



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO nº 174 /2011

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO EXTRAORDINÁRIA nº 004ª de 28/01/2011
PROCESSO DE RECURSO nº 1/0762/2003
AUTO DE INFRAÇÃO nº 1/200215269
RECORRENTE: DBL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RECORRIDO: Célula de Julg. de 1ª Instância

Cons. Relator: José Rômulo da Silva

EMENTA: ICMS - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. OMISSÃO DE RECEITA. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. Exame pericial complementar ou suplementar eventuais omissões pertinentes ao demonstrativo do fluxo de caixa, ou DESC. Impossibilidade da realização da perícia. Culpa exclusiva da recorrente. Presunção de legitimidade ou veracidade do ato administrativo. Questões de natureza constitucional. Impossibilidade de exame por esta instância administrativa, mormente que em nosso sistema jurídico o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Inexistência de prova. Auto de infração não estaria baseado em fatos concretos. Demonstrativo do resultado financeiro, ou DESC, é instrumento competente para se apurar eventuais infrações a legislação do ICMS. Dá causa a acusação o fato da empresa ter desembolsado recursos financeiros em montante superior ao das receitas e disponibilidades iniciais declaradas. Presunção legal. Entendimento firmado neste Contencioso Administrativo Tributário. Prática da venda de mercadorias sem documento fiscal. Modificada a decisão de procedência proferida em 1ª Instância. Penalidade mais benéfica prevista no art. 123, III, "b" da Lei nº 12670/96, com redação dada pela Lei 13.418/2.003 Auto de Infração PARCIAL PROCEDÊNCIA. Decisão por unanimidade de votos.

Trata-se de Recurso Voluntario da decisão de Primeira Instância de PROCEDÊNCIA do auto de infração *por falta de emissão de documento fiscal*, constatada através de levantamento financeiro, que segue anexo (fls. 10/27), no exercício de 2.000, no montante de R\$ 13.709,42 (treze mil setecentos e nove reais e quarenta e dois centavos).


Face o ocorrido foi aplicada a penalidade do art. 123, III, "b" da Lei n° 12.670/96, concomitante ao lançamento do ICMS.

ICMS lançado: R\$ 2.330,60.
Multa: R\$ 5.483,76.

A decisão monocrática encontra-se assim ementada:

EMENTA. Projeto Diligência Fiscal. ICMS - Auto de Infração. Omissão de Vendas. Apuração do movimento real tributável mediante elaboração da Conta Financeira, consoante o artigo 827, § 8º, VI do Decreto n° 24.569/97; como sanção prevista no art. 123, inciso III, letra "b" da Lei n° 12.670/96, com nova redação dada pela Lei n° 13.418/2003, posto que mais benéfica quanto à sanção capitulada. Nulidade rejeita. Defesa tempestiva. Auto julgado procedente.

Nas razões do Recurso a recorrente alega a nulidade do auto de infração porque o agente fiscal não teria levado em consideração os estoques existentes e parte do capital social da empresa.

Alega, outrossim, que "a imprecisão contida no auto de infração fere o texto constitucional"; inclusive a multa aplicada teria caráter confiscatório. 

Segundo ainda a recorrente, tudo não passa de suspeita; o auto de infração não estaria embasado em provas, até porque os estoques não foram considerados. Entende ser o auto de infração resultado de mero arbítrio, pois não estaria baseado em fatos concretos.

Por fim, afirma que a auto de infração tem por base valores patrimoniais da empresa, que não estariam previstos, como base de cálculo, no art. 25 do Dec. n° 24.569/97.

Em seu Parecer a Consultoria Tributária entende correta a modificação da capitulação feita pelo Julgador singular à luz da modificação trazida pela Lei n° 13.418/2.003 (mais benéfica), todavia

opina pela parcial procedência do auto de infração, no que foi seguindo pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

Vindo os autos para julgamento na instancia recursal a egrégia Primeira Câmara decidiu converter o curso processo em realização de perícia para elaboração de novo quadro demonstrativo da conta financeira, considerando as razões da recorrente, inclusive quanto ao aumento do capital social.

Entretanto, a Célula de perícia, na pessoa do Perito, foi concludente quando informou que o exame pericial não foi possível porque que a empresa não apresentou a documentação solicitada.

É o relatório.

VOTO.

Evidentemente que o exame pericial complementar ou suplementaria eventuais omissões pertinentes ao demonstrativo do fluxo de caixa, ou DESC, supostamente havidas, todavia não foi possível a realização da perícia por culpa exclusiva da recorrente, contrariando inclusive o disposto do art. 34, *caput*, da Lei n° 12.732/1997, que prescreve que todos devem colaborar com Contencioso Administrativo Tributário para o descobrimento da verdade. Vale ressaltar que a simples falta da colaboração da recorrente junta à Célula de Perícia, por si só, corrobora com a *presunção de legitimidade ou veracidade* de que goza o ato administrativo, do qual o auto de infração é espécie. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, tal atributo abrange dois aspectos: *de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção de legalidade, pois se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.* (Direito Administrativo, Atlas, 4ª. P. 64/65).

Em que pese as alegações da recorrente relativamente ao caráter confiscatório da multa e a ofensas ao texto constitucional, entendo dizer que se trata, evidentemente, de questões de natureza constitucional e, como tal, impossíveis de exame por esta instância administrativa, mormente que em nosso sistema jurídico o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. É relevante considerar que a penalidade


foi aplicada nos estritos termos da Lei estadual n° 12.670/96. E, por sua vez, a atividade que envolve o lançamento tributário é tida como vinculada e obrigatória, razão esta, somada à primeira, porque não pode o agente fiscal deixar de aplicar a referida lei por entender ser a mesma - ou mesmo alguns de seus preceitos - ilegal ou inconstitucional.

Quanto às alegações de inexistência de prova ou que o auto de infração não estaria baseado em fatos concretos, vale anotar que o demonstrativo do resultado financeiro, ou DESC, é instrumento competente para se apurar eventuais infrações a legislação do ICMS, a teor do que prescreve o inciso VI do § 8° do art. 92 da Lei n° 12.670/96. *In verbis*:

Art. 92. (...).

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

.....
VI - déficit financeiro resultante do confronto entre o saldo das disponibilidades no início de período fiscalizado, acrescido dos ingressos de numerários e deduzidos dos desembolsos e o saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, os gastos indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas.

No caso concreto, dá causa a acusação o fato da empresa ter desembolsado recursos financeiros em montante superior ao das receitas e disponibilidades iniciais declaradas. De acordo com o resultado do demonstrativo houve aporte de recursos ao caixa no montante de R\$ 13.709,42 (treze mil setecentos e nove reais e quarenta e dois centavos), sem que para tanto tenha comprovado a origem do mesmo. 

Por sua vez, o inciso VI do § 8° do art. 92 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. Ou seja, é o próprio conteúdo do dispositivo que dá como verdadeira a omissão de receitas, até prova em contrário, e não o agente fiscal, dando ensejo, inclusive, a inversão do ônus da prova.

De sua vez é de entendimento firmado neste Contencioso Administrativo Tributário que a omissão de receitas nas circunstâncias como aqui se apresenta decorre da prática da venda de mercadorias sem

documento fiscal o que malfere o art. 75, *caput*, da Lei n° 12.670/96. O dispositivo é enfático ao prescrever que as pessoas legalmente definidas como contribuintes estão obrigadas à emissão de documentos fiscais próprios quando da realização de operações relativas à circulação de mercadorias ou prestação de serviços. *Verbis*:

Art. 75. As pessoas definidas nesta Lei como contribuintes, quando da realização de operações relativas à circulação de mercadorias ou prestação de serviços, estão obrigadas à emissão de documentos fiscais próprios, bem como ao cumprimento das demais obrigações acessórias previstas na legislação.

De certo que malferido a obrigação prescrita no artigo retro comentado dá-se ensejo a aplicação da sanção prevista no artigo 123, III, "b" da Lei n° 12.670/96, mais benéfica, alterada pela Lei n° 13.341/2003, além do lançamento do imposto devido. *Verbis*:

Art. 123. ...

*.....
III - relativamente à documentação e à escrituração:*

*.....
b) deixar de emitir documento fiscal: multa equivalente a 30%
(trinta por cento) do valor da operação ou da prestação;*

Segue o demonstrativo do crédito:

Nova base de cálculo: R\$ 13.709,42.

ICMS:	R\$	2.330,60.
Multa:	R\$	4.112,82.
Total.....	R\$	6.443,42.

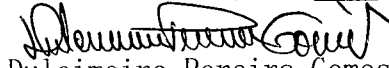
Tais as razões expedidas, voto para que se conheça do Recurso, dando parcial provimento, para modificar a decisão de procedência do auto de infração proferida em Primeira Instância, julgando-o PARCIAL PROCEDENTE no qual se aplica a penalidade mais benéfica prevista no art. 123, III, "b" da Lei n° 12670/96, com redação dada pela Lei 13.418/2.003, em conjunto com o lançamento do imposto devido.

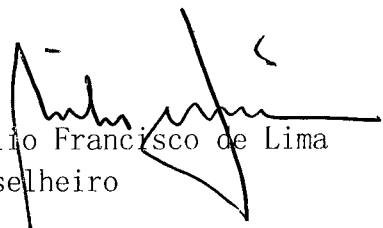
É como eu voto.
DECISÃO:

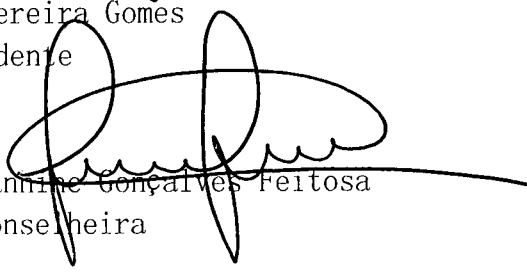
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos em que é recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA e recorrente DBL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA,

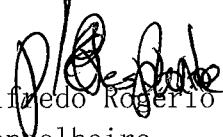
A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento em parte, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação fiscal, aplicando a penalidade mais benéfica, art. 123, III, "b" da Lei n° 12.670/96, com redação dada pela Lei 13.418/2.003, nos termos do voto do Conselheiro relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Sala das Sessões da Primeira Câmara do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, em 10 de maio de 2.011.


Dulcimeire Pereira Gomes
Presidente

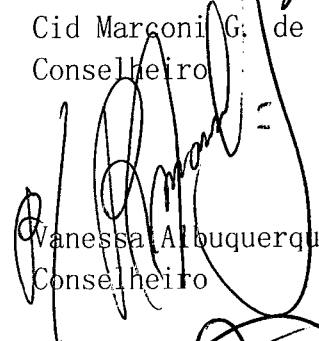

Abílio Francisco de Lima
Conselheiro

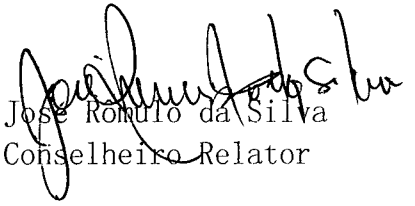

Janine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro

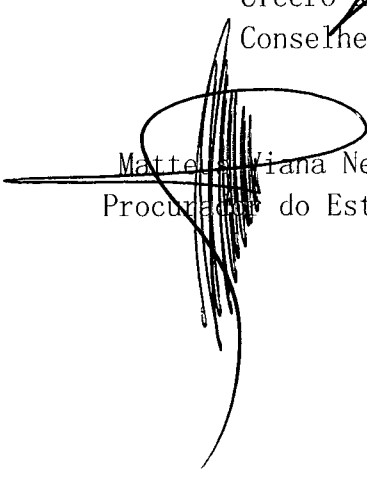
PR. Camila Borges Duarte
Cid Marconi G. de Souza
Conselheiro

José Sidney Valente Lima
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


José Rômulo da Silva
Conselheiro Relator


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Matheus Viana Neto
Procurador do Estado