



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº 153 /2013

022ª Sessão Ordinária de 04 de fevereiro de 2013.

Processo de Recurso Nº: 1/4293/2011

Auto de Infração Nº: 1/201113181

Recorrente: PODIUM COM. CAMINHÕES E MÁQ. PESADAS LTDA

Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Relator: MANOEL MARCELO AUGUSTO MARQUES NETO

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO – NOTAS FISCAIS não preenchem os requisitos de validade e eficácia, por conter declarações inexatas em relação a datas, valores e destinatários. Recurso voluntário conhecido e não provido. Auto de Infração julgado **PROCEDENTE**, violação aos artigos 65, VIII, 131, III, 874 e 877 do Decreto nº 24.569/97, combinado com o art. 51 da Lei nº 12.670/96. Confirmada a decisão exarada em 1ª instância. Afastada as Nulidades suscitadas por vício formal e falta de espontaneidade. Realização de trabalho pericial afastado em razão do disposto no art. 59, I, II, III, do decreto nº 25.468/99. Penalidade: Art. 123, II "a" da Lei nº 12.670/96 c/ nova redação dada pela Lei nº 13.418/2003. Decisão unânime e de acordo com o parecer adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado - PGE.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração, lavrado contra a empresa: PODIUM COM. CAMINHÕES E MÁQ. PESADAS LTDA.

“Crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta-gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação. Constatamos que os dados das Notas Fiscais de emissão ROMMEL FONTELES DA ROCHA- 06.180.270-9, divergem em datas, valores e destinatários, das lançadas Registro Entrada da PODIUM – 06.211989, conforme Inf. Complementar e Notas Fiscais anexas.”

ICMS R\$ 2.881.500,00

MULTA R\$ 2.881.500,00

O autuante indica como dispositivos infringidos os artigos: 57 e 65 do Decreto nº 24.569/97; e sugere como penalidade a prevista no artigo nº 123, inciso II alínea "a" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

O processo esta instruído com os seguintes documentos: Auto de Infração, Informações Complementares, Ordem de Serviço nº 2011.30108, Termos de Intimação nºs: 201124888 e 2011.27130, AR, cópias das notas fiscais que motivaram o AI e DIEF.

Nas informações complementares o agente do fisco acrescenta que:

1. - em decorrência das atividades de monitoramento fiscal foram solicitadas, ao contribuinte, justificativas relacionadas às retificações na DIEF do período de janeiro a abril de 2011.

2 - o contribuinte apresenta ao auditor, 03 (três) notas fiscais de nºs: 1792, 1789 e 1752, emitidas pela empresa: ROMEEL FONTELES DA ROCHA - CGF -06.180.270-0. Após análise dos referidos documentos fiscais, constata-se que os dados constantes originalmente nas terceiras vias, divergem em relação às datas, valores e destinatários das cópias das primeiras vias apresentadas pela autuada.

3 - além dos aludidos documentos acima mencionados, identificou-se, também, outras 03 (três) notas fiscais de nºs: 1759, 1766 e 1777, declaradas na DIEF da empresa fiscalizada, que apresentavam divergências de datas, valores e destinatários, ou seja, não eram compatíveis com as operações efetivamente realizadas; sendo desconsiderados os créditos fiscais a elas pertinentes.

Aduz, ainda, que refez a conta gráfica dos meses de janeiro a abril de 2011 desconsiderando os créditos indevidos e apurando uma diferença de R\$ 2.881.500,00 de ICMS a recolher.

O lançamento fiscal é impugnado tempestivamente. (fls.35/47).

Na instância singular, o julgador decidiu pela PROCEDÊNCIA do feito fiscal, consoante se vê na ementa do julgamento, abaixo reproduzida:

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO em 2011, haja vista que as notas fiscais não preenchiam os requisitos de validade e eficácia, contendo declarações inexatas em relação a datas, valores e destinatários. Autuação **PROCEDENTE**. Decisão amparada nos Arts. 51 da Lei nº 12.670/96, 65, inc. VIII, 131, inc. III, 874 e 877, do Dec. nº 24.569/97, com penalidade prevista no Art. 123, inc. II, "a", da Lei nº 12.670/96 (alterado pela Lei nº 13.418/03).
Defesa tempestiva.

Devidamente intimada da decisão de 1ª Instância, a empresa autuada, insatisfeita com a decisão singular, interpõe Recurso Voluntário, alegando:

- 1 – que o agente do fisco não respeitou o devido processo legal, quanto ao aspecto da espontaneidade, pois a intimação não foi feita na pessoa do autuado, mas por pessoas estranhas à administração da sociedade, que não detinham competência para tal ato;
- 2 – que o representante legal da empresa somente foi cientificado da notificação atinente ao processo administrativo de suspensão da inscrição do seu CGF, que por sorte, se deu dentro do prazo de impugnação ao presente Auto de Infração;
- 3 – que as notas fiscais, objeto da presente autuação, estão devidamente escrituradas no Livro Registro de Entradas da recorrente, não sendo atribuição da mesma, fiscalizar seus fornecedores e que não houve qualquer conduta infracional;
- 4 – caso tenha havido alguma irregularidade junto ao Fisco do Estado do Ceará, foi única e exclusivamente por parte da emitente dos documentos fiscais;
- 5 – que em nenhum momento foi provada a culpabilidade da recorrente quanto à prática de ato ilícito, sendo dever de o autuante demonstrar de forma clara e inequívoca o conluio entre a emitente e destinatário dos documentos fiscais tidos como inidôneos.

Requer, ao final a Nulidade ou a Improcedência do auto de infração.

O Parecer da Consultoria Tributária, nº 693/2012, adotado pelo representante da d. Procuradoria Geral do Estado sugere: o conhecimento do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para manter a decisão de procedência proferida em primeira instância, rejeitando a nulidade argüida e o pedido de realização de trabalho pericial.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte acima nominado lançou e aproveitou créditos de ICMS decorrentes de operações com notas fiscais inidôneas, uma vez que os dados constantes originalmente nas terceiras vias divergem em relação às datas, valores e destinatários das cópias das primeiras vias apresentadas pela autuada.

PRELIMINAR DE MÉRITO – NULIDADE

Segundo a recorrente, o auto de infração sob análise, deve ser declarado nulo, sob o fundamento de que o agente do fisco não respeitou o devido processo legal, quanto ao aspecto da espontaneidade e que a intimação não foi feita na pessoa do autuado, mas por pessoas estranhas à administração da sociedade, que não detinham competência para tal ato.

Os pedidos de nulidade requeridos pela recorrente devem ser afastados sob os seguintes entendimentos:



1 – As ciências dos Termos de Intimação foram efetuadas por pessoas que representavam o contribuinte, inclusive com a aposição do carimbo da empresa, revestindo-se, portanto, de tal aparência. Assim sendo, o contribuinte tomou conhecimento de todo o procedimento de fiscalização adotado pelo agente fiscal.

Sobre esta matéria, a Consultoria Tributária, através do Parecer nº 693/2012 assevera que: “... a doutrina e decisões do STJ – Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem se apresenta como representante legal e recebe a citação sem qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-lo em juízo, conforme decisão: RESP 65484/SP. T2 (1995/0022451-8). Data da decisão: 16.06.2000. Min. Eliana Calmon. DJ 01.08.2000; PG: 218”.

2. A nulidade alegada por falta de espontaneidade por considerar que o termo de intimação não caracteriza início de fiscalização, também deve ser afastada. A ação fiscal realizada pelo agente fazendário refere-se a uma diligência fiscal específica – Antecipação de registro ou aproveitamento indevido de crédito fiscal. Por força do art. 813, IV, “b” do Dec. Nº 24.569/97, referida ação fiscal dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, sendo, portanto, lavrado o Termo de Intimação o que caracteriza o início da fiscalização. Inexistindo, assim, a possibilidade de recolher as diferenças encontradas de forma espontânea, conforme alega a recorrente.

Cabe ainda ressaltar que a empresa autuada antes da Ordem de Serviço nº 2011.30208, encontrava-se sob monitoramento, usufruindo, portanto, da prerrogativa e prazo para regularizar de forma espontânea qualquer irregularidade detectada.

Diante dos fatos, afasto as preliminares de nulidade, sob o entendimento de que não houve qualquer prejuízo no que se refere ao princípio da espontaneidade ou ao exercício da ampla defesa e contraditório.

EXAME DE MÉRITO.

Com relação ao mérito, a recorrente, alega que as notas fiscais, objeto da presente autuação, estão devidamente escrituradas no Livro Registro de Entradas, não sendo atribuição da mesma, fiscalizar seus fornecedores e que não houve qualquer conduta infracional e que caso tenha havido alguma irregularidade junto ao Fisco do Estado do Ceará, foi única e exclusivamente por parte da emitente dos documentos fiscais;

O direito ao crédito do imposto é uma prerrogativa constitucional que está adstrita à legitimidade da operação e advém da essência da sistemática da não – cumulatividade do ICMS. Segundo o art. 51 da Lei nº 12.670/96, o direito ao crédito, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, a escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação. Da mesma forma o artigo 60 do Decreto nº 24.569/97, dispõe:

"Art. 60. Para fins de compensação do ICMS devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à mercadoria recebida para comercialização;

Ficou demonstrado nos autos, que o contribuinte creditou-se indevidamente do ICMS destacado em documentos fiscais inidôneos, descumprindo as disposições contidas no artigo 65 inciso VIII do Decreto nº 24.569/97

Art. 65... Fica vedada- o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

(...).

VIII - quando a operação ou a prestação não estiverem acobertadas pela primeira via do documento fiscal, salvo comprovação do registro da operação ou da prestação no livro Registro de Saídas do contribuinte que as promoveram, ou sendo o documento fiscal inidôneo.

No presente caso, o crédito indevido é resultante de operações em que o autuado: PODIUM COM. CAMINHÕES E MÁQ. PESADAS LTDA, lançou e aproveitou créditos de ICMS decorrentes de operações com notas fiscais inidôneas, uma vez que os dados constantes originalmente nas terceiras vias, emitidas pelo contribuinte: ROMEEL FONTELES DA ROCHA – CGF -06.180.270-0, nos meses de janeiro, fevereiro, março e abril de 2011, divergem em relação às datas, valores e destinatários das cópias das primeiras vias apresentadas pela autuada e escrituradas no Livro de Registro de Entradas.

Verifica-se que tal procedimento ocasionou o aproveitamento e utilização de créditos fiscais indevidos, já que não há comprovação da efetiva circulação das mercadorias (caminhões, carregadeiras e motoniveladoras), além da não comprovação de pagamentos das operações de compra e venda, evidenciando que o imposto não foi pago pela empresa tida como remetente, conforme cópias das terceiras vias dos documentos fiscais apensos ao processo, resultando em uma diferença de R\$ 2.881.500,00 de ICMS a recolher, conforme conta gráfica refeita pelo agente fiscal, referente aos meses de janeiro a abril de 2011.

Com relação ao argumento de que o autuante em nenhum momento provou a culpabilidade da recorrente quanto à prática de ato ilícito, não demonstrando de forma clara e inequívoca o conluio entre a emitente e destinatário dos documentos fiscais tidos como inidôneos. Esclarecemos que a infração cometida está claramente demonstrada no presente processo, nos termos dos artigos 874 e 877 do Decreto nº 24.569/97 que estabelecem:

Art. 874. Infração é toda ação ou omissão, voluntária ou não, praticada por qualquer pessoa, que resulte em inobservância de norma estabelecida pela legislação pertinente ao ICMS.

(...)

Art. 877. Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Parágrafo único. Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorreram para a sua prática ou dela se beneficiem.

No tocante as decisões do STJ (adquirentes de Boa-Fé), trazidas como elementos de convicção da peça defensória, deve se destacar que nos autos dos citados processos encontram-se provas dos pagamentos, o que levou ao entendimento da boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas. Diferentemente do que ocorre no presente processo. O recorrente não comprova contabilmente ou financeiramente as operações realizadas.

Quanto ao pedido de perícia argüido pela recorrente, afastado em razão do disposto no art. 59, II, do Decreto nº 25.468/99.

Art. 59. A autoridade julgadora indeferirá, de forma fundamentada, o pedido de diligência ou perícia, quando:

(...)

II - for desnecessária em vista de outras provas já produzidas.

Portanto, à luz do art. 131, inciso II e III do Decreto nº 24.569/97 referidos documentos fiscais são considerados inidôneos fazendo prova apenas em favor do fisco posto que não se refira a uma efetiva operação.

Art.131. Considerar-se-á inidôneo o documento que não preencher os seus requisitos fundamentais de validade e eficácia ou que for comprovadamente expedido com dolo, fraude ou simulação ou, ainda, quando:

(...)

II - não se refira a uma efetiva saída de mercadoria ou prestação de serviço, salvo os casos previstos na legislação;

III - contenha declarações inexatas ou que não guardem compatibilidade com a operação ou prestação efetivamente realizada.

DA PENALIDADE APLICÁVEL

O descumprimento dos dispositivos acima citados resulta em infringência a legislação vigente, impondo ao infrator a sanção prevista no artigo nº 123 inciso II alínea "a", da Lei nº12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº13.418/03:

Art. 123 As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

(...)

II - com relação ao crédito do ICMS:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta gráfica do ICMS em desacordo com os artigos 60, I e 65, bem como o decorrente da não realização de estorno, nos casos previstos no artigo 66: multa equivalente a 1 uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado;

VOTO

Conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento, para afastar as preliminares de nulidade: 1. por vício formal, vez que “pessoas que receberam a intimação não tinham competência”, aplicando a teoria da aparência; 2. por falta de espontaneidade, considerando que o termo de intimação, no presente caso, caracteriza início de fiscalização, tendo em vista que a empresa encontrava-se monitorada, usufruindo da prerrogativa da espontaneidade, para sanar qualquer irregularidade. Quanto ao pedido de perícia argüido pela recorrente, afasto em razão do disposto no art. 59, I, II, III, do decreto nº 25.468/99. No mérito, confirmo a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª instância, nos termos parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: (17%)	R\$ 2.881.500,00
Multa:	<u>R\$ 2.881.500,00</u>
Total	R\$ 5.763.000,00

É o voto



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: PODIUM COM. CAMINHÕES E MÁQ. PESADAS LTDA. e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para após afastar as preliminares de nulidade: 1. nulidade por vício formal, vez que “pessoas que receberam a intimação não tinham competência”; afastada com base na teoria da aparência; 2. nulidade por falta de espontaneidade, pois o termo de intimação não caracteriza início de fiscalização; preliminar afastada em razão da empresa encontrava-se monitorada e usufruindo o tempo todo de prazo para espontaneidade e o pedido de perícia argüido pela recorrente, afastado em razão do disposto no art. 59, I, II, III, do decreto nº 25.468/99. No mérito, por unanimidade de votos, confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª instância, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de fevereiro de 2013.

Francisca Marta de Sousa
Presidenta

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

Ana Mônica Filgueiras Menescal
Conselheira

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

Matheus Viana Neto
Procurador do Estado

Anneane Viagalhães Torres
Conselheira

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Consultor Tributário