



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 306 /2012

70ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 15.05.2012

PROCESSO Nº 1/4610/2010 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201020062

RECORRENTE: MARU COMÉRCIO DE PESCADOS E ALIMENTOS LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: CLÁUDIA APOLÔNIO PINHEIRO

RELATOR: CONS. ABÍLIO FRANCISCO DE LIMA

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO. 1 – Contribuinte acusado de escriturar e aproveitar indevidamente créditos fiscais de ICMS decorrentes de supostas operações de entradas de mercadorias que na realidade não aconteceram – notas fiscais inidôneas. 2 – Apontada infringência aos 60, I, e 131 do Decreto nº 24.569/97. 3 – Proposta a penalidade preceituada no Art. 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03. 4 – Recurso voluntário conhecido e não-provido. 5 – Após afastadas as preliminares de nulidade suscitadas pela recorrente, foi mantida a decisão proferida na instância originária pela **PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal. 5 – Decisão por unanimidade de votos, com base nos artigos. 60, I; 65, VIII; 131, II e IX, todos do Dec. nº 24.569/97, em conformidade com o parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O auto de infração acusa a empresa em epígrafe de infringir a legislação tributária, nos termos do seguinte relato:

“LANÇAR CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS, EM VIRTUDE DE OPERAÇÃO ACOBERTADA POR DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO.

O CONTRIBUINTE ACIMA IDENTIFICADO CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS, DO ICMS GRAFADO NAS NOTAS FISCAIS, EM ANEXO, NO MONTANTE DE R\$ 4.057.474,00 REFERENTE AOS MESES DE JANEIRO A AGOSTO DE 2010, CONFORME INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES AO AUTO DE INFRAÇÃO.”

Nas Informações Complementares a autora do feito explicita o desenvolvimento da ação fiscal, acrescentando as seguintes informações:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

1. Que a empresa é inscrita no Cadastro de Contribuintes segundo a Classificação Nacional de Atividade Econômica - CNAE 4634603 - Comércio atacadista de pescados e frutos do mar;
2. Que analisando os livros e documentos fiscais do contribuinte e confrontando-os com informações dos sistemas informatizados da Secretaria da Fazenda, constatou que:
 - a) Os emitentes de algumas notas fiscais de aquisição de mercadorias escrituradas pela atuada desenvolvem atividades econômicas incompatíveis com as referidas operações;
 - b) Os créditos de ICMS destacados nas aludidas notas fiscais e aproveitados pela atuada são superiores aos débitos mensais de ICMS informados ao Fisco pelos supostos emitentes das mesmas nos respectivos períodos;
 - c) Algumas das notas fiscais em questão trazem selos fiscais de autenticidade que não foram autorizados para elas.
3. Que diante de tais constatações intimou o contribuinte a apresentar documentos comprobatórios de pagamentos efetuados aos fornecedores relativamente àquelas operações, de modo a demonstrar a real ocorrência das mesmas. Todavia, expirou-se o prazo do termo de intimação e o contribuinte não apresentou nenhuma das provas solicitadas, levando a auditora a concluir que as aludidas operações, de fato, não aconteceram;
4. Destarte, entendeu por ilegítimos os créditos fiscais originários das aludidas notas fiscais, lavrando o auto de infração de que ora se cuida;
5. Por último, informa que os créditos de ICMS em questão foram efetivamente aproveitados pelo contribuinte, consoante provam os lançamentos efetuados em sua conta gráfica, e informações constantes no Sistema GIM/Conta Corrente da SEFAZ, prestadas pela própria empresa à época dos fatos.

A nobre auditora apontou como infringidos os artigos 60, I, e 131 do Decreto nº 24.569/97. Em razão disso propôs a aplicação da penalidade preceituada no Art. 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

A atuação resultou na exigência do seguinte crédito tributário:

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
ICMS	689.770,59
Multa	689.770,59
TOTAL	1.379.541,18



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Regularmente intimada do feito, a empresa apresentou impugnação, arguindo a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de que a auditora fiscal não especificou a base de cálculo do crédito tributário exigido.

Na 1ª Instância, a julgadora monocrática entendeu que a infração apontada na peça vestibular restou plenamente caracterizada, e julgou **PROCEDENTE** a acusação fiscal.

Irresignada com a decisão condenatória de primeira instância, a empresa autuada interpõe recurso voluntário, ocasião em que reitera os argumentos já articulados na defesa e acrescenta outros tantos em contestação à decisão singular.

A Consultoria Tributária, mediante Parecer aprovado pelo ilustre representante da PGE, opinou pelo conhecimento do recurso voluntário, para, no entanto, negar-lhe provimento, confirmando assim, a decisão de 1ª Instância pela **PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso voluntário interposto por **MARU COMÉRCIO DE PESCADOS E ALIMENTOS LTDA** contra decisão condenatória proferida pela Célula de Julgamento de 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

Como visto, o presente processo versa sobre auto de infração em que o contribuinte em epígrafe é acusado de ter-se aproveitado de créditos fiscais ilegítimos, assim considerados por serem oriundos de documentos fiscais inidôneos.

Segundo assevera a auditora fiscal autuante, as operações de entradas de mercadorias que deram origem aos citados créditos fiscais, na realidade, não aconteceram. Além disso, algumas das notas fiscais em questão contêm selos fiscais de autenticidade que não lhes pertencem.

Na 1ª Instância, a nobre julgadora rejeitou os argumentos da defesa em prol da nulidade do auto de infração e decidiu pela procedência da acusação fiscal.

Em sede de recurso voluntário a empresa autuada alega, em síntese, que:

1. O auto de infração é nulo por violar o art. 33, XII do Dec. nº 25.468/99, pois que não especifica a base de cálculo do crédito fiscal exigido;
2. No caso em tela não se verifica a inidoneidade dos documentos fiscais, de que trata o art. 131, I do RICMS, uma vez que os mesmos guardam a mais perfeita compatibilidade com a natureza da operação;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

3. A autoridade fiscal utilizou-se de uma presunção para chegar à infração ora recorrida, devendo tais técnicas ser de pronto repelidas, pois que se contrapõem aos princípios de segurança jurídica e da certeza material dos fatos;
4. A recorrente cumpriu suas obrigações principais, e considerando que a mesma tem seus impostos retidos na fonte, tornam-se inócuas as obrigações acessórias. Destarte, não ocorreu qualquer infração por parte da recorrente;
5. Seja observado o disposto no art. 112 do CTN para fins de determinar a penalidade a ser imposta a autuada, uma vez que a infração supostamente cometida pela empresa se adéqua perfeitamente em dois tipos legais distintos, sendo o mais adequado ao caso o previsto no art. 878, VI "a" do RICMS.
6. Inconstitucionalidade da taxa SELIC;
7. Multa confiscatória;

Por fim, requer a improcedência do auto de infração.

Após cuidadoso exame do processo concluo que o presente recurso voluntário não deve prosperar. E firmo tal convencimento ante a constatação de que os argumentos aduzidos pela recorrente não resistem aos fatos, conforme adiante se demonstrará.

Antes, porém, de adentrar ao *meritum causae* é necessário que sejam analisadas as questões preliminares suscitadas pela recorrente.

Observo, inicialmente, que o auto de infração em tela atende aos requisitos formais essenciais à sua validade, porquanto foi expedido no prazo legal e por agente público competente e não impedido. Por outro lado, todos os seus campos foram corretamente preenchidos, contendo, entre outros elementos imprescindíveis, uma descrição clara e precisa dos fatos que ensejaram a sua lavratura, sobretudo quando tomado em conjunto com as Informações Complementares que lhes são parte integrante. Observo, ainda, que os dispositivos legais que o agente fiscal apontou como infringidos pelo contribuinte guardam correlação com a narrativa da infração contida na peça acusatória.

Assim, entendo que carece de fundamento a nulidade argüida pela parte sob a alegação de que o auto de infração foi lavrado com inobservância da exigência preconizada no Art. 33, inciso XII do Dec. nº 25.468/99, isto é, que a auditora deixou de indicar a base de cálculo do crédito fiscal exigido.

A alegação não procede, pois como bem assinalou a ilustre julgadora de 1ª Instância, o montante das operações de que resultaram os créditos apontados como ilegítimos, foi claramente explicitado no próprio relato do auto de infração, senão vejamos:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

“... O CONTRIBUINTE ACIMA IDENTIFICADO CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS, DO ICMS GRAFADO NAS NOTAS FISCAIS, EM ANEXO, NO MONTANTE DE R\$ 4.057.474,00, REFERENTE AOS MESES DE JANEIRO A AGOSTO DE 2010...”. (Destaquei).

Decorre do referido montante a definição do *quantum* tributário indicado no auto de infração, sendo, 17% daquele valor cobrado a título de ICMS, ou seja, R\$689.770,59, e igual valor exigido a título de multa, conforme preceitua o Art. 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96.

Também considero descabida a arguição de nulidade do lançamento em razão do caráter supostamente confiscatório da multa aplicada.

Quanto a isso convém lembrar que nos termos do Art. 142, parágrafo único do CTN, “... a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional”. Implica dizer que ao efetuar o lançamento a autoridade administrativa deve atender a princípios e regras descritos na lei, não podendo, em absoluto, fazê-lo mediante modos e juízos pessoais ou subjetivos, sob pena de delito administrativo e, até mesmo, penal.

Assim, não compete ao agente fiscal calibrar o gravame das penalidades impostas por infrações à legislação tributária. Em vez disso, cabe-lhe tão somente verificar se a situação real que se lhe apresenta corresponde, ou não, à hipótese legalmente prevista como necessária e suficiente à imposição da sanção específica e, em sendo o caso, propor a sua aplicação. Se, porventura, a penalidade proposta no Auto não guardar a devida correspondência com a infração cometida, a mesma pode e deve ser modificada pelo órgão de julgamento administrativo, pois como já dito a sanção indicada na peça acusatória é apenas uma proposta, que pode ou não ser confirmada pelo CONAT. No caso dos presentes autos a penalidade sugerida pela agente autuante foi a prevista no Art. 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

Quanto a se discutir se o dispositivo legal que apoiou o lançamento se harmoniza ou não com o regramento constitucional pátrio, é análise que não cabe nos limites do processo administrativo-tributário, devendo ser tratada, se for o caso, no âmbito do poder judiciário.

O mesmo se diga em relação à alegada inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC aos créditos de natureza tributária.

No Estado do Ceará a matéria é regulada pela Lei nº 12.670/96 – Lei do ICMS, a qual, em seu Art. 62 estabelece que “... Os débitos fiscais do ICMS, quando não pagos na data de seu vencimento, serão acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC -, acumulada mensalmente, ou a qualquer outra taxa que vier a substituí-la.”. Trata-se, pois, de uma regra de atualização cuja legalidade é indiscutível.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Em todo caso, a discussão provocada pela recorrente em torno do emprego da Taxa SELIC pelo Fisco em nada afeta o auto de infração em exame, pois como se vê, as cifras nele indicadas se referem a valores históricos, ou seja, sem qualquer atualização.

Rejeito, portanto, as preliminares suscitadas, pois não vislumbro no presente caso a existência de nenhum dos vícios apontados pela defesa, nem de qualquer outro capaz de prejudicar a validade do feito, não havendo, assim, que se falar em nulidade do mesmo.

No que concerne ao mérito da ação fiscal, entendo que os argumentos aduzidos pela recorrente também não são suficientes para elidir a acusação em tela, vez que desprovidos substrato fático.

A recorrente argui que não cometeu nenhuma infração, pois cumpriu suas obrigações principais e, uma vez que tem seus impostos retidos na fonte, as obrigações acessórias se tornam inócuas.

Ora, não é de obrigação acessória que trata o feito fiscal em exame, mas justamente sobre obrigação principal, mais precisamente sobre o descumprimento desta por parte da autuada. Segundo a peça acusatória a empresa teria se apropriado indevidamente de créditos fiscais, reduzindo com isso os valores do imposto a recolher ao Fisco.

É importante consignar, por outro lado, que não há nos autos nada que indique a retenção de ICMS na fonte, como alegado pela recorrente. Antes, ao contrário, o próprio lançamento de créditos na escrita fiscal da empresa, relativos a entradas de mercadorias, expõe a fragilidade desse argumento.

Também não procede o argumento de que a autoridade fiscal apoiou a acusação fiscal em mera presunção. Na verdade a autuação se apóia em robusto suporte probatório que permite concluir com segurança pela sua pertinência. Com efeito, no curso da fiscalização a autuante constatou uma série de evidências que em seu conjunto demonstram cabalmente o cometimento da infração apontada na peça inicial. Senão vejamos:

1. As operações cujas notas fiscais geraram os créditos de ICMS ora discutidos são incompatíveis com as atividades das empresas que supostamente as emitiram, conforme se pode ver num confronto entre as espécies de mercadorias descritas nas notas fiscais constantes dos autos e as atividades econômicas exercida pelos respectivos emitentes (consultas cadastrais às fls. 37, 43 e 53);
2. Os débitos de ICMS informados ao Fisco pelas empresas que supostamente emitiram as notas fiscais são inferiores à soma dos impostos destacados nos referidos documentos fiscais, e que geraram os créditos do imposto escriturados e aproveitados pela autuada (ver planilha às fls. 25 e 26, e Consultas GIM/Conta Corrente às fls. 38, 44 e 54);



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

3. Os selos fiscais de autenticidade apostos nas notas fiscais às fls. 27, 29, 31, 33 e 35 não foram autorizados pelo Fisco para uso da empresa que supostamente às emitiu;

Em face de tais evidências a agente fiscal prudentemente intimou a empresa através do Termo de Intimação à fl. 10 a apresentar comprovantes dos pagamentos por ela efetuados relativamente àquelas operações, concedendo-lhe, assim, oportunidade para provar por meio de documentos financeiros a real ocorrência das mesmas. Todavia, transcorreu-se o prazo estabelecido pela auditora e a empresa não deu nenhuma resposta à intimação.

Desse modo, restou evidenciado que as operações objeto da autuação nunca se realizaram, prestando-se a respectiva documentação fiscal tão somente ao propósito de inflar os créditos de ICMS lançados na escrita fiscal da empresa, para com isso reduzir o montante do imposto a ser recolhido ao Fisco. Tais créditos foram, por isso, considerados ilegítimos.

Examinando a matéria à luz da legislação pertinente, observo que agiu com acerto distinta auditora.

Primeiramente há que se observar que as notas fiscais em questão são inidôneas nos termos do Art. 131, II do Dec. 24.569/97, porquanto se referem a operações que na realidade não aconteceram:

“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;

...”

Além disso, aquelas notas fiscais cujos selos fiscais de autenticidade não lhes pertencem, porque não foram autorizados para uso da empresa que supostamente as emitiu, são inidôneas também por este outro motivo específico, conforme estabelece o inciso IX do supra citado Art. 131:

“Art. 131. Considerar-se-á inidôneo o documento que... ou, ainda, quando:

...



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

IX - o documento fiscal que não contiver o Selo Fiscal de Autenticidade ou for selado com inobservância das exigências legais, desde que impressos para contribuintes deste Estado; (Destaquei).

..."

Assim, quer seja porque as operações em questão efetivamente não se realizaram, quer seja porque as respectivas notas fiscais são inidôneas, os créditos fiscais de ICMS delas decorrente são ilegítimos para todos os fins.

Com efeito, ressalvadas as exceções legalmente previstas, a fruição do direito ao crédito do ICMS está condicionada ao efetivo recebimento das mercadorias por parte do contribuinte, recebimento este que poderá ser real ou mesmo simbólico, porém nunca simulado. Leia-se, a propósito, o disposto no Art. 60, I do Dec. 24.569/97:

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

I - à mercadoria recebida para comercialização;

..."

Por outro lado a legislação veda o aproveitamento de crédito do ICMS destacado em documento fiscal inidôneo, conforme se infere do Art. 65, VIII do Dec. 24.569/97:

"Art. 65. Fica vedado 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. (Destaquei).

..."

Referida disposição normativa reflete o disposto no Artigo 23 da Lei Complementar nº 87/96, *in verbis*:

Art. 23. O direito de 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



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.” (Destaquei).

Portanto, por qualquer ângulo que se olhe o aproveitamento dos aludidos créditos de ICMS se deu de forma indevida, vez que em absoluta desconformidade com o que preceitua a legislação tributária.

Importante consignar que os créditos de ICMS em questão foram integralmente escriturados e aproveitados pela autuada, conforme consta nas informações da GIM/Conta Corrente ano 2010 (coluna Créditos) que foram prestados ao Fisco pela própria empresa.

Assim, concluo pela procedência do lançamento de ofício com imposição da penalidade prevista no Art. 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

Inaplicável ao caso as disposições contidas no Art. 112 do CTN invocado pela recorrente, porquanto não persiste no presente caso nenhuma dúvida quanto a qualquer dos aspetos elencados no mencionado dispositivo legal. Desse modo, nada justifica uma interpretação mais favorável ao contribuinte, da lei nº 12.670/96, no tocante à penalidade aplicável. De qualquer modo, nada justificaria a aplicação da penalidade alternativa proposta pela recorrente, ou seja, a incerta no Art. 878, IV, “a” do Dec. 24.569/97, uma vez que a conduta ali hipoteticamente tipificada não guarda qualquer correlação com os fatos efetivamente constatados pela fiscalização.

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso voluntário para, após afastar as preliminares de nulidade, negar-lhe provimento, de modo a confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida na instância originária.

É o VOTO.

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
ICMS	689.770,59
Multa	689.770,59
TOTAL	1.379.541,18

DECISÃO

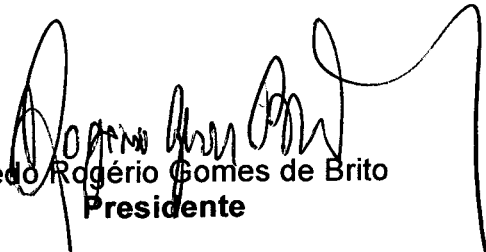
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **MARU COMÉRCIO DE PESCADOS E ALIMENTOS LTDA** e Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. Decisão: “A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. Com relação às preliminares suscitadas em grau de recurso, resolve nos seguintes termos: – **Nulidade por ausência de indicação da Base de Cálculo** – Afastada por unanimidade de votos, uma vez que a Base de Cálculo está indicada no relato do Auto de Infração e no documento Informações

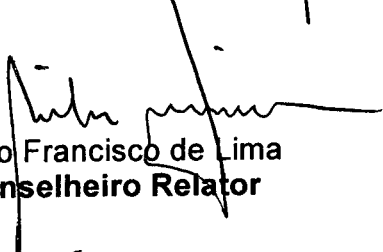


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Complementares; **Nulidade por inconstitucionalidade em razão da aplicação da taxa SELIC e do caráter confiscatório da multa** – Afastada por unanimidade de votos, sob o fundamento inconstitucionalidade não é matéria a ser apreciada no âmbito administrativo e sim na esfera judiciária. **No mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão proferida em 1ª Instância, de **procedência** da acusação fiscal, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.”

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 23 de Julho de 2012.


Alfredo Rogério Gomes de Brito
Presidente


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro Relator


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Francisco Wellington Ávila Pereira
Conselheiro


João Rafael de Farias Furtado
Nóbrega
Conselheiro


Mônica Maria Castelo
Conselheira


Ágatha Louise Borges Macedo
Conselheira


Valter Barbosa Lima
Conselheiro


Samuel Aragão Silva
Conselheiro

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado