

A. I. N° - 298575.0012/13-4
AUTUADO - ATACADÃO CENTRO SUL LTDA.
AUTUANTE - SIMONE MARIA VALVERDE GUIMARÃES
ORIGEM - IFEPE COMÉRCIO
INTERNET - 04/10/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0240-03/13

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIRO COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Comprovado nos autos mediante apuração realizada pela INFIP que o autuado realizou aquisição de mercadoria com nota fiscal inidônea. Constatando-se aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com documento fiscal inidôneo, deve-se exigir o pagamento do imposto do adquirente das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Representada a autoridade fazendária para examinar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal para exigir o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/05/2013, refere-se à exigência de R\$3.338,40 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias com documentação inidônea.

Consta ainda que “Referente processo de denúncia n° 578.084/2003-0 da empresa BM Vending Alimentos e Serviços(cópia em anexo), onde ficou provado o ingresso da mercadoria: Charque DT Frigma no valor de R\$24.000,00 com nota fiscal falsificada, sendo confirmado o pagamento para a sócia das empresas CHARQUE RECÔNCAVO IND E COM DE ALIMENTOS e COM. DE ALIMENTOS EMPÓRIO LONDRINA, situadas na cidade de Londrina - Paraná. Constatamos que a autuada de forma fraudulenta não efetuou o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, conforme demonstrativo abaixo: Base de Cálculo + MVA(23%) = 29.520,00; ICMS - (17%) = 5.018,40; Crédito de ICMS (7%) = 1.680,00; Diferença a recolher = 3.338,40.”

O autuado apresenta impugnação, fls. 67 a 73, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal elenca os seguintes argumentos.

Observa que o lançamento, amparado na investigação objeto da Denúncia Fiscal formulada pela BM Vending Alimentos e Serviços Ltda., fundamenta-se na alegação de que, em julho de 2007, adquiriu mercadoria (*Charque*) de estabelecimento localizado no Estado do Paraná sem o recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária, cujo ingresso no estabelecimento autuado foi acobertado por nota fiscal falsificada, emitida pela BM Vending Alimentos e serviços Ltda.

Assinala que também se depreende da Informação Fiscal anexada à Denúncia Fiscal, fls. 53 a 57 do PAF 578.084/2003-0 - a INFIP afirmou que “*se beneficiou do imposto normal e substituído ao deter em seu estabelecimento, mercadoria para comercialização, acompanhada de documento fiscal inidôneo*”; alegando que, por estar o Charque enquadrado no regime de substituição tributária, “*a fraude foi perpetrada com o objetivo de suprimir o tributo a ser pago, pelo adquirente, na entrada da mercadoria no Estado da Bahia*”.

Inicialmente observa que o crédito tributário objeto deste Auto de Infração encontra-se fulminado pela decadência, seja pela regra prevista no art. 150, §4º do CTN, seja pela norma disposta no art. 173, I do mesmo diploma legal, pois o lançamento, ora contestado, busca a cobrança de imposto cujo fato gerador ocorreu em 31 de julho de 2003, ou seja, há quase dez anos da notificação do lançamento.

Pondera que se tratando o ICMS de tributo sujeito ao regime do lançamento por homologação, no qual compete ao contribuinte apurar e recolher o valor que entende devido, submetendo o procedimento por ele adotado ao crivo da administração fazendária, o prazo decadencial a que está sujeito o citado tributo é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, que reproduz. Acrescenta que do teor desse dispositivo constata-se que o Fisco, tomando conhecimento do procedimento adotado pelo contribuinte, tem prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, para convalidá-lo - caso concorde, e se ao contrário, divergir dos expedientes promovidos pelo sujeito passivo, deverá exercer o seu dever de lançar de ofício, dentro deste mesmo prazo, as importâncias que considerar devidas, sob pena de restar extinto o respectivo crédito tributário.

Diz que no presente caso a autoridade fazendária pretende exigir débito de ICMS cujo fato gerador ocorreu em julho de 2003, de modo que ao se aplicar a regra prevista no art. 150, §4º do CTN, o Fisco teria até o dia 31/07/2008 para constituir o crédito tributário e intimar do lançamento, no entanto tal lançamento somente veio a ser efetivado em 07/05/2013.

Assinala que caso seja entendido que, por se tratar supostamente de um caso de fraude - o que comprovará que inexiste - a norma regente do prazo decadencial não se trata da prevista no art. 150, §4º do CTN, mas sim da previsão geral contida no art. 173, I do mesmo diploma, ainda sim restará plenamente configurada a decadência.

Menciona que da análise do presente caso à luz da regra de decadência estabelecida no art. 173, I, tendo o fato gerador ocorrido em 31/07/2003, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento do débito poderia ter sido efetuado corresponde ao dia 01/01/2004. Frisa que contados cinco anos a partir desta data, deflui-se que o termo final para constituição do crédito tributário foi o dia 31/12/2008.

Afirma que em 31/12/2008 restou plenamente decaído o direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, não havendo possibilidade de sua cobrança em 07/05/2013, posto que passados mais de quatro anos de sua extinção pela decadência.

Requer seja reconhecida a extinção do crédito tributário consubstanciado no presente Auto de Infração, em razão da sua decadência, seja com fundamento no art. 150, §4º, seja por força dos art. 173, I, ambos do CTN.

Ressalta que em atenção ao princípio da eventualidade e, sobretudo, para que não pairem dúvidas sobre a sua idoneidade, não poderia deixar de aduzir a total improcedência das acusações que lhe foram desferidas e, consequentemente, da cobrança contra si exigida.

Esclarece que o presente lançamento funda-se nas equivocadas conclusões alcançadas pela IFIP nos autos da Denúncia Fiscal de nº 578.084/2003-0, através da qual a empresa BM Vending Alimentos e Serviços Ltda. (Inscrição Estadual nº 024.516.967 e CNPJ/MF 16.171.209/0001-58) noticiou a emissão fraudulenta da Nota Fiscal nº 01858, em 19/07/2003, tendo por destinatário o estabelecimento autuado - Atacadão Centro Sul Ltda. - que acobertara a entrada de 200 caixas de Charque DT Frigma, no valor de R\$24.000,00.

Destaca que foi aferido ao longo trâmite administrativo da Denúncia Fiscal que efetuou o pagamento destas mercadorias mediante cheque de nº 41067, no valor de R\$24.000,00, cuja microfilmagem obteve junto ao Banco Itaú, e prontamente apresentou à competente Inspetoria de Fiscalização quando solicitado oportunidade em que também foi apresentada a cópia da Nota Fiscal nº 01858 em questão, bem como do extrato bancário constatando a compensação do referido cheque.

Assegura não ter qualquer participação direta ou indireta na falsificação noticiada pela BM Vending Alimentos e Serviços Ltda., e que caso tivesse suspeitado da inidoneidade do referido documento jamais teria permitido o ingresso dessas mercadorias em seu estabelecimento.

Assegura que é de conhecimento do mercado e do Fisco que pauta seus procedimentos comerciais e fiscais de forma escorreita e sempre cumpriu suas obrigações tributárias principais e acessórias perante a Administração Tributária em qualquer de suas esferas.

Explica que diante do grande volume de operações realizadas por seu estabelecimento, a incorreção do documento certamente não foi identificada pelos seus prepostos, sobretudo porque a nota fiscal parece preencher todos os requisitos exigidos pela legislação. Acrescenta que se ocorreria se houve fraude, é tão vítima quanto a BM Vending Alimentos e Serviços Ltda. e o Fisco baiano.

Sustenta que sua boa-fé no caso se faz patente, tendo em vista que registrou a Nota Fiscal nº 01858 e ainda levou ao conhecimento do fisco toda a documentação de registros desta operação que possuía consigo guardada, obtendo inclusive a microfilmagem do cheque utilizado para pagamento junto à instituição financeira, atitude esta que jamais seria “praticada por empresa tristemente famosa pela prática de vários atos contrários à legislação tributária” como injustamente afirmado pela autoridade fazendária.

Assevera que no curso das investigações promovidas pela INFIP, restou constatado que o cheque nº 41067 foi depositado na conta corrente da Srª Anna Sylvia Borges Pasternak, sócia de empresas sediadas no Estado do Paraná, diante do que a autoridade lançadora presumiu que a mercadoria ingressada em seu estabelecimento teria origem naquela Unidade Federada. Acrescenta que por considerar que a operação seria interestadual e que a mercadoria está sujeita a substituição tributária, a autuante lhe atribuiu a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST. Observa que a contatação de que a operação foi interestadual baseou-se no fato de o cheque ter sido depositado na conta corrente de pessoa que mantém empresas no Estado do Paraná. Prossegue assegurando que o crédito da importância - R\$24.000,00 - somente foi efetuado em favor da Srª Anna Sylvia Borges Pasternak por força do endosso formalizado no verso do título pela própria BM Vending Alimentos e Serviços Ltda., tendo, inclusive, sido apostado o carimbo dessa empresa. Arremata destacando que tal fato denota não ter teve qualquer relação com a apontada fraude, já que cuidou de nominar o cheque à empresa titular do estabelecimento de onde, aparentemente, as mercadorias saíram.

Diz restar esclarecido que não apenas desconhecia a atitude fraudulenta de terceiros em relação ao referido documento fiscal e em nada contribuiu para a prática da apontada irregularidade, como também repudia condutas desta natureza, não se admitindo nem mesmo por hipótese que mancharia seu nome e sua reputação para se eximir de suas obrigações.

Conclui caso não seja reconhecida a decadência, requerendo a improcedência do Auto de Infração, tendo em vista que não praticou direta ou indiretamente qualquer conduta fraudulenta que lhe pudesse ensejar a responsabilidade tributária solidária.

A autuante presta informação fiscal à fl. 83, e reproduz o §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - Código Tributário Nacional - CTN, para destacar que ficou comprovada a ocorrência de fraude, conforme consta do próprio corpo do Auto de Infração sob as seguintes informações: “Referente processo de Denúncia nº 578.084/2003-0 da empresa BM Vending Alimentos e Serviços Ltda. (cópia em anexo), onde ficou comprovado o ingresso da mercadoria: Charque Frigma no valor

total de R\$24.000,00 com nota fiscal falsificada, sendo confirmado o pagamento para a sócia das empresas Charque Recôncavo Ind. e Com. de Alimentos Empório Londrina, situadas na cidade de Londrina – Paraná. Constatamos que a autuada de forma fraudulenta não efetuou e recolhimento do ICMS por antecipação tributária...”

Frisa que o autuado alega não ter praticado conduta fraudulenta, entretanto negocou e efetuou pagamento para seu fornecedor situado no Estado do Paraná, tendo recebido a mercadoria acompanhada com nota fiscal inidônea, documento falsificado da empresa BM Vending Alimentos e Serviços, situada no Estado da Bahia, conforme denuncia, fl. 06 a 15.

Afirma que o autuado adquiriu mercadoria enquadrada na antecipação tributária e se beneficiou com a operação não recolhendo o ICMS devido.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Cabe inicialmente enfrentar a preliminar de decadência suscitada pelo autuado ao alegar que o Auto de Infração lavrado em 02/05/2013 traz lançamento de crédito tributário já ultrapassado o prazo de cinco anos estipulado pelo Código Tributário Nacional - CTN para a sua constituição. Aduziu que se operou a decadência em relação à data de ocorrência 31/07/2003, citando o art. 150, §4º e o art. 171, inciso I do CTN.

Verifico que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente a fato gerador apurado em decorrência de operação fraudulenta com a utilização da Nota Fiscal nº 01858 inidônea apurada em função de denúncia oferecida pela empresa BM Vending Alimentos e Serviços Ltda., fl. 06 e 07 com investigação efetuada pela INFIP, que resultou na Informação Fiscal às fls. 51 a 55, na qual fica comprovada que o número da Autorização de Impressão de Documentos Fiscais - AIDF da referida nota fiscal não existe no sistema da SEFAZ, fl.36, ou seja, trata-se de documento fiscal falso.

Destaco que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, §4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

“Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

O Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece expressamente nos arts. 28, §1º e 107-B, §5º:

“Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.”

“Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§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.”

Como nitidamente se depreende dos dispositivos legais acima reproduzidos, comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, como no presente caso, em que o autuado adquiriu mercadoria com documento falso, resta excepcionado o lapso de cinco anos para a fazenda pública homologar tacitamente o lançamento e extinguir o crédito tributário.

Nesses termos, considero que, diante da existência comprovada de fraude, não há que falar em ter-se operado a decadência restando, portanto, afastada a preliminar suscitada.

No mérito, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de 200 cx de Charque DT Frigma, valor de R\$24.000,00, com documentação inidônea, Nota Fiscal nº 1858, fl. 08. Exigido o imposto no valor de R\$3.338,40, conforme demonstrativo: Base de Cálculo + MVA(23%) = 29.520,00; ICMS - (17%) = 5.018,40; Crédito de ICMS (7%) = 1.680,00; Diferença a recolher = 3.338,40.

A informação fiscal prestada pela INFIP, fls. 51 a 55, esclarece que iniciou a investigação a partir de denúncia da empresa BM Vending Alimentos e Serviços Ltda. de que a Nota Fiscal de nº 1858, fl. 08, emitida em 19/07/03 como se de sua emissão fosse, que tem como destinatário, ora autuado, e discrimina a venda de 200 cx de Charque DT Frigma é resultado de uma falsificação grosseira, eis que o padrão de sua nota fiscal é totalmente diferente, cópia à fl. 09, informando que também não comercializa com Charque, mercadoria discriminada no documento fiscal.

A investigação apurou que o autuado registrou a aludida aquisição com a nota fiscal falsa em seu livro Registro de Entradas e efetuou o pagamento no valor de R\$24.000,00, constante da nota fiscal, com cheque nominal a BM Vending Alimentos e Serviços Ltda., fl. 49. No entanto a investigação constatou que o cheque, fl. 50, em seu verso teve autorização da BM Vending para depósito na conta corrente de Anna Sylvia Borges Pasternak que é vinculada a empresa Charque Recôncavo Ind. de Alimentos Ltda., localizada na cidade de Londrina no Estado do Paraná.

O autuado impugnou o lançamento alegando que não tivera qualquer participação, não cometera qualquer atitude ilícita e que tão fora vítima quanto a empresa BM Vending Alimentos e Serviços Ltda. e o Fisco.

Depois de examinar os elementos que compõem os autos, constato que restou claramente evidenciado que o autuado adquiriu 200 cx de Charque DT Frigma, mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária constante da Nota Fiscal de nº 1858, da empresa BM Vending Alimentos e Serviços Ltda., documento fiscal comprovado como sendo inidôneo por ostentar um número de AIDF não concedida pela SEFAZ, fl. 36. Eis que, o próprio autuado reconheceu expressamente, em sede de defesa, que adquiriu, registrou em sua escrita fiscal e efetuou o pagamento da mercadoria constante da referida nota fiscal.

Por outro lado, inequivocamente evidencia-se nos autos que é induvidosa a inidoneidade da aludida nota fiscal conforme se depreende da expressa qualificação estatuída no inciso III do art. 209 do RICMS-BA/97, *in verbis*:

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

[...]

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

Nesse diapasão, o autuado ao adquirir, ingressar em seu estabelecimento e registrar em sua escrita fiscal mercadoria com nota fiscal falsa resta inequivocamente caracterizada a sua responsabilidade solidária nos termos preconizado pelo inciso IV do art. 6º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

[...]

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;”

Assim, ante as circunstancias acima enunciadas, caracterizado que restou o cometimento da falta de recolhimento pelo autuado do ICMS por antecipação tributária concluo pela manutenção da ação fiscal.

No entanto, considerando que não foi exigido no presente Auto de Infração o imposto devido de responsabilidade do próprio sujeito passivo, represento a autoridade competente para que avalie a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal a fim apurar e exigir essa parcela do imposto devida e a ainda remanescente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298575.0012/13-4, lavrado contra **ATACADÃO CENTRO SUL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.338,40**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR