

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Recurso MS .
Tribunal STJ

CRÉDITO AMPARADO NAS NOTAS FISCAIS — PROVA DO PAGAMENTO À SUPOSTA FORNECEDORA - ÔNUS DO CONTRIBUINTE - FALTA - EFEITOS

RESUMO

- O Fisco Estadual costuma exigir o estorno do crédito do ICMS quando inidôneo o vendedor da mercadoria, mas o estorno só se legitima se o fisco comprovar documentalmente: a) - que a declaração de inidoneidade do vendedor foi publicada no Diário Oficial, valendo tal declaração contra terceiros somente a partir da publicação; b) - que tal declaração deve ser precedida de processo administrativo-fiscal, nomeado curador ad hoc ou apud acta para a empresa que vai ser declarada inidônea; c) - o auto de infração deve mencionar o Diário Oficial que publicou a declaração de inidoneidade. - Nenhuma dessas providências, entretanto, foi tomada, o que torna inválido o auto de infração. - Há precedentes do TJSP (RJTJSP 124/39), aplicando-se o princípio da publicidade do ato administrativo para conhecimento de terceiros (CF, art. 37, caput). - Pergunta, então: Se o comprador do material não participou do ato lesivo, responde pela ilicitude (CC, art. 160, I; CP, art. 23 e CTN, arts. 124 e 128)? - Em tal caso - questiona ainda -, não estaria sendo usada prova emprestada contra a compradora e, finalmente, não haveria, no caso a adoção oblíqua do "regime especial" ? - Julgados do TJPR (Repertório IOB) e da 1ª Câ. do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, prossegue, têm por legítimo o crédito do ICMS feito pelo comprador se só posteriormente se verifica a inidoneidade do emitente de nota fiscal de compra. - No caso, tendo a fiscalização efetuado o levantamento na contabilidade da empresa, restou demonstrada a entrada da mercadoria no estabelecimento, bem como a boa-fé da compradora. - Não tem o fisco poderes para determinar o estorno do crédito fiscal, pois não pode partir da presunção de conluio entre o comprador e o vendedor. - Em nenhum momento ficou provado que a compradora sabia ser inidônea a vendedora, sendo leviana a afirmação de que a embargante confessou ter tal conhecimento. - Equivocada se mostra a sentença ao sustentar que objetiva a responsabilidade do contribuinte, uma vez que é necessária, no caso, a demonstração do dolo ou pelo menos culpa do contribuinte, como, aliás, sustenta LUIZ FLÁVIO GOMES. - A multa, de outro lado, numa economia estável como a em que vivemos atualmente, mostra-se excessiva tanto que o Código do Consumidor fixou-a inicialmente em 10% e o Sr. Presidente da República reduziu-a a 2% em MP posterior. - A multa de 100% fere o princípio da tributação segundo a capacidade do contribuinte, previsto no art. 145, § 1º da CF, importando sua exigência em verdadeiro confisco, a par de que não restou provado o ilícito. - Nas contra-razões o Estado diz intempestiva a apelação e que o apelante suscita matéria nova, a irregularidade da representação do Estado, o que contraria o art. 513 do CPC e acórdão constante da RT 630/119. - A alegação da necessidade de instrumento de mandato ao Procurador do Estado não tem consistência, conforme nota 3 ao art. 37 do CPC, de THEOTONIO NEGRÃO. - A de que não foi publicada a declaração de inidoneidade da empresa que gerou os créditos, a par de consistir em defesa de direito de terceiro, não pode prosperar, uma vez que os documentos fiscais devem ser considerados idôneos e a escrituração obedecer às formalidade previstas em regulamento. - Se o adquirente não diligencia quanto à procedência da mercadoria, incorre em culpa, sendo partícipe da irregularidade fiscal. - O edital através do qual se dá publicidade aos atos inidôneos não constitui a causa dessa inidoneidade, apenas torna públicos atos já conhecidos. A inidoneidade nasce a partir da emissão das notas fiscais. - No caso de documentos fiscais emitidos por empresas fictícias o Estado é vítima, devendo ser indenizado por quem lhe causou danos. - A situação é tanto mais grave quando se vê que a apelante sequer juntou aos autos as notas fiscais inidôneas,

prova que lhe cumpria fazer. - Não há, pois, falar-se em cerceamento de defesa, se o próprio apelante não produz a prova necessária para afastar a tese do fisco. - O art. 136 do CTN, ao contrário do que afirma a apelante, fixa como de natureza objetiva a responsabilidade do contribuinte por infrações à legislação tributária. - No que tange à multa, seu objetivo é impedir a prática de ações que tenham por finalidade o não recolhimento do tributo. - Opinou o

EMENTA

ICMS. Crédito indevido do imposto, porque amparado em notas fiscais de estabelecimento fictício. - Procedimento da Fazenda que tem a presunção de legalidade, cumprindo ao contribuinte, nos embargos, demonstrar o contrário. - Inocorrência de tal demonstração in casu, desde que o contribuinte não trouxe nada aos autos, nem cheques, ordens de pagamento ou de crédito para evidenciar pagamentos à suposta fornecedora da mercadoria, limitando-se a dizer que talvez tenha sido vítima de boa-fé ou descuido. - Multa devida ex-vi do art. 8º, da Lei n. 5.983/81, inaplicável, ao caso, o limite do Código de Defesa do Consumidor, por se cuidar de relação de natureza tributária e não de consumo.

NOTA DA REDAÇÃO

RT