



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 169/02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE: 26/3/2001

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/001604/99 AI Nº 1/199905461

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E
CIA. BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

RECORRIDO: AMBOS

CONS.ª RELATORA: Eliane Maria de Souza Matias

EMENTA: ICMS – INEXISTÊNCIA DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. CREDITAMENTO INDEVIDO DE IMPOSTO – APROVEITAMENTO TOTAL DO CRÉDITO.

A acusação de que a infração foi praticada com fraude não se fez caracterizar no processo. Auto de Infração julgado PARCIALMENTE PROCENTE, com sanção do art. 878, II, "a", do Decreto nº 24.569/97. Dado parcial provimento a ambos os recursos, Oficial e Voluntário. Decisão por unanimidade de votos.

RELATÓRIO:

Conforme o relato do auto de infração, lavrado por "*utilização, de má fé, de documentos fiscais fraudados para iludir o Fisco e fugir ao pagamento do imposto*", a empresa acima identificada, no mês de janeiro de 1996, creditou-se indevidamente do ICMS no valor de R\$37.042,32, proveniente de Notas Fiscais "inexistentes" nºs. 459 e 445, nos valores, respectivamente, de R\$67.050,94 e R\$150.845,06.

A autuação teve por base os arts. 101 e 105 do Decreto n.º 21.219/91 e art. 1º, inc. I, do Decreto n.º 23.946/93, combinados com o art. 767, inc. I, letra "a", do citado Decreto nº 21.219/91.

O autuante confirma o feito nas informações complementares, acrescentando que as notas fiscais mencionadas no auto de infração encontram-se escrituradas às fls. 1 e 16 do livro de Registro de Entradas e que, quando da indagação a funcionários acerca das referidas

notas eles informaram que as mesmas não existiam. Acrescenta, ainda, o autuante, que a empresa reiteradamente se utiliza da retificação de GIM, deixando de apurar corretamente o Diferencial de Alíquota, com a "finalidade de fugir ao pagamento do imposto".

Consta às fls. 04/195, a ordem de serviços; os termos de início, de intimação, de prorrogação e conclusão de fiscalização; comprovantes de entrega da documentação fiscal utilizada pela fiscalização; cópias das GIMs/96, do livro de Entradas e relação dos fornecedores da empresa autuada.

Às fls. 202, o processo foi baixado em diligência para elaboração da Conta Gráfica do ICMS.


Manifestando-se sobre o laudo pericial, a autuada se insurge contra a perícia realizada, visto que a mesma não teve o objetivo de verificar a existência ou não dos documentos fiscais em referência junto à contabilidade da empresa e, ainda, por não ter sido intimada a apresentar o Assistente Técnico e nem lhe fora concedido o direito de formular os quesitos necessários à realização da perícia.

O ilustre julgador de primeira instância, em face de a perícia haver comprovado o aproveitamento de apenas parte do crédito fiscal anunciado e considerando a ausência da fraude fiscal denunciada, desenquadrou a penalidade para a de "creditamento indevido de imposto" e julgou parcialmente procedente o auto de infração.

Ingressando em grau de recurso, a empresa nega a ocorrência do ilícito fiscal denunciado e renova toda a sua manifestação acerca do laudo pericial. Alega que a retificação da GIM não é mais que uma obrigação do contribuinte e que inexistente qualquer prova de irregularidade nesse sentido. Conclui por solicitar a total improcedência da autuação.

A Consultoria Tributária, entendendo que o processo possui elementos suficientes à comprovação da prática da fraude denunciada, propõe que se dê provimento ao recurso oficial, e que se negue provimento ao recurso voluntário, para que se julgue totalmente procedente o auto de infração.

A douta Procuradoria Geral do Estado, não obstante tenha adotado o Parecer Tributário, manifesta-se oralmente pela confirmação da decisão parcialmente condenatória de primeiro grau.

É o relatório. 

VOTO DA RELATORA:

Cuida-se no presente processo de ação fiscal em que se acusa a empresa autuada de "UTILIZAÇÃO, DE MÁ FÉ, DE DOCUMENTOS FISCAIS FRAUDADOS PARA ILUDIR O FUGIR O PAGAMENTO DO IMPSOTO", constando do corpo do auto de infração que a empresa creditou-se indevidamente de ICMS proveniente de notas fiscais inexistentes.

Em Primeira Instância, o auto de infração foi julgado parcialmente procedente, com capitulação no art. 767, II, "a", do Decreto nº 21.219/91, considerando a comprovação, mediante perícia, do aproveitamento parcial do crédito no mês de janeiro/96 e, ainda, pela convicção do ilustre Julgador Singular quanto à incoerência da fraude fiscal denunciada.

No Recurso Voluntário, a empresa nega peremptoriamente haver se valido de créditos provenientes de notas fiscais inexistentes, entretanto, não traz nenhuma prova de que esses documentos efetivamente existiam. Ao contrário, limita-se a criticar o trabalho pericial porque não fora realizado com o objetivo de comprovar a ocorrência ou não das operações realizadas através desses documentos. Assim, entendendo-se desobrigada a qualquer meio de prova, ilustra seu entendimento citando o eminente tributarista Dr. Hugo de Brito Machado, quando diz que "*o ônus da prova dos fatos em disputa no procedimento administrativo não é do contribuinte, como alguns afirmam. O ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito é de quem o alega.*"

É bem verdade que "*o ônus da prova compete a quem alega*". Está no próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 333, inciso I, que diz: "**O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito**". Todavia, não se pode olvidar a outra parte do dispositivo, o inciso II, que dispõe: O ônus da prova incumbe **ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor.**"

O agente fiscalizador, consoante demonstram aos autos do processo, tinha à mão um lançamento de crédito fiscal no livro de Registro de Entradas da empresa autuada, o qual, segundo a norma tributária (art. 62, inc. IX, do Decreto nº 21.219/91) só teria legitimidade se acompanhado da primeira via do documento fiscal correspondente. A simples ausência desse documento fiscal faz nascer para o Fisco o direito de constituir o crédito tributário, mediante lavratura de auto de infração. Nesse caso, somente à autuada caberia comprovar a realização da operação e a conseqüente legitimidade do crédito fiscal. Surge, portanto, o momento da inversão do ônus da prova, pela necessidade que tem o réu de demonstrar a existência de fato capaz de modificar ou extinguir o direito do autor. Logo, somente à autuada caberia trazer à colação as notas fiscais reclamadas, comprovando assim a sua efetiva existência.

Quanto à decisão de primeira instância, temos que deve ser, em parte, modificada, porquanto, está perfeitamente evidenciado nos autos que houve total aproveitamento do crédito



fiscal reclamado, no mês imediatamente posterior ao seu lançamento, ou seja, fevereiro/96 - fato este inobservado pela perícia que restringiu o seu exame ao mês de janeiro/96.

Outrossim, pedimos vênia para discordar do nobre Consultor Tributário. A fraude fiscal constitui figura de natureza dolosa, com o fim exclusivo de esconder do Fisco a ocorrência do fato gerador ou, pelo menos, retardar esse conhecimento para fugir ao pagamento do imposto. Isso, a nosso ver, não está efetivamente caracterizado nos autos. A certeza que se no presente processo é que houve um creditamento indevido de imposto, porque oriundo de duas notas fiscais, cujas 1^{as}. vias não foram apresentadas à fiscalização, para a qual é cabível a penalidade do art. 767, inc. II, letra "a", do Decreto nº 21.219/91.

Isto posto, voto no sentido de que se conheça de ambos os recursos, oficial e voluntário, dando-lhes provimento em parte, para julgar parcialmente procedente o auto de infração e considerar devido o imposto lançado pelo autuante, acrescido da multa indicada no dispositivo acima mencionado, consoante pronunciamento verbal da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

C Á L C U L O

ICMS	R\$	37.042,32
MULTA	R\$	<u>74.084,64</u>
TOTAL	R\$	111.126,96



DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que são recorrentes e recorridas CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e CIA. BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

RESOLVEM, os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade votos, conhecer de ambos os recursos, oficial e voluntário, dar-lhes parcial provimento para julgar o auto de infração parcialmente procedente, nos termos do voto da relatora e de conformidade com o pronunciamento verbal da douta Procuradoria.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 13 de maio do ano 2.002.



Nabor Barbosa Meira
PRESIDENTE



Eliane Maria de Souza Matias
CONS.ª RELATORA

Benoni Vieira da Silva
CONSELHEIRO


Eliane Resplande Figueiredo de Sá
CONSELHEIRO


Adriano Jorge Pequeno Vasconcelos
CONSELHEIRO

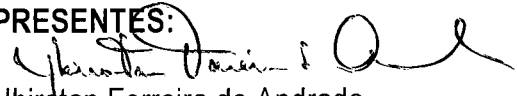

Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Antonio Luiz do Nascimento Neto
CONSELHEIRO


José Miltonio Colares de Melo
CONSELHEIRO


Affonso Taboza Pereira
CONSELHEIRO

PRESENTES:


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO