

A. I. Nº - 207348.0001/04-5
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS SUPERMINI LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 28.12.04

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0500-02/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO FISCAL. Infração elidida em parte. **b)** NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR MICROEMPRESA COMERCIAL. **c)** EMITENTES NÃO CADASTRADOS. **d)** DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS. EMITENTES COM INSCRIÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. Infrações caracterizadas. 2. MÁQUINA REGISTRADORA. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO. FALTA DE INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DAS SAÍDAS A TITULO DE TRANSFERÊNCIA E DEVOLUÇÃO. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas e o pedido de decadência de parte do crédito tributário. Indeferido o pedido de diligência por considerar que os autos contêm os elementos necessários para o deslinde das questões objeto da lide. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/2004, e reclama o valor de R\$ 72.553,87, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Utilização indevida de créditos fiscais de ICMS no total de R\$ 69.721,42, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não sido prestado, com o objetivo de diminuir o valor do imposto a recolher, através de documentos considerados inidôneos relativamente a negócio comercial fictício, e sem fundamentação em qualquer documento fiscal, nos exercícios de janeiro a maio e julho a outubro de 1999; março, abril e julho a dezembro de 2000, janeiro a maio de 2001 e julho de 2001 a novembro de 2002, conforme documentos às fls. 08 a 143.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 2.832,45, nos meses de janeiro a julho e agosto, a setembro de 1999, referente a omissão de saídas tributáveis em decorrência da não inclusão na base de cálculo do imposto das saídas por vendas, transferências ou devolução, com emissão de notas fiscais, conforme estabelece o artigo 743, § 1º, inciso II, “a” e “b”, do RICMS/97 (docs. fls. 144 a 152).

O sujeito passivo, representado por advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls. 156 a 172, inicialmente demonstrou sua indignação com a forma como foram formuladas as acusações fiscais, protestando que tenha havido simulação na aquisição de mercadorias.

Em seguida, impugnou a infração 01, de acordo com as premissas que levaram a conclusão de utilização de crédito fiscal indevidamente, na forma seguinte.

Quanto aos documentos fiscais que não foram apresentados, foram anexadas às fls. 174 a 204, cópias de diversas notas fiscais com vistas a comprovar que os documentos existem e continuam à disposição da fiscalização. Alega que existem falhas na elaboração do levantamento que instrui a autuação, referente a indicação errônea do emitente das notas fiscais nos valores de R\$ 5.586,50 e R\$ 9.590,00, emitidas respectivamente em 15/01/99 e 08/01/99, em nome de Parmalat, quando o correto é Comercial Arembepe (docs. fls. 174 e 175).

Falou que em relação a uma pequena parte dos documentos fiscais que não estão sendo apresentados, se compromete, caso os mesmos não venham a ser localizados, a apresentar os respectivos comprovantes de que os valores foram devidamente pagos aos fornecedores.

Com relação às premissas, inerentes à: b) que foram efetuadas compras em “estabelecimento cancelado após a emissão do referido documento”; c) que foi realizado “aproveitamento de crédito de microempresa”; d) que também foram realizadas compras em “Estabelecimento com inscrição estadual inexistente; e) e por fim que houve “aproveitamento de crédito fiscal de inscrição estadual já cancelada”, o autuado argumentou que:

1. O cancelamento da inscrição da empresa Life – Comercial de Alimentos ocorreu no mês de junho de 2000, enquanto que as notas fiscais foram emitidas em 17/03/2000, 10/03/2000 e 03/04/2000 antes de ocorrer o cancelamento.
2. Idem no caso das notas fiscais emitidas por Refinações Milhos do Brasil, que aparece como cancelada em 30/04/2000, e consta no levantamento que as compras foram realizadas em 15/02/99.

Ressalta que se os estabelecimentos estavam cancelados ou se eram inexistentes suas inscrições estaduais, tais fatos não chegaram ao conhecimento da empresa, não sendo devido lhe imputar qualquer responsabilidade pelo eventual descumprimento por parte de seus fornecedores, de suas obrigações tributárias, quer sejam estas de natureza principal ou acessória. Diz que não consta nos autos a prova relativa ao Edital de Intimação publicado no Diário Oficial do Estado identificando o contribuinte e fixando o prazo de 20 dias para regularização conforme previsto no RICMS.

Para fundamentar sua tese, citou o Acórdão JJF nº 1574/00, da 5^a Junta, que decidiu, com base no parágrafo único do artigo 44 do RICMS, que em se tratando de empresa com inscrição neste Estado, somente produz efeitos jurídicos a publicação do Edital de Cancelamento no Diário Oficial.

Fez menção também ao Acórdão JJF 2076/00 da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, sobre a questão relacionada com utilização de créditos fiscais do ICMS em notas fiscais emitidas por contribuintes que tiveram sua inscrição cancelada, tendo transcrita na íntegra a ementa do citado Acórdão, e a conclusão do voto do Relator, grifando que “o fisco não pode delegar suas tarefas aos contribuintes para que estes se autofiscalizem....”.

Com base na jurisprudência citada, os defendantes ressaltam que ainda que os emitentes tivessem suas inscrições canceladas, ou mesmo inexistentes, não há como serem considerados “inidôneos” os documentos fiscais emitidos pelas empresas fornecedoras, pois não existe nos autos provas que a SEFAZ tenha providenciado a publicação de edital dando notícia do cancelamento dessas inscrições.

Argumenta ainda que o direito ao crédito do imposto independe da regularidade da situação do emitente da nota fiscal perante o Fisco.

Considerou equivocada e desprovida de provas a suposição do autuante que só seria legítimo o crédito do ICMS quando houver prova de ter sido efetivamente pago o imposto nas operações anteriores, por entender que apenas responde pelas obrigações tributárias decorrentes de fatos geradores de impostos a que deu causa, conforme previsto nos artigos 121, parágrafo único, inciso I, e 128, do CTN.

Por outro lado, salientou que o direito à apropriação de ICMS relativa à aquisição de mercadorias utilizadas na atividade mercantil do adquirente é plenamente assegurado pelo princípio constitucional da não cumulatividade do imposto (CF, art. 155, § 2º, I).

Assevera que não lhe compete investigar se o remetente da mercadoria é devedor do imposto, nem tampouco se ele se encontra em situação irregular perante o Fisco, ressaltando que se o emitente do documento fiscal se apresenta registrado na Junta Comercial, exibe seu cartão de CNPJ e no cadastro estadual, e os respectivos números conferem com os indicados nas notas fiscais; se os dados constantes da nota fiscal coincidem com a operação mercantil realizada relativamente à mercadoria adquirida; e se os requisitos formais da nota fiscal foram regularmente atendidos não há porque se possa negar ao contribuinte da mercadoria o seu legítimo direito à utilização do crédito de imposto destacado no documento fiscal.

No caso, afirma que pode ser verificado nas notas fiscais anexadas à defesa que foram obedecidos os requisitos do COTEBA.

Além disso, aduz ainda que as operações que originaram o crédito de ICMS estão regularmente escrituradas na contabilidade da empresa, e para provar esta alegação requer a realização de revisão fiscal em sua escrita contábil e fiscal, inclusive e especialmente em seus livros Registro de Inventários e Registro de Entradas de Mercadorias, para que fique comprovado o efetivo lançamento, e a liquidação das duplicatas representativas das operações mercantis de origem.

Assinalou que os seus livros e registros de escrituração mercantil, mantidos com observância das formalidades legais, “somente provam a favor do comerciante, nos termos do artigo 8º do Decreto-Lei nº 486, de 03/03/1969.

Quanto a infração 02, foi argüido pelos defendantes a decadência parcial dos créditos apontados neste item, sob o fundamento de que a notificação ocorreu em 14/04/2004, ficando os fatos geradores ocorridos em 31/01/99, 28/02/99 e 31/03/99, alcançados pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN.

Citou a jurisprudência do Judiciário, em julgamentos do STJ sobre a questão relacionada com a decadência do crédito tributário.

Quanto a parte que entende sujeita a homologação do lançamento, discorreu sobre a linha básica da sistemática de apuração do ICMS por parte do estabelecimento, esclarecendo que é usuário de PDV, cujas operações são todas consideradas como vendas à vista à alíquota de 17%, sendo feito o estorno de débito com base nas entradas mais o TVA correspondentes às operações de saídas por transferências e devoluções de compras de mercadorias isentas e/ou substituídas.

Assegura que não houve qualquer omissão de saídas tributadas em decorrência da não tributação na base de cálculo do imposto das saídas por transferências ou devoluções, pois, se fosse feito o estorno de débito dessas operações estaria aplicando o TVA sobre as compras brutas e não líquidas. Pede uma revisão fiscal para dirimir qualquer dúvida existente.

Por fim, diz que diante das incertezas, omissões e insegurança dos lançamentos realizados, requer a nulidade do Auto de Infração, ou caso contrário, seja realizada uma revisão fiscal com vistas a confirmar a improcedência da autuação.

Na informação fiscal às fls. 232 a 237, o autuante justifica o termo “simular” invocado quando da descrição da infração 01, dizendo que não o utilizou com o intuito de imputar a figura da fraude tributária relacionada com o parágrafo único do artigo 16 do CTN.

Prosseguindo, discorreu sobre as questões contestadas na defesa relativa aos documentos fiscais não apresentados que ensejaram a glosa dos créditos fiscais, esclarecendo que foram efetuados lançamentos na escrita fiscal relativos a aquisições de mercadorias sem os respectivos documentos fiscais, conforme determina o artigo 91 do RICMS/97.

Informa que os documentos foram solicitados no curso da ação fiscal, na primeira intimação dos livros e documentos fiscais, e que não foram apresentados também na defesa porque não existem.

No caso da divergência apontada em relação a indicação de nota fiscal em nome da Parmalat ao invés de Comercial Arembepe Ltda, aduz que mesmo que seja feita a correção do nome, não pode prevalecer o crédito fiscal pois a Comercial Arembepe Ltda, CNPF nº 13.676.889/0001-91 e IE nº 24.177.651 nunca existiram, conforme comprovam os documentos às fls. 238 a 240, inerente à pesquisa no banco de dados da SEFAZ.

Quanto a alegação de que apresentará os comprovantes das aquisições, para garantir a lisura das operações, salienta que não foram apresentadas apesar de regularmente solicitadas a sua comprovação.

Sobre as inscrições canceladas após a emissão das notas fiscais, a exemplo das notas fiscais emitidas pela Life Comercial de Alimentos e Refinações de Milho do Brasil, argumenta que foram glosados os créditos exatamente porque os lançamentos foram feitos na escrita fiscal em datas anteriores a dos cancelamentos (04/2000 e 06/2000).

Chamou a atenção para o fato de que nenhum crédito fiscal foi glosado nas datas em que as referidas empresas fornecedoras se encontravam regularmente constituídas e legalmente registradas no cadastro de contribuintes do Estado.

Salienta que sua ação fiscal encontra amparo no artigo 209, do RICMS/97, que estabelece que será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que não se referir a uma efetiva operação; for emitido por contribuinte fictício ou que não esteja mais exercendo sua atividade; for emitido por contribuinte que se encontrar com sua inscrição suspensa, cancelada, baixada ou anulada.

Diz ainda que o artigo 172 do RICMS/97, reitera que “a exclusão de contribuinte do Cadastro só produzirá efeito legais após a publicação do respectivo edital no Diário Oficial do Estado, com indicação do número de inscrição, do nome, razão social ou denominação do contribuinte...”.

Ressalta que é necessário que o documento fiscal seja idôneo a fim de garantir o direito ao crédito para efeito de compensação com o débito do imposto, conforme reafirmado nas decisões do CONSEF citadas na defesa.

Assevera que dos documentos fiscais inidôneos, as irregularidades são realmente de tal ordem que os tornam imprestáveis para os fins que se destinam, pois, uns não foram apresentados; pertencem a empresas canceladas, que nunca existiram, não se referindo a uma operação

mercantil; e outros foram emitidos por empresas inscritas no SIMBAHIA, não gerando crédito fiscal por força de dispositivo legal.

No tocante aos pagamentos das notas fiscais, diz que não discute que a obrigação de averiguar seria do fisco, segundo assertiva do acórdão citado. Frisa que de acordo com as disposições contidas no artigo 333 do CPC, o ônus da prova é de quem alega, contudo, no caso presente em face de indícios da existência de sonegação dos impostos estaduais, a própria lei ensina a inversão desse ônus.

Assim, entende que cabia ao autuado trazer as provas dos pagamentos das supostas operações, para elidir a presunção de operação disfarçada. Diz que não foram apresentadas porque não existem, pois já havia sido anteriormente intimada a fazê-lo (doc. fl. 126).

Falou ainda, que a exigência fiscal não violou o princípio da não cumulatividade, não cabendo discussão neste fórum, pois houve descumprimento aos artigos 91, 92 e 93 do RICMS/97 que tratam das regras de utilização de créditos fiscais.

Com relação a segunda infração, considerou absurda a alegação de decadência, com base no artigo 150, § 4º, do CTN, frisando que dito dispositivo diz respeito tão somente ao tributo sujeito a lançamento por homologação, cuja apuração tenha sido feita pelo contribuinte, com base na qual foi antecipado o respectivo pagamento.

No caso, sustenta que não ocorreu a decadência dos períodos apontados, e que o lançamento está em perfeita conformidade com o artigo 965, I, do RICMS/97, que corresponde literalmente com o artigo 173, inciso I, do CTN.

Rebateu a alegação de que o estabelecimento é usuário de PDV, dizendo que a exigência fiscal é decorrente do fato do contribuinte ter deixado de recolher ICMS por desobediência das normas capituladas no artigo 743 combinado com o artigo 741, do RICMS/97. Informa que o estabelecimento não era usuário de PDV, mas sim dos antigos equipamentos de máquinas registradoras, cuja orientação normativa era no sentido de que todos os valores acumulados nas máquinas deveriam ser considerados tributados. Diz que somente a partir de setembro de 1999, tais equipamentos foram substituídos pelos antigos PDV, passando a enquadrar-se nas regras estabelecidas no artigo 741, do RICMS/97.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

Tomando conhecimento do teor da informação fiscal, foi apresentada outra impugnação às fls. 245 a 249, sendo alegado que foi juntada aos autos parte dos documentos fiscais. Argumentou que não há provas nos autos da publicação no Diário Oficial dando conta aos contribuintes em geral dos fatos apurados.

Em relação à infração 02, reiterou seus argumentos anteriores quanto a decadência de parte da exigência fiscal, e pediu uma revisão do feito fiscal.

Reitera o seu pedido pela nulidade da autuação, ou a sua improcedência.

O autuante, por seu turno, em nova informação fiscal às fls. 253 a 254, manteve em todos os termos seu procedimento fiscal, e disse que o cancelamento de inscrição no cadastro de contribuintes é sempre precedido de edital publicado no Diário Oficial.

VOTO

Nos termos do 147, do RPAF/99 indefiro o pedido de diligência/perícia fiscal formulado pelo patrono do autuado, por considerar que os autos contêm todos os elementos necessários para o meu convencimento a respeito da lide, ressaltando-se que o autuado teve por mais de uma vez a oportunidade apresentar prova documental de suas alegações defensivas que justificasse o atendimento de seu pedido, e não o fez.

Indefiro o pedido de nulidade da autuação, a pretexto de omissões e insegurança, uma vez que o presente lançamento tributário está apoiado em provas documentais e elementos extraídos da escrita do autuado, não havendo em momento algum cerceamento de defesa ou impedimento ao exercício da ampla defesa, não se enquadrando o pleito do contribuinte em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, o lançamento em exame de que cuida a infração 01, versa sobre exigência de ICMS, decorrente da acusação de aproveitamento indevido de créditos fiscais destacados em documentos fiscais, através de lançamento nos livros fiscais de notas fiscais com base em cinco premissas, a saber: 1) documentos fiscais que não foram apresentados; 2) aproveitamento de crédito fiscal originado de microempresa; 3) estabelecimentos com inscrições estaduais inexistentes; 4) aproveitamento de crédito fiscal de inscrição estadual já cancelada.

As notas fiscais, datas de emissão, bases de cálculo e valores de ICMS apropriados indevidamente encontram-se demonstrados, nas planilhas intituladas de Auditoria de Crédito Indevido, constantes às fls. 08, 43, 64 e 108 dos autos.

Analizando a questão segundo as premissas que ensejaram a glosa dos créditos fiscais, temos:

DOCUMENTOS FISCAIS QUE NÃO FORAM APRESENTADOS

NFNº	DATA	EMITENTE	VALOR	ICMS	DOC.APRES.
104	8/1/1999	Coml.Arembepe Ltda	9.590,00	1.630,30	174
110	15/1/1999	Coml.Arembepe Ltda	5.586,50	949,71	175
937	10/11/2000	Descart & Limp.Comercial Ltda	6.920,00	1.176,40	
948	5/12/2000	Descart & Limp.Comercial Ltda	2.941,18	500,00	
25	5/3/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	4.521,12	768,59	184
43	20/3/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	1.514,82	257,52	183
45	2/4/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	5.822,53	989,83	185
52	10/4/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	1.671,24	284,11	
54	2/5/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	3.000,00	510,00	201
72	15/5/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	3.989,35	678,19	202
77	3/6/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	6.032,94	1.025,60	200
91	7/6/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	5.000,00	850,00	199
94	10/7/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	5.550,00	943,50	197
99	1/7/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	4.894,00	831,98	196
111	5/8/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	7.750,00	1.317,50	194
112	5/8/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	7.700,00	1.309,00	193
116	12/8/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	5.000,00	850,00	195
120	12/8/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	3.973,00	675,41	192
147	5/9/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	6.100,00	1.037,00	191
148	6/9/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	6.781,59	1.152,87	190
155	2/10/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	5.880,00	999,60	189
180	2/10/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	8.750,00	1.487,50	187
183	4/10/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	7.220,00	1.227,40	188
185	7/10/2002	FIK Comercial de Alimentos Ltda	6.982,40	1.187,01	186

204	4/11/2001	FIK Comercial de Alimentos Ltda	4.812,00	818,04	203
286	5/1/1999	Frigorifico Pólo	6.010,00	1.021,70	204
980	17/3/2000	Life Coml.de Alimentos	7.138,00	1.213,46	
976	10/3/2000	Life Coml.de Alimentos	5.200,00	884,00	
993	3/4/2000	Life Coml.de Alimentos	5.300,00	901,00	182
7868	4/8/2000	MSM Comércio de Alimentos Ltda	5.850,00	994,50	
211	15/2/2009	Refinações de Milho do Brasil	4.342,64	738,25	
403	3/5/1999	Trolux Coml.de Alimentos Ltda	9.275,00	1.576,75	
423	12/7/1999	Trolux Coml.de Alimentos Ltda	6.820,00	1.159,40	176
426	20/7/1999	Trolux Coml.de Alimentos Ltda	6.222,00	1.057,74	181
420	6/7/1999	Trolux Coml.de Alimentos Ltda	5.850,00	994,50	
432	2/8/1999	Trolux Coml.de Alimentos Ltda	1.797,00	305,49	
463	8/9/1999	Verde Brasil Com.Rep. Ltda	6.065,00	1.031,05	
284	4/9/2001	Voga Atacadista de Gen.Alimenticios	6.298,82	1.070,80	
293	10/9/2001	Voga Atacadista de Gen.Alimenticios	4.750,00	807,50	

- a) Embora tenha havido indicação incorreta do nome do emitente das notas fiscais nºs 104 e 110, sendo consignado o nome da empresa Parmalat quando o correto é Comercial Aremebepe Ltda, mesmo assim, não vejo como acatar os documentos fiscais apresentados na defesa (fls. 174 e 175), pois a firma emitente é inexistente conforme comprovam as pesquisas no banco de dados da SEFAZ constantes às fls. 238 a 240.
- b) Quanto às notas fiscais nºs 286 (Frigorífico Pólo); e 25, 43, 45, 54, 72, 77, 91, 94, 99, 111, 112, 116, 120, 147, 148, 155, 180, 183, 185 e 204 (FIK), (docs. fls. 177 a 204), considerando que o autuado trouxe cópias das mesmas, devem ser excluídas da exigência fiscal. As notas fiscais nºs 423 e 426 (Trolux), devem ser mantidas, tendo em vista que o cancelamento da inscrição cadastral do emitente ocorreu em 11/08/99 (doc. fl. 133), data anterior à emissão das notas fiscais. A NF 993 (Life) o cancelamento da inscrição ocorreu em 13/06/2000 (fl. 135), após a emissão da nota fiscal, o que justifica a exclusão da exigência fiscal.
- c) Quanto aos demais documentos fiscais, verifica-se no quadro acima que o autuado não apresentou nenhum elemento de prova de suas existências. Portanto, a questão deve ser examinada exclusivamente levando-se em conta a falta de apresentação das respectivas notas fiscais, independente se na data de emissão as empresas emitentes estavam ou não canceladas. Quando um contribuinte adquire mercadorias de outro contribuinte, é certo que o ICMS já está embutido no preço da mercadoria, na sendo lícito exigir do comprador, que recolha novamente o tributo, que ele pagara ao adquirir a mercadoria, sob pena, de semelhante exigência ofender o princípio da não-cumulatividade. Porém, nos casos de aquisições de mercadorias de empresa em situação irregular, considera-se nos termos da legislação tributária que os documentos são inidôneos, tornando necessária a comprovação, de modo a confirmar que ocorreu uma operação mercantil. Uma das provas aceitas é a comprovação dos pagamentos das faturas. Neste caso, para que fosse avaliada a possibilidade de acatar os pagamentos como documentos efetivos da realização de uma operação comercial, o contribuinte autuado deveria ter apresentado juntamente a tais provas as cópias dos respectivos documentos. Como não foram apresentadas as cópias dos respectivos documentos fiscais, deve ser mantida a exigência fiscal em relação a tais documentos, pois o direito a apropriação de crédito fiscal condiciona-se à existência do respectivo documento fiscal.

ESTABELECIMENTOS ENQUADRADOS COMO MICROEMPRESA COMERCIAL

NF Nº	DATA	EMITENTE	VALOR	ICMS
14	5/7/2000	Canal Coml.Andrade de Alimentos	2.650,00	450,50
109	12/10/2000	Canal Coml.Andrade de Alimentos	500,00	85,00

136	3/11/2000	Dantas Dist.de Alimentos e Descart.	1.261,00	214,37
152	3/1/2001	Dantas Dist.de Alimentos e Descart.	7.670,00	1.303,90
159	11/1/2001	Dantas Dist.de Alimentos e Descart.	8.827,10	1.500,61
180	5/2/2001	Dantas Dist.de Alimentos e Descart.	6.200,00	1.054,00
187	15/2/2001	Dantas Dist.de Alimentos e Descart.	1.208,00	205,36
42	4/12/2001	Dantas Dist.de Alimentos e Descart.	5.000,00	850,00
47	11/12/2001	Dantas Dist.de Alimentos e Descart.	4.514,00	767,38
922	2/10/2000	Descart & Limp.Comercia Ltda	3.604,80	612,82
931	9/10/2000	Descart & Limp.Comercia Ltda	4.565,00	776,05
30	20/11/2001	MC Mercantil Atacad.de Alimentos	4.250,65	722,61
55	16/1/2002	MC Mercantil Atacad.de Alimentos	3.925,65	667,36
58	6/2/2002	MC Mercantil Atacad.de Alimentos	8.935,30	1.519,00
65	3/7/2002	MC Mercantil Atacad.de Alimentos	7.500,00	1.275,00
282	8/3/1999	MSM Com.de Alimentos Ltda	8.500,00	1.445,00
281	8/3/2009	MSM Com.de Alimentos Ltda	9.775,00	1.661,75

No tocante ao aproveitamento de crédito fiscal originado de microempresa comercial, através das notas fiscais relacionadas no quadro acima, os documentos às fls. 127, 129, 130, 132 e 141, referentes a consultas do INC – Informações do Contribuinte do banco de dados da SEFAZ, comprovam que realmente as citadas firmas eram optantes pelo Regime do Simbahia, vedada a utilização de crédito fiscal nos documentos fiscais por elas emitidos, a teor do que dispõe o artigo 97, VII, do RICMS/97.

ESTABELECIMENTOS COM INSCRIÇÃO ESTADUAL INEXISTENTE

NF N°	DATA	EMITENTE	VALOR	ICMS	SITUAÇÃO
125	16/04/1999	Comercial Arembepe Ltda	3.240,00	550,80	4
15	03/08/2001	Berger Com. Aliment. Ltda	6.960,00	1.183,20	4
23	10/08/2001	Berger Com. Aliment. Ltda	5.253,00	893,01	4
18	08/10/2001	Berger Com. Aliment. Ltda	6.303,60	1.071,61	4
41	05/11/2001	Berger Com. Aliment. Ltda	5.740,00	975,80	4

Quanto aos créditos fiscais apropriados através das notas fiscais descritas no quadro acima, tendo em vista que se tratam de empresas não inscritas no cadastro fazendário da SEFAZ, por isso, os créditos fiscais são indevidos.

ESTABELECIMENTOS COM INSCRIÇÃO ESTADUAL CANCELADA

NF N°	EMISSÃO	EMITENTE	VALOR	C.FISCAL	DATA CANC.	DOC.FL.
1426	18/10/99	Prefixo Com. De Alimentos Ltda	1.080,00	183,60	27/04/99	131
1432	22/10/99	Prefixo Com. De Alimentos Ltda	1.000,00	170,00	27/04/99	131
1436	25/10/99	Prefixo Com. De Alimentos Ltda	1.060,00	180,20	27/04/99	131
1441	29/10/99	Prefixo Com. De Alimentos Ltda	943,67	160,42	27/04/99	131
219	12/02/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	4.100,00	697,00	12/07/00	138
225	19/02/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	6.140,00	1.043,80	12/07/00	138
234	08/03/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	8.550,00	1.453,50	12/07/00	138
236	12/03/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	8.150,00	1.385,50	12/07/00	138
244	19/03/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	7.300,00	1.241,00	12/07/00	138
247	23/03/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	1.429,40	243,00	12/07/00	138
258	09/04/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	6.185,00	1.051,45	12/07/00	138
261	10/04/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	6.315,00	1.073,55	12/07/00	138
267	20/04/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	180,00	30,60	12/07/00	138
302	03/07/01	Hort Fruthouse Dist.de Alimentos Ltda	6.280,48	1.067,68	12/07/00	138
667	08/05/01	Verde Brasil Com. e Repres.	5.000,00	850,00	15/08/00	143
672	14/05/01	Verde Brasil Com. e Repres.	6.128,17	1.041,79	15/08/00	143
360	10/07/01	Bass Dist. De Alimentos Ltda]	5.000,00	850,00	23/01/01	139

Os documentos acima foram declarados inidôneos por terem sido emitidos por empresas que se encontravam com suas inscrições cadastrais canceladas nas datas assinaladas no quadro acima, conforme atestam os extratos das pesquisas constantes às fls. 131, 138, 139 e 143.

Necessário salientar que a inidoneidade documental decorre da consumação de qualquer uma das hipóteses previstas na legislação tributária notadamente aquelas elencadas nos incisos I a VII do artigo 209, do RICMS/97.

De acordo com o artigo 209, VII, “a” e “b”, do RICMS/97, considera-se inidôneo o documento fiscal que for emitido por contribuinte que não esteja mais em funcionamento ou com sua inscrição estadual em situação irregular (suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada) perante o fisco de sua jurisdição fiscal.

Desse modo, restando constatada qualquer uma das circunstâncias mencionadas, configura-se, no mundo jurídico, a inidoneidade do documento, para produzir os efeitos que lhes são próprios, ou mais precisamente, segundo a regra inserida na alínea “b” do § VII do artigo 209 do RICMS/97, em sendo constatada a utilização de crédito fiscal oriundo de empresa irregular no cadastro fazendário, deve ser considerada inidoneidade do documento fiscal.

Por conseguinte, na minha opinião ainda que o Ato Declaratório tivesse sido publicado em data posterior à da emissão do documento fiscal, a ocorrência (cancelamento) atesta que o documento fiscal já nascera inquinado de vício substancial insanável, característica que lhe retira toda a eficácia e validade para gerar crédito fiscal. Entendo que a publicação do ato cancelando a inscrição, tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo no DO, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

Impende salientar que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, não está condicionado ao simples destaque na nota fiscal, mas sim a idoneidade do documento fiscal, sendo que, na espécie, este direito somente poderia ser restabelecido com a prova de regularidade cadastral do emitente, pelo menos é assim que disciplina o RICMS/BA, e no caso presente restou evidenciado que os citados contribuintes se encontravam com suas inscrições canceladas.

Apesar de ser esse o meu entendimento, contudo, considerando a disposição regulamentar do artigo 172, do RICMS/97, que reza: “a exclusão de contribuinte do Cadastro só produzirá efeitos legais após a publicação do respectivo edital no Diário Oficial do Estado, com indicação do número de inscrição, do nome, razão social ou denominação do contribuinte...”, para o deslinde da questão, deve ser examinado se os cancelamentos ocorreram antes da emissão dos documentos fiscais, e se foram precedidos de editais conforme arguido na defesa pelo autuado.

No caso do cancelamento das inscrições das empresas Prefixo Comercial de Alimentos Ltda (IE nº 49304875); Hortfrut House Distribuidora de Alimentos Ltda (IE nº 43431401); Verde Brasil Com. e Representações (IE nº 40660672); e Bass Distribuidora de Alimentos Ltda (IE nº 53514840), conforme consta registrado no sistema de informações da SEFAZ, os cancelamentos ocorreram em datas anteriores à emissão dos documentos fiscais, e foram devidamente precedidos dos editais conforme quadro abaixo, sendo facultado aos contribuintes supras, a regularizar suas inscrições no prazo de vinte dias previsto no RICMS.

FIRMA	INSC.EST.Nº	INTIMAÇÃO		CANCELAMENTO	
		EDITAL	DATA	EDITAL	DATA
PREFIXO	49.304.875	12/99	5/4/1999	14/99	27/4/1999
HORTFRUT HOUSE	43.431.401	12/01	9/1/2001	52/01	6/2/2001
VERDE BRASIL	49.660.672	28/00	18/7/2000	32/00	15/8/2000
BASS	53.514.840	57/00	27/12/2000	32/01	23/1/2001

Estando o procedimento fiscal respaldado no artigo 209, VII, ‘b”, do RICMS/97, mantendo este item da autuação, com as correções referentes aos documentos fiscais apresentados pelo autuado, resultando na diminuição do débito para a cifra de R\$ 49.903,89.

Finalmente, quanto a infração 02, a exigência fiscal refere-se a recolhimento a menos do imposto em decorrência de omissão de saídas em razão da falta de inclusão na base de cálculo das saídas correspondentes às vendas, transferências e devoluções, com ou sem débito do imposto, conforme previsto no artigo 743, § 1º, do RICMS/97.

Analizando a alegação defensiva de decadência dos créditos tributários relativos ao período de janeiro a março de 1999, observo que não assiste razão ao autuado, pois o parágrafo único do artigo 173, do CTN, deixa claro que o prazo definitivo para constituição do crédito tributário extingue-se após cinco anos contado da data em que tenha sido iniciada a referida constituição pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. No caso presente, o lançamento de ofício foi constituído a partir da ciência do Auto de Infração no dia 14/04/2004, e desse modo, o primeiro dia do exercício seguinte foi 01/01/2000, contando daí o prazo decadencial, **não ocorrendo**, assim, a alegada decadência do crédito tributário.

Quanto ao argumento defensivo de que por ser usuário de máquina registradora, cujas operações são todas consideradas como vendas à vista à alíquota de 17%, sendo feito o estorno de débito com base nas entradas mais o TVA correspondentes às operações de saídas por transferências e devoluções de compras de mercadorias isentas e/ou substituídas, observo que realmente nos termos do artigo 743 do RICMS/97, é esse o procedimento correto para o estorno de débito para as citadas operações.

Noutras palavras, para fins de estorno de débito devem ser consideradas tributadas todas as operações ocorridas através da máquina registradora mais as saídas através de notas fiscais, e sobre esse montante deve ser feito o estorno de débito das mercadorias isentas e/ou substituídas, tomando por base as entradas dessas acrescidas do TVA equivalente ao resultado da conta mercadorias do último balanço ou exercício.

No caso, a acusação é de que não foram incluídas juntamente com as operações da máquina registradora as operações de transferências e devoluções para fins de cálculo mensal do imposto, nos meses de janeiro a agosto de 1999, conforme demonstrativo à fl. 144.

Na defesa fiscal, o autuado alegou que não houve qualquer omissão de saídas tributadas em decorrência da não tributação na base de cálculo do imposto das saídas por transferências ou devoluções, pois, se fosse feito o estorno de débito dessas operações estaria aplicando o TVA sobre as compras brutas e não líquidas. Equivocou-se o autuado, pois o cálculo do TVA sobre a conta Mercadorias do ano anterior serve apenas ser determinada a base de cálculo do estorno das mercadorias isentas e/ou enquadradas no regime de substituição tributária.

A legislação tributária prevê que é assegurado ao contribuinte impugnar o lançamento tributário apresentando as provas que tiver acerca de suas alegações (**art.** do RPAF/99). Considerando que o autuado não apresentou qualquer prova para elidir a acusação fiscal, inclusive de modo a ser examinada a possibilidade de ser feita uma revisão fiscal, considero caracterizada a infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$52.736,34, conforme demonstrativo de débito da infração modificado conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	Item
31/1/1999	9/2/1999	21.186,53	17	150	3.601,71	1
28/2/1999	9/3/1999	4.342,65	17	150	738,25	1
31/3/1999	9/4/1999	18.275,00	17	150	3.106,75	1
30/4/1999	9/5/1999	3.240,00	17	150	550,80	1
31/5/1999	9/6/1999	9.275,00	17	150	1.576,75	1
31/7/1999	9/8/1999	13.042,00	17	150	2.217,14	1
31/8/1999	9/9/1999	7.647,00	17	150	1.299,99	1
30/9/1999	9/10/1999	6.065,00	17	150	1.031,05	1
31/10/1999	9/11/1999	4.083,71	17	150	694,23	1
31/3/2000	9/4/2000	12.338,00	17	150	2.097,46	1
30/4/2000	9/5/2000	-	17	150	-	1
31/7/2000	9/8/2000	2.650,00	17	150	450,50	1
31/8/2000	9/9/2000	5.850,00	17	150	994,50	1
31/10/2000	9/11/2000	8.669,82	17	150	1.473,87	1
30/11/2000	9/12/2000	8.181,00	17	150	1.390,77	1
31/12/2000	9/1/2001	2.941,18	17	150	500,00	1
31/1/2001	9/2/2001	16.497,12	17	150	2.804,51	1
28/2/2001	9/3/2001	17.648,00	17	150	3.000,16	1
31/3/2001	9/4/2001	25.429,41	17	150	4.323,00	1
30/4/2001	9/5/2001	12.680,00	17	150	2.155,60	1
31/5/2001	9/6/2001	11.128,12	17	150	1.891,78	1
31/7/2001	9/7/2001	11.280,53	17	150	1.917,69	1
31/8/2001	9/9/2001	12.213,00	17	150	2.076,21	1
30/9/2001	9/10/2001	11.048,82	17	150	1.878,30	1
31/10/2001	9/11/2001	6.303,59	17	150	1.071,61	1
30/11/2001	9/12/2001	9.990,65	17	150	1.698,41	1
31/12/2001	9/1/2002	9.514,00	17	150	1.617,38	1
31/1/2002	9/2/2002	3.925,65	17	150	667,36	1
28/2/2002	9/3/2002	8.935,29	17	150	1.519,00	1
31/3/2002	9/4/2002	-	17	150	-	1
30/4/2002	9/5/2002	1.671,24	17	150	284,11	1
31/5/2002	9/6/2002	-	17	150	-	1
30/6/2002	9/7/2002	-	17	150	-	1
31/7/2002	9/8/2002	7.500,00	17	150	1.275,00	1
31/8/2002	9/9/2002	-	17	150	-	1
30/9/2002	9/10/2002	-	17	150	-	1
31/10/2002	9/11/2002	-	17	150	-	1
30/11/2002	9/12/2002	-	17	150	-	1
				TOTAL DO DÉBITO	49.903,89	

VOTO DISCORDANTE – ITEM 1º (PARTE)

Na defesa foi feita a transcrição de voto que proferi no julgamento do Auto de Infração nº 232849.0007/99-6, do qual fui o relator, resultando no Acórdão JJF Nº 2076/00.

No presente caso, reporto-me ao item 1º do Auto de Infração, que diz respeito à glosa de crédito fiscal por uma série de motivos: falta de exibição de documentos, aquisições feitas a microempresas, documentos fiscais emitidos por empresas tidas como inexistentes ou com inscrição cancelada. A rigor, o ideal seria que a glosa do crédito tivesse sido autuada em itens distintos do Auto de Infração, a fim de facilitar o deslinde das questões, haja vista que se trata de imputações heterogêneas.

Noto que o nobre Relator, em seu voto, fez a separação, em demonstrativos claros e precisos, das diversas situações envolvidas no item 1º.

Neste voto, limito-me a comentar a glosa do crédito relativo a Notas Fiscais cujos emitentes se encontravam com a inscrição cadastral cancelada. Quanto aos demais aspectos, acompanho o voto do nobre Relator.

A glosa de crédito fiscal por mera suspeição de inidoneidade de documento fiscal, sem que se proceda à averiguação do fato, fere o princípio da não-cumulatividade.

Para que um documento seja considerado inidôneo, é preciso que as irregularidades sejam de tal ordem que o tornem imprestável para os fins a que se destine. No caso em exame, não há a mais mínima prova nos autos de que o imposto a que se referem os documentos em apreço não tenha sido pago. O crédito foi cancelado simplesmente porque a inscrição do emitente estava cancelada. Ora, mesmo que esteja cancelada a inscrição, se o imposto foi pago, o destinatário tem direito ao crédito. O remetente não precisa sequer ser inscrito...

Aparentemente, a glosa do crédito neste caso teria amparo nos arts. 91 e 92 do RICMS. Ocorre que não se pode interpretar a legislação concentrando a leitura num dispositivo legal, num capítulo, numa lei isoladamente considerada. A interpretação tem de ser feita levando-se em consideração o sistema jurídico como um todo. Mesmo que, em face dos arts. 91 e 92, um documento seja *formalmente* inidôneo, a inidoneidade formal cede diante do objetivo precíprio visado pela lei que é o adimplemento da obrigação. Nesse sentido, prescreve o art. 97, VII, *in verbis*:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte (...) creditar-se do imposto (...):

VII – quando se tratar de documento fiscal falso ou inidôneo, nos termos do art. 209 e seu parágrafo único, admitindo-se, porém, a utilização do crédito *depois de sanada a irregularidade*, ou se, *não obstante o vício do documento*, houver comprovação de que o *imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado;*” (o grifo é meu)

Dante de um documento emitido por empresa com a inscrição cadastral cancelada, para ser glosado o crédito do destinatário da mercadoria, a fiscalização tem o dever de, antes, procurar o estabelecimento do emitente, inclusive para evitar que ele continue emitindo documentos irregularmente. Ao checar os documentos emitidos pelo contribuinte cuja inscrição se encontra cancelada, se o fisco averigar que o imposto foi pago, o documento deixa de ser inidôneo – somente se considera inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades sejam de tal ordem que o tornem imprestável aos fins a que se destina. Se o imposto foi pago, o documento, apesar de formalmente irregular, cumpriu a sua finalidade, que é, em última instância, o adimplemento da obrigação tributária, haja vista que as obrigações acessórias são instituídas em função da obrigação principal, da qual são satélites ou meros apêndices.

O mesmo ocorre se, estando em situação irregular o emitente do documento, for ele fiscalizado e autuado. Ao ser lavrado o Auto de Infração, mesmo que o autuado não pague o tributo lançado, o destinatário tem direito ao crédito do imposto destacado nos documentos objeto do Auto de Infração. Quem diz isso é o inciso VII do art. 97, acima transcrito, em sua parte final: admite-se o crédito “se, *não obstante o vício do documento*, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado;” (grifei)

Do exame dos aludidos documentos, conclui-se que os mesmos estão revestidos dos requisitos intrínsecos e extrínsecos previstos na legislação. É impossível, em face dos aludidos documentos, saber se existe alguma irregularidade com os seus emitentes.

Quem tem o dever jurídico de averiguar a regularidade fiscal das empresas é o fisco, e não os particulares. O fisco não pode delegar suas tarefas aos contribuintes para que estes se autofiscalizem.

Que tipo de infração pode estar cometendo o contribuinte que, ao adquirir mercadoria de outro, exige que este emita o documento fiscal correspondente? A resposta é: nenhuma. A menos que se pretenda outorgar ao autuado atribuições de *poder de polícia*, conferindo-lhe poderes para fiscalizar as empresas com as quais estabeleça negócios.

No caso em exame, o autuado, ao efetuar as compras, estando as mercadorias acompanhadas das Notas Fiscais, documentos previstos pela legislação para documentar esse tipo de negócio, agiu de acordo com a lei baiana e as praxes convencionais da atividade comercial, não podendo ser responsabilizado por possíveis infrações cometidas por terceiros. A pena não pode ir além da pessoa do infrator.

Acompanho o voto do nobre Relator, exceto no tocante às Notas Fiscais cujos emitentes se encontravam com a inscrição cadastral cancelada, pois entendo que devam ser refeitos os cálculos, excluindo da glosa do crédito de que trata o item 1º os valores correspondentes aos citados documentos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207348.0001/04-5, lavrado contra **COMERIAL DE ALIMENTOS SUPERMINI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 52.736,34, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 2.832,45; e 150% sobre R\$ 49.903,89, previstas no artigo 42, III e V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE (1º ITEM)

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA