

PROCESSO - A.I. Nº 02671185/92
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ORDEP – COMERCIAL DE REPRESENTAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.
RECORRIDOS - ORDEP – COMERCIAL DE REPRESENTAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFICIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ªJF nº 1574/00
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 14.05.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0202-11/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR EMPRESAS COM INSCRIÇÃO ESTADUAL CANCELADA. Empresas com inscrição estadual cancelada estão impedidas de emitir nota fiscal. No entanto, somente produz efeitos jurídicos a publicação do edital de cancelamento no Diário Oficial. Infração elidida em parte. 2. CONTA "CAIXA." SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta "caixa" e bancos indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos de operações anteriores realizadas e não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração caracterizada. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento que possa alterar o julgado. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/08/92, cobra o imposto no valor de Cr\$3.711,58, acrescido das multas de 120% e 70%, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal referente a notas fiscais emitidas por contribuintes que não mais exerciam suas atividades, com inscrição suspensa ou cancelada, exercício de 1988;
2. Omissão de saída de mercadorias, apuradas através de auditoria das contas do Ativo (Caixa e Bancos c/ Movimento) que apresentou saldo credor de caixa, no exercício de 1988.

O autuado apresenta defesa (fls. 85 a 99) e, em preliminar, entende incabível a nulidade de suas operações como pretende a fiscalização estadual, pois não poderia se apenado por ato que não deu causa.

Em relação às notas fiscais da Baspel - Bahia Distribuidora de Papéis Ltda., a autuante ao indicar que a mesma se encontrava com inscrição estadual cancelada ou suspensa, inquinou a autuação de incerteza, pois os termos não são sinônimos. Quanto a Ciker Indústria e Comércio Ltda., embora informado que teve sua inscrição estadual baixada em 08.01.88, a autuação também é deficiente e o seu reconhecimento seria um gesto de “autocondenação”, o que leva, em ambos os casos, ao cerceamento do seu pleno direito de defesa. A empresa A Imperatriz Comércio e

Representações Ltda. encontra-se em plena atividade, conforme alteração contratual (que anexa), arquivada na Junta Comercial do Estado da Bahia sob o n.º 134.637, datada de 11.07.88 e Pedido de Autenticação Mecânica no Estado, datado de 22.08.88. Além disso, denota-se que as notas fiscais apreendidas transitaram como manda a lei, conforme carimbos apostos nos diversos Postos Fiscais por onde passaram as mercadorias. Quanto a Comercial Ramaianya Ltda e a Jufran Comércio e Representações Ltda., foi surpreendido com o fato das duas estarem, “com base em pressuposto de burla a lei que disciplina o Imposto de Renda”, com suas inscrições suspensas desde 19.07.88 e 27.07.88, respectivamente. Entende que não pode ser apenado por ato que não praticou, sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Por fim, afirma que, se em cada operação estabelecida, tiver que recorrer à Repartição Fiscal para saber se uma empresa encontra-se ou não regular, o caos se instalará nas relações comerciais.

Entendendo que a lei não determina que os balancetes mensais contábeis devam espelhar com precisão os exatos lançamentos computados a cada mês, pois se assim não fosse não haveria necessidade de se proceder ajustes e reclassificações de contas contábeis, afirma inconsistente a autuação relativa à infração 2.

Requer a improcedência da autuação.

A autuante, em sua informação fiscal, afirma (fls. 101 a 105):

Infração 1 - o autuado apenas comprova que nem sequer pediu vistas ao PAF, pois no mesmo contém as provas documentais que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração, tais como: R.C. no caso das empresas baixadas e FLC no caso das empresas com inscrição estadual suspensa;

Infração 2 - a autuação é resultado da Auditoria das Contas do Ativo. O autuado foi intimado a apresentar extratos ou outros documentos bancários que comprovassem que a conta “Bancos Conta Movimento” de sua contabilidade poderia suportar a não existência de saldo credor, porém nenhum documento foi apresentado. Assim, baseada no art. 1º, § 3º do RICM/88, realizou o presente lançamento.

A PROFAZ exara Parecer e opina pela procedência da autuação (fl. 106).

O primeiro relator do presente PAF o envia em diligência para que a autuante anexe as cópias do “Diário Oficial”, com a publicação dos editais de cancelamento e/ou suspensão das empresas arroladas, tendo em vistas os ditames do art. 45 do RICMS/89 (fl. 107).

A autuante anexa hard copy do Sistema de Informações da Administração Tributária - Cadastro de Contribuintes das empresas emitentes das notas fiscais (fls. 108 a 113).

O segundo relator do PAF, novamente, o converte em diligência para que fiscal estranho ao feito cumpra a diligência solicitada anteriormente. Requer, ainda, a verificação, na contabilidade do autuado, da existência de documentos que comprovem as operações, além de intimá-lo a comprovar o pagamento aos fornecedores. Salienta, também, que diversas notas fiscais contém indícios de circulação, caracterizada pelo carimbo dos Postos Fiscais (fl. 114).

O diligente informa: através da Sra. Maristela Adorno Santos, que se apresentou como preposto contábil do autuado e enviada pelo Sr. Gilberto da Silva Pitanga, que se recusou a entrar em contato, solicitou a documentação da empresa, porém não obteve êxito, pois aquela nada apresentou, alegando que a documentação fiscal não foi localizada. Recusou-se, também, a assinar declaração nesse sentido. Tentou novo contato, dessa vez com o Sr. Edilson dos Reis

Pinto, cadastrado no CICMS como contador da empresa. Esse afirmou que não conhece a empresa, seus sócios e que seu nome foi utilizado indevidamente, manifestando, inclusive, o desejo de processar judicialmente o autuado. Na Infaz Iguatemi constatou diversos Autos de Infração contra o autuado, versando sobre o mesmo assunto ora em questão. Quanto à investigação em torno dos editais de cancelamento das empresas emitentes das notas fiscais, faz-se necessário deslocamento a Feira de Santana/Ba, situação não prevista na Ordem de Serviço nº 016 de 30.12.98 (fl. 116).

Chegando a esta 5ª JJF, o PAF foi, novamente, convertido em diligência, desta vez para as Repartições Fiscais de origem das empresas emitentes das notas fiscais, objetivando dirimir as dúvidas ainda existentes quanto as suas situações cadastrais na época (fls. 127 a 128):

As Inspetorias prestam informações com base nos documentos encontrados, conforme detalhado no voto (fls.130 a 136).

A 5ª JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, inclusive as diligências realizadas, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Em primeiro lugar é necessário afastar a alegação do autuado de cerceamento do seu pleno direito de defesa. Todos os documentos embasadores da ação fiscal estão acostados ao PAF, assim como perfeitamente caracterizadas a descrição, valor e dispositivos da legislação infringidos. Observo, inclusive, que o contribuinte, na mesma infração, em relação a algumas empresas apontadas como emissoras de notas fiscais consideradas inidôneas oferece razões de defesa e para outras, alega cerceamento de defesa.

No mérito, entendo:

Infração 1 - Examinado o RICMS/89 (Decreto nº 2.460/89) consta determinado:

Art. 134 - Sempre que for obrigatória a emissão de documentos fiscais, os destinatários, bem com os transportadores, são obrigados a exigir tais documentos dos que devam emití-los, contendo todos os requisitos legais.

Art. 42 - Será processada a exclusão de contribuinte do CICMS, em decorrência de:

I - deferimento do pedido de baixa;

II - cancelamento da inscrição, de ofício, pela autoridade competente.

Art. 44 - Dar-se-á o cancelamento da inscrição, por iniciativa da repartição fazendária

I - quando ficar comprovado, através de diligência fiscal, que o contribuinte não exerce atividade no endereço indicado;

II - quando o contribuinte, ao término da paralisação temporária, deixar de solicitar reativação ou baixa de inscrição;

III - após transitar em julgado a sentença declaratória de falência;

IV - no encerramento definitivo das atividades, por motivos relacionados com a lei de economia popular;

V - quando o contribuinte estiver com sua inscrição extinta ou baixada no CGC, porém ativa no CICMS, a menos que se trate de pessoa dispensada de inscrição no CGC;

VI - quando o contribuinte deixar de comParecer à repartição fiscal de sua circunscrição para recebimento do Cartão de Inscrição, de acordo com o art. 52;

Parágrafo Único - O cancelamento será precedido de intimação por edital, publicado no Diário oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e fixando-se o prazo de 20 dias para a regularização.

Art. 45 - A exclusão de contribuinte do CICMS, na hipótese do inciso II do art. 42, só produzirá efeitos legais após publicação no Diário oficial do Estado de edital, assinado pelo Diretor do Departamento de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, com especificação do número de inscrição, nome ou razão social e endereço do contribuinte.

Art. 63 - Serão considerados inidôneos todos os documentos fiscais emitidos pelo contribuinte no período em que se encontrar com a sua inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

Do exposto, determina o Regulamento:

- 1) os adquirentes de mercadorias são obrigados a exigir dos seus fornecedores que estejam regulares perante o CICMS;*
- 2) as notas fiscais emitidas por contribuinte em situação cadastral irregular perante a Secretaria da Fazenda são consideradas inidôneas, não gerando direito a crédito fiscal;*
- 3) para que uma empresa esteja em situação irregular e não possa emitir nota fiscal, são necessárias providências administrativas, elencadas no Regulamento, cujo desfecho é a publicação de edital no Diário Oficial do fato.*

Ao lado dessas colocações, a presente lide tem se arrastado por um período longo, o que prejudicou todas as diligências efetuadas, vez que os documentos anexados pela autuante não contemplam, efetivamente, a real situação à época, das empresas emissoras das notas fiscais que foram consideradas em situação irregular. Não sendo mais possível realizar qualquer outro tipo de investigação, pronuncio o meu voto, com base nos documentos acostados ao processo.

- Notas fiscais da Baspel – Bahia Distribuidora e Papéis Ltda. Embora no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 9) conste que a empresa encontrava-se com sua situação cadastral cancelada, não existe efetivação desta situação, ou seja, a publicação no Diário Oficial. A FLC (Ficha de Localização do Contribuinte) acostada aos autos, data de 29.07.88 (fl. 11), porém não indica se houve ou não edital do seu cancelamento. No formulário RC (Registro Cadastral), embora praticamente apagado, ainda pode ser observado que existe uma informação sobre o edital de intimação, porém refere-se ao ano de 1989 - Edital nº 004/89 (fl. 12). Ademais, a FLC anexada pela INFAZ data de 31.05.89 (fl. 133), portanto após emissão das notas fiscais. Assim, entendo descaracterizada a autuação quanto a inidoneidade das notas fiscais emitidas por essa empresa no período de setembro a novembro de 1988.*
- Notas Fiscais da A Imperatriz Comércio e Representações Ltda. A diligência realizada pela INFAZ constatou a existência de Pedido de Baixa da empresa datado de 22.08.88, mesmo dia em que entregou solicitação para confecção de documentos fiscais, documento trazido à*

lide pelo autuado (fl. 97). Requerida a baixa de inscrição, a empresa não mais poderia emitir qualquer documento fiscal. Como as notas fiscais emitidas correspondem ao período de outubro a dezembro de 1988, considero correto o lançamento. Observo que a alteração contratual da empresa trazida pelo autuado foi realizada em julho de 1986 e registrada na Junta Comercial em agosto de 1986 e não em 1988 como afirma, conforme carimbo apostado por aquela instituição (fl. 98).

- *Notas Fiscais da Comercial Ramaianya Ltda. Consta no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 9) que a empresa encontrava-se com sua inscrição cadastral suspensa (FLC de 19.07.88, processo n.º 251.454/88). No entanto, na mesma (fl. 35), corroborada pela anexada pela INFAZ (fl.136), o edital de seu cancelamento só foi publicado no Diário Oficial em 01 e 02/04/89. Assim, as notas fiscais emitidas em data anterior à data de publicação do edital de cancelamento no Diário Oficial (agosto a dezembro de 1988) devem ser consideradas idôneas, o que desconstitui a glosa do crédito fiscal ora cobrado.*
- *Notas Fiscais da Ciker – Indústria e Comércio Ltda.. No Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 09) consta que a empresa foi baixada do cadastro da SEFAZ em 08.01.88, conforme processo n.º 0003/88. Verifica-se na própria FLC, datada de 08.01.88 e anexada pela autuante, que a diligência fiscal, objetivando dar prosseguimento à sua baixa só terminou em 18.07.90 (fl. 28 verso), portanto anos após a emissão das notas fiscais (outubro e dezembro de 1988). Assim, entendo improcedente a glosa dos créditos fiscais utilizados, referentes a tais documentos fiscais.*
- *Notas Fiscais da Jufran Comércio e Representações Ltda.. No Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 09) consta que a empresa encontrava-se com sua inscrição estadual suspensa. (FLC de 27.08.88, processo n.º 154.861/88). A INFAZ Calçada informa que a mesma só foi cancelada em 13.01.89 (fl. 131). Além disto, não encontrou o seu dossiê. Diante desses fatos, não havendo efetiva prova de que, na data das emissões das notas fiscais, a inscrição estadual da empresa se encontrava cancelada, é devido o valor ora cobrado, pois os documentos devem ser considerados idôneos para essa finalidade.*

Observando, por fim, que os carimbos dos Postos Fiscais, apostos nos documentos fiscais em questão, não possuem assinatura, nem identificação de qualquer preposto fiscal, para que se possa aceitá-los como verdadeiros, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL desta infração no valor de Cr\$647,52.

Infração 2 - Verificando os demonstrativos às fls. 80 a 84, observo que a autuante, analisando o ativo e passivo circulante da empresa, constatou saldos credores na Conta Banco com Movimento e passivo fictício (fl. 84). No entanto, não exigiu o imposto sobre o passivo fictício encontrado por entender que, ao cobrar os créditos indevidos e o saldo credor da Conta Caixa e Bancos com Movimento, já se encontrava satisfeita a presente cobrança. O autuado insurge-se contra a presente cobrança afirmando que o procedimento fiscal foi realizado com base em balancetes mensais, passíveis de ajustes quando da consolidação mensal de sua contabilidade. Às fls.80 do PAF, está anexada intimação ao autuado para que comprove, com documentos, a não existência dos saldos credores encontrados. A empresa não se manifesta. Em sua defesa, ao invés de desconstitui o valor apurado, apenas emite opinião sobre os documentos que serviram de base à autuação. Pelo exposto, ficou provado que os Recursos, ingressos no seu Ativo Circulante, no período, foram insuficientes à cobertura dos desembolsos, o que caracteriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto, decorrente de saldo credor de caixa, acorde art. 1º, § 3º do RICMS/81, ou seja, pagamentos efetuados sem que o caixa do estabelecimento possuísse saldo. Concluo pela procedência da ação fiscal no valor de R\$1.226,71.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de Cr\$1.874,23”

A seguir recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei n.º 3.956/81), com a redação dada pela Lei n.º 7.438/99.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF n.º 1574/00.

Após fundamentar a interposição do Recurso, discerne sobre o procedimento fiscal citando o Artigo 166 do Código Tributário Nacional e a Súmula n.º 546, comenta a Doutrina sobre repetição de impostos, e passa a narrar os fatos inerentes a sua atividade comercial e as infrações fiscais que lhe foram imputadas com os respectivos fundamentos legais.

Analisa e demonstra os valores inerentes as notas fiscais glosadas, emitidas pelas empresas Baspel Bahia Distribuidora e Papéis Ltda, Imperatriz Comércio e Representações Ltda, Ciker, Comercial Ramaíamga Ltda e da Infran Comércio e Representações Ltda.

Repete argumentações apresentadas na peça defensiva inicial, detalhando a situação cadastral de cada empresa emitente das notas glosadas no momento das operações comerciais efetuadas.

Afirma que o fisco não pode exigir que o autuado exerça função fiscalizadora sobre seus fornecedores, pois estaria instalado o caos não apenas para os adquirentes, como também para o próprio fisco que não teria meios para a todo momento fornecer certidões de regularidade das empresas comerciais.

Cita decisões do STF sobre a exigência objeto desta autuação que “Não responde o comerciante sobre o imposto devido pela operação anterior, pela qual é devedor o que lhe vendeu a mercadoria, ainda que este não tenha recolhido o imposto apesar de destacá-lo na fatura”.

Afirma que no processo tributário a prova deve resultar do fato em que é fundamento o provimento, se o fato não resulta provado, o provimento é infundado e portanto deve ser anulado. Esta é a regra substancial da qual descende a regra processual do ônus da prova a cargo da fazenda estadual.

Comenta não poder a SEFAZ/BA ante a falta de provas, lhe penalizar a recolher os valores ora reclamados, pois, percorrerá todos os caminhos em busca da verdade inclusive todos os juízos competentes e até mesmo os Tribunais Superiores de Justiça.

Quanto à infração 2 afirma que o procedimento fiscal foi realizado com base em balancetes mensais passíveis de ajuste quando da consolidação mensal de sua contabilidade.

A Lei não resume em seu texto, que balancetes mensais contábeis, terão que espelhar precisa e fidedignamente os exatos lançamentos computados a cada mês. Assim fosse, não mais haveria necessidade de proceder ajustes e classificações de contas contábeis, etc.

Discerne sobre a fundamentação que embasa à imputação fiscal (art. 1º parágrafo 3º do RICMS/81), ou seja, pagamentos efetuados sem que o caixa do estabelecimento possuísse saldo para tal.

Afirma que o Egrégio Tribunal de Justiça reiteradas vezes se manifestou no sentido que: “Constitui ilegalidade a cobrança do ICM baseada em pauta fiscal, com manifesto desprezo do critério natural do valor da operação. Decreto Lei nº 406/88, art. 680, porque termina causando vedada majoração de tributo”. (DJU 16.05.94, pag. 11715).

A pretensão da SEFAZ funda-se na ocorrência de fato gerador, cujos elementos configuradores supõe-se presentes e comprovados atestando a identidade de sua matéria fática, com o tipo legal. Se um desses elementos se ressentir de certeza, ante o contraste da impugnação, incumbe a Fazenda, o ônus de comprovar a sua existência.

A Constituição Federal de 1988, exalta o Pleno Direito de Defesa, e isso não pode ser cerceado sob pena de estar ferindo o mais expressivo diploma legal do País.

Encerra afirmando que usou do seu direito de comercializar: Comprou, programou custos, vendeu, emitiu notas fiscais, registrou as operações nos livros próprios, recolheu os impostos, pagou aos fornecedores, e por isso é acusada de fraudar o fisco?

Com base no Direito e na Lei Magna do País, espera que seu Recurso após analisado, seja provido e julgada IMPROCEDENTE a autuação.

A PROFAZ analisa a peça recursal, endossa os fundamentos da JJF, entende que as alegações do recorrente não merecem ser acolhidas, pois os argumentos são frágeis e não logram demonstrar qualquer falha no procedimento fiscal e no julgamento realizado, Opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer PROFAZ exarado as fls. nºs 188 deste Processo.

Em relação ao item 1, o recorrente repete argumentos que já foram analisados pela 5ª JJF do CONSEF, que inclusive examina e fundamenta detalhadamente cada empresa emitente das notas fiscais glosadas, extirpando do débito fiscal reclamado, as importâncias cuja cobrança não tem respaldo legal.

Nenhum fato é apresentado que possa alterar o julgamento recorrido neste item, e os fundamentos embasadores da Decisão já constam do relato.

Quanto ao item 2, “saldo credor da Conta Caixa sem a respectiva comprovação da origem dos Recursos”, o recorrente apenas argúi princípios e teorias, apresenta decisões superiores, porém, nada apresenta ou demonstra para elidir a demonstrada e consubstanciada infração fiscal que lhe foi imputada.

Não vislumbrando na petição recursal fato ou fundamento que possa alterar o julgado, concordo integralmente com os fundamentos esposados pela 5ª JJF do CONSEF, e pela Douta PROFAZ, para votar pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, a parte em que ficou sucumbente a SEFAZ/BA, está detalhada e fundamentada pela 5ª JJF, nada existindo que possa alterar a Decisão.

Também voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 02671185/92, lavrado contra **ORDEP - COMERCIAL DE REPRESENTAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **Cr\$1.874,23**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre o valor de Cr\$647,52 e 70% sobre o valor de Cr\$1.226,71, previstas, respectivamente, no art. 47, VIII, “a”, e IV, “a”, aplicadas com retroação benigna, da Lei nº 3.956/81, alterada pela Lei nº 4.675/86, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser convertido em moeda vigente.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFUZ