da Barus Mineração Ltda, empresa que, à época dos fatos geradores, extraía e beneficiava o minério baritina, utilizado na atividade da recorrente, do que passa a tecer considerações sobre as peculiaridades da baritina, ressaltando que para desempenhar suas atividades adquiria, até agosto de 2010, baritina da Barus Mineração Ltda, Inscrição Estadual nº 78.226.108, e posteriormente da Cimentar Indústria, Comércio e Serviços Ltda, Inscrição Estadual nº 85.181.818, lançando em sua escrita fiscal o correspondente crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, as quais foram consideradas inidôneas por estarem as empresas emitentes inaptas no Cadastro de Contribuintes, fato que diz desconhecer até o início da ação fiscal, visto ter recebido documento formalmente válido. Diz que tal situação trata-se de uma obrigação acessória que não pode ensejar a cobrança do imposto, como se pretende, mas apenas uma multa formal (se houvesse previsão nesse sentido), cujo dever instrumental deve ser relativizado pela própria impossibilidade material de o contribuinte exercer o poder de polícia, o qual cabe ao próprio Estado, além do próprio dinamismo das relações comerciais impedirem tal verificação fiscal do fornecedor, ainda mais quando, com boa-fé, adquiriu a mercadoria acompanhada de documentos fiscais formalmente válidos.

Registra que o art. 209, do RICMS/97, que considera inidôneo o documento emitido por contribuinte irregular, ao consignar “fazendo prova apenas em favor do fisco”, quer dizer que o documento fiscal inidôneo não é capaz, por si só, de comprovar a efetiva realização da operação nele declarada, cabendo duas situações jurídicas distintas:

- a) Mercadoria acompanhada de documento inidôneo – o crédito fiscal é uma consequência lógica, porquanto o próprio documento fiscal faz prova da operação de entrada;
- b) Mercadoria acompanhada de documento inidôneo – o crédito fiscal não pode ser aproveitado com lastro exclusivo e automático no documento fiscal, uma vez que ele não faz prova da operação. Ocorre a chamada “inversão do ônus da prova”, passando o contribuinte a ter a obrigação de comprovar a efetiva entrada das mercadorias informadas nos documentos inidôneos.

Assim, conclui que, muito embora o documento inidôneo não faça prova, por si só, da operação, se o contribuinte a comprovar por outros meios, o crédito fiscal há de ser reconhecido, por força do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS. Cita artigo da Procuradoria do Estado de São Paulo e julgado do STJ no sentido de que o crédito de ICMS escriturado e compensado pelo contribuinte adquirente de mercadoria, por força da sistemática da não-cumulatividade, é legítimo na exata medida em que corresponde, efetivamente, a operações de entrada de mercadorias no estabelecimento, que há de ser comprovada pelo contribuinte em se tratando de documentação inidônea.

Diz que para comprovar que a operação de aquisição de baritina ocorreu nos moldes informados nos documentos fiscais, basta para tanto se ter em mente que grande parte da baritina foi revendida para grandes empresas, especialmente a Petrobrás S.A., pois somente se pode vender aquilo que se tem, bastando investigar as entradas e as saídas do período, do que diz ter

apresentado como prova: cópia do livro Registro de Entrada, comprovando que as notas fiscais de compra da baritina foram efetivamente registradas; cópia do livro Registro de Saídas, comprovando que as notas fiscais de saída foram efetivamente registradas; Arquivos Magnéticos do SINTEGRA, a fim de permitir a visualização do número das notas fiscais, adquirentes e quantidades e Relação de Notas Fiscais de Compra de baritina de outros fornecedores no período, do que se coloca a disposição para apresentar qualquer documento sugerido pelo CONSEF, com o fim de comprovar a aquisição da baritina. Salienta que juntou duas declarações das empresas fornecedoras, confirmando a quitação dos faturamentos referentes a todas as notas fiscais objeto da autuação. Pede diligência fiscal a ser realizada pela ASTEC. Entende ter se desincumbido da obrigação de apresentar provas de suas alegações.

Por fim, ressalta que o aproveitamento do crédito fiscal não está condicionado à prova do pagamento do imposto pelo fornecedor, ainda que se trate de documentação inidônea. Cita julgados do CONSEF. Pede a reforma do Acórdão recorrido para que seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração.

Às fls. 709 a 711 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois nas razões recursais o contribuinte repete os mesmos argumentos apresentados em sua impugnação, ao tempo em que suscita a nulidade da decisão da JJF por afronta ao princípio constitucional da ampla defesa em decorrência do indeferimento de diligência fiscal. Assim, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão, visto que, preambularmente, observa que a arguição de nulidade da decisão de piso deve ser rechaçada, pois não há vício ou falha na lavratura do Auto de Infração, bem como na sequência dos atos administrativos realizados pelo fisco estadual, assim como o indeferimento da diligência fiscal não representa causa de nulidade do lançamento, visto que o julgador declarou expressamente a desnecessidade do ato em face da matéria sob análise não depender de conhecimento especial de técnico, conforme art. 147, II, “a”, do RPAF/99.

Diz comungar do entendimento que a decisão pela rejeição da prova pericial deverá ser mantida pela CJF, em face dos elementos probatórios constantes nos autos revelarem-se suficientes à formação da convicção dos julgadores e a prova do fato gerador não demandar de conhecimento técnico, visto que o recorrente não colacionou aos autos elementos materiais, nem por amostragem, capazes de demonstrar a realização das aquisições de baritina junto aos contribuintes com inscrição inapta.

Afirma a PGE/PROFIS que, compulsando os autos, verifica-se à saciedade que tanto a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação, como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, pois, com efeito, o fato gerador identificado está embasado nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte à SEFAZ e nos demonstrativos constantes dos autos, não tendo o autuado colacionado aos autos provas materiais capazes de modificar ou alterar o lançamento tributário, visto que as razões de mérito tecidas pelo recorrente não comprovam de forma inequívoca a ocorrência de operações de aquisições de baritina junto aos contribuintes com inscrição inapta. Caberia ao sujeito passivo colacionar aos autos comprovantes dos pagamentos das compras acompanhadas dos respectivos extratos bancários, em consonância com o art. 123 do RPAF. Destaca que, conforme art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Ressalta que o CONSEF já firmou entendimento pacífico de somente validar a apropriação de créditos fiscais destacados em documentos fiscais inidôneos, na hipótese de restar comprovado o efetivo recolhimento do imposto pelo emitente do documento fiscal inidôneo, e na situação de impossibilidade de comprovação do referido recolhimento, recorre-se à comprovação, pelo adquirente, da efetiva ocorrência da operação.

Por fim, ante tais considerações, opina pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário.

Na assentada do julgamento do Recurso Voluntário, o patrono do recorrente apresenta documento comunicando que o sujeito passivo aderiu ao REFIS previsto na Lei nº 12.903 de 05 de setembro de 2013, renunciando expressamente ao Recurso Voluntário interposto.

#### VOTO

Conforme documento trazido à mesa pelo advogado da empresa e apensado aos autos, o contribuinte, ora recorrente, aderiu ao REFIS da Lei nº 12.903 de 05 de setembro de 2013, renunciando expressamente de sua peça recursal e, em consequência, constata-se ter-se esvaziado o objeto do Recurso Voluntário pela reforma da Decisão de Primeira Instância que manteve na íntegra o Auto de Infração.

Neste contexto, só nos resta considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto, diante do reconhecimento expresso do total das imputações exigidas através do Auto de Infração em epígrafe, optando pelo parcelamento do débito com os benefícios da Lei de Anistia. Em consequência, está EXTINTO o crédito tributário e encerrado o PAF.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar encerrado o Processo Administrativo Fiscal e **EXTINTO** o crédito tributário relativo ao Auto de Infração nº **298742.0006/12-9**, lavrado contra **CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA.**, devendo os autos ser encaminhados à repartição fazendária de origem para fins de homologação e acompanhamento dos pagamentos parcelados.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2013.

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS