



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRT

RESOLUÇÃO: Nº 372 / 2013

59ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 15/03/2013

PROCESSO: Nº 1/4245/2007 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2007.05871

RECORRENTE: JOSÉ WALTER FELIX FERNANDES EPP

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: MARIA EUNICE DE Q. FERNANDES

CONSELHEIRO RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: ICMS - OMISSÃO DE RECEITA -

Ilícito detectado através do levantamento financeiro/fiscal/contábil, exercício 2005. Auto de Infração Julgado **Parcial Procedente**, ante a redução do crédito tributário com aplicação de valor mais benéfico ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN. Decisão amparada nos arts. 92, §8º, IV, da Lei nº 12.670/96, combinado com art. 169 e 174 do Decreto nº 24.569/97, e penalidade prevista no art. 123, III, "b" da Lei nº 12.670/96. Recurso Voluntário conhecido e provido em parte. Decisão por unanimidade de votos.

RELATO

Versam os autos sobre a omissão de receitas identificada através do levantamento financeiro/fiscal junto a empresa JOSÉ WALTER FELIX FERNANDES EPP, no período de 2005, no montante de R\$ 195.909,74.

A infração foi apurada através da Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa - DESC, conforme planilhas as fls. 21 dos autos.

Após indicar os dispositivos legais infringidos, o Agente Fiscal assinala como penalidade no art. 123, inciso III, alínea “b”, da Lei nº 12.670/96, modificada pela Lei nº 13.418/03.

O Auto de Infração foi instruído com os seguintes documentos descritos nas informações complementares ao auto de infração as fls.03:

Tempestivamente a empresa contesta o auto de infração, fls.63 a 66 dos autos.

Na Primeira Instância o Auto de Infração foi julgado NULO, em razão da ordem de serviço de reinício de fiscalização ter sido autorizada pelo Supervisor da Célula de Auditoria, quando na verdade deveria ter sido autorizada por um dos Coordenadores da Catri, conforme determina art. 1º, § 2º da Instrução Normativa 06/2006.

A Consultoria Tributária às fls. 106, sugere o conhecimento do recurso oficial, nega-lhe provimento para manter a decisão de nulidade do lançamento fiscal.

Por ocasião da 002ª Sessão Extraordinária, realizada dia 15 de fevereiro de 2012, os membros da 1ª Câmara de Julgamento do CRT decidiram por unanimidade de votos, conhecer do recurso oficial, afastar a preliminar de nulidade proferida na Instância Singular, determinar o RETORNO DOS AUTOS A INSTÂNCIA MONOCRÁTICA, para novo julgamento, tendo em vista não ter ocorrido inobservância ao art. 1º, § 2º da Instrução Normativa 06/2006, considerando que no período fiscalizado a empresa não estava sujeita ao regime normal de recolhimento.

Na peça impugnatória apresentada pela defesa as fls. 63 a 66, a empresa refuta acusação fiscal utilizando os seguintes argumentos:

- a) Requer preliminarmente a nulidade do auto de infração considerando que foi prejudicada quando o agente do Fisco não concedeu a espontaneidade prevista na legislação;
- b) Contesta a cobrança do ICMS através de Termo de Intimação nº 2007.11873, por entender não ser instrumento apropriado para este tipo de cobrança;
- c) Alega ainda que o agente do Fisco não realizou contagem de estoque, ficando sem saber se as mercadorias saíram toda ou só uma parte;

d) Argumenta que foi solicitado o Livro Caixa da empresa, porém foi dito que não tinha o referido livro, e então recebeu uma planilha de fiscalização demonstrando o resultado do levantamento - DESC, onde no bloco de recebimento não constavam nenhum dos valores referentes aos saldos inicial e final das contas fornecedor, cliente e caixa/banco, uma vez que se trata de levantamento financeiro.

e) Solicita o reconhecimento da ocorrência de Erro de Direito, baseado em instrumento arbitrário pelo agente do Fisco, devendo ser declarada nula a ação fiscal, como também a realização de perícia;

O julgador Singular após afastar as preliminares de nulidades suscitadas pela defesa, no mérito confirma a acusação fiscal sob entendimento de que a empresa não apresentou nenhuma prova capaz de refutar a acusação fiscal e julga o auto de infração Procedência.

Insatisfeita com a decisão condenatória proferida primeira instância a empresa interpõe recurso voluntario alegando o seguinte:

1 - Que a empresa só passou por essa fiscalização por que solicitou alteração de regime de recolhimento de microempresa para empresa de pequeno porte. Que este tipo de fiscalização deve ser pautada pelo princípio da espontaneidade garantida pelo art. 19, item 9, letra b da Instrução Normativa 33/93;

2 - Que o entendimento do fiscal é de que o Termo de Intimação, fls. 07, concedendo prazo de 10 dias para que o contribuinte apresentasse comprovante de pagamento do ICMS das diferenças, teria atendido o princípio da espontaneidade, sendo tal entendimento equivocado, ferindo o princípio do devido processo legal, bem como da ampla defesa e do contraditório;

3 - Que toda documentação solicitada através do Termo de Intimação foi entregue a fiscalização, bem como todas as notas fiscais em poder da recorrente, deveriam serem lançadas por ocasião do processo de alteração de regime com disposto na IN 33/93, mas que não aconteceu. A espontaneidade não foi acatada, pois a recorrente já foi intimada a pagar a diferença de ICMS de 2005;

4 - Que para composição do debito foi utilizado alíquota de 17%, porem como a empresa estava enquadrada no regime de microempresa, as alíquotas dispostas para esse regime seriam de 2% ou 3%;

5 – Alega que as planilhas do levantamento fiscal apresentam dois resultados distintos, o primeiro na folha DRM – Demonstração de Resultado da conta Mercadoria, e o segundo na folha DESC – Demonstrativo de Entradas e Saídas de Caixa. Os dois resultados trazem valores diferentes, uma traz um valor menor (DRM) e o outro traz um valor maior (DESC).

6 – Reclama do procedimento do agente fiscal de optar pelo valor maior, ou seja, da DESC, entendendo que houve total desobediência ao Código Tributário Nacional, que versa sobre aplicação de mais benéfica ao infrator.

7 – Por fim requer que seja o auto de infração declarado nulo ou julgado improcedente.

A Consultoria Tributária por sua vez entende pela manutenção da acusação fiscal, vez que o contribuinte não apresentou nenhum argumento capaz de refutar a acusação fiscal. Observa no entanto, que o auto de infração fora instruído com duas planilhas de levantamento fiscal, a DRM e a DESC. Como o agente fiscal deu conhecimento ao contribuinte de dois levantamentos fiscais que comprovam a omissão de receita, deve prevalecer o menor valor, no caso a DRM, já que a diferença maior contemplaria confirmaria a menor, mas o inverso não.

Assim, a consultoria sugere a Parcial Procedência do lançamento com base na DRM, valor menor em obediência ao que dispõe ao art. 112 do CTN que recomenda a utilização de penalidade mais benéfica quando houver dúvida quanto a natureza da penalidade aplicável ou a sua graduação.

O representante da Procuradoria Geral do Estado através do despacho as fls. 169 dos autos, confirma o parecer da consultoria nos termos propostos.

É relatório.

VOTO DO RELATOR

O Auto de Infração em tela acusa a empresa JOSÉ WALTER FELIX FERNANDES EPP de omissão de receita no montante de R\$ 195.909,74 (Cento e noventa e cinco mil novecentos e nove reais e setenta e quatro centavos), referente ao exercício de 2005, constatada através do levantamento financeiro/contábil/fiscal.

No recurso voluntário interposto contra a decisão singular a autuada argumenta que ação fiscal foi desenvolvida a partir do pedido de alteração de regime de recolhimento de microempresa para EPP. Que nesse tipo de fiscalização deve ser aplicado o princípio da espontaneidade garantida pelo art. 19, item 9, letra b da Instrução Normativa 33/93.

Que o prazo de 10 dias concedido pelo Termo de Intimação não atende ao princípio da espontaneidade devido ao contribuinte.

Alega que na composição do débito foi utilizado alíquota de 17%, porém como a empresa estava enquadrada no regime de microempresa, as alíquotas dispostas para esse regime seriam de 2% ou 3%.

Observa que o auto de infração foi instruído com duas planilhas de levantamento fiscal, a DRM e a DESC, onde o agente fiscal utilizou como base de cálculo a planilha da DESC, sendo esta de maior valor de omissão de receita.

Ao final requer que o auto de infração seja julgado nulo e, caso, essa possibilidade não seja aceita, que o auto seja declarado improcedente.

Inicialmente deve-se refutar a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, vez que foi oportunizado ao contribuinte o recolhimento espontâneo do tributo. Constam as fls. 07 dos autos, Termo de Intimação nº 2007.11873 dando prazo de 10 dias para que o contribuinte apresentasse de forma espontânea os comprovantes de pagamento das diferenças de ICMS do exercício de 2005. Como não foi efetuado nenhum recolhimento dentro do prazo não restou outra alternativa ao agente do Fisco se não lançar o crédito tributário através do auto de infração.

Quanto aplicação da alíquota de 17% e não as de 2% e 3%, já que segundo a recorrente, estaria enquadrada no regime de microempresa, convém observar que a redução de alíquota somente é aplicada nas operações que estiverem regularmente acobertadas por notas fiscais, conforme dispõe o art. 899 do RICMS, e no presente caso isso não foi verificado.

Art. 899. Os benefícios fiscais previstos neste Decreto, sem prejuízo das condições específicas, somente serão efetivados se as operações e prestações estiverem acobertadas da documentação fiscal pertinente.

Quanto ao mérito duvidas não existem quanto a ocorrência do ilícito fiscal. A Demonstração de Entradas e Saídas de Caixa – DESC, elaborada pelo agente do Fisco demonstra que ocorreu déficit financeiro nas operações mercantis realizadas pelo contribuinte no exercício de 2005 no montante de R\$ 195.909,74, fls. 77 dos autos.

Ocorre porem, como bem ressaltou a recorrente em seu recurso, existe nos autos outro levantamento realizado pelo agente do Fisco, no caso, a Demonstração de Resultado da Conta Mercadoria – DRM, fls. 76, elaborado pelo agente fiscal na mesma ação fiscal com valor bem inferior ao lançado pelo fiscal autuante.

Como foi dado ao contribuinte a existência de dois levantamentos fiscais validos para comprovar a omissão de receitas, com valores distintos, deve prevalecer para efeito de calculo para cobrança do ICMS aquele que apresente o menor resultado, no caso, a DRM que indica uma omissão de receita o montante de R\$ 51.908,20 (Cinquenta e um mil novecentos e oito reais e vinte centavos).

Como diferença maior confirmaria a menor, mas o inverso não seria verdadeiro e em atenção ao disposto no art. 112, IV do CTN, deve-se aplicar ao presente caso, penalidade mais benéfica ao contribuinte.

*Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:
IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.*

Ante ao exposto, VOTO pelo conhecimento do recurso voluntario, dando-lhe parcial provimento, para modificar a decisão singular e julgar Parcial Procedente a presente ação fiscal, nos termos do parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

DEMONSTRAÇÃO DO CRÉDITO DO ICMS

| | |
|------------------|----------------------|
| Base de Cálculo: | R\$ 51.908,20 |
| ICMS | R\$ 8.824,39 |
| Multa | R\$ 15.572,46 |
| Total | R\$ 24.396,85 |

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **JOSÉ WALTER FELIX FERNANDES EPP** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, resolvem:

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer por unanimidade de votos do recurso voluntário, Resolve: 1. Com relação a preliminar de nulidade arguida por falta da concessão de prazo no termo de intimação para espontaneamente pagar imposto, como alude o art. 19, item IX, b da IN 33-93, vez que a empresa ingressou com pedido de alteração de regime. Afastada por unanimidade de votos, pois no caso de que se trata o procedimento de fiscalização iniciou-se com termo de início de fiscalização, mas o fiscal emitiu termo de intimação ofertando inclusive espontaneidade para pagamento. 2. No mérito, também por unanimidade de votos, resolve dar provimento em parte, ao recurso interposto, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e julgar **parcial procedente** a ação fiscal, nos termos do voto do Conselheiro Relator, em consonância com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 12 de 06 de 2.013.

Francisca Marta de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro Relator

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

Francisco Ivanildo Almeida França
Conselheiro

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado

Annelise Magalhães Torres
Conselheira

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

Pedro Eleutério de Albuquerque
Conselheiro