



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO nº 224 /2011

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO EXTRAORDINÁRIA nº 30 de 23/05/2011

PROCESSO DE RECURSO nº 1/2346/2002

AUTO DE INFRAÇÃO nº 1/200206237

RECORRENTE: Célula de Julg. de 1ª Instância E UNILEVER BRASIL LTA

RECORRIDO: AMBOS

Cons. Relator: José Rômulo da Silva

EMENTA: ICMS - AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTO FISCAL - SLE. Jurisdição contenciosa administrativa não tem competência para o exame dos índices de correção do crédito que é de natureza indenizatória ou compensatória. Eventual omissão de dispositivos que identificam a capitulação jurídica do fato tributário. Relato claro e preciso. Cobrança em duplicidade. Impossibilidade. Mercadorias sujeitas ao regime de substituição. Tratamento jurídico-tributário específico. Ilícito continuado. Impossibilidade. Consumação depende da prática de um outro ilícito. Situação material que identifica o descumprimento do dever fiscal está perfeitamente configurada no relatório do levantamento quantitativo ou unitário das mercadorias feito pela primeira perícia. Identificação e as quantidades das mercadorias sobre as quais recai a imputação. Com exceção das operações "em trânsito", é de ser considerada toda e qualquer operação havida. O levantamento quantitativo visa a regularidade das operações, dentro do que prevê a legislação do ICMS. Multa confiscatória.

Impossibilidade de exame. Matéria constitucional. Exame pericial não realizado na sua plenitude. Culpa da recorrente. Presunção de legitimidade ou veracidade do ato administrativo. Ausência de prejuízo ou boa-fé. As infrações fiscais são consideradas objetivamente, ou seja, como fatos concretos independentemente de suas causas intelectuais ou efeitos materiais. Auto de infração PARCIAL PROCEDENTE com base no resultado do lado pericial. Decisão por unanimidade de votos.

Trata-se de Recurso Voluntário e remessa de ofício da decisão de Primeira Instância de PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto de infração por aquisição de emissão de documento fiscal, constatada através de levantamento unitário de mercadorias (SLE), cujos quadros totalizadores seguem anexos, no exercício de janeiro a agosto de 2.001, no montante de R\$ 8.186.408,15 (oito milhões cento e oitenta e seis mil quatrocentos e oito reais e quinze centavos).

Face o ocorrido foi aplicada a penalidade do art. 878, III, "a" do Dec. 24.569/97.

Multa lançada: R\$ 463.023,28.

Quando o processo esteve para julgamento na Primeira Instância de julgamento a nobre Julgadora singular, antes proferir sua decisão, converteu o seu curso em perícia para examinar aspectos levantados na impugnação que, em síntese, diziam respeito a mercadorias estocadas em poder de terceiros, mercadorias em trânsito e transferências de mercadorias havidas no período. Outrossim, que o exame pericial considerasse o período como um todo, e não mensalmente como fizera o agente fiscal no seu levantamento.

Sobrevindo o laudo, este foi conclusivo, atestando ali o Perito que o exame foi acompanhado do assistente técnico da empresa, Sr. Luiz Nilton Cavalcante, e que após novo levantamento, foram excluídos os estoques em trânsito, mas considerados todos os estoques de mercadorias em poder de terceiros e as operações de transferências de mercadorias. Ao final, restou omissão remanescente de estradas de mercadorias no montante de R\$ 1.044.867,35 (um mil milhão e quarenta e quatro mil oitocentos e sessenta e sete reais e trinta e cinco centavos).

Fez constar o Perito que o novo levantamento fora realizado englobando as operações de janeiro a agosto de 2.001, e não mês a mês, como fizera o agente fiscal.

A decisão monocrática encontra-se assim ementada:

EMENTA. OMISSÃO DE COMPRAS. AUTO PARCIAL PROCEDENTE. Empresa adquiriu mercadoria sem documento fiscal, porém, será necessário rever a base de cálculo e a multa para adaptá-las ao valor constante no laudo pericial e a nova redação da Lei nº 13.418/03. Decisão com base nos artigos 139, todos do Decreto nº 24.569/97, com penalidade prevista no art. 126 da Lei nº 13.418/2003 c/c 106, II, "c" do CTN. Defesa tempestiva. Houve recurso de ofício.

Nas razões do recurso a recorrente alegou o que sintetizou a Consultoria Tributária:

Inaplicabilidade da taxa SELIC; falta de objetividade na capitulação legal do auto de infração; que o trabalho fiscal foi baseado em indícios, partindo de presunções e conclusões arbitrárias; que houve cobrança em duplicidade com o auto de infração nº 2002.06227-8; outrossim, houve falta de identificação das mercadorias que supostamente estão sem documentação fiscal, se expressando de maneira genérica e evasiva; alegou a inconstitucionalidade decorrente do evidente caráter confiscatório das multas instituídas pela lei. Por outro lado, preiteou a exclusão da multa punitiva ante a boa-fé da recorrente; alegou ainda que atuante não levou em consideração o livro registro de inventário e dos itens do inventário em transito, mercadorias em poder terceiros; por fim, pediu a realização de nova perícia.

Anexas ao recurso a recorrente traz cópias dos documentos fiscais e planilhas que entende corroborar com seus argumentos, e que foram posteriormente acrescidas de outras às fls. 2.484/2.545. Mais planilhas foram anexadas às fls. 2.565/2.590, oportunidade em que nomeou o Sr. José Ubiratan Ferreira de Queiroz como assistente técnico para o acompanhamento de eventual exame pericial.

Ao dar seus parecer a Consultoria Tributária opina pela parcial procedência do auto de infração nos termos da decisão singular, que foi seguida pelo representante da DOUTA Procuradoria Geral do Estado.

Subindo os autos para julgamento a egrégia Primeira Câmara resolveu esta, atendendo inclusive requerimento feito pela representante da empresa, converter o curso do processo em realização de perícia. Na ocasião a empresa, através da representante, se comprometeu elaborar os quesitos.

Feito o novo exame pericial, o Perito fez constar no laudo que a recorrente apresentou seus quesitos reprisando aspectos já levantados quando da primeira perícia, relativamente a mercadorias estocadas em poder de terceiros, mercadorias em trânsito e transferências de mercadorias havidas no período. Fez constar, outrossim, que foi gerado novo quadro totalizador somente com as mercadorias que apresentavam omissão que entregue a recorrente.

Por fim, constou o Perito que a recorrente apresentou quadro totalizador dando conta de mercadoria em poder de terceiros, mas que não apresentou os respectivos documentos fiscais. De resto, concluiu o Perito que a real omissão das vendas se resume àquele montante já demonstrado quando do primeiro exame pericial (R\$ 1.044.867,35).

É o relatório.

VOTO.

Cuida o auto de infração de lançamento do ICMS por realizar o contribuinte aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária *para frente*. O descumprimento dos dever fiscal foi demonstrado mediante o levantamento quantitativo dos estoques e das entradas e saídas de mercadorias durante o exercício de 2001 (SLE). Os resultados conclusivos dos dois laudos periciais não permitem divergir da decisão proferida em Primeira Instância.

Antes, porém, convém justificar que o contencioso administrativo tributário não é sede para a discussão de aplicação ou não de índices econômicos de reajuste ou atualização do crédito tributário estadual. Foge à sua competência, haja vista que a jurisdição contenciosa

desta egrégia corte administrativa se limita ao exame da aplicação de penalidades por infração à legislação tributária estadual (art. 2º da Lei nº 12.732/97), que não é o caso dos índices de correção do crédito que é de natureza indenizatória ou compensatória.

Quanto ao eventual erro ou omissão da capitulação legal afirmada pela recorrente, entendo inexistir visto que o art. 139 do RICMS, apontado como infringido pelo agente fiscal, de fato, rege a obrigação conexa à penalidade do art. 123, III, "a" da Lei nº 12.670/96. Por outro lado, mesmo a eventual omissão de dispositivos que identificam a capitulação jurídica do fato tributário não dá ensejo à nulidade do auto de infração, uma vez que o Dec. 25.468/99, que regulamenta o processo administrativo tributário cearense, prescreve que na ausência da indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva pena pecuniária não será decretada a nulidade do auto de infração, desde que o relato seja claro e preciso (art. 33, *caput*, inciso XIV e § 2º). E por hipótese alguma, o relato deixou de cumprir aqui o seu mister quando de forma clara e objetiva denuncia a aquisição de mercadorias sem documento fiscal.

Nessa razão, o auto de infração, assemelhado ao pedido inicial, deve conter primordialmente o *fundamento jurídico* que, a juízo do agente do fisco, deu causa à infração (e ao lançamento no imposto, quando for o caso), e não necessariamente a *fundamentação legal* desta, hipótese em que o julgador administrativo na fase de reexame e do controle do lançamento formulará o enquadramento, extraindo as conseqüências legais da hipótese apresentada. A par de que a capitulação jurídica não é elemento intrínseco ao lançamento, como deixa antever o art. 142, *caput*, do CTN, ao não constar dentre aqueles ali especificados.

Por sua vez, como ficou dito na decisão de instância singular, não houve duplicidade de cobrança de crédito pelo uma mesma infração, mormente que o presente auto de infração cuida de aquisição de mercadorias sem documentos fiscais, mas especificamente de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para frente, ou seja, submetidas ao tratamento jurídico-tributário específico que permite, ou mesmo exige, que sejam tratadas em apartado das mercadorias sujeitas ao regime normal de recolhimento, que é de que cuida o outro auto por idêntica infração.

Sm
D

Entendo sem fundamento as alegações da recorrente de que todos os ilícitos apontados nos autos de infração lavrados se sujeitam a uma única penalidade em face do caráter continuado. Caracteriza o ilícito continuado, entre outras circunstâncias, aquele cuja consumação depende da prática de um outro ilícito. No entanto, tratando-se de *falta de emissão e aquisição de mercadorias sem documentos fiscais*, estes constituem isoladamente infrações à legislação do ICMS. A consumação de um não depende da prática da outro o que impede a ilação de continuidade. Logo, que se exige a aplicação cumulativa das penalidades cominadas em cada caso.

Passadas estas considerações, urge que se diga que a situação material que identifica o descumprimento do dever fiscal está perfeitamente configurada no relatório do levantamento quantitativo ou unitário das mercadorias feito pela primeira perícia. O levantamento pericial considerou o período da infração como um todo, e não o período mensal, questionado pela recorrente. Foram envolvidos ali os estoques iniciais e finais e as operações de entradas e saídas do período. Entre seus elementos informativos encontram-se a identificação e as quantidades das mercadorias sobre as quais recai a imputação, elementos que põem por terra qualquer alegação de inexistência de prova, de motivação genérica ou de presunções arbitrárias, para efeito da lavratura do auto de infração.

Diga-se, outrossim, que, de fato, é descabida a inclusão das mercadorias "em trânsito", mas prontamente regularizada quando do exame pericial. No entanto, qualquer outra operação havida (compra, venda, devolução, retorno, transferência, etc) não inviabiliza ou prejudica o referido levantamento, pois este não visa o resultado econômico ou financeiro da empresa, mas a regularidade das operações, dentro do que prevê a legislação do ICMS. Destarte, com exceção das operações "em trânsito", é de ser considerada toda e qualquer operação havida, pois se houve um retorno é porque houve uma saída, o mesmo acontece na devolução, na transferência, etc; ou seja, uma operação cancela ou anula a outra.

Com efeito, restou violado o disposto do art. 139 do RICMS, que estabelece que sempre que for obrigatória a emissão de documento fiscal, o destinatário da mercadoria ou bem e o usuário do serviço são obrigados a exigir tal documento daquele que deva emitilo, contendo todos os requisitos legais.

Handwritten signature or initials.

Em que pese as alegações da recorrente relativamente ao carácter confiscatório, 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 nº 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.

É relevante constar que o último exame pericial não foi realizado na sua plenitude por culpa exclusiva da recorrente, contrariando inclusive o disposto do art. 34, *caput*, da Lei nº 12.732/1997, que prescreve que todos devem colaborar com Contencioso Administrativo Tributário para o descobrimento da verdade. Fato que 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).

Por fim, não comporta o vertente caso os argumentos de ausência de prejuízo ou boa-fé que visem a infirmar a infração ou a responsabilidade da recorrente, pois as infrações fiscais são consideradas objetivamente, ou seja, como fatos concretos independentemente de suas causas intelectuais ou efeitos materiais, conforme consta da Exposição de Motivo do próprio CTN (Trabalhos da Comissão Especial do CTN - Rio de Janeiro, 1954).

Tais as razões expedidas, voto para que se conheça de ambos os recursos, negando-lhes provimento, para confirmar a decisão de PARCIAL PROCEDÊNCIA proferida em Primeira Instância por violação ao art. 139 do RICMS, com aplicação da penalidade prevista no art. 126 da Lei nº 12670/96, com redação dada pela Lei 13.418/2.003.

100

Segue o demonstrativo do crédito.

Nova base de cálculo: R\$ 1.044.867,35.

Multa:	R\$	104.486,74.
Total.....	R\$	104.486,74.

É como eu voto.

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos em que é recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA e UNILEVER BRASIL LTDA; recorrente 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 após afastar as preliminares de nulidades argüidas pela recorrente em grau de recurso, confirmar a decisão PARCIALMENTE CONDENATÓRIA proferida pela 1ª Instância, com base no resultado do primeiro laudo pericial constante dos autos, ratificado pelo segundo pericial, nos termos do voto do Conselheiro relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

Handwritten mark

Sala das Sessões da Primeira Câmara do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, em 08 de junho de 2.011.

Handwritten signature
Abílio Francisco de Lima
Conselheiro

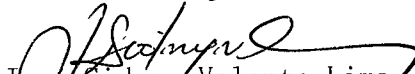
Handwritten signature
P/ Alfredo Rogério Gomes de Brito
Presidente

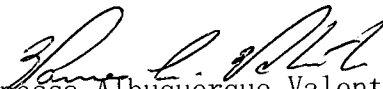
Handwritten signature
Janine Gonçalves Feitosa
Conselheira

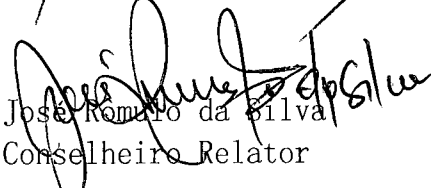
Handwritten signature
P/ Eliane Rosalinda F. de Sá
Conselheira

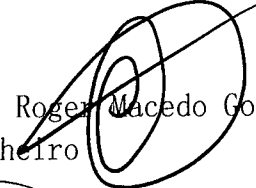
Camila Borges Duarte
Conselheira

Processo nº 1/2346/2002
Auto de Infração nº 1/200206237
Cons. Relator: José Rômulo da Silva.


José Sidney Valente Lima
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheiro


José Rômulo da Silva
Conselheiro Relator


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Matheus Viana Neto
Procurador do Estado