

Processo



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº.: 188 /2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

04ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 07/01/2014

PROCESSO Nº.: 1/3137/2011

AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/201108736-8

RÉCORRENTES: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA e IRMÃOS OLIVEIRA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA

RÉCORRIDAS: AMBOS

AUTUANTE: Fernando Antônio N. Nogueira

MATRÍCULA: 063735-1-8

RELATOR: Conselheiro José Gonçalves Feitosa

EMENTA: ICMS – 1. OMISSÃO DE VENDAS. 2. O contribuinte promoveu saídas de mercadorias durante o exercício de 2008 sem a emissão de documento fiscal. Infração detectada através do comparativo das vendas declaradas pelo contribuinte com as informações apuradas com operadora do cartão de crédito. Recursos Voluntário e Oficial conhecidos e não providos. 2. Auto de infração julgado **PARCIAL PROCEDENTE**, por unanimidade dos votos, tendo em vista a comprovação da omissão de saídas após análise da documentação probatória dos autos e alteração da base de cálculo realizado pelo julgador singular. Em conformidade com o parecer da Consultoria Tributária, adotada pela Procuradoria Geral do Estado. 3. Mantida a decisão proferida em primeira instância. 4. Decisão amparada no art. 53, §§ 5º e 8º do Decreto nº 25.468/99, art. 113, §1º do Código Tributário Nacional, art. 3º, I do Decreto 24.569/97, art. 169, I do RICMS e no conteúdo probatório colacionado aos autos. 5. Penalidade inserta no artigo 123, III, B da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

RELATÓRIO

A peça fiscal submetida a exame possui o seguinte relato: *“Falta de emissão de documento fiscal, em operação ou prestação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1ª e/ou serie “D” e cupom fiscal. O contribuinte promoveu saída de mercadorias diversas, durante o exercício de 2008, no valor de R\$ 284.898,34, sem a devida documentação fiscal exigida, apurado*



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

através de comparativo entre vendas declaradas X vendas apuradas através de cartão de crédito/débito em anexo.” (sic)

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o art.123, inciso III, alínea “b” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. Neste sentido, o agente fazendário produziu o seguinte demonstrativo para o Auto de Infração em epígrafe:

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	R\$ 284.898,34
ICMS (17%)	R\$ 48.432,71
Multa (30%)	R\$ 85.469,51
TOTAL	R\$ 133.902,22

Anexos aos autos estão os seguintes documentos:

- Informações Complementares ao Auto de Infração à fl. 03;
- Ordem de Serviço nº 2011.18914 à fl. 04;
- Termo de Início de Fiscalização nº 2011.14740 à fl. 05;
- Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2011.18959 à fl. 06;
- Extrato das operadoras de cartão às fls. 07/28;
- Demonstrativo Omissão de Saídas à fl. 29;
- DIEF's às fls. 30/41;
- Consulta de Contribuinte à fl. 42;
- Consulta de Sócio/Responsável à fl. 43
- Recibo de Devolução de Livros e Documentos à fl.; 44;
- Protocolo de Entrega de AI/Documentos nº 2011.07944 à fl. 45;
- Termo de Juntada do AR referente ao Auto de Infração à fl. 46;
- Termo de Revelia e Despacho à fl. 48;

A empresa apresentou defesa relativa ao Auto de Infração tempestivamente às fls. 55/67. Procurou elucidar que o Auto de Infração em análise não contém motivação suficiente para convalidação do ato, haja vista que não foram especificados os incisos ofendidos. Observou que não foram verificadas as datas das notas fiscais, omitindo assim requisito essencial para validade do ato fiscal. Alegou estar impossibilitada de produzir defesa uma vez que não encontrou expressa motivação do ato. Acusou o fiscal de ter desconsiderado fatos jurídicos essenciais ao devido levantamento, presumindo assim que houveram saídas de



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

produtos sem qualquer documentação fiscal, não tendo consultado sequer o contribuinte. Ademais afirmou que o autuante incorreu em equívocos na elaboração da planilha que subsidiou a fiscalização, uma vez que de modo arbitrário, desconsiderou o valor total das informações econômico fiscais, tendo incluído somente uma parcela do movimento tributável, conseqüentemente onerando o contribuinte. Asseverou que recolhe o ICMS no sistema de débito e crédito, pagando o diferencial de alíquotas quando as mercadorias adquiridas são oriundas de operações iniciadas em outros Estados da Federação sendo o tributo é recolhido antecipadamente. Ademais, afirmou que não foram deduzidos os valores recolhidos de produtos sujeitos à substituição tributária, bem como produtos sujeitos à alíquota de 17%, tendo a empresa inclusive acumulado créditos em razão da sistemática do SIMPLES, cujo recolhimento simplificado não seria condizente com a antecipação do ICMS. Por fim suscitou acerca das decisões do CONAT no que diz respeito às nulidade das ações fiscais em que o órgão fiscalizador apesar de dispor dos dados deixa de elaborar levantamento quantitativo das mercadorias na forma correta. Assim afirmou não subsistir a aplicação da alíquota média, conforme preceituado pelo artigo 827 em seu parágrafo 4º no RICMS/CE, a qual reduziria a base de cálculo em 35,61%. Requereu a realização de perícia e que no mérito fosse declarada improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 73/83 temos o julgamento monocrático que decide pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, tendo em vista que a julgadora excluiu da base de cálculo os produtos tidos como devolução, alterando a base de cálculo para o valor de R\$ 284.436,45. Afirmou ainda que o relato da infração assim como as Informações Complementares são suficientes para que o autuado tenha plena ciência da infração atribuída. Não obstante, o contribuinte não especificou quais notas fiscais se referia ao questionar a falha da auditoria em não observar as datas. No que se refere à comparação entre as vendas registradas e informadas pelo contribuinte e as vendas informadas pelas operadoras de cartões de crédito, não se configura presunção, e sim a concretização a infração. Ademais, que se o contribuinte paga ICMS no sistema de débito e crédito, resta claro que a omissão de vendas resultará em falta de recolhimento do tributo. Em cotejo às DIEFs, o julgador entendeu que todas as vendas foram realizadas com destaque de 17%, exceto as interestaduais, inclusive frisou que não existem saídas isentas no exercício fiscalizado. Refutou o pedido de perícia pelo contribuinte não ter indicado e/ou colacionado qualquer prova que pudesse ilidir a ação fiscal. Por se tratar de decisão parcialmente contrária aos interesses do fisco, a julgadora recorreu de ofício junto ao Egrégio Conselho de Recursos Tributários para análise em instância superior. Segue o demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	R\$ 284.436,45
-----------------	----------------



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

ICMS (17%)	R\$ 48.354,19
Multa (30%)	R\$ 85.330,93
TOTAL	R\$ 133.685,12

O contribuinte, às fls. 87/107, apresentou recurso tempestivo, referendando todos os argumentos defensórios já apresentados na defesa, de outro lado, não acrescentou nenhum dado novo. Por fim, requereu, que fosse conhecido e provido o recurso voluntário, tornando insubsistente o auto de infração, e em caso de julgamento procedente, que o valor seja reduzido.

Através do Parecer de Nº 174/2013 a Consultoria Tributária entendeu pelo conhecimento dos recursos voluntário e oficial, negando-lhes provimento a fim de manter a decisão parcialmente condenatória de primeira instância, elencou todos os fatos expostos no julgamento de primeira instância, ratificando-os em sua totalidade.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recursos Voluntário e Oficial interpostos por **CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA e IRMÃOS OLIVEIRA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA** em face de **AMBOS**, objetivando, em síntese, a reforma da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. **1/201108736-8** na dicção da legislação processual vigente. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a recorrente foi autuada por *falta de emissão de documento fiscal, em operação ou prestação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1A e/ou serie "D" e cupom fiscal*, o contribuinte promoveu saídas de mercadorias diversas no valor de R\$ 284.898,34, sem a devida documentação fiscal, conforme comparativo entre vendas declaradas x vendas apuradas através de cartão de crédito/débito, referente ao exercício de 2008.

1. DAS PRELIMINARES DE NULIDADE

A autuada suscitou em âmbito preliminar a nulidade absoluta do auto de infração, sob fundamento do cerceamento do direito de defesa tendo em vista o autuante não ter especificado quais incisos dos artigos a empresa teria infringido.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Cumpra afastar a nulidade suscitada pela recorrente, pois o agente do fisco foi muito claro ao narrar os fatos em seu relato no auto de infração, bem como ao aplicar a penalidade, não acarretando nenhum prejuízo à defesa da autuada.

Ressalte-se que o relato da infração em epígrafe delineou satisfatoriamente as características da infração cometida pela contribuinte, não deixando margem para obscuridades ou mesmo imprecisões. Ademais, insta salientar que os autos do processo estão devidamente instruídos pelo agente fazendário, revelando-se suficientes para a formação de um convencimento seguro acerca da matéria.

Quanto ao arguido em base de omissão de requisito essencial relativo às datas das notas fiscais, creio que o contribuinte se equivocou, haja vista que o levantamento foi realizado utilizando-se da diferença entre as vendas informadas pelo próprio autuado nas DIEFs e as vendas declaradas pelas administradoras de cartão de crédito, contabilizadas mensalmente, afastando assim qualquer argumento de operações diárias por nota fiscal. Nesse contexto, faz-se mister trazer à lume o disposto nos parágrafos 5º e 8º do art. 53 do Decreto nº 25.468/99, *in litteris*:

Art. 53 – omissis

§ 5º Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para as partes;

§ 8º Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração dos fatos ou na decisão da causa.

Quanto ao pedido de realização de perícia solicitado pela recorrente, dada a inobservância processual, eis que destituído da apresentação de quesitos e indicação de assistente técnico, não tendo sido, ainda, apresentado ou constatado nenhum equívoco no procedimento fiscal, nem nenhum outro motivo que justifique a realização de perícia.

Vencidas as apreciações preliminares, passa-se ao exame meritório da *quaestio juris*.

2. DO MÉRITO

No caso em deslinde, verifica-se que a fiscalização detectou a infração tributária através de comparativo entre vendas declaradas X vendas apuradas através de cartão de crédito/débito em anexo.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Em outra esteira, na peça inicial o agente alegou que o contribuinte deu saída do seu estoque de mercadorias desacompanhadas da pertinente documentação fiscal, no montante de R\$ 284.898,34 de janeiro a dezembro de 2008.

2.1. DA OBRIGATORIEDADE DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS

O caso em tela cuida de uma obrigação tributária principal que surge com a ocorrência do fato gerador, tendo como objeto o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se no mesmo momento em que se extingue o crédito dela decorrente, consoante dispõe o § 1º do art. 113 do *Código Tributário Nacional*.

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

(...)

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Objetivando ilustrar o presente o cerne da questão, cabe recordar o conceito de obrigação tributária, aqui prelecionado por *Cláudio Borba, ad litteram*:

“A relação jurídica que tem por objeto uma prestação, positiva ou negativa, prevista na legislação tributária, a cargo de um particular e a favor do Estado, traduzida em pagar tributo ou penalidade ou em fazer alguma coisa no interesse do fisco ou ainda em abster-se de praticar determinado ato, nos termos da lei”.

A obrigação de que trata o presente auto de infração surge em decorrência da hipótese de incidência prevista no art. 3º, I do Decreto 24.569/97, que trata de saídas de mercadorias, *in verbis*:

Art. 3º. Ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

(...)

I - da saída, a qualquer título, de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Neste diapasão, cabe observar que quando o contribuinte não emite as notas fiscais nas saídas de mercadorias, afigura-se uma presunção *juris tantum* de omissão de saídas de mercadorias sem o pagamento do imposto correspondente, consubstanciada no artigo 169, I do RICMS, veja-se:

Art. 169. Os estabelecimentos, excetuados os de produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, Anexos VII e VIII:

(...)

I - sempre que promoverem a saída ou entrada de mercadoria ou bem.

2.2. DA OMISSÃO DE SAÍDAS

A obrigação de emitir documento fiscal, traduz a intenção do Fisco em viabilizar a sua atividade fiscalizatória e arrecadadora dentro do seu âmbito de atuação, uma vez que determina a emissão da documentação fiscal relativa às operações efetuadas pelos contribuintes, permitindo, assim, a existência de um controle regular neste sentido.

Portanto, afigura-se nos fólios processuais uma presunção *juris tantum* da realização de vendas de mercadorias pela contribuinte sem a emissão da nota fiscal, ante todo o conjunto probatório colacionado aos autos.

Não obstante se tratar de presunção *juris tantum*, em que, admite prova em contrário, a autuada quedou-se em desídia e não apresentou nos autos nenhuma prova que possibilitasse a mudança do curso do processo. Neste escopo, cumpre fazer menção ao princípio jurídico *quod non est in actis non est in mundo*, ou seja, o que não está nos autos não está no mundo jurídico.

2.3. DA PARCIAL PROCEDÊNCIA

Após a caracterização do Instituto tributário exposto acima, impende salientar a existência de omissão de vendas. Constatou-se por meio do julgamento monocrático que algumas incorporações foram realizadas pelo agente erroneamente. Razão pela qual, em busca da verdade material, a própria julgadora excluiu do montante as mercadorias referentes a devolução de compras e venda de mercadorias de terceiros.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Desta feita, conclui-se que merece reforma o quantum previsto na peça inaugural, uma vez que restou sobejada nova base de cálculo julgamento realizado no montante de R\$ 284.436,45.

Frente à argumentação fática e jurídica exposta acima, observa-se que a conclusão mais consentânea com a justiça fiscal consiste na ratificação da decisão proferida em primeira instância para que prepondere a decisão de parcial procedência da ação fiscal, tendo em vista a existência de omissão de receitas, mediante documentação declarada pelo próprio autuante, concomitantemente com a administradora dos cartões de crédito/débito e a alteração da base de cálculo.

3. DO VOTO

Ex positis, voto pelo conhecimento dos Recursos Voluntário e Oficial, para negar-lhes provimento, para após afastadas as nulidades, manter a decisão proferida pela 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, com base o parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	R\$ 284.436,45
ICMS (17%)	R\$ 48.354,19
Multa (30%)	R\$ 85.330,93
TOTAL	R\$ 133.685,12

É o voto.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

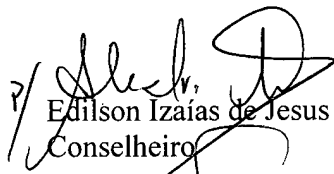
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

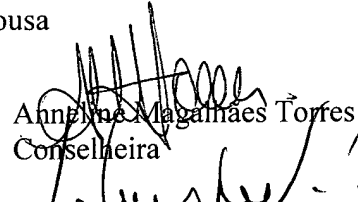
DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são recorrentes **CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA e IRMÃOS OLIVEIRA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA** em face de **AMBOS**. A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer de ambos os recursos, negar-lhes provimento, para afastar as preliminares: 1. Nulidade por falta de motivação suficiente para convalidação do auto de infração, pois este não especifica os incisos dos artigos infringidos; 2. Extinção por impossibilidade jurídica do auto de infração haja vista a inexistência de fundamentação legal atinente à espécie; 3. Nulidade por não verificação dos dados das notas fiscais havendo assim requisito essencial à validade dos atos; 4. Realização de perícia com revisão nos documentos fiscais e contábeis. Preliminares afastadas com base no parecer da Consultoria Tributária. No mérito, por unanimidade de votos, confirmar a decisão **PARCIALMENTE CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

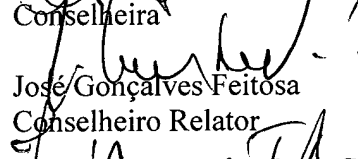
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 26 de 02 de 2014.

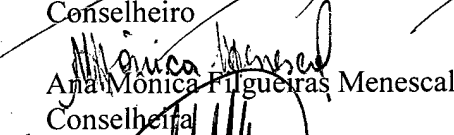
Francisca Marta de Sousa
Presidente

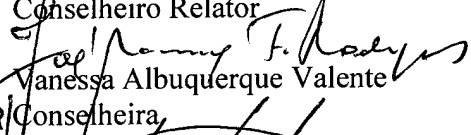

Edilson Izaías de Jesus Júnior
Conselheiro


Annelme Magalhães Torres
Conselheira


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro


José Gonçalves Feitosa
Conselheiro Relator


Ana Mônica Figueiras Menescal
Conselheira


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro


Matheus Viana Neto
Procurador do Estado