

PROCESSO - A. I. Nº 207158.0007/06-5
RECORRENTE - PLANETA BAHIA BOUTIQUE LTDA. (PLANETA BAHIA)
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JF nº 0109-05/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04/10/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0341-12/07

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. EMITENTE NA SITUAÇÃO CADASTRAL “INAPTO”. Diligência fiscal não comprovou a regularidade das operações, por parte do emitente e do autuado, o que não elide a acusação de que os documentos fiscais eram inidôneos. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da Primeira Instância que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, pois o contribuinte através de advogado legalmente habilitado interpõe visando modificar o resultado do CONSEF.

O lançamento de ofício exige ICMS no valor de R\$4.983,31 acrescido da multa de 100% relativo à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Consta, na descrição dos fatos, que as Notas Fiscais de Entrada de nºs 034, 041, 046, 051 e 052, que geraram o crédito indevido reclamado foram emitidas no período em que o remetente encontrava-se na situação de inapto.

A Primeira Instância determinou a realização de diligência (fl. 58), para que fosse realizada por fiscal estranho ao feito, no sentido de que fosse intimado: o autuado para comprovar o pagamento das operações de compras na empresa BIP e o remetente das mercadorias, para verificar a regularidade do registro das mesmas operações. A diligente no Parecer 14/07 (fl. 60), informou que: os pagamentos referentes às compras com as notas fiscais objeto da autuação, foram efetuados através dos cheques relacionados à fl. 64, conforme cópias dos cheques juntados às fls. 65 a 67 e com relação à regularidade do registro das operações na empresa BIP, diz que não foi possível verificar, pelo fato de que a mesma não mais exerce atividades mercantis. A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 73), tendo o mesmo se manifestado à fl. 76, dizendo que à vista do Parecer exarado pela ASTEC, ratifica os argumentos apresentados na defesa inicial e pela improcedência da autuação.

Em seu voto o Sr. relator diz ter verificado que as Notas Fiscais de nºs 034, 041, 046, 051 e 052, que foram consideradas inidôneas pela fiscalização foram emitidas entre os dias 18/02/05 e 23/03/05 pela empresa BIP Indústria e Comércio de Confecções Ltda, localizada nesta capital, conforme cópias acostadas às fls. 8 a 12. Cópia do livro de Registro de Entradas de Mercadorias (REM), do estabelecimento autuado, juntado à fl. 13, indica que foi creditado no dia 28/06/05, valores de R\$34.770,71 e R\$18.713,72, relativo às Notas Fiscais de nºs 84 e 85, emitidas na mesma data pela empresa BIP Comércio de Confecções Ltda. Na Nota Fiscal de nº 85, cuja cópia foi juntada pelo defendente com a defesa à fl. 50, indica que a mesma foi emitida como nota fiscal complementar, com finalidade apenas de “complementar o ICMS” relativo às Notas Fiscais de nºs 11, 21, 22, 23, 33, 34, 41, 46, 51 e 52. Desta mesma forma o foi grafado no Auto de Infração a utilização indevida de crédito.

Pela análise dos documentos juntados pela autuante às fls. 06 e 07, verificou que o estabelecimento emitente das notas fiscais (BIP), foi intimado para inaptidão em 19/012005 e passou a situação de “inapto” em 14/02/2005, só retornando a situação de “ativo” a partir de 19/05/2005. Portanto, as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas durante o período em que o estabelecimento se encontrava na situação de inapto. Com relação ao resultado da diligência determinada pela Primeira Instância, constatou que: em relação ao que foi solicitado, não foi trazida ao processo qualquer prova de que as operações de venda das mercadorias tenham ocorrido, tendo em vista que o contribuinte não foi encontrado e o diligente não teve acesso a contabilidade da empresa para certificar-se do registro dos documentos fiscais objeto da autuação; relativamente à comprovação dos pagamentos por parte do adquirente, foi juntado apenas cópias de cheque (fls. 65 a 67), sem que tenha comprovado que os mesmos tenha sido descontados pelo destinatário, haja vista que não se fizeram acompanhar dos respectivos extratos bancários. Também não foi comprovado que as duplicatas foram quitadas na rede bancária. Logo, os documentos apresentados não constituem prova de pagamento. Ademais, verificou que na Nota Fiscal de nº 34 (fl. 8), indica faturamento de R\$11.259,65, em três duplicatas com valor de R\$3.753,20, enquanto as cópias de cheques de pagamento relacionado à fl. 64, indica recebimento, mesmo com atraso de três cheques de R\$3.202,07, que não corresponde às duplicatas emitidas. Da mesma forma, a Nota Fiscal de nº 41 (fl. 9), indica emissão de três duplicatas, as duas primeiras no valor de R\$1.177,00 e a última no valor de R\$1.176,50, enquanto foi apresentado apenas uma cópia de cheque correspondente a mesma nota fiscal (fl. 66) no valor de R\$1.765,25. As mesmas inconsistências, se apresentam nas Notas Fiscais de nºs 46, 51 e 52, se comparado os valores às fls. 10 a 12, com a relação ao demonstrativo às fl. 64 e documentos às fls. 65 a 67. Além do mais, embora esta informação não esteja no processo, em consulta ao banco de dados da Secretaria da Fazenda (INC-Informações do Contribuinte), durante o ano de 2005, em que foram escrituradas as notas fiscais da empresa BIP Indústria e Comércio de Confecções Ltda, houve apenas recolhimento no valor de R\$1.606,81, relativo a pagamento de débito inscrito em dívida ativa, honorários judiciais e de parcelamento de débito, o que reforça o indício de que não ocorreu lançamento e pagamento do ICMS das operações das notas fiscais objeto da autuação, cujo crédito foi escriturado pelo defendente.

Em conclusão, considerou que, nesta situação específica, não ficou provado que as notas fiscais foram emitidas e escrituradas pelo fornecedor que se encontrava inapto e nem ficou comprovado o pagamento das compras por parte do adquirente, em relação às mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação. Encerrou seu voto afirmando que devem ser consideradas inidôneas as notas fiscais em comento, haja vista que ficou provado que se trata de operações efetivas de circulação de mercadoria e é ilegítima a apropriação dos créditos fiscais pelo estabelecimento autuado. Votou pela Procedência do Auto de Infração.

O autuado, no Recurso Voluntário apresentado (fls. 95 a 97) através do seu advogado legalmente constituído, repete *ipisi liters* toda a impugnação. Volta, em consequência, a descrever a infração e repetir que não restou outra alternativa a não ser impugnar a exigência fiscal, para reconhecer o direito do uso do crédito fiscal concernentes às notas fiscais objeto da autuação.

Retoma o argumento que de acordo com o art. 31 da Lei nº 7014/96, o direito ao crédito fiscal é assegurado quando realizadas compras de mercadorias acobertadas com o documento fiscal competente, não cabendo ao adquirente perquirir a regularidade cadastral do emitente do documento fiscal, nem a verificação do efetivo recolhimento do imposto pelo alienante. Cita novamente trecho de um texto atribuído ao professor José Eduardo Soares de Melo, acerca do crédito fiscal e não cumulatividade do ICMS, para reforçar o seu entendimento de que se a transação foi realizada com pessoa inscrita no cadastro de contribuinte, é legítima a utilização do crédito fiscal. Volta a mencionar que habitualmente realizava operações comerciais com a sociedade BIP Indústria e Comércio de Confecções Ltda, regularmente inscrita, que foi declarada

suspensa a sua inscrição pelo fisco Estadual, por motivos alheios ao seu conhecimento, no período em que emitiu as notas fiscais contra o estabelecimento autuado.

Ressalta outra vez que o próprio texto da penalidade aplicada (art. 42, IV, “j” da Lei 7.014/96), expressa “*quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei*” e que já vinha realizando habitualmente compras no estabelecimento da empresa BIP e desconhecia a suspensão da inscrição da mesma, e dessa forma, entende que não é tipificada na legislação estadual como situação de vedação de uso de crédito fiscal, da forma que a autoridade administrativa restringe o direito constitucional da não cumulatividade do imposto, sem que esta situação esteja expressa em lei.

Conclui da mesma forma que fez quando da impugnação dizendo que no seu entendimento é insubsistente a exigência fiscal, pelo fato de que é legítimo o direito de uso de crédito do ICMS destacado nas Notas Fiscais de nº 034, 041, 046, 051 e 052, tendo em vista que preenchia todos os aspectos formais e revelaram-se idôneos.

Requer que seja dado Provimento ao Recurso Voluntário, reconhecida a preterição do direito de defesa, para decretar a nulidade da Decisão, determinada a cientificação do recorrente, facultando-lhe a manifestação bem como seja determinada uma nova diligência. Se rejeitada a preliminar de nulidade que seja reformada a Decisão e julgado Improcedente o Auto de Infração.

O Sr. procurador emite Parecer opinativo onde, após breve relatório sobre o até aqui ocorrido afirma que não existe no PAF qualquer vício de nulidade. A defesa foi plenamente exercida e o cuidado na realização da diligência teve “nítido caráter ontológico de prova” afastando qualquer alegação com esta fundamentação. Diz ter restado evidente a inidoneidade das notas fiscais gerando ilegitimidade da apropriação dos créditos fiscais pelo recorrente e arremata “quem se encontra na atividade do comércio assume o risco inerente ao processo econômico do mercado, inclusive com quem comercializa. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos, a acusação neste PAF é que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. No Recurso Voluntário apresentado o contribuinte alega exatamente tudo aquilo que já houvera argüido quando da impugnação merecendo, portanto uma outra análise sobre os mesmos argumentos.

As Notas Fiscais de nºs 034, 041, 046, 051 e 052, consideradas inidôneas pela fiscalização foram emitidas entre os dias 18/02/2005 e 23/03/2005 pela empresa BIP Indústria e Comércio de Confecções Ltda. (fls. 8 a 12). A cópia do livro REM, do autuado (fl. 13), indica que foi creditado no dia 28/06/2005, valores de R\$34.770,71 e R\$18.713,72, relativo às Notas Fiscais de nºs 84 e 85, emitidas na mesma data pela indigitada empresa. Observo também que a Nota Fiscal de nº 85, cuja cópia foi juntada pelo defendente com a defesa à fl. 50, indica que a mesma foi emitida como nota fiscal complementar, com finalidade apenas de “complementar o ICMS” relativo às Notas Fiscais de nºs 11, 21, 22, 23, 33, 34, 41, 46, 51 e 52. Desta mesma forma foi grafado no Auto de Infração a utilização indevida de crédito.

Nova análise dos documentos juntados pela autuante (fls. 06 e 07), verifico que o emitente das notas fiscais (BIP), foi intimado para inaptidão em 19/01/2005 e passou a situação de “inapto” em 14/02/2005, só retornando a situação de “ativo” a partir de 19/05/2005. Portanto, não resta dúvida, as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas durante o período em que a BIP se encontrava na situação de inapto. Com relação ao resultado da diligência determinada pela Primeira Instância, constatei também que em relação ao que foi solicitado, não foi trazido ao processo qualquer prova de que as operações de venda das mercadorias tenham ocorrido, tendo em vista que o contribuinte não foi encontrado e o diligente não teve acesso a contabilidade da empresa para certificar-se do registro dos documentos fiscais objeto da autuação. Em relação à comprovação

dos pagamentos por parte do adquirente, observei também que foi juntado apenas cópias de cheque (fls. 65 a 67), sem que tenha comprovado que os mesmos tenham sido descontados pelo destinatário, haja vista que não se fizeram acompanhar dos respectivos extratos bancários. Também não comprovei que as duplicatas tenham sido quitadas na rede bancária. Da mesma forma concluo que os documentos apresentados não constituem prova de pagamento. Faço a mesma observação do Sr. relator da Primeira Instância que na Nota Fiscal de nº 34 (fl. 8), indica faturamento de R\$11.259,65, em três duplicatas com valor de R\$3.753,20, enquanto as cópias de cheques de pagamento relacionado à fl. 64, indica recebimento, mesmo com atraso de três cheques de R\$3.202,07, que não corresponde às duplicatas emitidas. De igual forma, a Nota Fiscal de nº 41 (fl. 9), indica emissão de três duplicatas, as duas primeiras no valor de R\$1.177,00 e a última no valor de R\$1.176,50, enquanto foi apresentado apenas uma cópia de cheque correspondente a mesma nota fiscal (fl. 66) no valor de R\$1.765,25. Ratifico a observação feita em relação as inconsistências apresentadas quanto as Notas Fiscais de nºs 46, 51 e 52, se comparado os valores às fls. 10 a 12, com a relação ao demonstrativo às fl. 64 e documentos às fls. 65 a 67. Também destaco a observação feita na Primeira Instância sobre os recolhimentos da BIP no ano de 2005, em que foram escrituradas as notas fiscais da tal empresa e houve apenas recolhimento no valor de R\$1.606,81, relativo a pagamento de débito inscrito em dívida ativa o que acredito também, reforça o indício de que não ocorreu lançamento e pagamento do ICMS das operações das notas fiscais objeto da autuação, cujo crédito foi escriturado pelo defendente.

Considero que não ficou provado que as notas fiscais foram emitidas e escrituradas pelo fornecedor que se encontrava inapto, tampouco o pagamento das compras por parte do adquirente, em relação às mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação.

Concluo concordando também com a douta PGE/PROFIS: não existe no PAF qualquer vício de nulidade e a defesa foi plenamente exercida. Restou evidente a inidoneidade das notas fiscais, o que gerou a ilegitimidade da apropriação dos créditos fiscais pelo recorrente.

Voto no sentido de que ao Recurso Voluntário lhe seja NEGADO PROVIMENTO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **207158.0007/06-5**, lavrado contra **PLANETA BAHIA BOUTIQUE LTDA. (PLANETA BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.983,31**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. PGE/PROFIS