



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº:²⁵⁴.../2011
SESSÃO: 33ª EXTRAORDINÁRIA de 20 de maio de 2011.
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4356/2007
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/200709348.
RECORRENTE: ALFAELETRO COMUNICAÇÃO E ELETRÔNICA LTDA.
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR: MANOEL MARCELO AUGUSTO MARQUES NETO.

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO - Lançar e aproveitar indevidamente crédito de ICMS proveniente de simulação de circulação de mercadoria. Notas Fiscais consideradas inidôneas por não estarem registradas nas DIEFs da empresa fornecedora e inexistir prova de que referidas operações foram pagas através de extratos bancários duplicatas ou copias de cheques. Preliminar de Nulidade e pedido de diligências, rejeitados por maioria de votos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Artigos infringidos: 65, VII, 131, V do Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista no art. 123,11 "a" da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03. Recurso Voluntário conhecido e não provido. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração, lavrado contra a empresa: **ALFAELETRO COMUNICAÇÃO E ELETRÔNICA LTDA.**

"Lançar crédito indevido de ICMS em virtude de operação acobertada por documento fiscal inidôneo. O contribuinte creditou-se indevidamente durante o exercício de 2006 e 2007 de ICMS no valor de R\$ 49.567,97, relativo a aquisição de mercadorias com documentos fiscais inidôneos, conforme demonstrativo anexo".

ICMS R\$ 49.567,97

Multa R\$ 49.567,97



1

O autuante indica como dispositivos infringido o artigo 131 do Decreto nº24.569/97 e sugere como penalidade o artigo 123, II "a" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03.

Nas Informações Complementares o agente fiscal ratifica a acusação, afirmando que o contribuinte foi intimado a comprovar as operações comerciais junto à empresa fornecedora: FK Comercial Ltda. CGF nº 06.995.412-7, sem movimentação comercial no período da emissão das citadas notas fiscais. Entretanto, não o fez.

Os documentos que serviram de base para autuação foram: Ordem de Serviço nº 2007.16259, Termos de Intimação nºs: 2007.14203, 2007.17453, AR, consultas ao cadastro dos contribuintes e sócios, 32 Notas Fiscais e recibos considerados inidôneos, Termo de Apreensão de documentos fiscais, cópia do Registro de Entrada de Mercadorias, planilha demonstrativa do crédito indevido e recibo de devolução de documentos fiscais.

O processo foi encaminhado ao Contencioso Administrativo Tributário e submetido a julgamento. O autuado não se defende da acusação, tornando-se revel.

O julgador singular decide pela Procedência da acusação, nos termos dos artigos 65, VIII e 131, II do RICMS e a sanção prevista no artigo 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13418/03.

O Autuado inconformado com a decisão de primeira instância apresenta recurso voluntário, alegando:

1 – Que o contribuinte emitente das notas fiscais ao tempo da emissão dos documentos fiscais existia, tinha inscrição regular (IE nº 06.995.412-7) e exercia normalmente suas atividades, do contrário, não teria sido possível a aquisição das mercadorias documentadas através das notas fiscais;

2 – O fato da FK Comercial não adimplir suas obrigações tributárias acessórias não significa que a mesma não funcionava regularmente, pois na própria GIM colacionada aos autos consta que a situação do contribuinte era regular, ou seja, não estava impedida de funcionar;

3 – Não é lícito que a SEFAZ ao invés de fiscalizar a empresa emitente dos documentos fiscais, proceda à fiscalização naqueles estabelecimentos com quem comerciava a emitente.

4 – Os recibos apresentados pela recorrente são meios de prova aptos a demonstrar a ocorrência dos negócios jurídicos;

5 - O STJ entende que o comprador de boa-fé pode aproveitar o crédito de notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas, pelo princípio da não cumulatividade.

6 – Requer ao final, a improcedência da autuação.



O Parecer circunstanciado, de lavra do eminente representante da Douta Procuradoria Geral do Estado sugere: Conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão singular de PROCEDÊNCIA da acusação.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Consta na peça inicial, que o contribuinte apropriou-se indevidamente de créditos do ICMS, nos meses de julho, outubro e dezembro de 2006 e janeiro de 2007, proveniente de simulação de operação de circulação de mercadoria, através de notas fiscais consideradas inidôneas.

Nas informações complementares o agente fiscal acrescenta que não há comprovação de que houve transação comercial, uma vez que não há registro das operações pela empresa fornecedora, ou seja, as saídas não foram declaradas nas DIEFs e inexistente a prova de que referidas operações foram pagas através de extratos bancários duplicatas ou copias de cheques.

Preliminarmente a análise de mérito, devemos apreciar a nulidade suscitada pelo Conselheiro João Carlos Mineiro Moreira, sob o entendimento de que a Ordem de Serviço é muito limitada para amparar a infração denunciada no auto de infração. Referida preliminar deve ser afastada; a Ordem de Serviço nº 2007.16259 que trata de Diligência Fiscal Específica – Aproveitamento Indevido de Crédito Fiscal atende ao que determina a Instrução Normativa nº 07/2004.

Quanto ao pedido de diligência feito pelo Conselheiro Samuel Aragão Silva, para que se trouxesse aos autos o Livro Caixa a fim de averiguar se havia disponibilidade para os pagamentos das aquisições feitas com as Notas Fiscais em questão. Deve ser indeferida, sob o entendimento de que no Termo de Intimação expedido pelo autuante deu oportunidade ao contribuinte para comprovar a operação por todos os meios de provas, portanto, a parte poderia ter demonstrado os pagamentos apresentando o Livro Caixa.

Com relação ao mérito, o recorrente, alega que o contribuinte emitente das notas fiscais ao tempo da emissão dos referidos documentos, existia, tinha inscrição regular (IE nº 06.995.412-7) e exercia normalmente suas atividades e que os recibos apresentados pela recorrente são meios de prova aptos a demonstrar a ocorrência dos negócios jurídicos.

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, conforme dispõe o artigo 60 do Decreto nº 24.569/97. *In verbis*:

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

I - à mercadoria recebida para comercialização;



No presente caso, o crédito indevido é resultante e uma operação não efetivada, ou seja, as notas fiscais emitidas pelo contribuinte: **FK Comercial Ltda. CGF nº 06.995.412-7**, nos meses de julho, outubro e dezembro de 2006 e janeiro de 2007, objeto da autuação foram escrituradas no Livro de Registro de Entradas com a única finalidade de utilização de créditos fiscais indevidos, já que a circulação das mercadorias não ocorreu e que o imposto não foi pago pela empresa tida como remetente e que não há a comprovação de pagamentos.

Vale ressaltar, que as consultas efetuadas junto aos Sistemas SEFAZ-CE verificou-se que a empresa tida como fornecedora, não declarou as operações de saídas na DIEF.

No tocante a decisão do STJ (Recurso Especial nº 1.148.444-MG), trazida como elemento de convicção da peça defensiva, deve-se destacar que nos autos do citado processo encontra-se a prova do pagamento, o que levou ao entendimento da boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas.

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 referem 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.

Portanto a teor do que se possa depreender do art. 60 – I do Decreto nº 24.569/97 os valores destacados naqueles documentos fiscais não podem constituir crédito fiscal do ICMS porquanto não se referem a imposto anteriormente lançado bem como não tratam de realização de operações relativas à circulação de mercadorias.

Ficou demonstrado nos autos e nas planilhas apenas ao processo, que o contribuinte creditou-se indevidamente, 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.



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;

DEMONSTRATIVO DO CREDITO TRIBUTÁRIO

ICMS:	R\$	49.567,97
MULTA:	R\$	<u>49.567,97</u>
TOTAL:	R\$	99.135,94

É o voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: ALFAELETRO COMUNICAÇÃO E ELETRÔNICA LTDA e recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, e por maioria de votos, rejeitar **preliminar de nulidade** suscitada pelo Conselheiro João Carlos Mineiro Moreira, sob o entendimento de que a Ordem de Serviço é muito limitada para amparar a infração denunciada no auto de infração. No caso, a Ordem de Serviço teria que permitir maior aprofundamento da ação fiscal. Foi voto vencido o conselheiro proponente da preliminar. Quanto ao **pedido de diligência** feito pelo Conselheiro Samuel Aragão Silva, para que se trouxesse aos autos o Livro Caixa a fim de averiguar se havia disponibilidade para os pagamentos das aquisições feitas com as Notas Fiscais em questão – foi indeferido, por maioria de votos, sendo votos vencidos os Conselheiros Samuel Aragão Silva, Sebastião Almeida Araújo e João Carlos Mineiro Moreira. O pedido de diligência foi rejeitado sob o entendimento de que no Termo de Intimação expedido pelo atuante deu oportunidade ao contribuinte para comprovar a operação por todos os meios de provas, portanto, a parte poderia ter demonstrado os pagamentos apresentando o Livro Caixa com disponibilidade. **No mérito**, por maioria





de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os Conselheiros Sebastião Almeida Araújo, Samuel Aragão Silva e João Carlos Mineiro Moreira, que votaram pela improcedência por entenderem que não há nos autos, comprovação de que a operação em questão não ocorreu. Por ocasião dos debates, o Conselheiro Manoel Marcelo Augusto Marques Neto afirmou que as notas fiscais em questão são inidôneas à luz do art. 131, II, do Decreto nº 24.569/97. O Conselheiro Samuel Aragão Silva alertou que o Fisco deveria cobrar o imposto da empresa emitente das notas fiscais e não da empresa autuada. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Pedro Eleutério de Albuquerque. Esteve presente para sustentação oral do recurso o representante legal da recorrente, Dr. Ivan Falcão.

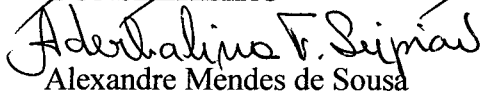
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 11 de julho de 2011.

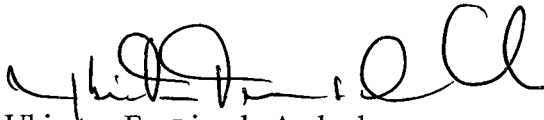

José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO

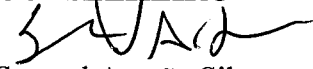

Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Pedro Eleutério de Albuquerque
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO