

A. I. Nº - 299130.0040/08-5  
AUTUADO - UNIAOMED PRODUTOS MÉDICO HOSPITALAR LTDA.  
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS  
ORIGEM - INF AZ ATACADO  
INTERNET - 24.03.2010

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0057-02/10

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. É vedada pela legislação tributária a apropriação de crédito fiscal quando o emitente se encontrar com a inscrição cadastral considerada nula desde a sua origem por inexistência do estabelecimento, conforme declaração da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo. Então, devidamente caracterizada a infração, resta correta a exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração. Fato comprovado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/12/2008, imputa ao contribuinte supra a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 895,58, através de documentos fiscais considerados falsos ou inidôneos, nos meses de julho e novembro de 2005, março e julho de 2006, conforme documentos às fls.06 a 77.

Em complemento consta: *“Trata-se de auditoria sumaria realizada na documentação fiscal constante no processo em epígrafe, em virtude da identificação por parte da Delegacia Regional Tributária de Ribeirão Preto, da existência de documentos inidôneos, em nome de Alessandro Rocha Souza – EPP, IE 287.072.640.113, indicando como destinatários contribuintes da Bahia. Após a regular intimação do contribuinte foram analisados os livros Registro de Entrada, Registro de Saídas e Registro de Apuração do exercício de 2005 e 2006, tendo sido constatado: Embora o contribuinte tenha adquirido mercadorias da empresa Alessandro Rocha de Souza em 2004, conforme notas fiscais nº 278, 299, 365 e 433, no referido exercício, a UNIAOMED se encontrava na condição de contribuinte SIMBAHIA, não sendo possível fazer uso do crédito das notas. O contribuinte registrou nos Livros de Registro de Entradas créditos decorrentes das notas fiscais nº 847, 1105, 1186, 1503, 1712 e 1738 transpondo os saldos para os livros de Apuração de 2005 e 2006, conforme cópias em anexo.”*

O sujeito passivo em sua defesa às fls.82 a 84, alega que não entendeu muito bem a infração que lhe foi imputada, se por utilização de documentos inidôneos ou uso de crédito indevido. Aduz que ciente do disposto, à época, do capítulo IV – Das Operações Realizadas por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e Ambulantes e artigos 383-A do Decreto nº 6.284/97, não fez uso de crédito fiscal em 2004, procedendo o recolhimento do imposto de acordo com a legislação vigente.

Afirma que no exercício 2004 estava enquadrado no regime do SIMBAHIA, e a partir de 2005 passou para o regime “Normal” em razão de ter ultrapassado o limite de faturamento (R\$1.200.000,00), para efeito de enquadramento no Simbahia, conforme artigo 387-A do Decreto nº 6.284/97 – RICMS-BA, vigente à época. Juntou a DME de 2004 e DMA de 2005, para comprovar sua alegação (dos. Fl. 92 a 106).

Aduz que a partir de 2005 ao passar para o regime “Normal”, apurou no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido, ou seja, lançando em seus livros de entradas os créditos fiscais e no seu livro de saídas o seu débito, conforme disciplina o art. nº 116 do Decreto nº 6.284/97 – RICMS/BA.

Conclui ressaltando que não infringiu o artigo 97, inciso VII e 124 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, por entender que a sua condição de enquadramento no regime normal nos anos de 2005 e 2006, lhe permitia a utilização do crédito fiscal em questão.

Na informação fiscal às fls. 109 a 110, o autuante esclareceu que a Secretaria da Fazenda de Ribeirão Preto (SP) encaminhou à SEFAZ/Ba Pedido de Verificação Fiscal – PVF, em virtude da constatação de documentos inidôneos, emitidos por Alexsandro Rocha de Souza, cuja inscrição cadastral foi considerada nula, desde a sua origem, em razão de simulação do quadro societário da citada empresa, da inexistência do estabelecimento e da indicação de dados falsos.

Explica que em cumprimento às diligências solicitadas pela DAT/DPF/GERSU, junto ao autuado, após exames nas informações constantes no INC, foi constatado que o mesmo em 2004 se encontrava na condição de SIMBAHIA, não sendo exigido os créditos fiscais nas aquisições realizadas na citada empresa. Quanto aos anos de 2005 e 2006, em virtude do estabelecimento se encontrar no regime normal e ter utilizado os créditos fiscais referentes aos documentos fiscais emitidos por Alexsandro Rocha de Souza, foi exigido o imposto por considerar que os créditos fiscais são indevidos por estarem apoiados em documentos fiscais emitidos por contribuinte em situação cadastral irregular.

Ao final, manteve integralmente seu procedimento fiscal.

Considerando os esclarecimentos feitos na informação fiscal e a inexistência no processo do comprovante de entrega por ocasião da assinatura do Auto de Infração, de cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos que fundamentam a autuação, foi proposto e acatado por pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, na Pauta Suplementar do dia 24/07/2009, a conversão do processo em diligência à Infaz de origem, para que fosse intimado o sujeito passivo, e no ato da intimação, fossem anexadas as cópias dos documentos (Processo de Pedido de Verificação Fiscal – PVF da Delegacia Regional Tributária de Ribeirão Preto (SP) - fls.18, 32 a 36; despacho de encaminhamento – doc.fl.77; informação fiscal – fls. 109 a 110; e cópia do despacho à fl.114), reabrindo-se o prazo de defesa por 30 (trinta) dias para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Conforme intimação e AR dos Correios (fls. 117 a 118), foi reaberto o prazo de defesa com a entrega dos documentos determinados no despacho de diligência do órgão julgador.

No prazo estipulado na intimação, o autuado se manifesta (fls. 82 a 84), argumentando que mantém relações comerciais com a empresa investigada no PVF citado desde o ano de 2004, e que todas as mercadorias que comprou sempre foram recebidas em conformidade, sem qualquer problema com a empresa Alexsandro Rocha de Souza, cuja inscrição foi declarada nula desde sua origem. Afirma que todas as compras efetuadas ao citado fornecedor, há mais de cinco anos sempre foram fiscalizadas nos postos fiscais sem que nunca houvesse qualquer irregularidade com as mesmas.

Sustenta que não é razoável impor o pagamento do imposto cujo valor foi objeto de compensação, isto porque, à época das compras e das referidas compensações, a empresa acima citada estava em situação fiscal regular perante o fisco de sua circunscrição fiscal, o que lhe assegura as compensações de praxe nos créditos de ICMS.

Salienta que a descoberta da possível fraude perpetrada por esta empresa se deu em momento posterior às operações realizadas, e que apesar de ter tido a consequência da nulidade desde a origem da Inscrição Estadual do fornecedor, não tem o condão de retroagir em relação a terceiros, principalmente aqueles terceiros de boa-fé.

Invoca o artigo 50, inciso XXXVI, da CF/88, para argumentar que é :

boa-fé por ato jurídico perfeito à época de sua prática, mesmo no caso presente, em que são declarados nulos todos os documentos expedidos pela empresa fraudadora, desde sua origem.

Assim, sustenta que a cobrança dos créditos dos exercícios de 2005, 2006 e 2007 é indevida, por entender que, à época, a situação jurídica da relação com o fornecedor era de completa conformidade com a lei, não sendo devido ser responsabilizado pelo prejuízo causado pelo mesmo à Fazenda Pública Estadual.

Concluindo que:

- a) a empresa ALEXSANDRO ROCHA DE SOUZAS EPP perpetrou fraude que enganou tanto a sua empresa quanto às Fazendas dos Estados da Bahia e de São Paulo;
- b) em toda a sua relação com a citada empresa agiu de boa-fé, sem nunca ter tido conhecimento de qualquer ilicitude sua, seja comercial ou fiscal;
- c) não é possível que a retroatividade da decisão que declarou a nulidade de todos os atos da empresa mencionada, desde seu nascedouro, lhe atinja, posto que agiu na qualidade de terceiro de boa-fé;
- d) o atos jurídicos perfeitos que foram os negócios realizados com a empresa em questão, não podem ser desfeitos por lei, tampouco por processo administrativo, conforme dicção constitucional.

Requer a nulidade da autuação, isentando-lhe da responsabilidade dos prejuízos provocados pela empresa em exame, ou se assim não for o entendimento do órgão julgador, que sejam os valores recalculados, excluindo-se aqueles referentes às multas, em nome da boa-fé com que agiu o autuado.

O autuante presta informação fiscal (fls. 145 a 146), reiterando o teor de sua informação fiscal anterior, acrescenta que mesmo com a reabertura do prazo de defesa o contribuinte não trouxe nenhum fato novo capaz de descaracterizar a ocorrência da infração que foi a utilização de crédito fiscal através de documento falso ou inidôneo. Além disso, ressalta que o assunto já encontra precedente no julgamento do auto nº 299130.0044/08-0 pelo CONSEF/2ª JUNTA, que na sessão 068/2009 de 13/10/2009, considerou totalmente procedente outro auto de infração lavrado contra clientes da mesma empresa Alexandro Rocha de Souza, conforme cópia da Ementa anexado-a à fl. 147.

#### **VOTO**

Inicialmente, no tocante aos aspectos formais do presente lançamento tributário verifico que na fase de instrução do processo, foi observado que o sujeito passivo, pelos termos de sua primeira impugnação, deu a impressão de não ter entendido o real motivo da infração que lhe fora imputada neste processo, e de não recebido todas as provas documentais que instruem a autuação.

Esta constatação ensejou que o processo fosse baixado em diligência à Infaz de origem, para a reabertura do prazo de defesa, face aos esclarecimentos sobre o motivo da autuação, prestados na informação fiscal, conforme despacho à fl.128.

Desta forma, o sujeito passivo teve o seu direito assegurado e pôde exercer a ampla defesa, como bem demonstram seus argumentos apresentados na impugnação às fls.120 a 125.

Assim, o presente lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, a autuação versa sobre a apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS, nos meses de julho e novembro de 2005, março e julho de 2006, em razão do aproveitamento indevido de crédito fiscal destacado nas Notas Fiscais nº 847, 1105, 1186, 150 contribuinte Alexsandro Rocha Souzas – EPP, localizado no muni

nº 287.072.640.113, consideradas inidôneas, em razão do citado contribuinte se encontrar com sua inscrição estadual irregular perante o fisco paulista.

A ação fiscal é originária de diligências realizadas pela DAT/DPF/GERSU, em atendimento ao Pedido de Verificação Fiscal – PVF da Secretaria da Fazenda de Ribeirão Preto (SP), face à constatação de que as notas fiscais objeto da autuação, acima citadas, foram consideradas inidôneas em razão da inscrição cadastral do citado contribuinte ter sido declarada nula, desde a sua origem, em virtude da simulação do quadro societário da empresa, da inexistência do estabelecimento e da indicação de dados cadastrais falsos.

O art. 209, do RICMS/97, reza que será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que, além de outras situações, for emitido por contribuinte *fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades* (VII, “a”).

Já o artigo 97, inciso VII, do RICMS/97, veda a apropriação de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadoria, quando se tratar de documento fiscal inidôneo, sendo admitida, porém, a utilização do crédito fiscal quando sanada a irregularidade ou quando houver comprovação de que o imposto destacado no documento fiscal foi efetivamente recolhido.

Portanto, pelo que se vê, a legislação tributária é cristalina ao condicionar o aproveitamento do imposto a título de crédito à idoneidade do documento fiscal.

A documentação anexada ao processo, notadamente a ficha resumo expedida pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (fl. 32), declara as razões da inidoneidade do contribuinte Alessandro Rocha Souza – EPP.

Através da documentação apensada aos autos, mais precisamente, o Relatório de Apuração da Delegacia Regional Tributária de Ribeirão Preto (SEFAZ/SP), fls. 33 a 36, verifico neste elemento de prova que deu causa à glosa dos créditos, que realmente o contribuinte supra se encontrava com sua inscrição irregular perante o fisco paulista, tendo a mesma sido anulada, desde a sua origem, devido à simulação do quadro societário da empresa, da inexistência do estabelecimento e da indicação de dados cadastrais falsos. Portanto, nesse sentido, não há como considerar o artigo 50, inciso XXXVI, da CF/88, para socorrer o argumento defensivo de que não pode ser responsabilizado pela utilização dos créditos fiscais considerados indevidos.

Desta forma, os documentos declarados inidôneos, ao serem emitidos, já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade para gerar créditos do imposto.

Por outro lado, a teor do artigo 97, inciso VII, do RICMS/97, somente a prova de que o imposto devido pelo emitente das notas fiscais inidôneas foi integralmente pago poderia garantir ao autuado o direito ao creditamento do imposto. Sem esta prova, que não se faz presente nos autos, não há qualquer possibilidade de creditamento por parte do autuado dos valores consignados nas notas fiscais inidôneas, sob pena de ferir o princípio constitucional da não cumulatividade.

Noutras palavras, a efetivação das transações comerciais que foram objeto da glosa dos créditos fiscais, não torna o imposto destacado nas notas fiscais passível de creditamento, conforme já mencionado, e somente o pagamento do imposto pelo emitente das notas fiscais teria o condão de alterar a situação. O imposto destacado nas notas fiscais inidôneas deveria ter sido regularmente pago na etapa anterior, pelo emitente da nota fiscal, para que fosse possível o seu creditamento pelo impugnante, sem ferir as normas legais. Não há nos autos qualquer prova nesse sentido, ao contrário, o fisco paulista declarou em seu Relatório de Verificação Fiscal que todos os produtos comercializados em nome da empresa irregular tiveram saídas do estabelecimento de outra empresa (fl. 33).

Quanto ao pedido para exclusão a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal ressalto a legalidade da mesma, tendo em vista que estão previstas

7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou re

imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Então, devidamente caracterizada a infração, considero devida a exigência fiscal consubstanciada neste Auto de Infração, devendo ser mantida a multa pelo descumprimento da obrigação principal que foi consignada no demonstrativo de débito.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299130.0040/08-5**, lavrado contra **UNIÃO MED PRODUTOS MÉDICO HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 895,58**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, IV, “j”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA JULGADOR