

PROCESSO	- A. I. Nº 206878.0003/05-5
RECORRENTE	- PROQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO—Acórdão 2ª JJF nº 0069-02/08
ORIGEM	- INFAZ ATACADO
INTERNET	- 18/12/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0356-11/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS.. A legislação tributária estadual veda expressamente o aproveitamento de crédito fiscal nesta situação, estando todas as ocorrências comprovadas, notadamente pelo fato de que as notas fiscais eram inidôneas. Infração caracterizada. 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 preliminares de nulidade da autuação e da Decisão recorrida. Inocorrência de decadência. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/BA, apresentado contra Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0069-02/08, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigraçado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 5 infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas as descritas nos itens 1 e 5 da autuação, abaixo transcritas:

INFRAÇÃO 1 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$360.697,83, através de documentos fiscais falsos ou inidôneos.

INFRAÇÃO 5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa no valor de R\$4.167,07, equivalente a 10% sobre o valor das mercadorias.

Em Primeira Instância, o Relator da JJF inicialmente informou que as infrações descritas nos itens 2, 3 e 4 foram reconhecidas e parceladas pelo sujeito passivo, que impugnou apenas as descritas nos itens 1 e 5. Informou, ainda, o Relator da 2ª JJF, que estas últimas infrações já foram objeto de análise e Decisão prolatada no Acórdão JJF Nº 0404-02/05, mas a referida Decisão foi anulada mediante Acórdão Nº 0285-12/06, que determinou o retorno do PAF para 1ª Instância, para novo julgamento quanto ao item 1, após reabertura do prazo de defesa, ao seguinte fundamento: *“Todavia, no curso da instrução do processo, mais exatamente por ocasião da informação fiscal, é levantada a questão pertinente à inidoneidade das AIDFs. Deveria, naquele momento, ter sido concedida ao contribuinte a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa para se pronunciar acerca das novas provas e alegações colacionadas aos autos. ... Assim, seguindo a linha de raciocínio acima exposta, entendemos que a acusação fiscal permaneceu inalterada, pois se encontra vinculada ao estorno de crédito fiscal por inidoneidade ou falsidade de documentos fiscais. Todavia, houve acréscimo de motivos para embasar esta acusação, circunstância que demandaria o restabelecimento do equilíbrio processual, via concessão de novo prazo de*

defesa. Este saneamento não foi efetuado na instância originária de julgamento, razão pela qual o ato decisório da Junta se encontra maculado por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa, contidos no art. 2º do RPAF/99, aplicando-se ao caso, o art. 18, inc. II, do Regulamento já citado, pois a Decisão foi proferida com preterição do direito de defesa.”

Observou, ainda, o Relator da JJF que a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal apenas trata da infração 1, e que nela ficou claro que a 2ª CJF entende que a informação fiscal prestada pelo autuante, no curso da instrução processual, antes da prolação da Decisão de 1ª Instância no julgamento anterior, pertinente à inidoneidade das AIDF's, guarda relação com a autuação em tela e deixa cristalino o seu posicionamento de que não muda o fulcro da autuação. Assim, conclui que não pode ser acolhida a solicitação do autuado para desentranhamento da informação fiscal, já que a Decisão prolatada pela CJF, por maioria de votos, foi pela reabertura do prazo de defesa para preservar o direito do autuado para se manifestar a respeito dos novos motivos e provas produzidos pelo autuante.

Ressaltou também o Relator da JJF que não merece guarida a arguição de suspeição apresentada pelo advogado do autuado, na sustentação oral, em relação aos julgadores, Srs. José Carlos Baccelar e José Bizerra Lima Irmão, alegando que já teriam participado do julgamento anterior, sendo o primeiro como relator do PAF, já que no julgamento da 2ª Instância não consta nenhuma ressalva de que o PAF seja encaminhado para outra Junta, ao contrário, tendo determinado o retorno para 1ª Instância para novo julgamento, além do que não se observa na legislação específica, no caso o Regimento Interno desse Conselho de Fazenda, previsão de suspeição para essa situação.

Aduziu que não obstante a reabertura do prazo de defesa em 30 dias, atendendo determinação da 2ª Instância, o autuado em suas manifestações defensivas não apresentou nenhum argumento ou documento objetivando questionar a inexistência das AIDF's, apontada pelo autuante na informação fiscal, ao tempo que ressaltou que a Decisão da Câmara se fundamentou na necessidade do autuado se pronunciar sobre a acusação de inidoneidade das AIDF's porém não houve nenhuma alegação defensiva sobre o tema, muito menos qualquer apresentação de documentação na tentativa de elidir a imputação fiscal.

Concluiu o ilustre Relator que não existindo nenhum argumento defensivo que não tenha sido apreciado pelo julgamento anterior na 1ª instância, além da preliminar afastada, e como não houve nenhuma ressalva da Câmara sobre o mesmo, acolheu a JJF integralmente o julgamento prolatado no Acórdão JJF nº 0404-02/05, transcrevendo o voto nele exarado, o qual também abaixo transcrevemos:

“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 arguição 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 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 descaracterizar a irregularidade. O sujeito passivo, pela legislação tributária estadual, é obrigado a exigir dos que deva emití-la, 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 defendente. 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. Mantenho o lançamento, pois o autuado, a partir do momento que recebeu todos os documentos que fundamentam este item, pode exercer a ampla defesa e o contraditório, porém, limitou-se a argüição de nulidades sem justificativa "

Após citar o voto exarado pela 2ª JJF, e adotá-lo como fundamento para a procedência do Auto de Infração, e ainda citar e transcrever o voto vencido dos Conselheiros Helcônio Almeida e Álvaro Barreto na Decisão da 2ª CJF que anulou a primeira Decisão citada, o Relator da JJF aduziu que em decisões anteriores deste CONSEF em 1ª e 2ª instâncias foram mantidas as autuações em relação à utilização de crédito fiscal decorrente de notas fiscais emitidas pela empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda., conforme Acórdão CJF nº 0396-12/05.

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 503 a 516 - através de advogado regularmente constituído, onde inicialmente requer a nulidade da Decisão recorrida ao argumento de que a 2ª JJF já havia proferido a Decisão de mérito espelhada no Acórdão CJF 0404-02/05, não podendo fazer o segundo julgamento de mérito, já que impedida, por força do art. 40, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do CONSEF, pois do primeiro julgamento participaram dois dos três membros da referida Junta.

Ressaltou que levantou tal questão na assentada de julgamento, tendo a JJF decidido por afastar o pedido da defesa sob a ótica de que não houve na Decisão da CJF que anulou a primeira manifestação da Junta, orientação no sentido de que o Auto de Infração fosse encaminhado para outra JJF, além de não observar na legislação específica previsão para a “suspeição” no caso em apreço, mas que o impedimento subsiste quando o conselheiro houver proferido Decisão ou Parecer sobre o mérito, nos termos do dispositivo citado, devendo o relator consignar a situação no PAF, solicitando a redistribuição para outra JJF ou CJF.

Assevera que a legislação alcança as JJF e as CJF do CONSEF, na medida em que objetiva impedir mais de uma manifestação, pelo mesmo julgador, sobre o mérito da ação, e que a “nova” Decisão da JJF repete as motivações, chegando a consignar que “*acolhia integralmente o julgamento prolatado no Acórdão JJF nº 0404-02/05*”, o que impõe vício insuportável, ilegalidade e prejuízos à defesa.

Reitera que o § 2º do art. 40 é bastante claro, indicando a necessidade de redistribuição do processo para outra JJF, mostrando que a interpretação do impedimento não pode ser restritiva, pois se restringe o conselheiro por que não haveria que ser aplicada ao julgador, ao tempo que afirma que a interpretação da JJF torna inócuo o Regimento Interno, permitindo que o Julgador tenha competência “superior” ao do Conselheiro, atribuindo-lhe “capacidade” não prevista na norma.

Assim, requer que seja declarada a nulidade da Decisão ora recorrida, determinando-se o retorno do Auto de Infração à primeira instância, para outra JJF, da qual não participem os julgadores que já julgaram o mérito.

Alega, ainda, em preliminar, nulidade da Decisão recorrida por supressão de instância, alegando ausência de análise de parte dos argumentos da defesa, já que a Decisão da JJF não analisou as argumentações insertas nos itens 4 a 9 da petição protocolada em 06/12/2007 (Protocolo nº 210561/2007-3), que objetivavam comprovar a ineficácia do fundamento utilizado pela JJF na primeira Decisão, concernente as AIDF’s.

Em preliminar de mérito, reitera a arguição de decadência dos fatos ocorridos até julho de 2000, alegando que entre a intimação do Auto de Infração - em 08 de julho de 2005 – e a ocorrência dos fatos geradores anteriores a esta data, consumou-se o interstício superior a 5 (cinco) anos, o que configura a decadência do crédito tributário relativo ao mencionado período, com base no artigo 150, § 4º, do CTN. Entende inaplicável a regra do inciso I do art. 965 do RICMS ao caso concreto, alegando que o mesmo somente é aplicável se não houve pagamento antecipado, e que este é o entendimento pacificado pelo STJ e pelo Tribunal de Justiça da Bahia, conforme sentença neste sentido que anexa aos autos.

Adentrando especificamente ao mérito, pede a improcedência da autuação, aos seguintes argumentos:

- I. que o fulcro da autuação é o cancelamento da inscrição estadual da emitente das notas, o que se revela da redação do lançamento e, principalmente, dos dispositivos dados como infringidos, que são imutáveis;
- II. que a CJF, ao anular a primeira Decisão da JJF, entendeu que houve nova fundamentação para o Auto de Infração, a partir da informação fiscal, consubstanciada nas irregularidades com as AIDF’S, que teriam sido canceladas;
- III. que se por um lado a informação fiscal, que é peça autônoma e possui objetivos e competências discriminadas no RPAF, não substitui o lançamento de ofício, e por isso não pode servir para alterar a fórmula de constituição do crédito tributário, por outra a nova acusação também, para sua caracterização e validade contra terceiros, depende de ato formal da administração dando conhecimento público das irregularidades nas AIDF’S, ou seja, também através de edital;

- IV. que se o lançamento de ofício for substituído pela informação fiscal, o que ensejará nulidade absoluta de todo o PAF, haveria que existir edital de cancelamento das AIDF'S, de responsabilidade das gráficas e seus clientes, para que terceiros de boa-fé ficassem impedidos de comprar mercadorias do emitente da nota fiscal confeccionada com “irregularidade”, mas que se for admitido que a informação fiscal possua o mesmo condão do Auto de Infração e preencha os requisitos legais para a futura formação do título executivo, tal é um absurdo e uma ilegalidade;
- V. que não é verdadeira a assertiva da JJF de que o autuado teve a oportunidade e não se manifestou sobre as AIDF'S, pois foi a JJF que não se pronunciou sobre as alegações da defesa, notadamente sobre a já mencionada alteração do fulcro do Auto de Infração e sobre a necessidade de edital de cancelamento das mesmas;
- VI. que acerca da real motivação na nulidade declarada pela CJF e da reabertura de prazo, cabe acrescentar que a informação fiscal implica em modificação do fulcro da autuação, reportando-se de novo à questão da irregularidade nas AIDF's;
- VII. que se tentou também a regularização do vício insanável que comprova a ineficácia da autuação, com a transcrição do suposto edital de suspensão da Inscrição nº 23.193.822, mas que tal fato não sana os vícios existentes no PAF, servindo para comprovar a irregularidade do cancelamento, o qual, mesmo à época do Decreto nº 28.593/81, exigia o edital específico de cancelamento;
- VIII. que o art. 33 do RICM/81, citado pelo autuante, se reportava aos casos de suspensão da inscrição estadual, desde que fosse comprovada a ocorrência de uma das hipóteses listadas nos incisos I a V do mesmo dispositivo, o que, de logo vale observar, não se vislumbra no presente caso, já que o edital de suspensão, previsto no § 1º do art. 33 do RICM/81, não induz que a hipótese suscitada na presente ação seria a do inciso I, ou seja, *“quando ficar comprovado, através de diligência fiscal, que o contribuinte não exerce atividade no endereço indicado”*;
- IX. que, ainda, o § 5º do art. 33, combinado com o art. 36 do mesmo RICM/81 – que transcreve – apontam para a necessidade de despacho do diretor do Departamento de Administração Tributária, ou seja, de edital de cancelamento, a ser publicado na forma do multimencionado § 5º;
- X. que o “despacho” citado não pode ser considerado o anterior, ou seja, o da “suspensão” e cujo edital também nem se encontra no PAF, e sim novo ato, autônomo e formal, publicado conforme art. 31, § 2º, do RICM/81, em atendimento ao § 5º do art. 33; indagando como saber, diante da inexistência do edital de cancelamento, se a situação foi regularizada após o suposto, e inexistente, edital de suspensão, já que o citado regulamento, consoante dispositivos citados, somente caracterizava o cancelamento após a comprovação, mediante ato específico, da inércia do contribuinte em superar a suspensão, não constando no presente PAF qualquer indício de que as normas regulamentares foram seguidas, o que torna ineficaz, dentro da fundamentação do Auto de Infração, a imposição dos efeitos da suposta suspensão ou do suposto cancelamento a terceiros, desaguando, ao final, na improcedência da cobrança;
- XI. que ainda que se procure outra fundamentação para a manutenção da exigência contra o recorrente, constata-se que a 2ª JJF novamente julgou o lançamento procedente, sob a mesma fundamentação básica adotada pela JJF no julgamento de autuação semelhante, mas que esta fundamentação é inócua e despropositada, pois conforme consta no corpo do Auto de Infração o seu fulcro é a suposta inidoneidade ou falsidade dos documentos, em razão do cancelamento das inscrições, não apontando para qualquer outra irregularidade, indicando apenas o art. 209, inciso VII, letra “b” do RICMS;

- XII. que, assim, a JJF adotou Decisão *extra petita*, já que a fundamentação da autuação encontra-se na “*utilização indevida de crédito fiscal de notas inidôneas ou falsas, cujas empresas foram canceladas antes da emissão das mesmas*”, estando o campo do julgador limitado a esse fundamento básico;
- XIII. que esta Decisão *extra petita* culminou por afastar também a arguição de ilegitimidade passiva do recorrente, o que deve ser revisto no novo julgamento de 2ª Instância, que deverá decidir, dentro dos limites da ação administrativa fiscal, ou seja, em absoluto respeito à causa de pedir do Fisco, a qual não pode ser modificada, mormente pela “informação fiscal”;
- XIV. que, assim, seguindo a ordem processual, e não existindo a comprovação do cumprimento, pelo Estado, do princípio da publicidade, fatalmente se reconhecerá que o cancelamento por ventura efetivado não acarreta efeitos contra terceiros e não possibilita, assim, a glosa de crédito fiscal proveniente das operações listadas no Auto de Infração, conforme jurisprudência assente neste sentido, citando e transcrevendo ementas de decisões que entende respaldar sua tese;
- XV. que, vale ressaltar, não se encontram no PAF os editais de cancelamento da empresa, pelo que nada pode ser impositivo à recorrente, e que nem mesmo o “edital de suspensão” transcrito na “informação fiscal”, ainda que não venha a substituir o necessário edital de cancelamento, foi juntado ao PAF;
- XVI. que não se pode transferir para terceiros o ônus pela prática de irregularidades de outrem. Se as empresas VENDAVEL e ESCAN venderam mercadorias que fogem ao objeto principal de seu cadastro, se tais empresas confeccionaram notas fiscais com AIDF viciada e se existe divergência no número da inscrição estadual de alguma delas, a responsabilidade é exclusiva dos infratores. O autuado e os demais contribuintes somente passariam a ter responsabilidade tributária a partir do momento em que o Fisco comunicasse publicamente as irregularidades, o que, como cabalmente comprovado, não ocorreu no caso presente;
- XVII. que o que deve ser apurado é a possível responsabilidade de agentes do Fisco, pelas ações e omissões apuradas durante a instrução do processo, inclusive em relação às AIDF’S que seriam irregulares, apesar de autorizadas pela própria INFAZ, e que a própria PGE/PROFIS, ao solicitar em Segunda Instância mais uma diligência no sentido de colacionar ao feito o edital, já havia se pronunciado sobre o mérito da lide - fls. 336 – entendendo insubsistente o lançamento de ofício pela falta do ato administrativo de cancelamento, embora também tenha entendido que o vício poderia ser sanado, se única e exclusivamente o edital de cancelamento fosse trazido ao processo, o que não ocorreu;
- XVIII. que, por outro lado, mesmo no julgamento do Auto de Infração nº 130080.0020/03-5, em relação ao qual se anunciou a prova do cancelamento da inscrição, o edital de cancelamento não foi apresentado, o que prova que a empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda. teve sua inscrição estadual cancelada de forma irregular, uma vez que o edital de cancelamento não foi publicado, não se podendo impor a terceiros qualquer ônus pela omissão do Fisco e,
- XIX. que os fundamentos adotados, concernentes às AIDF’s, também se encontram atrelados ao princípio da publicidade, sem o qual as irregularidades apontadas somente dizem respeito ao Estado e ao contribuinte que supostamente imprimiu os documentos, e que em relação à prova de efetivação das operações, também falada pela JJF, igualmente não é lastro incluído na demanda, já que em momento algum o pedido da fiscalização teve como base suposta irregularidade na efetivação das operações, as quais se encontram devidamente lançadas nas escritas fiscal e contábil do recorrente.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo inicial de fls.523 a 530 - pronuncia-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ressaltando que o recorrente repete literalmente a linha argumentativa desenvolvida em sua defesa e em seus recursos anteriores, sem fazer juntada de nenhum documento novo.

Às fls.532 e 533, consta Parecer da lavra dos Procuradores Sylvia Amoêdo e José Augusto Martins, também pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, consignando que diversas são as causas de irregularidades dos documentos fiscais objeto da autuação, entre estas o fato de terem sido emitidas por empresas canceladas antes da respectiva emissão, o que restou sobejamente comprovado ao longo da detalhada instrução probatória e de diligências no sentido de que a empresa emitente estava efetivamente cancelada, cancelamento que se deu de forma regular e em observância aos requisitos legais exigidos.

Ressaltaram, ainda, que outros atos também identificados e comprovados acerca da inidoneidade afirmada referem-se à irregularidade na autorização pela Secretaria da Fazenda das AIDFs, como também a irregularidade nos talonários das respectivas notas fiscais, provas do cometimento da infração não elididas pelo recorrente.

Quanto à infração descrita no item 5, também opinaram pela manutenção da Decisão recorrida que a julgou procedente, consignando que a multa de 10% sobre o valor de notas fiscais de entradas não escrituradas pelo recorrente, são documentos coletados no sistema CFAMT e devidamente entregues ao contribuinte para conhecimento, o que restou comprovado por seu ciente de recebimento em todos os documentos arrolados no demonstrativo de apuração do débito.

Quanto às nulidades suscitadas em relação ao julgamento realizado pela JJF, também as rechaça, acatando os fundamentos expostos pelo Parecer anterior da PGE/PROFIS no sentido de que apesar do feito ter retornado à 2ª JJF, a sua respectiva composição não era mais a mesma, exceto por um único conselheiro remanescente, tendo o recorrente omitido de má-fé que a última Decisão foi unânime, ou seja, mesmo que estivesse presente o suplente, ainda assim a Decisão teria sido a mesma. Outro fundamento utilizado no referido Parecer para afastar a nulidade argüida, foi a de que o relator do feito havia operacionalizado as diligências solicitadas pelo contribuinte na época em que fazia parte da 4ª JJF, sendo, assim, nada mais natural e justo do que redistribuir os autos para o relator que havia, até então, desenvolvido todas as atividades pertinentes à fase probatória.

Na assentada do julgamento do presente processo, foi requerido pelo advogado do sujeito passivo e concedido pela presidência deste Conselho de Fazenda, a retirada de alguns termos constantes do Parecer exarado pelo representante da PGE/PROFIS às fls. 523 a 530 dos autos, por serem considerados descorteses e ofensivos ao referido patrono, o que se fez com base no inciso V do art. 26 do seu Regimento Interno. Ainda nesta oportunidade foi deferida solicitação feita pelo patrono do sujeito passivo concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar sobre o documento juntado ao processo pela Relatora – fls. 537 a 539 - qual seja, fotocópias das fls. 22 a 24 do Diário Oficial do Estado da Bahia, publicado no dia 16/03/1988, em que consta o Edital de Suspensão da inscrição no Cadastro de contribuinte da Bahia da empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda., emitente das notas fiscais objeto da autuação, anexadas às fls. 23 a 73 dos autos.

Às fls. 543 a 556 dos autos, consta manifestação do referido patrono, onde após ratificar todos os termos do Recurso Voluntário apresentado, expõe o que se segue:

- I. que a juntada aos autos do aludido Edital, decorridos quase 4 anos da lavratura do presente Auto de Infração, demonstra a nulidade da Decisão recorrida, além de supressão de instância, pois deveria ter sido apresentado junto com a intimação acerca do lançamento de ofício, possibilitando o amplo exercício do contraditório e de defesa, sendo que sua juntada apenas nesta fase processual caracteriza a referida supressão, já que a 1ª Instância não se pronunciou e nem mais se pronunciará sobre as consequências do referido documento na ação; e que não se diga que deveria o autuado ter buscado o edital para exercer seus direi-

tos, eis que tal documento ampara alegação do Fisco, não sendo lícito exigir do sujeito passivo que produza prova contra si mesmo,

- II. que o Acórdão CJF nº 0285-12/06 decretou a nulidade da Decisão de 1ª Instância exatamente por ofensa aos princípios de contraditório e da ampla defesa, e que deve ser declarada novamente a nulidade da Decisão recorrida a fim de que outra JJF aprecie as alegações defensivas pertinente ao referido Edital, o que encontra amparo, a seu ver, nas ementas das Decisões deste CONSEF que cita e transcreve;
- III. que segundo o referido Edital, publicado em 16/03/1988, somente poderia ensejar-se a inidoneidade dos documentos fiscais emitidos pelos contribuintes nele listados pelo prazo de 03 meses, ou seja, até 16/06/1988, sendo que a partir desta data somente se canceladas as inscrições os documentos tornar-se-iam definitivamente inidôneos, a depender da regularização ou não das pendências constatadas pela SEFAZ;
- IV. que, assim, a partir de 17/06/1988, para a suspensão transformar-se em cancelamento deveria haver outro ato formal, nos termos do art. 36 do RICM, não havendo indícios no processo de que foram seguidas as normas regulamentares e o princípio da publicidade, tornando ineficaz a imposição dos efeitos do suposto cancelamento a terceiros e improcedente a exigência fiscal;
- V. que, por outro lado, o fulcro da autuação é a suposta inidoneidade ou falsidade dos documentos, em razão do cancelamento das inscrições, sendo, assim, despropositada a fundamentação da JJF para manter a exigência fiscal, pois extrapolou os limites da acusação;
- VI. que em relação aos demais motivos elencados pela JJF, são fatos não revelados ou que não possuem qualquer vínculo com o autuado e sua relação com o Estado, já que tais ocorrências – vendas de mercadorias que fogem ao objetivo principal da empresa, confecção de notas fiscais com AIDF viciada e divergência de inscrição estadual - mesmo que comprovadas, dizem respeito exclusivamente à relação entre as gráficas, as empresas vendedoras e o Estado da Bahia, não podendo lhe ser atribuída qualquer responsabilidade, mormente pelo fato de que não existe comprovação no processo de que os referidos documentos foram considerados inidôneos depois de 16/06/88;
- VII. que, ainda, deixou-se de observar na autuação, pois não se apurou a devida repercussão econômica dos créditos em cada período de apuração, o que prejudica o contribuinte, ao menos na consignação das datas das ocorrências, implicando em ônus ilegais nos acréscimos tributários;

Finaliza requerendo a anulação da Decisão de Primeira Instância e o seu retorno para que outra JJF profira novo julgamento, ou o julgamento pela nulidade ou improcedência da autuação, requerendo, ainda, a ouvida da PGE/PROFIS após a juntada do referido Edital.

A PGE/PROFIS, às fls.558 e 559, inicialmente se pronuncia ratificando integralmente o Parecer de fls. 532 pelo Improvimento do Recurso Voluntário. Aduz que a cópia do edital anexado aos autos faz prova a favor do Fisco, tendo sido regular o cancelamento da aludida empresa, e que não há que se falar em nulidade da Decisão de 1ª instância, proferida corretamente, de forma abrangente e a salvo de erros materiais e formais, tendo o sujeito passivo exercido plenamente sua defesa nos autos.

Consignou, ainda, que a situação irregular das aludidas notas fiscais foi comprovada nos autos, desde o início, como se lê em farta investigação realizada pelo então Coordenador da ASTEC, às fls. 341 a 349, e conclui pelo Não Provimento do presente Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente quanto à alegação de nulidade da Decisão recorrida, devemos de logo rechaçá-la, posto que não se vislumbra no referido Julgado qualquer vício que o inquene de nulidade, não estando presentes quaisquer das hipóteses elencadas nos incisos I a III do art. 18 do RPAF/99, como causas de nulidade.

E, de fato, não havia qualquer impedimento para que a 2ª JJF apreciasse e proferisse Decisão em relação ao presente processo, como quer fazer crer o recorrente, que interpreta de forma distorcida a regra dos §§ 1º e 2º do art. 40 do Regimento Interno deste Conselho de Fazenda (aprovado pelo Decreto nº 7.592/99) abaixo transcritos, para fundamentar uma nulidade inexistente. Primeiro porque a regra do §1º trata especificamente de impedimento relativo a membro de segunda instância – por isso utiliza o termo “Conselheiros” – que fica impedido de se manifestar quando em instância inferior tenha já se manifestado sobre o mesmo processo, proferindo Decisão ou Parecer de mérito. Segundo que a regra do §2º, por outro lado, refere-se tão-somente a impedimento de Relator (que poderá ser julgador ou conselheiro) nas hipóteses descritas no caput do art. 40, por isso que determina a redistribuição do processo para outra JJF ou CJF, a depender de se tratar de primeira ou segunda instâncias, respectivamente.

“Art. 40. O Julgador ou Conselheiro deverá declarar-se impedido de estudo, discussão, votação e presidência do julgamento de processo que lhe interesse pessoalmente, direta ou indiretamente, ou a seu cônjuge ou parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau civil, inclusive, ou a sociedade de que faça ou tenha feito parte como sócio, gerente, membro de diretoria ou de conselho ou como advogado.

§ 1º Subsiste também impedimento quando, em instância inferior, o Conselheiro houver proferido Decisão ou Parecer sobre o mérito do processo.

§ 2º O impedimento do Relator será por este consignado no processo, na fase de instrução, com indicação dos motivos do impedimento, solicitando a sua redistribuição para outra Junta ou Câmara.”.

Assim, caberia de fato à mesma 2ª JJF, que proferiu a primeira Decisão, anulada pela Segunda instância, proferir nova Decisão, após sanar o processo do vício formal detectado pela 2ª CJF, o que foi feito.

Quanto ao outro argumento suscitado pelo sujeito passivo para ver decretada a nulidade da Decisão recorrida – *“supressão de instância, ante a ausência de análise de parte dos argumentos apresentados na defesa”*, melhor sorte não lhe cabe vez que, pela análise do voto exarado pelo Relator da JJF, verifica-se que o mesmo afastou a alegação básica que se extrai do trecho da petição citado pelo recorrente como não apreciado, qual seja, que faltou a prova nos autos do cancelamento da inscrição da empresa emitente das notas fiscais objeto da autuação – Vendaval Comércio e Representações Ltda. – ao acolher integralmente o voto prolatado no Acórdão JJF nº 0404-02/05, que refuta especificamente tal argumento, e que foi proferido em processo que se referia à glosa de crédito de documentos fiscais também emitidos pela empresa citada, conforme fls. 883 a 886.

Em relação à arguição de nulidade da Decisão recorrida trazida na manifestação de fls. 543 a 556, ao entendimento de que haveria supressão de instância por ser o Edital de suspensão anexado aos autos apenas em sede de Recurso Voluntário, não podendo mais a Primeira Instância se manifestar quanto a este documento, também não merece guarida. A uma, porque já se sabia da existência do referido Edital de Suspensão no presente processo, citado expressamente na informação fiscal de fls. 295 a 297 dos autos, inclusive seus termos foram transcritos pelo autuante, e tal fato foi objeto de manifestação por parte do sujeito passivo, conforme pode ser verificado na sua petição de fls. 423 a 432 onde contesta todos os termos da referida informação fiscal. A duas, porque a JJF pronunciou-se sobre o referido documento, ratificando a exigência fiscal e afastando os argumentos do sujeito passivo que asseverava que o referido Edital de Suspensão não substituiria o edital de cancelamento, não juntado ao processo. Do exposto, descaracterizada a argumentação de supressão de instância, não há que se falar em nulidade da Decisão da JJF, já que ausente ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

No presente processo, registre-se, o contribuinte de forma ampla e irrestrita exerceu o seu direito de defesa, inclusive tendo sido reaberto o prazo para apresentar nova impugnação, diante do acatamento pela 2ª CJF do seu argumento de que a informação fiscal teria trazido fato novo, passível de nova reabertura de prazo de defesa, e não simples prazo de 10 dias para sua manifestação. Assim, qualquer mácula que pudesse viciar de nulidade o presente lançamento de ofício foi sanado com a anulação da primeira Decisão proferida pela JJF e com a referida reabertura do prazo de defesa ao sujeito passivo, garantindo-se a obediência ao devido processo legal.

Registre-se, ainda, em preliminar, que na Decisão proferida pela 2ª CJF expressamente restou consignado que a informação trazida aos autos pela autuante, quando da apresentação da informação fiscal, da inidoneidade das AIDFs e demais irregularidades que foram constatadas em relação à empresa emitente não constituíam mudança de fulcro da autuação, já que esta se encontra vinculada ao estorno de crédito fiscal por inidoneidade ou falsidade de documentos fiscais, mas, para restabelecer-se o equilíbrio processual, necessária a reabertura do prazo de defesa para manifestação por parte do sujeito passivo sobre os fatos trazidos posteriormente à autuação.

Quanto à preliminar de mérito de decadência dos fatos geradores ocorridos até julho de 2000, ao argumento de que tendo sido intimada em 08 de julho de 2005 consumou-se interstício superior a 5 anos entre a referida intimação e a ocorrência dos fatos geradores anteriores a esta data, nos termos do art. 150, §4º do CTN, contestando, ainda, a aplicação do *termo a quo* do prazo decadencial a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte (art. 173), por entender que ocorrendo o pagamento antecipado pelo sujeito passivo aplica-se o §4º do art. 150 do diploma legal citado, comunicamos com a Decisão recorrida e com o opinativo da PGE/PROFIS no sentido de rechaçar a caducidade suscitada. Primeiramente, porque o ato administrativo do lançamento ocorreu na data de 30/06/2005, consumando-se pela notificação ao sujeito passivo, ocorrida em 08/07/2005, ato que apenas deu perfectibilidade ao referido ato do lançamento, daí porque para efeito de verificação da ocorrência ou não da decadência nas hipóteses de lançamento de ofício, deve-se ter como marco a data da lavratura do lançamento, e não da sua ciência ao sujeito passivo.

Em segundo lugar, aplicável ao lançamento ora em apreço é a regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*” Grifos nossos

Ressalte-se que o CTN – diploma legal com *status* de lei complementar e a quem cabe determinar as normas gerais de direito tributário, nos termos do art. 146, II, “b” da Constituição Federal, inicialmente fixa como marco inicial do prazo decadencial o fato gerador da obrigação tributária, mas no §4º do art. 150 respaldou que a legislação dos entes federados fixasse prazo para homologação, ao cunhar, no início do parágrafo citado, a expressão “*se a lei não fixar prazo à homologação*”. Assim, a legislação baiana - respaldada na autorização legal do art. 150, §4º do próprio CTN, ou seja, autorização dada pela própria lei complementar que fixa as normas gerais em matéria de legislação tributária - fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial. Frise-se, ainda, que a expressão “lei”, cunhada no dispositivo citado, deve ser entendida como lei ordinária, e não lei complementar. Assim que, a lei baiana, dentro do permissivo legal do próprio CTN, fixou prazo à homologação.

Ressalte-se, ainda, que esta tese é adotada por doutrinadores de escol, como o Profº Paulo de Barros Carvalho, que em seu livro Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 2000, páginas 425 e 426, leciona que: “...*Vale dizer, cabe à lei correspondente a cada tributo, estatuir prazo para que se promova a homologação. Silenciando acerca desse período, será ele de cinco anos, a*

partir do acontecimento factual.... ”. Por outro lado, a jurisprudência dos tribunais superiores tem contemplado tal entendimento, conforme excerto parcial da Decisão ementada pelo TRF - da 4ª Região, proferida em Agravo em Mandado de Segurança de nº 2000.04.01.147311-3-RS, tendo como Relatora a Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, 1ª Turma, Decisão de 18/06/03, DJ de 20/08/03, abaixo transcrita:

Ementa: ...I. Tratando-se de tributo sujeito a lançamento na forma do art. 150 do CTN, o termo inicial do prazo prescricional deve ser contado a partir da homologação. Não havendo prazo fixado por lei para a referida homologação, será ele de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador ”.

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2005, quanto aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2006 para efetuar o referido lançamento. Por outro lado, como também ressaltado pela procuradora que subscreveu o opinativo da PGE/PROFIS, a Fiscalização deu início aos trabalhos em 20 de abril de 2005, como comprova a intimação ao sujeito passivo para apresentação de livros e documentos fiscais – fls. 09 dos autos - tal fato evidenciando que a Fazenda Pública se pronunciou, o que por si só afastaria a regra de decadência, já que o art. 150 do CTN determina que o prazo decadencial se expira em 05 anos desde que a Fazenda Pública não se pronuncie.

Após rechaçar as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente e a arguição de decadência, passaremos a nos pronunciar quanto ao mérito das exigências fiscais objeto do presente Recurso Voluntário, de logo consignando que no referido Recurso Voluntário o recorrente não mais contesta expressamente a manutenção da exigência fiscal descrita no item 5 da autuação, que imputa ao sujeito passivo entrada no seu estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Muito embora tal fato, como no Recurso Voluntário anteriormente apresentado (fls. 323 a 336) contra a primeira Decisão da JJF – Acórdão JJF nº 0404-02/05 – o sujeito passivo expressamente refutou a manutenção da exigência fiscal, e para evitar quaisquer alegações posteriores que possam procrastinar ainda mais este processo, entendemos que devemos apreciar tal item, como o fez a PGE/PROFIS em seu último opinativo neste processo.

Assim que, da análise dos demonstrativos de fls. 143 a 145 elaborados pelo autuante de fls. 143, dos documentos fiscais objeto da autuação, acostados aos autos às fls. 146 a 162, obtidos pelo CFAMT, e cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo, e do seu livro Registro de Entradas, às fls. 162 a 209, não resta dúvida do cometimento da infração, sendo, assim, devida a multa de 10%, prevista no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Ressalte-se que o sujeito passivo limitou-se arguir a nulidade da exigência, ao argumento de que não recebeu cópias dos referidos documentos, e a sua decadência, quando em verdade constata-se às fls. 145 que obteve cópias dos documentos fiscais, bem como dos demonstrativos elaborados pelo autuante na data de 08/07/2005, mesma data em que foi cientificado da lavratura do presente Auto de Infração, não apontando qualquer erro ou mácula que pudesse elidir a exigência fiscal em tela. Quanto à alegação de decadência, a mesma foi devidamente rechaçada no início do nosso voto.

Quanto à exigência fiscal descrita no item 1 da autuação, melhor sorte não socorre ao recorrente. A sua principal alegação, que traz desde que apresentou Recurso Voluntário da Decisão anterior proferida pela JJF, e anulada pela Segunda Instância, é de que o fulcro do presente Auto de Infração seria “a suposta inidoneidade ou falsidade dos documentos, em razão do cancelamento das inscrições, pois o Auto de Infração não aponta para qualquer outra irregularidade, indicando apenas o art. 209, inciso VII, letra “b” do RICMS/97”.

Ressalte-se que a citação no campo “Descrição dos Fatos” do inciso VII, letra “b” do art. 209 do RICMS, que se refere à inidoneidade por emissão de documento fiscal por empresa com inscrição cancelada ou suspensa, não restringiu a autuação a tal hipótese e nem foi a fundamentação da autuação, como quer fazer crer o recorrente.

E, de fato, a infração descrita na peça inicial do Auto de Infração - fl. 1 – tem a seguinte redação, *in verbis*: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento(s) fiscal (is) falso (s) ou inidôneo(s)*”. Por sua vez, aponta o Auto de Infração como dispositivos infringidos, ou seja, enquadramento da infração, o art. 97, inciso VII (abaixo transcrito) e o art. 124 do RICMS/97, o primeiro determina a vedação do crédito fiscal quando baseado em documento fiscal falso ou inidôneo, nos termos do art. 209 e seu parágrafo único do mesmo diploma legal, e o art. 124 determina prazo de recolhimento.

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

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;” Grifos nossos.

Por sua vez, o referido art. 209, abaixo transcrito, elenca diversas hipóteses de inidoneidade, em seus incisos I a VII, e em seu parágrafo único cita quais destas hipóteses pode ser objeto de mitigação da inidoneidade, como abaixo transcrito:

“Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

I - omitir indicações, inclusive as necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação;

II - não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de “Nota de Conferência”, “Orçamento”, “Pedido” e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais;

III - não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o prazo de validade nele indicado;

IV - conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza;

V - não se referir a uma efetiva operação ou prestação, salvo nos casos previstos neste Regulamento;

VI - embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;

VII - for emitido por contribuinte:

a) fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades;

b) no período em que se encontrar com sua inscrição desabilitada no CAD-ICMS;

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I, III e IV, somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o tornem impréstável para os fins a que se destine.” Grifos nossos.

Por sua vez, nos dispositivos da multa aplicada cita o corpo do Auto de Infração o art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, que determina a multa de 100% na hipótese de constatação de ação ou omissão fraudulenta diversas das especificadas expressamente na referida lei, como abaixo transcrito:

“Art. 42. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente

IV - 100% do valor do imposto:

j) quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente neste Regulamento;” Grifo nosso.

Portanto, da leitura de todos estes dispositivos que ampararam expressamente a autuação, descritos especificamente no campo “Infração” do corpo da peça inicial do presente lançamento de ofício, constata-se que a alegação do recorrente de que a imputação refere-se tão-somente à ini-

doneidade dos documentos fiscais pelo cancelamento da inscrição da empresa emitente e, portanto, a informação fiscal do autuante ao citar expressamente a falsidade das Autorizações de Impressão de Documentos Fiscais – AIDFs – constantes dos referidos documentos fiscais importaria em mudança de fulcro da autuação, e ainda que a JJF ao manter a Decisão anterior utilizando-se dos mesmos fundamentos nela expostos teria proferido julgamento *extra petita*, não merece a mínima guarida. Não houve “substituição” do lançamento de ofício pela informação fiscal como afirma o recorrente, pelo simples fato de que a infração que lhe foi imputada foi a utilização indevida de crédito fiscal de imposto destacado em documento fiscal inidôneo, inidoneidade esta com base nas diversas irregularidades presentes e comprovadas nos autos, como veremos adiante.

Ainda podemos consignar que na Decisão anterior de Segunda Instância – proferida através do Acórdão JJF nº 0285-12/06 – fls. 396 a 403 – o voto condutor da nulidade afastou expressamente esta alegação do sujeito passivo de que houve mudança do fulcro da autuação, ao contrário portanto, do que afirma o recorrente em sua peça recursal (item 09) pois afirmou o relator do voto vencedor que “...*entendemos que a acusação fiscal permaneceu inalterada, pois se encontra vinculada ao estorno de crédito fiscal por inidoneidade ou falsidade de documentos fiscais.*”, muito embora sua conclusão tenha sido no sentido de anular a Decisão por entender que “...*Todavia, houve acréscimo de motivos para embasar esta acusação, circunstância que demandaria a restabelecimento do equilíbrio processual, via concessão de novo prazo de defesa. Este saneamento não foi efetuado na instância originária de julgamento, razão pela qual o ato decisório do Junta se encontra maculado por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa, contidos no art. 2º do RPAF/99, aplicando-se ao caso, o art. 18, inc. II, do Regulamento já citado, pois a Decisão foi proferida com preterição do direito de defesa*”.

Assim que, em cumprimento à Decisão em apreço, foi reaberto o prazo de defesa para que o contribuinte se manifestasse quanto ao colocado na informação fiscal de fls. 296, e que se referia às AIDFs irregulares, tendo sido proferido novo julgamento, agora em apreciação em sede de Recurso Voluntário.

No entanto, também devemos consignar que em verdade o sujeito passivo não trouxe aos autos nenhuma argumentação que pudesse elidir as evidentes e comprovadas irregularidades das duas AIDFs citadas nos documentos fiscais – de nºs 06420022351998 e 06420031982000. Alega tão-somente que “esta nova acusação” (sic) dependeria de ato formal da Administração para dar conhecimento público das referidas irregularidades, via edital, olvidando que a Administração já havia suspendido a inscrição da empresa emitente dos referidos documentos fiscais – Vendaval Comércio e Representações Ltda. – bem como cancelado sua inscrição, desde março e junho de 1988, respectivamente, portanto 12 e 13 anos antes do ano de emissão das notas fiscais (2000 e 2001) e 11 e 12 anos antes das datas que constam como datas das autorizações citadas (outubro de 1999 e maio de 2000).

Ressalte-se que o Edital de Suspensão nº 19/88, publicado no DOE de 16/03/88, fls. 22 a 24 do Caderno do Poder Executivo, suspendeu a inscrição da empresa citada, por não ter o contribuinte comparecido para sanar irregularidades cadastrais detectadas pela SEFAZ no prazo exigido, o que tornou inidôneo quaisquer documentos fiscais por ela emitidos no período da suspensão. Aliás, o referido edital, anexado por esta Relatora quando da apreciação do presente Recurso Voluntário - facilmente localizado na Empresa Gráfica da Bahia, através de pesquisa em seus arquivos - já tinha sido citado e transcrito literalmente pelo fiscal autuante, tendo o patrono do sujeito passivo recebido cópia do mesmo, por deliberação desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, como consta do relatório deste Acórdão.

Por outro lado, à época da publicação do multicitado Edital de suspensão, de fato, como afirmou o fiscal autuante, a legislação pertinente – RICM/81, aprovado pelo Decreto nº 28.593/81 - não exigia a publicação de edital de cancelamento, nos termos do seu art. 36, abaixo transcrito, quando o contribuinte estivesse com a inscrição suspensa e a mesma não tivesse sido reativada decorridos o período de 2 meses da suspensão. Exigia-se apenas um ato interno do Diretor de Administração

Tributária - despacho – já que o devido atendimento ao princípio da publicidade já tinha sido observado quando da publicação do Edital de suspensão. Assim que, o documento cadastral de fls.22 dos autos, extraído do sistema INC – Informações do Contribuinte - da SEFAZ, consigna no campo “Situação do Contribuinte” sua condição de cancelado, que se deu na data de 16/06/1988, como consta no campo “Data de Situação do Contribuinte”. Portanto, o cancelamento do contribuinte está comprovado e foi feito de forma regular, já que no prazo que lhe foi dado para regularizar sua situação cadastral não o fez, o que ocasionou inicialmente a suspensão da sua inscrição e, não tendo o mesmo solicitado sua reativação, o seu cancelamento.

“Art. 36 – Dar-se-á o cancelamento da inscrição, por iniciativa da repartição fazendária e mediante despacho do Diretor de Administração Tributária, sempre que, decorrido o período de 2 meses, não se efetivar a reativação do contribuinte suspenso do Cadastro.” Grifo nosso.

Registre-se que nas situações em que se exigia edital, a legislação assim o determinava expressamente, a exemplo dos art. 31, §2º - hipótese de paralisação de atividades e o art. 33, §§3º e 5º, que trata especificamente de suspensão de inscrição e da necessidade do edital, reportando-se à regra do §2º do art. 31, e que abaixo transcrevemos para colocar uma pá de cal nas pretensões do recorrente de ver declarada alguma irregularidade nos procedimentos de suspensão e cancelamento da empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda.

“Art. 33 – A suspensão da inscrição implica o afastamento temporário do contribuinte do Cadastro, e ocorre nas seguintes hipóteses, sempre por iniciativa da repartição fazendária, mediante despacho do diretor do Departamento de Administração Tributária;

§3º A suspensão da inscrição estadual não terá prazo de duração devendo o contribuinte providenciar a regularização de sua inscrição no prazo de 60 dias, findo o qual a inscrição ficará definitivamente cancelada.

§5º aplica-se à suspensão o disposto no §2º do art. 31”

“Art.31 Dar-se-á a paralisação temporária a requerimento do contribuinte mediante preenchimento do RC, ao qual serão anexados os seguintes documentos

§2º - A paralisação temporária só produzirá efeitos legais após a publicação de edital no Diário oficial do Estado, pela repartição fazendária, com especificação do nome, endereço e número da inscrição do contribuinte.” Grifos nossos

Do exposto, como determinava a legislação de regência da época, não havia exigência de publicação de edital de cancelamento - e nem, frise-se, por oportuno, do despacho acima citado - e sim apenas de edital de suspensão, devidamente publicado, o que afasta a alegação principal do recorrente de que não poderia lhe ser oposto à glosa dos créditos oriundos de documentos fiscais emitidos pelo contribuinte Vendaval Comércio e Representações Ltda., cancelada nos termos do RICM/81. Assim, como o próprio recorrente afirma expressamente em sua peça recursal (item 28) que a responsabilidade tributária somente poderia lhe ser atribuída a partir do momento em que o Fisco comunicasse publicamente as irregularidades, e tal foi feito em 16/03/1988, quando foi publicado o edital de suspensão da inscrição estadual da empresa multicitada e considerados inidôneos os documentos fiscais por ela emitidos, cancelando-se posteriormente, em 16 de junho do mesmo ano, sua inscrição, não poderia o recorrente lançar créditos fiscais de imposto destacado em documentos fiscais emitidos por esta empresa, sendo, portanto, devida a glosa dos créditos efetuada mediante o presente lançamento de ofício.

Registre-se, ainda, que não podem, assim, ser utilizadas como paradigmas as decisões proferidas por este Conselho de Fazenda citadas pelo recorrente em sua peça recursal, inclusive porque não se reportam ao período em que vigiam as normas do diploma regulamentar citado, e nem utilizar-se o opinativo da PGE/PROFIS proferido em decorrência do primeiro Recurso Voluntário apresentado como base para requerer a nulidade da autuação, ao argumento de que este órgão teria afirmado ser imprescindível a juntada aos autos do edital de cancelamento, pois, como dito, a legislação vigente não exigia edital de cancelamento, e sim publicação de edital de suspensão, exigência cumprida regulamente, atendendo-se ao princípio da publicidade, frise-se.

Ressalte-se, por oportuno, que o recorrente não logrou comprovar a efetiva aquisição dos produtos constantes dos documentos fiscais objeto da autuação, com o pagamento destas aquisições, e nem que o imposto neles lançado foi de fato recolhido, o que validaria o crédito fiscal lançado, nos termos do inciso VII do art. 97 do RICMS, abaixo transcrito:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

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;”.

A caracterização da inidoneidade dos documentos fiscais objeto da autuação é evidente, não só pelo cancelamento da inscrição da empresa que os emitiu bem como pela falsificação das AIDFS devidamente comprovada pelo Parecer ASTEC nº 33/06 – fls. 341 a 343 – além do que pudemos constatar que outros autos de infração foram lavrados contra outras empresas que também lançaram crédito fiscal envolvendo notas fiscais emitidas pela Vendaval Comércio e Representações Ltda., inclusive constando informação em um destes processos - trazida pelo próprio recorrente aos autos, vide fls. 264 – da INFAZ Bonocô, então repartição fazendária ao qual estaria circunscrito o referido contribuinte, mais especificamente do Coordenador de Atendimento desta repartição, no sentido de que não constam nos registros de AIDFs da SEFAZ qualquer autorização concedida para a empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda., desde a data da sua constituição, para emissão de documentos fiscais.

A leitura atenta dos elementos que constam no presente processo nos leva ao convencimento de que a empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda. somente se constituiu visando praticar atos fraudulentos, visando sonegar os tributos devidos, inclusive declarando a SEFAZ endereço que não coincide com o endereço que consta nas notas fiscais objeto da autuação; utilizando-se de documentos fiscais impressos de forma clandestina, emitindo-os mesmo após mais de uma década do cancelamento de sua inscrição, utilizando-se de numerações de autorizações de impressão falsas, utilizando-se, ainda, de nomes e endereço de gráficas inexistentes, além do fato dos produtos que constam nas referidas notas fiscais não guardarem nenhuma compatibilidade com a atividade que a empresa declarou exercer – comércio atacadista de tecidos – quando se tratam de equipamentos industriais e laboratoriais, e outros, tais como solventes, ferramentas hidráulicas, papel térmico e carvão ativado.

Não se trata aqui, como quer fazer crer o recorrente, de atribuir-lhe responsabilidade pela prática de tais infrações, o que se exige no presente processo é a glosa dos créditos por ele lançados com base nos documentos fiscais emitidos pela empresa Vendaval Comércio e Representações Ltda., empresa que se encontrava comprovadamente irregular no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ. Repetimos que, caso o recorrente comprovasse que muito embora tais irregularidades cometidas pelo emitente dos referidos documentos fiscais, de fato adquiriu as mercadorias, ou seja, as operações de compra e venda não foram fictícias, e que efetuou o pagamento das referidas aquisições, nos termos do art. 97, VI, já acima transcrito, o que não fez até o presente momento, frise-se, não persistiria a exigência fiscal.

Ainda a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores da presente – 2000 e 2001 – RICMS/97, na redação originária do seu art. 142, inciso I, abaixo transcrito, expressamente determinava como obrigação do contribuinte, exigir de outro contribuinte, nas operações que realizar, a exibição do extrato do Cartão de Inscrição, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido. Assim, a alegação de que não lhe pode ser atribuída responsabilidade pelo fato do contribuinte emitente das notas fiscais estar em condição irregular, não se coaduna com a legislação posta. Vejam que as notas fiscais datam dos anos de 2000 e 2001, mais de uma década depois do cancelamento da empresa.

“Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:

I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE);

Nota: A redação atual do inciso I do art. 142 foi dada pela Alteração nº 27 (Decreto nº 8040 de 28/09/01, DOE de 29 e 30/09/01)

Redação originária:

“I - exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do Cartão de Inscrição ou, em sua falta, do Documento de Informação Cadastral (DIC), sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, se do descumprimento desta obrigação decorrer o não-recolhimento do imposto, total ou parcialmente;” Grifos nossos.

Por fim, quanto à alegação de que deveria ser verificada a repercussão econômica quanto aos créditos lançados, sendo a natureza do crédito fiscal meramente escritural, o seu lançamento na escrita já importa e enseja o início da sua utilização, mesmo que não haja um débito em contraposição, não havendo que se perquirir em ocorrência ou não de repercussão econômica, tese que não encontra abrigo na legislação então vigente.

Do exposto, somos pela manutenção da Decisão recorrida, o que nos leva a NÃO PROVER o presente Recurso Voluntário, homologando-se os valores efetivamente recolhidos pelo sujeito passivo.

Por último, denota-se neste processo atos que merecem ser objeto de investigação por parte da Inspetoria Fazendária de Investigação Fiscal – INFIP – e do Ministério Público, por se constituírem em indícios graves de crimes contra a ordem tributária, devendo a autoridade competente tomar as providências necessárias a tal desiderato, extraindo-se cópias dos autos e as encaminhando para os órgãos citados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206878.0003/05-5**, lavrado contra **PROQUÍMICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$362.650,54**, 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, incisos VII, “a” e II, “f”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$157.644,13, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.213,37 e 100% sobre R\$156.430,76, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f”, da citada lei, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.167,07**, prevista no inciso IX do citado dispositivo legal, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, em 03 de dezembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS