



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 128/04
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE : 15.04.2004

PROCESSO Nº 1/002962/2001

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200110432

RECORRENTE: FME COMERCIAL DE ALIMENTOS

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONSELHEIRO RELATOR: CRISTIANO MARCELO PERES.

EMENTA: ADQUIRIR MERCADORIA ACOBERTADA POR DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Ação fiscal que versa sobre a utilização de créditos lançados na conta gráfica do ICMS, proveniente de notas fiscais com selos de outra empresa e de estabelecimento baixado no CGF. Autuação **PARCIAL PROCEDENTE** - Infringência ao artigo da Lei 13.418/03, com penalidade prevista no artigo 878, inciso II, alínea "a" do Decreto 24.569/97. **DEFESA TEMPESTIVA.**

RELATÓRIO

Consta na peça exordial: "Adquirir mercadoria acobertada por documento fiscal inidôneo.

Contribuinte acima qualificado utilizou os créditos de ICMS das notas fiscais: 043 e 235, com selos fiscais 643 e 646 de empresa baixada no Cadastro Geral da Fazenda, conforme relatório do sistema SEFAZ em anexo."

Após apontar os dispositivos legais infringidos, a autoridade lançadora aplicou a penalidade que se encontra inserta no artigo 878, inciso III, alínea "a" do Decreto 24.569/97.

Nas informações Complementares o autuante ratifica que identificou junto a documentação da empresa autuada, registro de entrada fls.31, as notas fiscais 643 e 646 emitidas por MACROPEL COM. E REPRESENTAÇÕES LTDA, empresa baixada de ofício e as notas fiscais 43 e 235, emitidas por COMERCIAL LINO, cujos selos de autenticidade nºs 86486735 e 028958763 haviam sido autorizados pela SEFAZ para as empresas P J ATACADO DE BEBIDAS LTDA e HÉLIO LORENTINO DOS SANTOS, respectivamente.

Às fls. 09 a 12 o autuante anexou cópias das notas fiscais 235, 43, 643 e 646

Às fls.13, relatório do sistema mostrando que a empresa MACROPEL COM. E REP. LTDA encontrava-se baixada de ofício na data da emissão do documento fiscal.

Às fls. 14, relatório do sistema comprovando que os selos apostos nas notas fiscais 43 e 235, não pertenciam a empresa que emitiu os documentos fiscais.

Às fls. 15 a 30 dos autos estão acostados cópias dos livros registro de entradas e apuração do ICMS do autuado, comprovando o lançamento das notas fiscais em questão.

Tempestivamente a autuada ingressa nos autos através de seu representante legal para impugnar o feito fiscal alegando em seu favor o que a seguir se expõe:

- Em momento algum adquiriu mercadoria acobertada por documento fiscal inidôneo, afigurando-se como inverídica a ocorrência dos fatos narrados pela autoridade fiscal;
- O presente auto de infração é improcedente porque não aconteceram os fatos narrados pelo autuante para justificar a autuação;
- Todas as mercadorias adquiridas estavam acobertadas por documentação fiscal inidônea, nos precisos termos estatuídos pela legislação do ICMS, sem qualquer prática de infração ou ilícito;
- Afirma que a autoridade fiscal não produziu prova e transcreve ensinamentos para fundamentar sua defesa, continua afirmando que indícios servem de ponto de partida para a procura da verdade material dos fatos, porque suspeita não é prova, que o autuante não buscou outros procedimentos de investigação, não provou a acusação;
- Caso houvesse o fornecimento de mercadoria acobertada por documento inidôneo, a requerente não disporia de elementos para identificar se o emitente das notas fiscais encontrava-se regularizado perante o Fisco, mesmo porque este encontra-se em perfeito funcionamento, atuando normalmente na praça.
- Por fim pede a improcedência do feito fiscal ou no caso do não convencimento, solicita a realização de exame pericial;

Após análise das peças que instruem os autos, verificamos que as razões aduzidas pela impugnante não podem prevalecer, porque:

Ao contrário do que diz a autuada, o agente fiscal anexou provas da sua acusação, conforme já encontra-se descrito no relatório acima.

Quanto a afirmação da defesa de que as emitentes das notas fiscais atuam normalmente na praça, vale ressaltar que a empresa MACROPEL COMÉRCIO E

REPRESENTAÇÕES LTDA, estava baixada no C.G.F. quando as notas fiscais 643 e 646 foram emitidas, sendo este procedimento (baixa de ofício) utilizado somente quando o contribuinte não desenvolve mais suas atividades no local cadastrado pelo FISCO.

É importante frisar que seu Código de Atividade Econômica – CAE principal refere-se a MAERIAL ELÉTRICO e o secundário a MATERIAL P/CONSTRUÇÃO, não podendo evidentemente fornecer as mercadorias constantes nos citados documentos.

A emitente das notas fiscais 43 e 235, ISABEL CRISTINA SOUTO LINO (COMERCIAL LINO), encontrava-se baixada de ofício desde 28/07/1999 através do Ato 18/1999, havendo o agravante de haver sido nelas colados os selos de autenticidade 028958763 e 86486738, autorizados pela SEFAZ para uso das empresas P. J. ATACADÃO DE BEBIDAS LTDA e HELIO FLORENTINO DOS SANTOS, respectivamente.

O autuado nega a autuação, mas não apresentou nenhuma prova das suas afirmações, como comprovantes do pagamento (duplicatas) das mercadorias que diz ter adquirido, ou outras comprovações que demonstrassem a veracidade das suas alegações.

A autuada solicitada ainda exame pericial, que não acatamos art.59, inciso II do Dec.24.468/99, devido o processo encontrar-se perfeitamente formalizado e instruído com as provas necessárias a um perfeito convencimento do julgador.

Conclui-se que não ocorreu o negócio jurídico, caracterizando assim, a simulação de operação inexistente.

Esclareça-se aqui, que foi dada a oportunidade para que a autuada apresentasse comprovação de que a operação de circulação de mercadorias se concretizou, que o crédito era legítimo mas não o fez, muito pelo contrário insurgiu-se contra a autuação, que fundamentou a suspeita de que estaria havendo operações irregulares que lesavam o fisco cearense, com os argumentos acima expostos, tentando jogar o ônus da prova para o autuante, quando o PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE OU DE VERACIDADE, também conhecido como PRESUNÇÃO DA LEGALIDADE, significa que se esta se submete à Lei, presume-se até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados observando as normas legais pertinentes. O efeito de tal presunção é inverter o ônus da prova .

No caso concreto, o fisco enquanto Administração Pública, imputou à acusada a utilização de documento fiscal inidôneo que resultou no aproveitamento de crédito inexistente, já que o negócio jurídico não ocorreu, caberia a solicitante comprovar a efetividade da operação, mas não o fez.

É oportuno registrar que a prática de lançamento de créditos inexistentes pela autuada, ocasionou saldo credor continuado durante a totalidade do exercício de 1999 e grande parte de 2000, sendo que em agosto/2000, todo o crédito indevidamente lançado já havia sido aproveitado.

Foram detectadas 4(quatro) notas fiscais, durante os anos de 1999 e 2000, que correspondem a operações inexistentes que totalizam uma evasão fiscal de R\$ 11.258,52 (onze mil, duzentos e cinquenta e oito reais e dois centavos).

É oportuno registrar ser a autuada a principal beneficiária da infração, posto que aproveitou crédito de simulações feitas com o fito de iludir o fisco, em várias operações fraudulentas.

A afirmação de que adquiriu mercadorias constantes nas notas fiscais referentes à autuada, não merece ser considerada porque, como já foi dito, não existe nos autos nenhum comprovante desta aquisição, além dos próprios documentos fiscais sob suspeita, mesmo tendo tido, a autuada, oportunidade para anexá-lo.

A infração, segundo as peças dos autos, deveu-se ao fato da empresa em epígrafe utilizar para crédito do imposto, notas fiscais inidôneas, emitidas por empresas baixadas de ofício, portanto sem movimento econômico, tendo uma das emitentes CAE incompatível para as operações realizadas, não estando portanto as saídas registradas no Sistema GIM ou nos livros fiscais correspondentes, podendo-se concluir tratarem-se de simulações de vendas.

No caso que aqui se discute, os documentos fiscais foram emitidos com o intuito de enganar o fisco, resultando na falta de recolhimento imposto indevidamente aproveitado, proveniente de crédito destacado em "nota fiscal fria".

A infração deveu-se ao fato da empresa em epígrafe utilizar crédito indevido proveniente de simulação de operação de circulação de mercadorias.

Com efeito, o direito ao crédito é da própria essência do Princípio da Não-Cumulatividade, sendo exigidos para seu usufruto, a observação das normas relativas à escrituração, ao recolhimento e a idoneidade dos documentos fiscais.

Vejamos o que preceitua o artigo 23 da Lei Complementar nº 87/96:

"Art. 23. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação".

Nossa legislação é bastante clara quanto a legitimidade do crédito tributário. Observemos, pois, o que diz o artigo da Lei 12.670/96:

"Art. 51. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do ICMS, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação".

Podemos assim afirmar, devido aos fatos que envolvem as operações realizadas pelas emitentes, que ao estarem baixadas de ofício por não exercerem mais suas atividades comerciais, não poderiam pela lógica, emitir documentos fiscais destinados à autuada.

O ICMS destacado nas aludidas notas fiscais não podem gerar crédito, haja vista que o imposto não foi recolhido, sequer foi levado ao conhecimento do Fisco através das GIMS do período, demonstrado claramente tratar-se de documentos inidôneos.

O fator mais importante que torna o crédito sem validade é a falta de recolhimento do imposto, simplesmente porque a transação comercial não ocorreu, (o Fisco não tomou conhecimento da emissão das notas fiscais, posto que não escrituradas), tira do adquirente o direito de utilização do crédito, porquanto fere frontalmente o Princípio básico do ICMS – NÃO CUMULATIVIDADE. Observemos então como se pronuncia o artigo 19 da Lei Complementar 87/96:

"Art.19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado".

Convém esclarecer, que mesmo admitiu-se que o negócio jurídico tenha ocorrido, o adquirente torna-se responsável pelo cumprimento da obrigação tributária que deixou de ser satisfeita.

Em virtude da definição do artigo 121, parágrafo único, inciso I do CTN, o contribuinte do ICMS será aquela pessoa que tenha relação pessoal e direta com o fato gerador da obrigação principal, que é a obrigação de pagar o tributo ou penalidade pecuniária.

E ainda no artigo 5º:

"Art.5º. A lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo".

Desta forma, o crédito fiscal lançado não é legítimo, ficando comprovada a utilização de documentos fiscais inidôneos no intuito de iludir o fisco ao pagamento do imposto.

Assim sendo, o artigo melhor indicado para a infração cometida é o art. 51 do Dec. 24.569/97, acima transcrito, estando a autuada sujeita às penalidades previstas no artigo 878, inciso II, alínea "a" do Decreto 24.569/97.

É o relatório
CMP

VOTO DO RELATOR

O auto de infração que ora se analisa foi lavrado em 08.10.01, sob a acusação de que o contribuinte utilizará créditos de ICMS decorrentes de notas fiscais cujos selos de autenticidade pertenciam a outros contribuintes e de notas fiscais emitidas por empresas baixadas no Cadastro Geral da Fazenda.

As Informações Complementares, a agente do Fisco esclarece que identificou junto à documentação da autuada registro de entradas, as notas fiscais de nºs 0643 e 0646 emitidas em 12/09/2000 e 15/09/2000, respectivamente, totalizando o valor de R\$ 39.257,00, emitidas por Macropel Com. e Representações Ltda, baixada de ofício em 16.06.2000 e as notas fiscais de nºs. 0043 de 12/05/1999 e 0235 de 20/12/1999, totalizando o montante de R\$ 51.549,000, emitidas por Comercial Lino, cujos selos foram distribuídas pela SEFAZ para P.J. Atacado de Bebidas Ltda e Hélio Lourenço dos Santos.

A empresa inconformada com a autuação, ingressa com impugnação ao feito alegando que adquiriu as mercadorias com documentos fiscais e que não tinha como verificar as irregularidades apontadas pelo autuante.

Aduz ainda que o autuante não produziu provas do que alegara.

A nobre julgadora decidiu pela procedência do feito com amparo no artigo 51 da Lei 12.670/96, após considerar que os documentos foram emitidos com o fito de enganar o Fisco resultando na falta de recolhimento do imposto.

O contribuinte ingressa com Recurso Voluntário praticamente nos termos da defesa, transcreve farta jurisprudência sobre o assunto. Solicita reforma da decisão singular e alega que não pode o adquirente ser penalizado por partes que lhe são alheios.

Aduz que de acordo com o princípio da não cumulatividade não pode ser condicionado a situação que estão fora do controle do adquirente.

Analisando a questão em litígio, verifica-se a infração, segundo o relato do Auto, deveu-se ao fato da empresa em epígrafe utilizar para crédito do imposto, notas fiscais emitidas por empresas baixadas de ofício ou cujo selo de autenticidade é pertencente a outros contribuintes.

Convém esclarecer que a utilização de nota fiscal é um direito restrito daqueles que exercem atividades comerciais e de serviços que no desempenho das mesmas tenham autorização expressa da repartição fiscal de seu domicílio.

No caso que aqui se discute, a falta de recolhimento do imposto causado pela expedição de "nota fria" – resulta em crédito fiscal indevido, porquanto o fato da expedição

do documento fiscal não informado ao fisco pelo emitente. O direito ao crédito é da própria essência do Princípio da Não-Cumulatividade, sendo exigidos para seu usufruto, a observação das normas relativas à escrituração, ao recolhimento e à idoneidade dos documentos fiscais.

No caso de baixa de ofício após expedição do Ato Declaratório, todos os documentos fiscais do contribuinte serão considerados inidôneos. É o que preceitua o artigo 22 da I.N. 033/93:

"Art. 22 – Expirados os prazos de que tratam os artigos 15 a 21, sem que o contribuinte atenda à convocação, o Delegado Regional expedirá Ato Declaratório (Anexo V) baixando de Ofício a inscrição do contribuinte no CGF e declarando inidôneos os documentos fiscais que venham a ser emitidos a partir da data da publicação do Ato no DOE".

No caso presente, os documentos fiscais foram emitidos posteriormente à homologação do Ato Declaratório além de possuírem seios fiscais de autenticidade destinados a outros contribuintes.

Esclareça-se que a idoneidade das notas fiscais, por este fato, enseja a falta de recolhimento de imposto haja vista que causado pela expedição de "nota fria" – resultando então em crédito fiscal indevido.

Pode-se inclusive afirmar, que a empresa em epígrafe utilizou crédito indevido proveniente de simulação de operação de circulação de mercadorias.

Com efeito, além dos documentos fiscais serem emitidos por contribuinte que não mais exerça atividade comercial, os selos apostos em outros estavam destinados a outros contribuintes, o que demonstra claramente que houve simulação de circulação de mercadorias.

O direito ao crédito é da própria essência do Princípio da Não-cumulatividade, sendo exigidos para seu usufruto, a observação das normas relativas à escrituração, ao recolhimento e à idoneidade dos documentos fiscais.

Vejamos o que preceitua o artigo 23 da Lei Complementar nº 87/96:

"Art. 23. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação".

Nossa legislação é bastante clara quanto a legitimidade do crédito tributário.

Observemos, pois, o que diz o artigo 51 da Lei 12.670/96:

"Art. 51. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do ICMS, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação".

O ICMS destacado nas aludidas notas fiscais não podem gerar crédito, haja vista que o imposto não foi recolhido, sequer foi levado ao conhecimento do Fisco através das GIMS, vez que não houve emissão das mesmas no período, demonstrando claramente tratar-se de documentos inidôneos. Até porque, já são declarados inidôneos por ocasião da baixa de ofício.

Ressalte-se mais, que a aquisição de nota inidônea, incorre em creditamento indevido do imposto, haja vista que subtrai consubstancialmente parcelas pertencentes ao Estado, pois os documentos foram comprovados emitidos com dolo, fraude ou simulação (art. 131, Decreto 24.569/97).

Convém esclarecer que nesses casos o adquirente torna-se responsável no cumprimento da obrigação tributária que deixou de ser satisfeita.

Podemos dizer que denomina-se RESPONSÁVEL o sujeito passivo da obrigação tributária que sem revestir a condição de contribuinte, vale dizer, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador, tem o dever de pagar o imposto por imposição da própria lei.

Em virtude da definição do artigo 121, parágrafo único, inciso I do CTN, o contribuinte do ICMS será aquela pessoa que tenha relação pessoal direta com o fato gerador da obrigação principal que é obrigação de pagar o tributo ou penalidade pecuniária.

Como o ICMS tem por fato gerador operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o artigo 4º da Lei Complementar nº 87/96 estabelece:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior."

E ainda no artigo 5º:

Art. 5º A lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo".

Para o acesso de crédito indefinido a Lei nº 13.418/03, fixou penalidade menos generosa que a vigente a época da ocorrência de impugnação. Esse fato determina a aplicação retroativa da lei por ser mais benigna.

CALCULOS PRINCIPAL.....R\$ 11.258,52
MULTA.....R\$ 11.258,52
TOTAL.....R\$ 22.517,04

É pois este o meu voto.

CMP

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **FME COMERCIAL DE ALIMENTOS**.

A 1ª Câmara do Conselho de Recurso Tributário, por unanimidade de votos, resolve conhecer de recurso voluntário, negar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida pela 1ª instancia julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação fiscal, com aplicação da disposição decorrente da Lei n 13.418/03, nos termos do voto do relator e do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão e presente aos autos. Ausente por motivo justificado, o conselheiro Jose Gonçalves Feitosa

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSO TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos ___ de junho de 2004.

Alfredo Rogério Gomes de Brito
Presidente da 1ª Câmara

Cristiano Marcelo Peres
Conselheiro Relator

Fernando Cezar Caminha Aguiar Ximenes
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Márcio Marcelo A. Marques Neto
Conselheiro

Frederico Hozanan Pinto de Castro
Conselheiro

Ana Maria Martins Timbo Holanda
Conselheira

Fernanda Rocha Alves do Nascimento
Conselheira

Helena Lúcia Bandeira Farias
Conselheira

PRESENTES:

Matheus Viana Neto
Procurador do Estado

Consultor Tributário