



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO nº 140 /2012

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO ORDINÁRIA nº 021ª de 01/02/2012
PROCESSO DE RECURSO nº 1/1025/2009
AUTO DE INFRAÇÃO nº 1/200900937
RECORRENTE: NOPREÇO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
RECORRIDO: Célula de Julg. de 1ª Instância
Cons. Relator: José Rômulo da Silva

EMENTA: ICMS - OMISSÃO DE RECEITAS. DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO BRUTO DA CONTA MERCADORIA. MERCADORIA ISENTA. *Baixa cadastral. Desobrigadas as emissões dos seus termos de início e de conclusão de fiscalização. Ato designatório. Publicidade da ação fiscal no caso concreto, e não proporcionar o exercício de defesa do contribuinte. Continuidade da ação fiscal. Coordenador da CATRI. Para as hipóteses de omissão de receita do § 8º do art. 92 da Lei nº 12.670/96 o legislador cearense não indicou ali qualquer obrigação conexa infringida. Restou aos agentes fiscais, à mingua de previsão legal, valer-se de presunção simples e concluírem que na eventual omissão de receita, particularmente do inciso IV do § 8º, estar-se-á diante do descumprimento da obrigação acessória - falta emissão de documento fiscal. À evidência de que omissão de receita prevista no inciso IV do § 8º do art. 92 da Lei nº 12.670/96 não resulta necessariamente da falta de emissão de documentos fiscais, mas também de outras situações aqui evidenciadas, nas quais os documentos podem estar regularmente registrados nos livros fiscais ou contábeis, entendendo que o contribuinte faz jus a interpretação mais benéfica do referido dispositivo, em consonância com o art. 112, IV do CTN, no sentido de que a penalidade cominada seja graduada para o patamar da mitigação prevista no § único do art. 126 da Lei nº 12.670/96. Recurso conhecido e parcialmente provido. Auto de Infração*

Processo nº 1/1025/2009
Auto de Infração nº 1/200900937
Cons. Relator: José Rômulo da Silva.

2

PARCIALMENTE PROCEDENTE. Decisão por unanimidade de votos.

Trata-se de Recurso Voluntário da decisão de PROCEDÊNCIA do auto de infração *por omissão de receitas apurada através da Demonstração do Resultado Bruto da Conta Mercadoria - DRM* no montante de R\$ 346.571,22, omissão relativa a mercadorias isentas, ocorrida no exercício de 2005.

Face o ocorrido foi aplicada a penalidade do art. 126, da Lei n. 12.670/96.

Multa, R\$ 34.657,12.

A decisão monocrática encontra-se assim ementada:

EMENTA: ICMS - OMISSÃO DE RECEITAS. Saídas de mercadorias contempladas com isenção ou não tributadas sem emissão de documento fiscal contábil. Ação fiscal PROCEDENTE. Decisão amparada nos artigos 127, 169, 174 e 177, todos do Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista no art. 126 da Lei nº 12.670/96. Revelia.

Nas razões recursais o contribuinte alega a nulidade do feito em razão de não ter recebido a ordem de serviço ou os termos de início e de encerramento da ação fiscal; recebera apenas a notificação acompanhada do DRM.

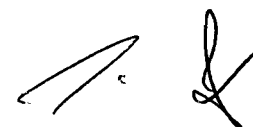
Segundo ainda o contribuinte, o auto de infração é nulo, pois a ação fiscal foi prorrogada por autoridade incompetente no feriu o § 2º do art. 1º da Instrução Normativa nº 38/2005.

Em seu Parecer a Consultoria Tributária opina pela procedência do auto de infração, em conformidade com a decisão de Primeira Instância, no que foi adotado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É o relatório.

VOTO.

Inicialmente urge dizer que inexistem no procedimento fiscal quaisquer das irregularidades formais alegadas pelo recorrente que pudessem dar causa à nulidade do auto de infração. A ação fiscal teve por pressuposto o pedido de baixa cadastral da empresa, hipótese em que são desobrigadas as emissões dos



seus termos de início e de conclusão de fiscalização, conforme dispões o art. 825 do RICMS, daí a razão do não recebimento das vias dos referidos atos pelo contribuinte. No que tange o ato designatório, ou ordem de serviço, o mesmo tem por escopo dar publicidade da ação fiscal no caso concreto, aqui perfeitamente efetivada, e não proporcionar o exercício de defesa do contribuinte, própria que é da fase contenciosa.

Por sua vez não houve violação ao § 2º do art. 1º da Instrução Normativa nº 38/2005 já que a autoridade que autorizou a continuidade da ação fiscal é ocupante da função de coordenador da CATRI, no que atende a exigência prevista no próprio dispositivo colacionado pelo recorrente.

Nos seu plano material o auto de infração se afirma pela omissão de receita constada na *Demonstração do Resultado Bruto da Conta Mercadoria - DRM* elaborada pelo agente fiscal, no montante de R\$ 346.571,22, seguindo o que determina o inciso IV do § 8º do art. 92 da Lei nº 12.670/96. O dispositivo define como *omissão de receita* a hipótese de resultado bruto negativo no período da Conta Mercadoria. *In verbis*:

Art. 92. (...).

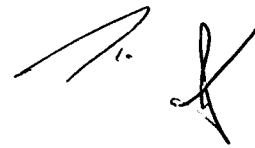
.....
§ 8º Caracteriza-se omissão de receita a ocorrência dos seguintes fatos:

.....
IV - montante da receita líquida inferior ao custo dos produtos vendidos, ao custo das mercadorias vendidas e ao custo dos serviços prestados no período analisado;

Logo que o dispositivo encerra um comando presuntivo (presunção *juris tantum*) que, independentemente do juízo do agente fiscal, e mesmo se antecipando a este, tem como certa a existência de um fato provável. É o próprio conteúdo do dispositivo que dá como verdadeira a omissão de receitas, até prova em contrário, e não o agente fiscal, o que afasta, inclusive, qualquer alegação de inexistência de prova.

No entanto, questão não suscitada pelo recorrente, mas emergida dos debates em sessão, me levou considerar no caso a mitigação do parágrafo único do art. 126 da Lei nº 12.670/96, multa equivalente a 1% (um por cento) sobre o valor da omissão, com base em interpretação mais benéfica ao contribuinte.

1
0



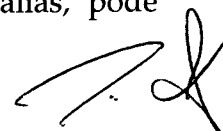
Da adoção da mitigação se pode até deixar antever uma contradição, mas não é real à luz do que reservam os princípios e as regras de interpretação da legislação tributária.

Vale lembrar que a hipótese de incidência do ICMS tem no seu aspecto material a *circulação de mercadorias ou serviços* (transportes e telecomunicação), e não propriamente *receita*. No entanto, me parece evidente que quando da hipótese *omissão de receita* o contribuinte visa o descumprimento da obrigação principal - o não recolhimento do ICMS -, salvo se o imposto já tiver sido recolhido ou nos caso de isenção, já que no plano fático significa a não declaração ou omissão de fatos econômicos sobre os quais há a incidência do ICMS, em que a falta de emissão de documento fiscal serve como meio.

Ocorre que para as hipóteses de *omissão de receita* do § 8º do art. 92 da Lei nº 12.670/96 o legislador cearense não indicou ali qualquer obrigação conexa infringida. Restou aos agentes fiscais, à mingua de previsão legal, valer-se de presunção simples e concluir que na eventual omissão de receita, particularmente do inciso IV do § 8º, estar-se-á diante do descumprimento da obrigação acessória - falta emissão de documento fiscal - prevista no art. 75, dando ensejo à aplicação da penalidade do art. 123, III, "b", ambos da referida lei. Logo, sob esta perspectiva, o descumprimento da obrigação principal fica em segundo plano, sendo lançado o imposto subsidiariamente, se devido, no auto de infração.

O CONAT decide neste sentido. E é evidente que é contraditório que o contribuinte, autuado por falta de emissão de documento fiscal, faça jus ao mesmo tempo à penalidade menos gravosa com pressuposto de que os documentos, não emitidos, estariam registrados nos livros fiscais ou contábeis, como pressupõe o § único do art. 126 da lei estadual já citada.

No entanto, não me parece razoável lançar à generalidade dos casos o entendimento conjunto (oficioso e contencioso), pois, com base também no que normalmente acontece, pode, sim, o contribuinte omitir receita pela não emissão de documentos fiscal; mas pode também emitir os documentos, mas fazê-lo com preços abaixo dos custos; ou emití-los e não declará-los ao fisco. Podem inclusive ocorrer as três coisas, ou seja, falta de emissão de documento fiscal, subpreços e não declaração dos documentos ao fisco. Por certo que em todos estes casos há omissão de receita, mas logicamente que no caso de subpreços e não declaração dos documentos ao fisco não há que falar em falta de emissão de documentos fiscal; tão-só, falta de recolhimento do imposto, que, aliás, pode acontecer em quaisquer dos casos.



Logo, à evidência de que omissão de receita prevista no inciso IV do § 8º do art. 92 da Lei nº 12.670/96 não resulta necessariamente da falta de emissão de documentos fiscais, mas também de outras situações aqui evidenciadas, nas quais os documentos podem estar regularmente registrados nos livros fiscais ou contábeis, entendo que o contribuinte faz jus a interpretação mais benéfica do referido dispositivo, em consonância com o art. 112, IV do CTN, no sentido de que a penalidade cominada seja graduada para o patamar da mitigação prevista no § único do art. 126 da Lei nº 12.670/96.

Tais as razões expedidas, voto para que se conheça do Recurso voluntário, dar-lhe provimento, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE o auto de infração.

Eis o demonstrativo do crédito:

Multa, R\$ 3.465,71.

É como eu voto.

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos em que é recorrente NOPREÇO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA e recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA;

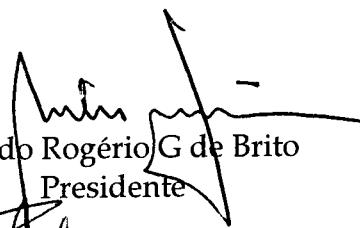
A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, dar-lhe parcial provimento, para após afastar a preliminar de nulidade arguida pela recorrente, julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a acusação fiscal, aplicando o disposto no art. 126, parágrafo único, da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro relator, conforme manifestação do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, alterado em Sessão mediante despacho reduzido a termos nos autos.

Sala das Sessões da Primeira Câmara do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, em 9 de março de 2012.





Processo nº 1/1025/2009
Auto de Infração nº 1/200900937
Cons. Relator: José Rômulo da Silva.

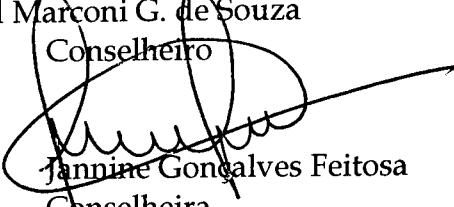
6



Alfredo Rogério G de Brito
Presidente



Abílio Francisco de Lima
Conselheiro

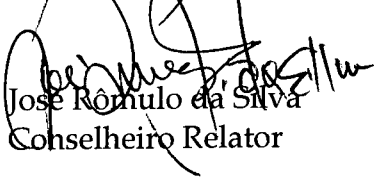

Cid Marconi G. de Souza
Conselheiro


Eliane Resplande F. Sá
Conselheira

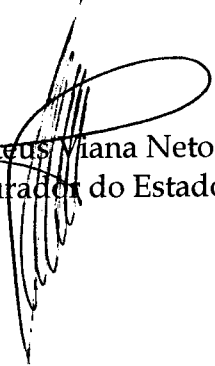

Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira


José Sidney Valente Lima
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


José Rômulo da Silva
Conselheiro Relator


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Mateus Viana Neto
Procurador do Estado