

PROCESSO - A. I. Nº 207348.0001/04-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMERCIAL DE ALIMENTOS SUPERMINI LTDA.
RECORRIDOS - COMERCIAL DE ALIMENTOS SUPERMINI LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0500-02/04
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 19/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0123-12/05

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 TÍTULO 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. Mantidas as decisões. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria em relação à infração 1 e, decisão unânime quanto à infração 2.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0500-02/04 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, e de Recurso de Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento, consoante determina o art. 169, I, “a”, “2”, do RPAF/99.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2004, exige ICMS, no valor de R\$72.553,87, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, no valor 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, conforme documentos às fls. 8 a 143.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$2.832,45, 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 art. 743, § 1º, II, “a” e “b”, do RICMS/97 (docs. fls. 144 a 152).

O autuado apresentou defesa e, em relação à infração 1, acostou fotocópias de diversas notas fiscais e indicou equívocos existentes na autuação.

Quanto à infração 2, suscita a decadência dos créditos exigidos relativamente a fatos geradores ocorridos entre janeiro e março de 1999. Diz que é usuário de PDV, nega que tenha omitido saída de mercadoria tributada e pede revisão do lançamento.

Na informação fiscal, o autuante mantém integralmente a autuação.

O Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$52.736,34.

No voto proferido pelo ilustre relator, a solicitação de diligência foi indeferida, e o pedido de nulidade não foi acolhido.

Quanto ao mérito, a infração 1 foi julgada, em Decisão não unânime, procedente em parte no valor de R\$49.903,89.

No que tange aos documentos fiscais que não tinham sido apresentados durante a fiscalização, foram excluídos do lançamento os valores referentes às notas fiscais apresentadas na defesa. Os débitos relativos às Notas Fiscais nºs 104 e 110, emitidas pela Comercial Areembepe Ltda., e nºs 423 e 426, emitidas pela Trolux, foram mantidos, pois a primeira empresa não existe e a segunda foi cancelada em 11/08/99, tudo conforme documentos acostados às fls. 238 a 240 e 133. Foi mantida a exigência fiscal pertinente às notas fiscais que continuam sem apresentação ao fisco.

Relativamente ao aproveitamento de crédito fiscal originado de microempresa, a exigência fiscal foi mantida, sob o argumento de que as empresas estavam enquadradas no SimBahia, e que o art. 97, VII, do RICMS-BA/97, veda a utilização do crédito fiscal em questão.

No tocante aos créditos fiscais referentes a estabelecimentos estaduais inexistentes, a exigência fiscal foi mantida, sob a fundamentação de que restou comprovado que as empresas não existiam e que, portanto, eram indevidos os créditos fiscais.

Quanto aos créditos decorrentes de documentos emitidos por estabelecimentos com a inscrição cadastral cancelada, a exigência fiscal foi mantida. Entendeu a Junta de Julgamento, em Decisão não unânime, que os documentos em questão são inidôneos, nos termos do art. 209, VII, “a” e “b”, do RICMS-BA/97. Diz que a publicação do cancelamento tem apenas o condão de atestar uma situação que não é nova e que já nasce com a emissão do documento fiscal.

Em relação à infração 2, o ilustre relator afastou a alegação de decadência e, no mérito, manteve a exigência fiscal, argumentando que o autuado estava, por força do disposto no art. 743, § 1º, do RICMS-BA/97, obrigado a adicionar às saídas efetuadas por meio de máquina registradora as transferências e devoluções efetuadas através notas fiscais.

Por divergir do posicionamento do relator quanto a uma parte da infração 1, o julgador Dr. José Bezerra Lima Irmão, em relação à glosa de créditos pertinentes a notas fiscais cujos emitentes estavam com a inscrição cancelada, proferiu voto discordante.

Nesse voto discordante, o ilustre julgador afirma que a glosa de crédito fiscal com base em mera suspeição de inidoneidade fere o princípio da não-cumulatividade. Frisa que para um documento fiscal ser considerado inidôneo, é necessário que a irregularidade seja de tal ordem que o torne imprestável aos fins a que se destine. Diz que, mesmo estando cancelada a inscrição cadastral do emissor do documento, o crédito fiscal será válido, caso fique provado que o imposto foi pago. Após afirmar que a legislação deve ser interpretada de forma sistêmica, o julgador diz que mesmo sendo um documento fiscal inidôneo, a inidoneidade cede diante do objetivo precípua visado pela lei que é o adimplemento da obrigação. Frisa que se o imposto foi pago ou lançado, o documento fiscal, apesar de formalmente irregular, cumpriu a sua finalidade e, portanto, é correta a utilização do crédito fiscal correspondente. Assegura que os documentos fiscais estão revestidos dos requisitos intrínsecos e extrínsecos previstos na legislação. Ressalta que cabe à Secretaria da Fazenda fiscalizar as empresa e essa tarefa não pode ser transferida para os contribuintes. Ao finalizar, diz que acompanha o voto do relator, exceto no que tange às notas fiscais cujos emitentes se encontram com a inscrição cancelada.

A 2ª JF recorreu de ofício de sua Decisão para uma das Câmaras deste CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, “2”, do RPAF/99.

Inconformado com o resultado do julgamento, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde alega que a Decisão recorrida merece ser revista.

Relativamente à infração 1, o recorrente diz que os créditos fiscais em questão são legais e que o Fisco não pode desqualificá-los, sob pena de violar o princípio da não-cumulatividade. Transcreve trecho do voto discordante proferido pelo Dr. José Bezerra Lima Irmão, cujo conteúdo diz que passa a integrar o presente Recurso Voluntário. Afirma que se alguma irregularidade cometeram as empresas arroladas na autuação, especialmente se estavam canceladas ou se eram inexistentes, tais fatos não são suficientes para vedar o direito de utilização dos créditos fiscais. Frisa que, nas operações realizadas, os fornecedores se apresentaram como negociantes normais, munidos da documentação fiscal aparentemente regular, sem vício formal identificável à primeira vista. Ressalta que apesar de o RICMS-BA prevê que *“o cancelamento será precedido de intimação por edital, publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e fixando o prazo de 20 dias para regularização”*, não há nos autos prova nesse sentido. Transcreve trechos do Acórdão JF N° 2076/00, para embasar sua alegação referente a contribuintes com inscrição cancelada.

Quanto à infração 2, o recorrente reitera as suas alegações pertinentes à decadência de parte dos valores exigidos na autuação. Explica que a notificação do lançamento ocorreu em 14/04/04 e, portanto, os fatos geradores ocorridos em 31/02/99, 28/02/99 e 31/03/99 já estavam decaídos. Diz que o termo inicial do prazo decadencial é o dia da ocorrência do fato gerador, conforme o art. 150, § 4º, do CTN. Alega que esse é o entendimento do Judiciário e, como prova, transcreve ementas de decisões proferidas pelo STJ.

No que tange ao período não abrangido pela decadência, alega que a 2ª JF não acolheu o pedido de diligência, criando uma incerteza e insegurança quanto a essa parte do lançamento, especialmente porque pode estar sendo cobrado imposto em duplicidade. Ao finalizar, solicita a Nulidade ou a Improcedência das infrações arroladas no lançamento.

A PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, afirma que, em relação à infração 1, cabia ao recorrente provar a realização das operações de circulação de mercadorias, mediante a apresentação das faturas, bem como o recebimento das mercadorias ou de passagem pelos postos fiscais, o que não ficou comprovado nos autos. Sugere que seja encaminhada ao Ministério Público cópia dos documentos acostados ao processo.

Quanto à infração 2, afasta a alegação de decadência, afirmando que, nos lançamentos por homologação, quando o contribuinte não recolhe o tributo antecipadamente, o marco inicial da decadência é o estabelecido no art. 173, I, do CTN. No mérito, diz que a alegação recursal não procede, pois, no período fiscalizado, o recorrente utilizava máquina registradora e, nessa situação, o RICMS-BA vigente à época previa que todos os valores registrados eram considerados como tributáveis. Afirma que, como o recorrente não comprovou a inclusão dos valores em questão na base de cálculo do imposto, não pode ser acolhida a tese recursal. Ao finalizar, opina pelo conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto ao Recurso Voluntário, afasto a solicitação de nulidade do Auto de Infração, pois os valores exigidos estão consignados em demonstrativos, dos quais o recorrente recebeu cópia, e foram obtidos de livros e documentos fiscais apresentados pelo próprio sujeito passivo. O fato de ter a Junta de Julgamento indeferido o pedido de diligência não caracteriza que os valores consignados no lançamento sejam inseguros ou incertos. O Auto de Infração foi lavrado de acordo com a legislação tributária, não havendo qualquer vício formal capaz de inquiná-lo de nulidade. Além disso, as comprovações do cancelamento das empresas estão acostadas às fls. 127 a 143 e 238 a 240 dos autos.

Com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores e, além disso, a diligência seria destinada a verificar fatos cujos elementos probantes estão na posse do recorrente e que poderiam ser acostados ao processo pelo contribuinte.

No mérito, constato que os documentos fiscais apresentados na defesa foram acatados pela 2ª JF, com exceção das Notas Fiscais nºs 104 e 110 (por serem emitidas por empresa inexistente – Comercial Arembepe) e 423 e 426 (por serem emitidas por empresa cancelada – Trolux). Para elidir a parcela remanescente da acusação, cabia ao recorrente apresentar as notas fiscais que faltavam, pois, nos termos do art. 142 do RPAF/99, “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”. Considerando que o recorrente não apresentou nenhuma nota fiscal no Recurso Voluntário interposto, deve ser mantida a Decisão da Junta de Julgamento relativamente às notas fiscais não apresentadas.

No que tange aos créditos fiscais originados de aquisições feitas em microempresa, a Decisão da Junta de Julgamento está correta, pois a legislação tributária estadual veda o destaque de crédito fiscal por parte das microempresas.

Em relação aos créditos fiscais decorrentes de aquisições efetuadas em empresas com inscrição estadual inexistente ou canceladas, a Junta de Julgamento excluiu da autuação o valor referente à Nota Fiscal nº 993, por ter sido emitida antes do cancelamento da inscrição. Os demais valores foram mantidos. Ressalto que em relação a essa parte da infração 1 a Decisão da Primeira Instância não foi unânime

Com o devido respeito ao posicionamento do relator do voto discordante, entendo que foi correta a Decisão tomada pela maioria da 2ª JF, pois, nos termos do art. 209, VII, “a” e “b”, do RICMS-BA/97, as notas fiscais emitidas por empresas canceladas ou não inscritas são consideradas inidôneas, fazendo provas apenas a favor do fisco.

Efetivamente, a simples inidoneidade dos documentos fiscais não determina a total impossibilidade de aproveitamento dos créditos fiscais em questão. Porém, para que o recorrente pudesse utilizar esses créditos fiscais, ele deveria comprovar, de forma cabal, que a operação de circulação de mercadoria ocorreu e que ele arcou com o ônus do imposto.

O Dr. José Bezerra Lima Irmão, em seu voto discordante declara com muita propriedade que “[...] a inidoneidade formal cede diante do objetivo precípuo visado pela lei que é o adimplemento da obrigação”. Todavia, não se pode olvidar que, no caso em lide, não restou comprovado que o recorrente tenha arcado com o ônus do tributo, que a operação de circulação de mercadoria ocorreu ou que o tributo tenha sido lançado pelo vendedor ou pelo fisco.

De acordo com o art. 142, I, do RICMS-BA/97, os contribuintes do ICMS têm a obrigação tributária acessória de exigir dos outros contribuintes, nas operações que com ele realizar, a exibição do Cartão de Inscrição (conforme a redação vigente até 29/09/01) e do Documento de Identificação Eletrônica (segundo a redação atual). Além disso, o cancelamento de inscrição cadastral é um ato publicado no Diário Oficial do Estado e, conforme já dito na preliminar de nulidade, as comprovações dos cancelamentos estão acostadas às fls. 127 a 143 e 238 a 240.

Em face do comentado acima, considero que foi correta a Decisão da Primeira Instância relativamente à infração 1.

Quanto à infração 2, saliento que as questões pertinentes à insegurança de valores e à solicitação de diligência, por serem questões comuns às duas infrações, já foram apreciadas e afastadas no início deste voto.

Relativamente à questão da decadência de parte da infração 2, ressalto que a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA).

A homologação tácita prevista no art. 150, § 4º, do CTN só ocorre se o imposto tiver sido lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em lide, não houve o lançamento por homologação, e sim, o lançamento de ofício, portanto, não se pode aplicar o previsto no art. 150, § 4º, do CTN, como pleiteia o recorrente. Saliento que esse

entendimento está em perfeita consonância com as decisões do STJ citadas pelo recorrente, pois elas expressamente ressalvam que quando o imposto não for pago antecipadamente, será aplicado o disposto no art. 173, inc. I, do CTN.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 1999, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/04 para constituir o crédito tributário. No caso em tela, o crédito tributário foi constituído em 31/03/04, portanto, ainda não tinha se operado a alegada decadência.

Quanto ao mérito, constato que o recorrente, por ser usuário de máquina registradora na época da ocorrência dos fatos geradores, estava obrigado a incluir na base de cálculo do imposto as saídas por transferência e por devolução efetuadas com a emissão de notas fiscais, o que não foi feito. No Recurso Voluntário, o recorrente não traz elemento probante capaz de elidir a exigência fiscal. Desse modo, a infração está caracterizada e foi correta a Decisão da Junta de Julgamento.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Relativamente ao Recurso de Ofício, o qual trata da infração 1, a qual foi julgada procedente em parte em uma Decisão não unânime, o meu posicionamento é o seguinte.

Na exigência fiscal em tela, a Fazenda Pública Estadual sucumbiu relativamente aos valores referentes a créditos fiscais destacados em documentos fiscais que foram apresentados pelo sujeito passivo ou que foram emitidos antes do cancelamento da inscrição cadastral da empresa emissora. A exclusão da autuação dos valores pertinente a esses créditos fiscais foi correta, pois se encontra respaldada na legislação tributária estadual e em documentação probante acostada ao processo pelo recorrido.

Pelo exposto acima, considero que a parte sucumbente do lançamento tributário não cabe nenhum reparo e, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade quanto à infração 2 e por maioria quanto à infração 1, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207348.0001/04-5, lavrado contra **COMERIAL DE ALIMENTOS SUPERMINI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$52.736,34**, sendo R\$24.056,22, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$2.832,45 e 150% sobre R\$21.223,77, previstas no art. 42, III e V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais R\$28.680,12, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “b”, da referida lei, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Hilton de Souza Cruz e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, José Antonio Marques Ribeiro e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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