

Fisco de São Paulo ignora lei e ameaça contribuinte

Uma empresa de São Paulo foi autuada pela fiscalização do ICMS porque adquiriu materiais de construção (tintas) de comerciante que estaria em situação fiscal irregular.

Pretende a Fazenda paulista que o adquirente pague o ICMS acrescido de juros e multa porque o fornecedor teria emitido notas fiscais que foram declaradas “inidôneas”. A alegada inidoneidade teria sido apurada num procedimento administrativo, pois o fornecedor encerrou suas atividades, desaparecendo de seu endereço em data anterior à emissão das notas tidas como “frias”. Sustentou o Fisco que o adquirente é sempre “solidário” com o fornecedor, quando o imposto não é recolhido.

Do histórico do auto de infração constou que a empresa que comprou as tintas:

“...transportou, recebeu e estocou em(data).... mercadorias no valor de R\$ desacompanhadas da documentação fiscal, acobertadas por notas fiscais inábeis, emitidas por firma declarada inidônea e que não atendem às condições previstas no item 4 do § 1º do artigo 59, combinado com o artigo 184, inciso I, do RICMS/00...”

Além disso, constam observação afirmando que *“A situação... descrita poderá ser comunicada ao Ministério Público para as providências penais nos termos da legislação vigente.”*

A empresa defendeu-se, por entender que não é responsável por imposto não recolhido por seu fornecedor, especialmente quanto se trata de material que não gerou qualquer crédito, além de sujeito ao regime de substituição tributária.

Sustentou ainda que quando da aquisição consultou o “Sintegra”, um meio de consulta eletrônica onde o fornecedor constava como regular perante o Fisco e que o fornecedor consta até hoje como empresa “ativa” no CNPJ da Receita Federal.

Estamos, ao que parece, com mais um dos incontáveis abusos do Fisco, que pretende transferir para o contribuinte responsabilidade que a este não cabe. Como é curial, não pode uma empresa fiscalizar outra e se alguém tem inscrição no Estado, presume-se que ela tenha sido concedida com as devidas cautelas. A inscrição, como se sabe, é concedida somente após minuciosas e criteriosas verificações, onde funcionários fazendários verificam tudo o que é necessário para prevenir atos ilícitos. Deve o Fisco, ainda, fiscalizar tais contribuintes.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível 175.883-2/9 decidiu que não se pode cobrar do adquirente o imposto que não tenha sido pago pelo vendedor, se a “inidoneidade” dos documentos por este emitidos não tenha sido divulgada mediante publicação no Diário Oficial.

Concluiu o Tribunal de Justiça que *“...cabe ao Fisco cobrar da vendedora o imposto que for devido. Ante a ausência de publicação da declaração de inidoneidade da vendedora, não há que se penalizar...”* o adquirente da mercadoria que agiu de boa fé.

De igual forma decidiu o Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma, Agravo Regimental 173.817-RJ): o crédito do ICMS não depende de prova de que o fornecedor tenha pago o tributo, mas apenas de que estava regularmente inscrito na repartição e de que o negócio tenha sido realizado.

Decisão similar está na RJTJESP 124/40, destacando antiga lição de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, pág. 64) que ensina:

“A publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos, que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem, exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante partes e terceiros.”

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, examinando questão do pagamento do ICMS na comercialização de gado, negou recurso interposto pela Fazenda do estado de São Paulo, afirmando que:

“Constatado...que o vendedor agiu de boa fé e que a empresa compradora encontrava-se regularmente inscrita na data das operações de compra e venda, não pode o vendedor ser responsabilizado pelo recolhimento do tributo.” (REsp 89.364, DJU 24/06/2003). Vê-se, portanto, que a responsabilidade do comprador ou do vendedor pelo tributo que a outra parte não pagou só pode ocorrer se ficar demonstrada a existência de conluio ou má fé.

Não podem prevalecer contra o contribuinte supostas diligências que o Fisco tenha feito e às quais não tenha tido acesso ou mesmo notícia a respeito. Tal situação decorre de que qualquer cerceamento de defesa não pode ser admitido, conforme o artigo 5º inciso LV da Constituição Federal, a saber:

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Outra questão importante é a que se refere à suposta “solidariedade”. O fisco paulista invocou o artigo 11 incisos XI e XII do RICMS, que diz:

“Artigo 11 – São responsáveis pelo pagamento do imposto devido (Lei 6.374/89, arts.8º, inciso XXV e § 14, e 9º, os dois primeiros na redação da Lei 10.619/00, art. 2º, I, e o último com alteração da Lei 10.619/00, art. 1º, VI):

XI – solidariamente, as pessoas que tiverem interesse comum na situação que tiver dado origem à obrigação principal;

XII – solidariamente, todo aquele que efetivamente concorrer para a sonegação do imposto;”

Ora, a definição de solidariedade passiva é, claramente, uma das “normas gerais em matéria de legislação tributária” a que se refere o inciso III do artigo 146 da Constituição Federal, cujo “caput” ordena que essas normas são regidas por “lei complementar”.

Assim, a legislação estadual não pode inovar, criando nova espécie não fixada no Código Tributário Nacional, cujo artigo 124 não alcança o disposto no inciso XII do ICMS, mas apenas o seu inciso XI, regulando a questão da seguinte forma:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

Neste caso, se as mercadorias adquiridas não geraram créditos fiscais, em nenhum momento a autuada teria qualquer interesse em concorrer para a alegada sonegação fiscal, que não lhe traria qualquer benefício! Não é a autuada, pois, “**pessoa que tira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado**”.

Registre-se, ainda que o conceito de solidariedade contido no inciso I do artigo 124 do CTN é vago, incompleto e impreciso. Assim o afirmam dois eminentes doutrinadores, o professor Luiz Alberto Gurgel de Faria, desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, professor da Universidade Federal de Pernambuco e o professor doutor Renato Lopes Becho, juiz federal em São Paulo e professor da Faculdade de Direito da PUC, a saber:

*“São dois os tipos de solidariedade na obrigação tributária: a primeira, das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador e, a segunda, nos casos definidos em lei. A última hipótese não comporta maiores dificuldades, cabendo ao legislador, com a prudência necessária, indicar pessoas que sejam solidárias com o pagamento da dívida. Já no tocante à primeira, que interesse comum é esse? Pela **vagueza do termo**, há de se examinar cada situação que constitui o fato gerador, de modo a averiguar se existe a comunhão de interesses mencionada, acarretando a solidariedade. (FARIA, “Código Tributário Nacional Comentado”, Ver. Tribunais, S. Paulo, 3ª. Ed., 2005, p. 123).*



*“No inciso I foram definidos como devedores solidários aqueles que tenham interesse comum ‘na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal’, ou seja, na materialidade da regra-matriz tributária. **A redação não é boa, posto que vaga no que seja interesse comum na situação material. ...Não há presunções neste terreno.**”*

(BECHO, “Comentários ao Código Tributário Nacional”, MP Editora, S.Paulo, 2005, p. 1005/1006).

Assim é também a posição de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES em sua conhecida obra “Compêndio de Direito Tributário” (2º Vol., 3ª. Ed.,1995, pg. 519):

“A solidariedade não se presume. No direito tributário a responsabilidade resulta da lei.”

O mais grave é que a própria jurisprudência do Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda deste Estado é mansa e pacífica no sentido de que, não tendo a suposta “inidoneidade” sido divulgada, o adquirente de mercadorias não pode ser responsabilizado pelo pagamento do tributo.

Veja-se a respeito:

Processo DRT 5 – 300/81, julgado pela Colenda 3ª Câmara do TIT, aos 04/07/83:

”CRÉDITO DE ICM – Apropriado de Notas Fiscais declaradas inidôneas através do Comunicado DEAT-G – Improcedente a autuação, identificado que foi o responsável pela fraude. Decisão unânime.”

Processo DRT 8 – 1818/81, julgado em sessão da 4ª Câmara de 29/11/82. – “Falta de Comunicado DEAT – Existência de mercadorias – Inocorrência de conivência do destinatário – Provido o recurso.”

“Dezenas de casos de créditos indevidos por notas inidôneas tem passado por este Tribunal. A diferença é que, enquanto na maioria dos casos havia um comunicado DEAT – G para permitir os recebedores das mercadorias a oportunidade de recolher ICM creditado irregularmente, no prazo de 30 dias antes de qualquer procedimento fiscal, aqui o Fisco promoveu diretamente a exigência do tributo e impôs severa penalidade ao contribuinte. Se o Fisco não demonstrou com as provas a inexistência das mercadorias, nem positivou concretamente a conivência da destinatária na fraude, não poderia nos termos da Portaria CAT nº. 10/73, lavrar de imediato o Auto de Infração e Imposto de Multa.”

Processo DRT 1 – 15923/83, julgado em sessão da 6ª Câmara de 11/04/98 – “Provido integralmente o recurso”.

Tópico final da decisão : “Parece-me, assim, não estar tipificando no presente caso, o conjunto, fraude ou má-fé que tornaria legítima a exigência do estorno do tributo, com os acréscimos e a multa resultante, não restando a meu ver, responsabilidade ao adquirente de boa-fé. Isto posto, dou provimento integral ao recurso para tornar insubsistente a parte remanescente do Auto de Infração.”

CRÉDITO DE ICM – Inconsistente acusação fiscal de ser indevido, apropriado de nota fiscal cujo registro pelo destinatário sequer foi verificado – Apelo provido – Decisão Unânime.

Em todo o processado não se encontra qualquer documento ou elemento que comprove, cabalmente, a prática de infração a legislação tributária. Não tem cabimento jurídico acusar-se o Contribuinte de registro de documento que propiciaria crédito de imposto, sem verificar se, realmente, teria sido registrado. A presunção de que a emissão das notas fiscais – por firma declarada inexistente, arrolada em comunicado DEAT-G – acarretaria, de forma inequívoca, o conseqüente registro, não tem foros de qualquer procedência. (Proc. DRT 1 – 4521/79, julgado em sessão da 6ª Câmara de 13.09.82 – Rel. José Eduardo Soares de Melo).

CRÉDITO DE ICM – Insubsistente acusação fiscal de ser indevido, sob a alegação, não comprovada, de ter sido apropriado de notas fiscais declaradas inidôneas – Apelo provido – Decisão não unânime.

Os comunicados DEAT-G não podem, ainda que baseados em Portaria CAT – esta última simples “norma complementar” a lei tributária, no último patamar de hierarquia da legislação tributária – ter força alguma para criar, extinguir ou modificar, por si só, direitos ou obrigações. Os créditos tributários havidos na forma da lei só podem ser impugnados se os ditames legais forem, por abuso de forma, por fraude, por simulação, ou por dolo, contrariados em prejuízo do direito do Fisco. Mas tudo isso deve ser objeto de prova. Não só a prova de que o documento foi indevidamente utilizado pelo emitente, mas que o destinatário tinha conhecimento do ato ilícito e com ele compactou. Não é. Porém, o caso do documento absolutamente falso, por não existir o emitente, por não haver sido autorizada sua confecção, etc., hipótese em que não se pode admitir ausência de má-fé do pretendo comprador. Aqui, estamos frente a caso de emitente que obteve regular inscrição, que emitiu documento autorizado, não se podendo imputar má-fé, se maior reforço de prova, ao comprador. (Proc. DRT 1 – 9548/77, julgado em sessão da 2ª Câmara de 03.06.81 – Rel. Fernando José Labre de França).

CRÉDITO DE ICM – Acobertado por documentação fiscal considerada inidônea pela fiscalização – Acusação indevidamente instruída – Provido o recurso, ressaltando-se nova ação fiscal – Decisão não unânime.

A acusação fiscal esta suportada apenas na ficha de informação, a qual não é suficiente para declaração de inidoneidade dos documentos fiscais. Vê-se que a fiscalização não teve o cuidado de instruir devidamente o processo, com a juntada do relatório de apuração e da ficha de resumo sobre as atividades do contribuinte emitente das notas fiscais. A alegação do AFR autuante de que se trata de firma falida esta a merecer a necessária comprovação por meio dos documentos citados (relatórios de apuração e ficha resumo) ou certidão da decretação do encerramento da falência. Ante o exposto e mais o que dos autos consta, voto no sentido de ressaltar-se ao fisco o direito de intentar nova ação fiscal contra o contribuinte, dando-se, entretanto, provimento ao recurso.

Processo DRT – 1 n° 12548/91, julgado em sessão da 3ª Câmara de 03.09.92 – Relator José Machado de Campos (Ementário do TIT/1994, n° 053, pág. 43).

CRÉDITO INDEVIDO – Apropriado de notas fiscais inidôneas – Emitente em atividade quando das operações – Recurso provido – Decisão unânime.

Tomando a situação dos presentes autos, pode-se concluir que, ao apenar a autuada pelas fraudes praticadas pela emitente das notas fiscais, está o fisco transferindo para o contribuinte as atribuições que somente a ele, fisco, competiam e que deveriam ter sido exercidas por ocasião do recebimento dos documentos que foram entregues regularmente até 31.12.87, ou, então, verificar da real existência do local para onde foi dada a sua inscrição cadastral. Não o fazendo nos momentos próprios, torna-se difícil dar razão ao fisco quando pretende fazer retroagir os efeitos de sua ação posterior, para alcançar atos praticados por terceiros, em período bastante anterior, sem provas materiais do conluio do contribuinte com a real fraudadora do fisco. Várias são as decisões deste Tribunal, dentro do entendimento acima apontado, como por exemplo, os

Processo DRT – 1 n° 954/77, Ementário TIT de 1985, pág., 106; DRT – 1 n° 2016/78, Ementário TIT de 1985, pág. 107; DRT – 5 n° 10989/77, BOLETIM TIT n° 99. Voto a afirmar que, in casu, parece-me ter a autuada tomado as providências que lhe competiam, uma vez que, conforme se verificou, a empresa fornecedora era a real fraudadora do fisco, mas vinha entregando documentos fiscais durante o período em que operou com a autuada, retirando-lhe a responsabilidade pelas irregularidades fiscais.

Processo DRT – 13 n° 70/89, julgado em sessão da 1ª Câmara de 14.07.92 – Relator Dirceu Pereira. (Ementário do TIT/1994, pág. 49, n° 068).



CRÉDITO INDEVIDO – Nota fiscais frias – Processo não instruído de conformidade com a portaria CAT nº 67/82 e Ofício DEAT-G, série “O&M” nº 2/83 – Auto insubsistente por deficiência probatória – Provido o recurso – Decisão Unânime.

A acusação inicial é a de crédito indevido, fundado em notas fiscais frias. O Fisco, contudo, nenhuma prova fez em relação às empresas emitentes dos documentos impugnados, como lhe cometa, nos termos do artigo 1º da Portaria CAT n 67/82 e Ofício DEAT-G, série “O&M” nº 2/83. Ou seja, não há nos autos nenhuma prova que demonstre o motivo ou motivos que levaram a se considerar inidôneos os documentos aqui enfocados. À mingua de qualquer elemento de convicção, não há como se sustentar o trabalho fiscal. Por outro lado, como se vê pelos documentos juntados pela recorrente, esta demonstrando nos autos só pagamento das duplicatas através de cheques devidamente compensados. É possível que tais documentos relativos às operações praticadas pela recorrente resultem de simulação. Mas o Fisco nada provou a esse respeito, como de resto não o fizeram nem mesmo quanto a existência de fato e de direito das empresas emitentes das NNFF impugnadas. Nestas condições, dou provimento ao recurso para julgar a ação fiscal insubsistente.

Processo DRT – 4 nº 5823/90, julgado em sessão da 1ª Câmara de 28.07.92 – Relator Luiz Fernando de Carvalho Accacio. (Ementário do TIT/94, pág. 55, nº 080).

Acresce salientar ainda a evidente ilegalidade de se ameaçar o contribuinte com a instauração de inquérito policial. O Fisco não pode adotar uma postura ilegal, ameaçadora, policialesca. Fisco é fisco, polícia é polícia. Ao ameaçar uma “comunicação” de crime antes se concluir o processo administrativo decorrente do auto de infração, o fisco paulista ignora a Lei Federal 9.430 de 27 de dezembro de 1996 em seu artigo 83 que diz:

“...a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

Também deixa de conhecer de conhecida e pacífica jurisprudência do STF, onde já se decidiu:

“Constituem condições de procedibilidade de ação penal por crime de sonegação fiscal: a) a prévia apuração e inscrição como dívida ativa, líquida e certa, da Fazenda Pública, do imposto sonegado, não se afigurando legítima, e muito menos necessária, a instauração de procedimentos policiais ou judiciais criminais, sem anterior e final tramitação do procedimento administrativo e em que tenha sido assegurada ampla defesa ao contribuinte, indigitadamente faltoso...” (RT 497/388-394)

Portanto, eventual representação criminal, antes de **“proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”** representará expressa desobediência ao texto da lei federal, implicando em responsabilidade pessoal daquele que, deixando de observá-la, fizer a intempestiva representação.

Outrossim, a Lei Complementar (estadual) nº 970 de 10 de janeiro de 2005, deu nova redação ao artigo 5º da Lei Complementar 939/2003, acrescentando-lhe o inciso IX, passando o dispositivo legal a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 5º – São garantias do contribuinte:

...

*IX – o não encaminhamento ao Ministério Público, por parte da administração tributária, de representação para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária **enquanto não proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência do crédito tributário correspondente.**”*

Não há a menor dúvida de que o Fisco deve ser rigoroso e eficiente na sua atuação. Mas não pode agir em desacordo com a lei vigente. Não pode inventar solidariedade onde ela não existe, nem cobrar imposto que sabe indevido. Não será dessa forma que a arrecadação tributária vai aumentar em São Paulo.