

A. I. N.^º - 298742.0006/12-9
AUTUADO - CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA.
AUTUANTE - ANA CLÁUDIA VASCONCELOS GOMES
ORIGEM - INFRAZ SANTO AMARO
INTERNET - 26/04/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0097-03/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO EMITENTE NA SITUAÇÃO CADASTRAL “INAPTO”. É vedada pela legislação tributária a apropriação de crédito fiscal quando o emitente de documento fiscal se encontrar com a inscrição cadastral “INAPTA”. Da análise dos elementos constantes dos autos, verifica-se que, à época dos fatos geradores da obrigação tributária, a empresa fornecedora das mercadorias, encontrava-se com sua situação cadastral irregular. Restou comprovado que nos exercícios fiscalizados os emitentes das notas fiscais, além de inaptos no CAD-ICMS, não recolheram ICMS algum. O sujeito passivo não comprovou a efetiva ocorrência das operações de compra para fazer jus à apropriação dos créditos fiscais Acusação subsistente. **b)** APROPRIAÇÃO SUPERIOR AO PERMITIDO. **c)** LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **d)** MERCADORIAS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. ATIVO IMOBILIZADO. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 25/09/12 e exige ICMS no valor de R\$2.245.167,02, em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais em que constam como emitentes contribuintes não cadastrado no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda, nos meses de fevereiro de 2009 a novembro de 2010. Exigido o valor de R\$2.164.039,31, acrescido da multa de 100%.

Consta que “O contribuinte utilizou crédito fiscal da empresa Brasil Serviço de Lavanderia Ltda., I.E. 78.226.108, inapta no cadastro da SEFAZ desde 12/2008 e da Cimentar, I.E. 85.181.818, também irregular no período da utilização do crédito.”;

02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Exigido o valor de R\$486,00, acrescido da multa de 60%;

03. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2009. Exigido o valor de R\$12.424,71, acrescido de multa de 60%;

04. Utilizou a mais crédito fiscal referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, nos meses de agosto de 2008, janeiro e abril de 2010. Exigido o valor de R\$1.044,10, acrescido da multa de 60%;

05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento em maio de 2009. Exigido o valor de R\$ 479,89, acrescido da multa de 60%;

06. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de março, maio, junho e agosto de 2009. Exigido o valor de R\$64.809,01, acrescido da multa de 60%;

07. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas em outubro de 2009. Exigido o valor de R\$1.884,00, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresenta, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 126, defesa fls. 107 a 124, depois de tecer comentários elogiosos ao trabalho de fiscalização realizado pela autuante e afirmar que reconhece as infrações 02 a 07, apresenta os argumentos e seguir sintetizados para refutar o cometimento da infração 01.

Observa que a questão discutida nos autos reside na infração 01 do lançamento, correspondente ao aproveitamento de crédito fiscal destacado em notas fiscais cujos emitentes eram contribuintes com situação cadastral inapta, a saber: Barus Mineração Ltda. e Cimentar Indústria, Comércio e Serviços Ltda., ambas fornecedoras de “Baritina”, mercadoria revendida.

Afirma que a declaração de inaptidão do emitente do documento fiscal e a consequente inidoneidade do documento fiscal tem o efeito jurídico de retirar a presunção de veracidade da operação, invertendo o ônus da prova, que passa a ser do contribuinte, a teor do art. 209 do RICMS-BA/97. Sustenta que cumprido este ônus da prova e comprovada a efetivada da operação, tem o adquirente o direito inalienável ao aproveitamento do crédito fiscal, na linha da mais valiosa doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste CONSEF.

Destaca que a autuante fez consignar na infração a seguinte observação: “o contribuinte utilizou crédito fiscal da Empresa Brasil Serviço de Lavanderia Ltda., I.E. 78.226.108, inapta no cadastro da SEFAZ desde 12/2008 e da Cimentar - Indústria, Comércio e Serviços I.E. 85.181.818, também irregular no período de utilização do crédito”. Esclarece que possivelmente 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 no ramo de atuação da impugnante. Observa que as notas fiscais de aquisição colacionada por amostragem, fls. 134 a 142, foram emitidas pela mineradora quando ostentava a razão social de Barus Mineração Ltda. e todas se referem ao produto baritina.

Releva sua longa atuação no mercado petrolífero brasileiro, comercializando uma gama de produtos químicos e minérios utilizados pela indústria petrolífera, bem como prestando serviços neste ramo de atividade, como apoio logístico, controle de sólidos, engenharia etc.

Observa que dentre os produtos que distribui encontra-se a baritina, também chamada de barita ou sulfato de bário. Esclarece que a baritina, em linhas gerais, compõe a lama de perfuração, servindo o minério como agente pesado em fluidos de perfuração de poços de petróleo. Informa

que o maior consumidor da baritina no mercado interno é a Petrobrás S.A., que figura como um de seus principais clientes.

Depois de discorrer sobre as reservas nacionais de baritina e destacar que a Bahia é o único estado que possui reservas economicamente viáveis para extração do minério, observa que a aquisição da barita é restrita a um número muito limitado de fornecedores, cerca de quatro grandes fornecedores, há pouco tempo atrás, e que apesar do número atualmente ser superior, não alcança a competição almejada pelo mercado. Frisa que encontrar fornecedor da baritina que atenda as necessidades do cliente do ramo de perfuração (baritina beneficiada com a granulometria exigida) não é tarefa fácil.

Relata que para desempenhar as suas atividades empresariais, adquiria até agosto de 2010 baritina da BARUS MINERAÇÃO LTDA., pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 10.319.071/0001-05, Inscrição Estadual nº 78.226.108, e posteriormente da CIMENTAR INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 11.427.160/0001-38, Inscrição Estadual nº 85.181.818.

Ressalta que desconhecia até o início da ação fiscal que tais empresas possuíam irregularidades cadastrais. Assevera que os documentos fiscais emitidos por essas empresas respeitavam todas as formalidades estabelecidas na legislação, como, por exemplo, qualificação do emitente, descrição, quantidade e valor da mercadoria, emissão dentro do prazo de validade, base de cálculo, alíquota e destaque do ICMS incidente na operação. Acrescenta que o fato de receber um documento formalmente válido, cuja impressão exige uma autorização estatal causa-lhe a justificada expectativa de tratar-se de contribuinte regular.

Afirma que numa interpretação literal está prevista na legislação a obrigação de o contribuinte verificar a situação cadastral do fornecedor. Prossegue revelando que o seu descumprimento não pode ensejar a cobrança do imposto, como se pretende na hipótese, mas apenas uma multa formal (se houvesse previsão nesse sentido), como se verifica no art. 142 é um dos primeiros dispositivos do Título II do RICMS-BA/97, “Das Obrigações Acessórias”. Acrescenta que este dever instrumental deve ser relativizado pela própria impossibilidade material de o contribuinte exercer o poder de polícia.

Observa que nas relações comerciais há uma situação de igualdade entre as partes, de modo que uma delas não possui poder ou mesmo a legitimidade para arvorar-se sobre a outra, a fim de averiguar sua completa higidez fiscal. Diz que tal poder cabe ao próprio Estado, detentor, por lei, de uma série de prerrogativas, como requisitar documentos, adentrar ao estabelecimento, pedir explicações, etc.

Sustenta que o próprio dinamismo das relações comerciais, por vezes, impede a verificação fiscal do fornecedor, bastando analisar o presente caso, em que a barita é comercializada por um grupo restrito de empresas. Ressalta que se o contribuinte constata a irregularidade cadastral do contribuinte e não adquire a mercadoria fechará as portas por falta de produto; se adquire a mercadoria e não se credita igualmente fechará as portas por falta de lucratividade do negócio.

Reprisa que no presente caso, de boa-fé, adquiriu a mercadoria acompanhada de documentos fiscais formalmente válidos, muito embora os emitentes, segundo a fiscalização, estivessem irregulares junto ao cadastro de contribuintes da SEFAZ. Reproduz o art. 209 do RICMS-BA/97 para enfatizar que o documento fiscal inidôneo não é capaz, por si só, de comprovar a efetiva realização da operação nele declarada.

Observa que a mera inidoneidade do documento fiscal não enseja necessariamente a impossibilidade de aproveitamento do crédito fiscal. Sustenta que, embora o documento inidôneo não faça prova, por si, 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.

Para demonstrar a validade desta linha de argumentativa, traz à colação trecho de artigo da Procuradora do Estado de São Paulo, Dra. Eugenia Cristina Cleto Marolla, intitulado “O aproveitamento de crédito de ICMS destacado em nota fiscal inidônea,” abordando à analise do princípio da não-cumulatividade e do regramento da inidoneidade documental.

Diz não restar dúvida, portanto, de que o aproveitamento do crédito em valor equivalente ao ICMS destacado em nota fiscal emitida por contribuinte irregular é possível se o adquirente fizer prova efetiva da operação. Assevera ser este o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, como se observa da ementa transcrita pela Procuradora Eugenia Cristina Cleto Marolla em seu artigo.

Transcreve diversos trechos da ementa de julgados do STJ sobre essa matéria para corroborar sua tese.

Afiança ainda que poderia transcrever dezenas de acórdãos, a exemplo dos prolatados no REsp 246.134/MG, REsp 112.313/SP, REsp 182.161/RS, todos 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 corresponder, efetivamente, a operações de entrada de mercadorias no estabelecimento, que há de ser comprovada pelo contribuinte em se tratando de documentação inidônea.

Afirma que somente se pode vender aquilo que se tem, e em se tratando de mercadoria predominantemente revendida, e não empregada no processo produtivo, para grandes empresas, especialmente a Petrobras S.A. a visualização da efetividade da operação se torna muito mais fácil, bastando investigar as entradas de baritina do fornecedor e a saídas baritina revendida para o cliente, no período fiscalizado. Diz carrear aos autos como comprovação de que as operações, ora em questão, foram realizadas cópias dos livros Registros de Entradas e de Saídas, dos arquivos do Sintegra, relação de notas fiscais de saídas de baritina e relação de Notas Fiscais de Compra de aquisição de baritina de outros dois fornecedores, a Betonit União Nordeste e a Provale Indústria e Comércio.

Informa que se coloca à disposição para apresentar qualquer documento sugerido pelo CONSEF ou pela própria autuante, no prazo de diligência ou fora dele, com o fim de comprovar a efetiva aquisição da baritina informada nos documentos fiscais em discussão. Arremata enfatizando que comprovada documentalmente a aquisição da baritina, faz jus a ao crédito fiscal.

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.

Invoca mais uma vez do artigo da Procuradora do Estado de São Paulo, Dra. Eugenia Cristina Cleto Marolla, para assevera que faz jus ao crédito decorrente das aquisições de baritina do período, cabendo ao Fisco Estadual investigar o recolhimento do imposto incidente nas operações promovidas pelas empresas fornecedoras, constituindo o crédito tributário a que tem direito, se for o caso.

Pontifica mencionando que, estando documentalmente comprovada a operação de entrada, o crédito aproveitado se afigura absolutamente legítimo, na linha da doutrina e jurisprudência, sendo improcedente a infração 01.

Afirma que o CONSEF trilha o mesmo entendimento da doutrina e da jurisprudência do STJ, decidindo que o aproveitamento do crédito fiscal relativo a documento inidôneo está condicionado à efetiva comprovação da operação de entrada. Destaca que a *contário sensu*, o CONSEF sustenta que a inidoneidade documental, por si só, não gera óbice ao aproveitamento do

crédito fiscal, apenas invertendo o ônus da prova, que passa a ser do contribuinte. Cita o Acórdão nº 0341-12/07, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, cuja ementa transcreve, para aduzir que embora o resultado tenha sido desfavorável ao contribuinte, o fundamento do acórdão foi falta de prova documental da veracidade da operação, tendo inclusive sido deferida diligência à ASTEC para averiguar tal fato. Trata-se de julgamento que confirma a tese sustentada pela impugnante, muito embora o resultado prático naquele caso, por questões documentais, não tenha proporcionado o reconhecimento do crédito fiscal.

Tece os mesmos comentários acerca do voto do Conselheiro Fábio de Andrade Moura, relator do Acórdão CJF Nº 0308-11/07 e do Conselheiro Oswaldo Ignácio Amador no Acórdão CJF nº 0039-11/08 que tratam da mesma matéria.

Arremata frisando que apesar das decisões do CONSEF serem aparentemente desfavoráveis ao contribuinte, a verdade é que juridicamente o entendimento sufragado pelo Colegiado é absolutamente coerente com a jurisprudência do STJ, é dizer, havendo prova da operação, cujo ônus passa a ser do contribuinte, deve ser reconhecido o crédito fiscal.

Conclui requerendo a improcedência do item 01 do Auto de Infração.

A autuante na informação fiscal prestada às fls. 651 a 654, depois de reproduzir o teor das infrações e resumir as alegações apresentadas pelo impugnante, alinha as seguintes ponderações.

Inicialmente esclarece que a empresa Brasil Serviço de Lavanderia Ltda., cujo crédito fiscal foi utilizado pelo contribuinte de 02/2009 a 08/2010, nunca chegou a funcionar. Informa que essa empresa solicitou Inscrição Estadual em 09/2008 na condição de Microempresa e Autorização para Impressão de um único Talão de Nota Fiscal com numeração de 01 a 50, emitindo com este talão e 20 notas fiscais para a Carboflex, ora autuada, já na condição de Inapta, nunca apresentou DMA, muito menos recolheu qualquer valor de ICMS, deixando claro se tratar de uma “Empresa Laranja” que foi aberta com o fim exclusivo de burlar a fiscalização.

Frisa que a hipótese levantada pelo impugnante de que alteração da Razão Social da Barus Mineração Ltda., ocorreu após o encerramento do relacionamento comercial com a impugnante não procede, já que antes mesmo da primeira nota fiscal ser emitida para a mesma, a empresa já se encontrava em situação irregular no cadastro da SEFAZ.

Assinala que os argumentos levantados pelo contribuinte do não cumprimento de uma obrigação acessória de verificar a situação cadastral do fornecedor, não se justificam, uma vez que através do Sistema Sintegra, cujo acesso pode ser feito pelo sítio da SEFAZ/BA por qualquer pessoa, em fração de minutos o mesmo verificaria a condição, tanto da Barus, quanto da Cimentar. Acrescenta que no momento em que deixou de fazê-lo, assumiu o risco inerente a escrituração de todas as suas notas fiscais, não podendo agora jogar a responsabilidade para o Estado.

Redargúi que as próprias dificuldades com fornecedores de barita evidenciadas na defesa deveriam ter deixado o contribuinte mais atento quanto a possíveis contribuintes em situação irregular e não justificar que fecharia suas portas por falta de empresas fornecedoras do produto. Diz constatar no arquivo enviado pelo contribuinte a existência de outras opções de aquisição da barita, já que adquiriu no período fiscalizado das empresas Betonit União Nordeste e Provale Indústria e Comércio, ambas ativas no cadastro.

Diz que as informações obtidas através do INC-Fiscal confirmam todos os argumentos levantados na Informação Fiscal.

Observa que em relação a Cimentar a empresa oscilou, estando em determinados períodos apta, e em outros, inapta. Sustenta que durante o período em que emitiu notas fiscais para a Carboflex, encontrava-se sempre irregular no cadastro da SEFAZ, inexistindo qualquer recolhimento de ICMS

nos anos de 2009 e 2010 e todas as DMAs foram apresentadas sem movimento, o que comprova a irregularidade do registro dessas operações na escrita fiscal da Cimentar.

Assevera que apesar de ter mencionado que o CONSEF trilha no mesmo entendimento da doutrina e da jurisprudência do STJ, decidindo que o aproveitamento do crédito fiscal relativo a documento inidôneo está condicionado à efetiva comprovação da operação de entrada e citar acórdãos desfavoráveis ao contribuinte justamente pela não comprovação da regularidade das operações, a defesa não carreou aos autos qualquer comprovação de pagamento das operações de compras realizadas pelo mesmo, reforçando o indício de que não ocorreria o lançamento e pagamento do ICMS das operações das notas fiscais objeto da autuação, cujo crédito foi escriturado pelo autuado.

Conclui registrando que fica evidenciada a inidoneidade das notas fiscais que torna ilegítima a apropriação dos créditos pelo impugnante e requerendo a manutenção integral da infração 01 e o julgamento procedente do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF acostou, às fls. 657 a 658, extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT com detalhes de pagamento de parte do débito totalizando R\$81.127,71.

Em sustentação oral, na assentada de julgamento, o representante do autuado manifestou-se reiterando integralmente todas as argumentações articuladas em sua peça de defesa, enfatizando que dispõe de elementos que comprovam suas razões de defesa e que poderiam ser confirmado mediante realização de diligência

A autuante também compareceu à sessão de julgamento e sustentou todos os pontos que enunciara ao prestar a informação fiscal. Nessa ocasião, após a leitura do relatório o julgador, Dr. Helcônio de Souza Almeida, solicitou vistas do processo, concedida pelo presidente da 3ª JJF, postergando-se o julgamento, conforme previsão regimental, para a sessão seguinte do dia no dia 15/04/2013.

Na sessão de julgamento, o representante do sujeito passivo solicitou que fossem juntadas aos autos e submetidas à análise do colegiado, para reforçar o fundamento de seu pedido de diligência, duas declarações por ele apresentadas emitidas por Milton Santana Alves e Ubaldino Alexandrino dos Santos, respectivamente, em nome das empresas Cimentar Indústria, Comércio e Serviços Ltda. e Empresa Brasil Serviço de Lavanderia Ltda., arroladas no levantamento fiscal como emitentes das notas fiscais, cujos créditos fiscais apropriados pelo autuado foram grosados por estarem inaptas.

Depois de examinado o teor dos documentos apresentados que consiste na declaração de quitação dos faturamentos atinentes às notas fiscais objeto da autuação, impressa em papel comum sem o timbre dos emitentes, o presidente da 3ª JJF submeteu a votação e restou decidido, por unanimidade, que as declarações apresentadas são insuficientes para comprovar de forma inequívoca a realização das operações em questão, pois não foi trazido, nem sequer por amostragem, comprovação inequívoca do efetivo pagamento das aludidas operações de compras junto a empresas inaptas no CAD-ICMS. Por fim, decidiu-se, também por unanimidade, pelo indeferimento do pedido de diligência reiterado pelo representante do autuado.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo a sete infrações consoante descrição individualizada expressa no inicio do relatório.

O autuado não contestou as infrações 02, 03, 04, 05, 06 e 07, portanto, inexistindo lide em relação às mesmas, devem ser mantidas na sua totalidade, devendo ser homologado os valores já pagos.

A infração 01, único item do Auto de Infração contestado pelo impugnante, 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.

Em sua impugnação, o autuado mencionou que a empresa Brasil Serviço de Lavanderia Ltda. de CNPJ sob o nº 10.319.071/0001-05, Inscrição Estadual nº 78.226.108, 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, verifico 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 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.

Ao tratar especificamente da acusação fiscal, o autuado se defendeu afirmando que desconhecia, até o início da ação fiscal, que tais empresas possuíam irregularidades cadastrais e que os documentos fiscais emitidos por essas empresas respeitavam todas as formalidades estabelecidas na legislação, como, por exemplo, qualificação do emitente, descrição, quantidade e valor da mercadoria, emissão dentro do prazo de validade, base de cálculo, alíquota e destaque do ICMS incidente na operação.

Ressaltou que numa interpretação literal está prevista na legislação a obrigação do contribuinte verificar a situação cadastral do fornecedor, no entanto, asseverou que o seu descumprimento não pode ensejar a cobrança do imposto, como se pretende na hipótese, mas apenas uma multa formal (se houvesse previsão nesse sentido), como se verifica no art. 142 do RICMS-BA/97.

Ao compulsar os autos constato que resta também claramente evidenciado na peça impugnatória, que o sujeito passivo não carreou aos autos prova inequívoca da efetiva ocorrência das operações cujos créditos fiscais estão sendo glosados, 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.

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, *in verbis*.

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

[...]

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Frise-se que a documentação capaz de comprovar a ocorrência das operações encontram-se de posse do autuado, a exemplo dos comprovantes dos pagamentos realizados a esses fornecedores juntamente com os respectivos extratos bancários explicitando o débito em sua conta corrente bancária.

Assim, resta patente que os documentos e arquivos apresentados pelo autuado não se prestam para comprovar, de forma inequívoca, as aquisições de baritina.

Indefiro o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo com base no art. 145 do RPAF-BA/99, por entender que não restou fundamentado seu pleito, uma vez que não carreou aos autos, nem sequer por amostragem, qualquer comprovação inequívoca da efetiva realização das aquisições de baritina junto aos contribuintes com inscrição inapta.

Ao examinar a linha argumentativa adotada pela defesa, constato que, mesmo sem ter comprovado nos autos a efetiva existência das operações de compras, objeto da glosa dos créditos fiscais, o impugnante abraçou de forma efusiva a tese de que sendo comprovada a ocorrência das operações seria legítima a utilização de créditos fiscais destacados em documentos fiscais inidôneos. Nessa linha, cuidou de consubstanciar sua pretensão para legitimar a apropriação dos créditos fiscais oriundos de notas fiscais comprovadamente inidôneas, articulando exaustivas citações doutrinárias e jurisprudenciais. Logo, diante da ausência do pressuposto basilar, isto é, da comprovação da efetiva existência das operações, tornaram-se inócuos os argumentos aduzidos.

No que diz respeito aos Acórdãos do CONSEF citados como paradigma na impugnação, também não salvaguardam a tese esposada, haja vista que, ao contrário do colimado, refletem a posição reiterada desse Conselho 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. A exemplo do voto prolatado no Acórdão 5^a JJF nº 0109-05/07, que teve o Recurso Voluntário não provido pela 2^a CJF no Acórdão CJF Nº 0341-12/07, citado pelo autuado, cujo fragmento reproduzo:

“relativamente à comprovação dos pagamentos por parte do adquirente, foi juntado apenas cópias de cheque (fls. 65 a 67), sem que tenha comprovado que os mesmos tenha sido descontados pelo destinatário, haja vista que não se fizeram acompanhar dos respectivos extratos bancários. Também não foi comprovado que as duplicatas foram quitadas na rede bancária. Logo, os documentos apresentados não constituem prova de pagamento.”

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”).

A apropriação de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadoria é categoricamente vedada pelo inciso VII do art. 97, do RICMS-BA/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, é manifestamente induvidoso que a legislação tributária condiciona o aproveitamento do imposto a título de crédito à idoneidade do documento fiscal. Nesse diapasão, 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.

Ademais, como acima aludido, a teor do art. 97, inciso VII, do RICMS-BA/97, em princípio, a prova de que o imposto devido pelo emitente das notas fiscais inidôneas tivesse sido integralmente pago poderia garantir ao autuado o direito ao creditamento do imposto. Como visto, inexiste nos autos comprovação de que o emitente assim procedera.

No entanto, apesar desta informação não constar do processo, em consulta ao banco de dados da Secretaria da Fazenda – “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.

Entendo 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, inciso VII, do RICMS-BA/97. Ademais, o agente econômico ao exercer a atividade comercial, é natural ter que assumir o risco inerente a todo o processo de mercancia, inclusive com quem comercializa.

Em suma, as transações comerciais escrituradas pelo autuado e que foram objeto da glosa dos créditos fiscais, não torna o imposto destacado nas notas fiscais passível de creditamento, conforme já mencionado, eis que, no presente caso não ocorreu o pagamento do imposto pelo emitente das notas fiscais e nem o autuado comprovou de forma inequívoca que as operações foram efetivamente realizadas. z de descaracterizar a acusação fiscal.

Concluo que devem ser consideradas inidôneas as notas fiscais em comento, haja vista 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. Logo, é ilegítima a apropriação dos créditos fiscais pelo estabelecimento autuado. Infração subsistente.

Constam às fls. 657 a 658, extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT com detalhes de pagamento de parte do débito totalizando R\$81.127,71.

Diante do acima exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298742.0006/12-9**, lavrado contra **CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.245.167,02**, acrescido das multas de 100% sobre R\$2.164.039,31 e 60% sobre R\$81.127,71, previstas no artigo 42, IV, “b”, VII, “a” e II, “f” e “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR