

A. I. Nº - 206878.0003/05-5
AUTUADO - PROQUÍMICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGENIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 08.11.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0404-02/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. **d)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. A legislação tributária estadual veda expressamente o aproveitamento de crédito fiscal nestas situações, estando todas as ocorrências comprovadas, notadamente que as notas fiscais eram inidôneas. Infrações caracterizadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2005, exige o ICMS no valor total de R\$ 366.817,61, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 360.697,83, no período de janeiro de 2000 a setembro de 2001, através de documentos fiscais falsos ou inidôneos, emitidos pelo contribuinte Vendaval Comércio e Representações Ltda, com Inscrição Estadual nº 28.193.8228 cancelada desde 16/06/1988, conforme demonstrativos e documentos às fls. 15 a 73.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 456,74, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de março de 2000, janeiro e setembro de 2001, conforme demonstrativos e documentos às fls. 74 a 77.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 430,39, em decorrência de destaque do imposto a maior nos documentos fiscais, no período de janeiro de 2000 a novembro de 2001, conforme demonstrativos e documentos às fls. 78 a 114.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 1.065,58, referente à aquisição de material para uso e consumo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos às fls. 115 a 142.
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a março, maio e junho de 2000, conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais constantes às fls. 143 a 162, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 4.167,07, equivalente a 10% sobre o valor das mercadorias.

O autuado representado por advogado legalmente constituído apresentou defesa tempestiva, suscitando, preliminarmente, a nulidade da infração 01, sob o argumento de que lhe falta elementos essenciais à sua formação, qual seja, o edital de cancelamento da inscrição estadual nº 28.193.822, pertencente à empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda. Ressalta que não existindo a comprovação do cumprimento, pelo Estado, do princípio da publicidade, o cancelamento levado a efeito não acarreta efeitos contra terceiros.

Citou a jurisprudência do CONSEF através do Acórdão JJF nº 0117/99 (5ª JJF) e Resolução nº 4593/98 (3ª Câmara), correspondente a créditos indevidos através de documento inidôneo em nome de empresas com inscrição cancelada.

Advoga a tese de que para não ser admitido o crédito fiscal torna-se necessária além da descaracterização da operação mercantil, que seja publicado edital de cancelamento constando clara e expressamente os dados do contribuinte em situação irregular.

No caso, aduz que não existe no processo, ou não lhe foi oferecido o edital de cancelamento da inscrição estadual do contribuinte acima citado, ficando obstado de apreciação do mérito.

Ainda em preliminar, argüi a ilegitimidade passiva da empresa, sob o fundamento de que comprou e pagou os produtos constantes nos documentos fiscais, cujo ICMS utilizado como crédito fiscal está contido nos preços suportados, e em obediência ao princípio da não-cumulatividade.

Analizando o mérito, o defendanté argüi a decadência do direito de constituição do crédito tributário das parcelas relativas ao exercício de 2000 que antecederam o início da fiscalização, com fulcro no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, entendendo que, por ser o ICMS um imposto por homologação, a regra aplicável, segundo a doutrina e a jurisprudência, é a do artigo 150, § 4º, do CTN, que preconiza o interstício de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, que no caso, deve ser contado a partir da entrada da mercadoria no registro fiscal.

Prosseguindo, diz que os efeitos do cancelamento fundamentados na inidoneidade dos documentos fiscais no artigo 97, VII e no artigo 209, VII, “b”, do RICMS/97, só atingem o contribuinte que os emitiu. Por outro lado, aduz que não foi cumprido o artigo 97, VII, que prevê a possibilidade de manutenção do crédito se não houver comprovação de que o imposto não foi recolhido.

Salienta que as operações constantes nos documentos fiscais foram efetivamente realizadas, e se acaso o imposto foi sonegado deve ser exigido do emitente das notas fiscais, pois, sustenta que não lhe cabe o poder de fiscalização.

Com relação a infração 05, também foi alegada a decadência dos fatos geradores relativos ao ano de 2000, e que ficou impedido de exercer o seu direito de defesa em razão de não ter recebido cópia dos documentos que compõe a acusação fiscal.

Foram reconhecidos os débitos referentes às infrações 02, 03 e 04, tendo apresentado às fls. 287 a 290, requerimento para parcelamento do débito inerente a tais infrações, e o DAE no valor de R\$ 212,93 (valor principal) correspondente a parcela inicial do referido parcelamento.

Ao final, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada posterior de documentos, e requer que o Auto de infração seja julgado nulo ou improcedente na parte impugnada.

Na informação fiscal às fls. 295 a 297, o autuante esclareceu que:

1. O cancelamento da inscrição estadual nº 23.193.822, pertencente à empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda, ocorreu na vigência do Regulamento do ICM, aprovado pelo Decreto nº 28.593, de 30/12/1981, no qual, estava previsto no artigo 33 que a inscrição estadual tornava-se

automaticamente cancelada findo o prazo de regularização constante no Edital de Suspensão da Inscrição no CABASI.

No caso, informa que o Edital de Suspensão de Inscrição no CABASI nº 19/88 da empresa citada, foi despachado pelo Diretor de Administração Tributária e publicado no Diário Oficial do Estado de 16/03/1988, fls. 22 a 24, no Caderno do Poder Executivo, nos seguintes termos: “ O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e tendo em vista o não comparecimento na respectiva Inspetoria da Fazenda, dos contribuintes intimados para regularizarem suas situações cadastrais e, com fundamento na legislação em vigor, resolve SUSPENDER pelo prazo de 03 (três) meses a contar da data da publicação do presente Edital, as inscrições abaixo relacionadas, ficando consequentemente inidôneos, os documentos fiscais emitidos no período da Suspensão.

INSCRIÇÃO RAZÃO SOCIAL/ENDEREÇO

...23.193.822 VENDAVAL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RUA CARLOS GOMES, 187 – SALA 56-e – SÃO PEDRO
SALVADOR – BA”.

Destaca que ao completar em 16/06/1988, o prazo de 03 (três) meses contados da data da publicação do referido edital, a inscrição foi definitivamente cancelada, o que torna insubstancial a alegação de inexistência da comprovação do cumprimento pelo Estado do princípio da publicidade.

Assevera que os documentos fiscais emitidos pela empresa citada são inidôneos por se encontrar com sua inscrição cancelada, bem como, por não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, conforme artigo 209, inciso II, do RICMS/97, pois as autorizações para impressão de documentos fiscais (AIDFS) nº 06420022351998 (de 10/10/1999) e nº 06420031982000 (de 11/05/2000), constantes no rodapé das notas fiscais às fls. 23 a 73 do PAF são fictícias.

Quanto a argüição de decadência, o autuante transcreveu o artigo 965, incisos I e II, e o artigo 90, do RICMS/97, para mostrar que a tese levantada na defesa não procede.

Sobre a infração 05, o autuante explicou que a multa foi aplicada em razão da falta de lançamento na escrita fiscal das notas fiscais relacionadas no Demonstrativo 5, e que a tese de decadência já foi rechaçada na infração anterior. Quanto ao argumento da falta de recebimento dos demonstrativos que embasam este item, o preposto fiscal informa que o autuado assinou o recebimento das cópias de todos os documentos arrolados no demonstrativo, conforme atestam as fls. 143 a 145 do PAF.

Manteve integralmente sua ação fiscal.

VOTO

Inicialmente, afasto todas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pois o presente lançamento foi efetuado em conformidade com os dispositivos legais pertinentes, sendo observados os princípios da legalidade e da tipicidade.

Quanto a argüição de decadência do crédito tributário, relativo aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, 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 contados 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 08/07/05, e desse modo, o primeiro dia do exercício seguinte foi 01/01/2000, contando daí o prazo decadencial, incorrendo, assim, a alegada decadência do crédito tributário, nos termos

artigo 965, I, do RICMS/97. Do que se conclui que o direito de o Estado constituir o crédito tributário, mediante o lançamento, ainda não estava decaído.

No lançamento em lide, o autuado teve todas as condições de exercer o seu direito a ampla defesa e do contraditório, cuja infração impugnada, notadamente a infração 01, as preliminares de nulidades (falta de elementos essenciais à formação do lançamento, e ilegitimidade passiva), se confundem com o mérito da autuação, e serão analisadas conjuntamente.

Disso decorrente, observo que o Auto de Infração não contém nenhum dos vícios elencados no artigo 18 do RPAF/99 que o inquine de nulidade.

Entrando no mérito da lide, da análise das peças e comprovações que integram o processo, constato que as infrações 02, 03 e 04 foram reconhecidas, cujos débitos a elas inerentes o autuado já comprovou o recolhimento conforme documentos às fls. 287 a 290.

Quanto a infração 01, relativa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, através de documentos fiscais considerados inidôneos, por terem sido emitidos pela firma Vendaval Comércio e Representações Ltda, que se encontrava com sua com Inscrição Estadual nº 28.193.822 cancelada desde 16/06/1988, conforme demonstrativos e documentos às fls. 15 a 73.

Por seu turno, o contribuinte não nega que tenha utilizado os créditos fiscais em questão e limita-se a alegar que falta ao lançamento elementos essenciais à sua formação, qual seja, o edital de cancelamento da inscrição estadual nº 28.193.822, pertencente à empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda, e argüi ilegitimidade passiva da empresa, sob o fundamento de que comprou e pagou os produtos constantes nos documentos fiscais, cujo ICMS utilizado como crédito fiscal está contido nos preços suportados, e em obediência ao princípio da não-cumulatividade.

Esta questão já foi objeto de apreciação pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0331-04/04), no qual, com base em diligência fiscal foi informado pela repartição fazendária que a empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda – IE nº 023.193.822, estava cancelada e não possuía autorização de AIDF nº 0642005273897, 0612005271998 e 06420022351998, concluindo serem inidôneas tais autorizações.

Trago para o presente processo as conclusões que serviram de base ao citado Acórdão, cujo voto da Relatora transcrevo abaixo, e tomo para o meu voto.

“Apreciando as preliminares de nulidade suscitadas pelo impugnante, tenho a dizer.

Quando ao prazo decadencial para o Estado exigir o imposto, o seu lançamento foi realizado em 29/12/2003, com ciência do autuado no dia 30/12/2003.

O art. 173, I do CTN, incorporado à Lei Estadual nº 3.956/81 e ao RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que:

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II -

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos aos exercícios de 1998 e 1999, ou seja, os fatos geradores só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2004. Assim, todas as notas fiscais autuadas não podem ser excluídas da autuação.

Quanto ao fato de nos autos não estarem apensados os Editais de Cancelamento das inscrições estaduais das empresas emissoras dos documentos fiscais não é motivo de nulidade do procedimento fiscal. Em primeiro lugar a acusação foi de inidoneidade das notas fiscais, inidoneidade esta que pode ser de diversas ordens. Porém, como a autuante também afirmou no Auto de Infração que o problema também se prendia ao cancelamento das inscrições estaduais das empresas, esta Junta de Julgamento Fiscal solicitou à Repartição Fazendária que eles aos autos fossem anexados, dando a conhecer ao sujeito passivo o resultado desta solicitação. No entanto, volto a frisar, a inidoneidade dos documentos não se deu somente por este motivo. Em sendo assim, nego acolhida a esse argumento.

Em relação a argüição de ilegitimidade passiva do autuado, caso as notas fiscais se caracterizem como inidôneas, pois não as emitiu, mas sim comprou e pagou as mercadorias por elas acobertadas, não possui o condão de descharacterizar a irregularidade. O sujeito passivo, pela legislação tributária estadual, é obrigado a exigir dos que deva emitir-las, de o fazê-lo dentro das normas legais. Se assim não proceder, não poderá utilizar os créditos fiscais a ela atinente, pois nota fiscal inidônea não gera crédito fiscal, a não ser se for comprovado que o imposto nela destacado foi recolhido ou lançado (art. 97, VII, do RICMS/97).

Diante do exposto, passo ao mérito da lide. Os créditos fiscais glosados basearam-se na desclassificação de diversas notas fiscais emitidas pelas empresas Vendaval Comércio e Representações Ltda e Escan Distribuidora Coml e Rep. Ltda, ao longo dos anos de 1998 e 1999, entendidas como falsas ou inidôneas.

Analizando as notas fiscais que serviram de base à autuação constatei as seguintes situações:

Quanto a empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda

1. nas notas fiscais o estabelecimento encontra-se situado à rua Afonso Celso, 447, sala 102, tem como número do CNPJ 13.478.417/0001-06 e IE nº 23.193.822-NO. No cadastro desta Secretaria da Fazenda o contribuinte, com a mesma inscrição estadual e CNPJ registrou que o endereço do seu estabelecimento era a rua Carlos Gomes, 187, sala 56, Edf. Casa Nova no bairro de São Pedro.
2. Sua atividade era o comércio atacadista de tecidos. As notas fiscais foram emitidas para vendas de mercadorias completamente diferentes de sua atividade, tais como: agulhas para cromatografia, cubetas, balão plástico para gás, clip, detector de metais, etc.
3. Pelo sistema informatizado desta Secretaria da Fazenda, a empresa encontra-se cancelada desde 1988 e não 1998 como afirmou o defensor. Embora o edital de cancelamento não tenha sido anexado aos autos, para se ter conhecimento do seu número, este fato não é impeditivo de seus documentos fiscais serem considerados inidôneos, vez que em pesquisa nos arquivos da Inspetoria do Bonocô, nenhuma das AIDF's consignadas nos documentos fiscais foi autorizada pela Secretaria da Fazenda - AIDF's nº 06420052738-97, de 25/10/97, 0612005271998, de 4/6/98 e 06420022351998, de 10/10/98 (fl. 197 dos autos). Ou seja, estes documentos são inidôneos.
4. Também resta provado que do mesmo talonário dito impresso pela autorização nº 06420022351998, de 10/10/98, que consta consignado no documento fiscal como 10/10/99 e impresso em agosto de 1999, o que por si só já comprova a inidoneidade da autorização, a numeração começa com 009300 (fl. 57) e continua com 9303, 9305 (fls. 55/56). Além do mais, documentos fiscais emitidos fora da ordem cronológica, ou seja, o de nº 009300 tem data de 4/11/99, o de nº 9305 emitido em 21/10/99 (fl. 55), 9303, com data de 17/11/99 (fl. 56).

(....)"

Desta forma, considerando que as notas fiscais neste processo foram emitidas no período de janeiro de 2000 a setembro de 2001, período em que a empresa emitente se encontrava com sua

inscrição cadastral cancelada, além do fato da inexistência de autorização para impressão de documentos fiscais, concluo que os documentos fiscais são inidôneos não se prestando para legitimar a apropriação dos créditos fiscais.

Considerando que os documentos fiscais são inidôneos, que o autuado não comprovou o pagamento das aquisições, que não houve o pagamento do imposto destacado nos documentos fiscais, e que não há provas de que as mercadorias entraram no estabelecimento do autuado, entendo que a utilização dos créditos fiscais foi indevida e que a infração ficou caracterizada.

Com relação a infração 05, a acusação fiscal é de que o autuado deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais constantes às fls. 143 a 162, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória.

Trata-se de multa equivalente a 10% sobre o valor de cada documento fiscal não escriturado no Registro de Entradas, relativamente a diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias tributadas, conforme cópias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT (docs. fls. 143 a 162)

Foi argüida na defesa a nulidade deste item sob alegação de que não havia recebido cópias dos documentos fiscais que originaram o lançamento. Não deve ser acatada esta preliminar, pois conforme consta às fls. 143 a 145 do processo, o autuado assinou o recebimento de todos os documentos arrolados no demonstrativo de apuração do débito.

Está previsto no artigo 123 do RPAF/99 que é assegurado ao contribuinte o direito de fazer a sua impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhadas das provas que tiver. Mantendo o lançamento, pois o autuado, a partir do momento que recebeu todos os documentos que fundamentam este item, pode exercer a ampla defesa o e contraditório, porém, limitou-se a argüição de nulidades sem justificativa.

Ante o exposto, voto **PROCEDENTE** o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206878.0003/05-5, lavrado contra **PROQUÍMICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 362.650,55**, sendo R\$ 205.006,41, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 739,34 e 100% sobre R\$ 204.267,07, previstas, respectivamente, no art. 42, VII, “a” e II, “f”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$ 157.644,14, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.213,37 e 100% sobre R\$ 156.430,77, previstas, respectivamente, no art. 42, VII, “a” e II, “f”, da citada lei, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 4.167,07**, prevista no inciso IX do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR