



RESOLUÇÃO Nº: 055/2023

6ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 16/02/23

PROCESSO DE RECURSO: Nº.: 1/1667/2019

AUTO DE INFRAÇÃO A.I.: 1/201900586

RECORRENTE: BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: GEIDER DE LIMA ALCÂNTARA

EMENTA: ICMS E MULTA – RECURSO ORDINÁRIO – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO NORMA. 1- Infringidos os arts. 127 E 176-A, do Decreto nº 24.569/97. 2- Penalidade prevista no art. 123, III, “b”, item 2, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 16.258/17. 3- Decisão singular pela procedência da ação fiscal. 4. Preliminar de nulidade da autuação pelo cerceamento ao direito de defesa e preterição das garantias processuais afastadas por unanimidade. 5. Quanto à arguição do caráter confiscatório da multa, afastada por unanimidade de votos, por entender que é vedado ao julgador afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, com base na Súmula nº 11 do Conat e em consonância com o disposto no art. 62 da Lei nº.18.185/2022. 6. Quanto ao pedido de realização de perícia, afastado por unanimidade de votos em consonância com o art. 83 da Lei nº.18.185/2022 7. No mérito, decidem por unanimidade de votos, pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, para manter a PROCEDÊNCIA do feito fiscal. 8. Decisão em consonância com o opinativo da Douta Procuradoria Geral do Estado proferido em sessão.

PALAVRA-CHAVE: RECURSO ORDINÁRIO – OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTADAS - ICMS E MULTA - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA - AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL – NULIDADES, PEDIDO DE PERÍCIA E CONFISCATORIEDADE DA MULTA AFASTADAS - PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO.



01 – RELATÓRIO

A presente autuação foi lavrada em desfavor da Contribuinte retromencionada, com a acusação de omissão de saída de mercadorias sujeitas à tributação normal, detectada por meio de levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2015, no montante de R\$ 196.078,93 (cento e noventa e seis mil, setenta e oito reais e noventa e três centavos).

Foi utilizado no levantamento de estoque de mercadorias, as informações transmitidas pelo próprio contribuinte para o banco de dados da SEFAZ através do SPED Fiscal, arquivos EFD (Escrituração Fiscal Digital); como também as informações de notas fiscais eletrônicas destinadas ao contribuinte, constantes no banco de dados da nota fiscal eletrônica da Receita Federal.

O agente fiscal apontou como infringido os artigos 127e 176-A do Decreto 24.569/97, sendo aplicada a penalidade prevista no art. 123, III, “b”, item 1, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 16.258/17.

Tempestivamente a autuada ingressou com impugnação ao lançamento (fls. 19 a 36), alegando o que segue:

- Os fundamentos da iliquidez da acusação fiscal trazida pelo fiscal são insuficientes para caracterizar a suposta infração, que deveria ter sido demonstrado analiticamente (nota a nota) as entradas e saídas consideradas, bem como os estoques final e inicial do período;
- Não foi apresentada planilha resumo, acabou por cercear o direito de defesa da impugnante, sendo nula a autuação - houve claro cerceamento de defesa;



- O fiscal tomou par base presunções, e não reais dados que pudessem exibir a fidelidade e a legalidade do fato lançado;
- A impugnante elaborou demonstrativo de diferenças entre as saídas declaradas no SPED e as saídas apontadas na autuação, em relação aos produtos Whisky Old Parr 11, Vodka Smimoff 998ml, Absolut Magnum 1.51, MFP HP DJ 2546BR WIF e Vent Vt41 40cm/220a;
- O mesmo acontece com as operações de entradas do levantamento de estoque apresentado pela fiscalização, tendo sido indicadas quantidades de aquisição inferior ao que, de fato, foi adquirido;
- A impugnante elaborou demonstrativo de diferenças entre as entradas declaradas no SPED e as entradas apontadas na autuação, em relação aos produtos TV Philips PFG410 78FHD 40, Bicicl Ergom Premium e Motorola Moto E DTV XT1025 Preto;
- Assim, resta evidente que existem mais operações de entrada do que as apontadas pela fiscalização, situação que acontece em outros produtos listados;
- Com a ausência de demonstrativo analítico com as notas fiscais que acobertaram as operações é impossível identificar quais delas foram efetivamente realizadas;
- O autuante também se equivocou quando deixou de observar que uma mercadoria pode ser identificada por mais de uma denominação, ou, ainda, por outro código (no desenvolvimento de seu comércio, pode haver diversos códigos para uma mesma mercadoria);
- Observação: a impugnante, a título de exemplo, elaborou demonstrativo contendo códigos e a descrição das respectivas mercadorias;
- É notório que qualquer comerciante no exercício de sua atividade apresenta perdas, muitas delas inerentes à própria atividade, e outras excepcionais, tais como devolução de produtos devido ao prazo de validade vencido, deterioração, quebras de estoque, etc



- A multa imputada Nos termos do art. 112 do CTN, se alguma multa vier a ser aplicada ao caso, esta seria a capitulada no art. 123, III, "g", da Lei nº 12.670/96 (ou seja, multa equivalente ao imposto exigido), e não a prevista no art. 123, III, "s", da Lei nº 12.670/96, que veio a ser inserido somente em junho/2017 (sendo o fato gerador de 2015, a norma aplicada não pode ser utilizada no presente caso).
- A multa aplicada pelo autuante pode ser considerada desproporcional e confiscatória;
- O Superior Tribunal Federal consolidou seu entendimento tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.
- É de ser levado em consideração também o benefício da dúvida: o art. 112 do CTN é claro ao afirmar que, em caso de dúvida, a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte;
- Solicita-se a nulidade/improcedência da autuação, ou que seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, e, em caso de dúvida, que se interprete a norma jurídica de forma mais favorável à impugnante;
- Protesta-se pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

No Julgamento monocrático nº: 514/2021 o Julgador de 1º Instância julgou pela procedência da ação fiscal fundamentando sua decisão no fato de o lançamento, como instrumento de formalização do crédito tributário é processado mediante atividade plenamente vinculada da autoridade fiscal.

Que no CD-Rom apenso aos autos pelos autuantes, vê-se planilha demonstrativa das mercadorias adquiridas sem notas fiscais em 2015, com informações relativas a todos produtos levados em consideração e os respectivos documentos que acobertaram a sua entrada ou saída



na empresa, nela constando as diferenças encontradas na movimentação dos produtos comercializados pela empresa, que respaldam a acusação formalizada no presente processo.

Interpelado Recurso Ordinário (fls. 87 a 101) tempestivamente, a Recorrente repisa os pontos alegados:

- Pede a nulidade do auto de infração pelo cerceamento ao direito de defesa e o contraditório invocando o art. 83 a Lei 15.614/2014, pela falta de liquidez da exação;
- Apresenta planilha (fl. 59) que indica diferença nas informações de saídas e entradas apontadas pela fiscalização;
- Que não foi observado que o mesmo produto é movimentado com vários códigos (fl.64);
- Da desproporcionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada;
- É notório que qualquer comerciante no exercício de sua atividade apresenta perdas, muitas delas inerentes à própria atividade, e outras excepcionais, tais como devolução de produtos devido ao prazo de validade vencido, deterioração, quebras de estoque, etc
- Por fim pede a improcedência da autuação e protesta pela produção de todos os meios de prova inclusive de perícia técnica.

A Procuradoria Geral do Estado do Ceará, representada pelo Dr. Mateus Viana Neto manifestou-se oralmente em sessão pelo conhecimento do Reexame necessário, dando-lhe provimento, no sentido de manter a exação fiscal tal qual foi lavrada com a aplicação da penalidade prevista no art. 123, III, "b", item 2, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 16.258/17, em vista das operações não estarem regularmente escrituradas.

É o breve relato.

02 – VOTO DO RELATOR

2.1 - DA TEMPESTIVIDADE E ADMISSIBILIDADE:



O Recurso ordinário que ora se julga foi apresentado em razão do Julgamento nº: 514/2021, sendo protocolado de forma tempestiva e por estarem presentes os pressupostos processuais da espécie recursal tomo conhecimento do mesmo.

2.2 – DAS PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUTUAÇÃO PELO CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA E PRETERIÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL:

A fiscalização utilizou as informações transmitidas pelo próprio contribuinte para o banco de dados da Sefas através do Sped fiscal e arquivos da EFD, para o levantamento fiscal. O auto de infração está claro e preciso no seu levantamento e nas informações dispostas no mesmo, de forma que a Recorrente tinha ciência do seu conteúdo, foi intimada a se defender e exerceu o direito de assim fazer de forma plena e seguindo os ritos processuais que o processo administrativo lhe garante, portanto não assistiu razão ao Contribuinte para o pleito pretendido.

2.4- DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA:

No tocante ao caráter confiscatório da multa alegado pela defesa, compreendo que deve ser afastado, pois não compete aos tribunais administrativos a declaração de inconstitucionalidade de multa com base no princípio constitucional de vedação ao confisco.

A atribuição de análise de constitucionalidade de norma legal é de competência exclusiva do poder judiciário, cabendo a este órgão julgador afastar por inconstitucionalidade apenas as situações previstas no art. 62, parágrafo único da Lei nº 18.185/2022:

Art. 62. Fica vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de norma que fundamente o crédito tributário e que:

I - tenha sido declarada inconstitucional:

a) por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal - STF, após a sua publicação;



b) por via incidental pelo STF, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal.

II - tenha sido objeto de:

a) Súmula Vinculante do STF, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal de 1988 , após a sua publicação;

b) decisão definitiva do STF, em sede de julgamento de Recurso Repetitivo, realizado nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869 , de 11 de janeiro de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105 , de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil , após a sua publicação.

Portanto não cabe a este órgão judicante negar aplicação a dispositivos de lei por força de sua limitação de competência que não se inclua nas exceções previstas no art. 62, parágrafo único da Lei nº 18.185/2022, como também em respeito a decisão colegiada que sumulou a matéria através da Súmula 11 do Conat.

2.5 - DO MÉRITO

No mérito a Recorrente argumenta que a fiscalização deixou de observar que uma mercadoria pode ser identificada por mais de uma denominação, ou, ainda, por outro código. A impugnante, a título de exemplo, elaborou demonstrativo contendo códigos e a descrição das respectivas mercadorias.

A Recorrente apresenta demonstrativo, contudo não há evidências que respaldem o alegado. Ressalte-se que a utilização de códigos distintos, pela própria empresa, indica que os produtos se diferenciam entre si por apresentarem características próprias.

Nesse sentido, a referência das mercadorias, no demonstrativo elaborado pela impugnante, aponta características específicas de cada produto, evidenciando que se tratam de produtos distintos.

Portanto entendo que a infração apontada está amparada legalmente e condizente com a conduta cometida pela Contribuinte, ao não observar o que dispõe a legislação vigente.

2.6 – DO PEDIDO DE PERÍCIA

No tocante a perícia requerida considero como desnecessária, haja vista que os documentos acostados aos autos do presente processo embasaram o levantamento fiscal



e apesar do esforço da Recorrente na desconstituição do mesmo, não foram apresentadas provas contundentes para a mudança de entendimento.

É como voto.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO		
REFERÊNCIA	ICMS	MULTA
EXERCÍCIO DE 2015	R\$33.333,42	R\$58.823,68
Total		R\$92.157,10

03 – DECISÃO

Visto, relatado e discutido o PROCESSO DE RECURSO No.: 1/1667/2019. A.I.: 1/201900586. RECORRENTE: BOM PREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA. RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. CONSELHEIRO(A) RELATOR(A): GEIDER DE LIMA ALCÂNTARA. DECISÃO: A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve, de forma preliminar em relação aos argumentos trazidos pela recorrente: 1) Cerceamento direito defesa; 2) Pedido de realização perícia. Afastadas por unanimidade de votos. 3) Quanto à alegação de perdas e extravios que motivaram as diferenças encontradas no levantamento. Afastada em virtude de a recorrente não trazer elementos comprobatórios dos seus argumentos. 4) Quanto a arguição de inaplicabilidade da multa aplicada. Afastada por unanimidade de votos, pois apesar de a penalidade aplicada por equívoco, na exação ser a do art.123, III, "s" da lei nº 12.670/96 alterada pela lei nº 16.258/2017), cabe ao julgador administrativo proceder a subsunção do fato à norma vigente à época da infração, devendo ser a prevista no art. 123, III, 'a' da lei nº 12.670/96 alterada pela lei nº 13.418/03, com igual pena. 5) Quanto á arguição do caráter confiscatório da multa, a câmara decide por unanimidade de votos não acolher o argumento da recorrente, por entender que a aplicação se dá em conformidade com a legislação vigente, com base na Súmula nº 11 do Conat e em consonância ao disposto no art. 62 da Lei nº.18.185/2022, que veda ao julgador afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade. Em relação ao mérito, resolvem os membros da 1ª câmara por unanimidade de votos, negar provimento, no sentido de confirmar a decisão exarada no julgamento monocrático, para julgar PROCEDENTE a acusação fiscal nos termos do voto do conselheiro relator, referendado em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado Presente à sessão para sustentação oral do recurso, a advogada Dra. Larissa Vaz Galindo de Araújo.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 15 de março de 2023.

Geider de Lima Alcântara
Conselheiro relator

Raimundo Frutuoso de Oliveira Júnior
PRESIDENTE