



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 430 / 2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 18/04/2013 - 029ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/550/2009

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200817733

AUTUANTE: HORÁCIO ALBER DOS MEDEIROS BESSA – MAT.: 005.078-1-4

RECORRENTES: LEVI ASSISTÊNCIA TÉCNICA AUTORIZADA E REPRESENTAÇÕES LTDA E CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

RECORRIDOS: AMBOS.

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE.

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDAS – PERÍCIA – REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - PARCIAL PROCEDÊNCIA. O Agente do Fisco utilizou como técnica de fiscalização o Sistema de Levantamento de Estoques (SLE). Mediante a realização de Perícias, considerando os ajustes informados pela Empresa Autuada, fora elaborado novo Relatório Totalizador, apurando uma base de cálculo inferior à indicada pelo Agente Fiscal, ensejando a redução do crédito tributário lançado. Infringência aos arts. 169, inciso I e 174, inciso I ambos do Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista no art. 123, III, "b", da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03. Recursos Voluntário e Oficial conhecidos e não providos. Decisão, por unanimidade de votos, pela manutenção da decisão **PARCIAL CONDENATÓRIA** proferida em 1ª instância, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

A peça Inicial do presente processo acusa a empresa **LEVI ASSISTÊNCIA TÉCNICA AUTORIZADA E REPRESENTAÇÕES LTDA** de "*Falta de Emissão de Documento Fiscal, em Operação acobertada por Nota Fiscal Modelo 1 ou 1ª e/ou Série "D" e Cupom Fiscal*". Aduz, o Agente do Fisco, que "*A Empresa no exercício de 2006 efetuou vendas de mercadorias sem a emissão de documento fiscal, no montante de R\$ 645.618,11, identificada através do Sistema de Levantamento de Estoque*".

Indica como dispositivos legais infringidos os arts. 127, 169, 174 e 177 todos do Decreto nº 24.569/1997. Como penalidade sugere o art. 123, III, "b", da Lei nº 12.670/1996, modificado pela Lei nº 13.418/2003.

O processo administrativo tributário encontra-se instruído com os seguintes documentos: Informações Complementares, Ordem de Serviço de nº 2008.24014, Termo de Início de Fiscalização nº 2008.21081, Termo de Intimação nº 2008.22119, AR referente ao envio do Termo de Intimação nº 2008.22119 e Instrução Normativa nº 14/2005, Ordem de Serviço nº 2008.32699, Termo de Início de Fiscalização nº 2008.27435, AR referente ao envio do Termo de Início de Fiscalização nº 2008.27435 e Ordem de Serviço nº 2008.32699, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2008.33268, Termo de Entrega de Arquivo Magnético, Relatório de Omissões de Vendas de 2006, Termo de Disponibilização de Livros e Documentos, AR referente ao envio do auto de infração e documentos diversos, todos acostados ao presente processo às fls. 03/19.

Devidamente cientificada, a Empresa Autuada, apresenta sua Impugnação, às fls. 25/1903, acostando aos autos farta documentação (notas fiscais de saídas, autorização de faturamento de serviços e peças, etc.), arguindo, em síntese: (I) – Nulidade Absoluta da ação fiscal, por incompetência da autoridade para a realização da diligência de fiscalização, tendo em vista impedimento do Supervisor de Auditoria Fiscal, que não poderia designar a si próprio para efetuar os trabalhos de supervisão, sob pena de ferir o princípio da hierarquia, e nem muito menos assinar a Ordem de Serviço no lugar do Orientador de Célula que a expediu; II – Que o arquivo magnético utilizado no levantamento fiscal, não foi o arquivo apresentado pela empresa; que apresentou os arquivos magnéticos no formato SISIF, os quais foram convertidos pelo Fiscal para o formato DIF, procedimento do qual resultaram graves erros nos arquivos magnéticos; que o Fiscal adotou um custo médio diferente do valor apresentado pela empresa, gerando, por conseguinte, fato gerador e base de cálculo totalmente equivocados para a apuração do ICMS; III – Erro no inventário utilizado pelo Fiscal, pois o inventário contido no CD-ROM não pertence à Autuada, na medida em que os produtos nele citados não dizem respeito aos bens comercializados por esta.

Segundo Laudo Pericial e documentos anexos (Termo de Entrega de Laudo Pericial, Termo de Entrega de CD, Cópias das notas fiscais lançadas pela perícia, Cópias das notas fiscais de remessa/retorno que estão fora do levantamento fiscal, Planilhas de notas fiscais de entradas e saídas, Inventário 2006, Totalizador – Omissão de Saídas, Termo de Compromisso da assistente técnica, Termo de Intimação de Perícias e Diligências e Consulta de Contribuinte), às fls. 2348/2521, concluindo que foram realizadas incorporações de produtos, lançamentos de notas fiscais ausentes no levantamento fiscal, exclusão de produtos não comercializados pelo Contribuinte, resultando numa “*Omissão de Saídas*” no valor de R\$ 124.594,86 (cento e vinte e quatro mil quinhentos e noventa e quatro reais e oitenta e seis centavos).

O Julgamento de 1ª instância, às fls. 2563/2567, decidiu pela parcial procedência do Auto de Infração, em razão da segunda perícia realizada ter confirmado a infração “*Omissão de Saídas*”, apurando uma base de cálculo no valor de R\$ 124.594,86 (cento e vinte e quatro mil quinhentos e noventa e quatro reais e oitenta e seis centavos), inferior a indicada pelo Agente Fiscal. Recurso de Ofício, face a decisão contrária em parte aos interesses do Estado.

Ciente do inteiro teor da decisão de 1ª Instância, a Autuada interpôs Recurso Voluntário, às fls. 2539/2569, no qual ratificou os argumentos expendidos em sua peça impugnatória, arguindo, ainda, a necessidade da realização de alguns ajustes, tais como: I – A Nota Fiscal nº 343835 emitida em janeiro de 2007, fora considerada no ano de 2006; II – Produtos de consumo próprio interno (ferramentas) devem ser desconsiderados do totalizador; III – Nota Fiscal nº 00097 foi emitida como integração ao ativo permanente; IV – Relação de notas fiscais de saídas não consideradas no arquivo utilizado pelo perito; V – Divergência no Relatório do Inventário; VI – Processo de Atualização de Produtos (*Up-grade*) com troca de código do produto. Ao final requereu que caso não sejam acatadas as supramencionadas argumentações, que seja acatada a primeira perícia (mais benéfica), por ambas terem obtidos valores diferentes de base de cálculo, nos termos do art. 112 do Código Tributário Nacional.

A Consultoria Tributária, mediante o Parecer de n.º 764/2012, às fls. 2573/2575, sugeriu o conhecimento dos Recursos Voluntário e Oficial, negar-lhes provimento, a fim de confirmar a decisão parcialmente condenatória de primeira instância, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado que adotou o mesmo às fls. 2576.

É o Relatório.

VOTO DA RELATORA

Conforme relatado, o processo, em apreço, diz respeito à Omissão de Saídas de Mercadorias sujeitas ao Regime de Tributação Normal, no valor de R\$ 645.618,11 (seiscentos e quarenta e cinco mil seiscentos e dezoito reais e onze centavos), referente ao exercício de 2006.

O Agente do Fisco para detectar a saída de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, utilizou como técnica de fiscalização o Sistema de Levantamento de Estoque (SLE), o qual comprovou diferenças nas entradas de mercadorias comparadas com suas saídas, levando-se em consideração o estoque inicial e final do período fiscalizado.

Em sua peça recursal, arguí, a Autuada, a nulidade absoluta da ação fiscal, por incompetência da autoridade para a realização da diligência de fiscalização, tendo em vista o impedimento do Supervisor de Auditoria Fiscal, que não poderia designar a si próprio para efetuar os trabalhos de supervisão, sob pena de ferir o princípio da hierarquia, e nem muito menos assinar a Ordem de Serviço no lugar do Orientador de Célula que a expediu.

Em princípio, no que concerne a nulidade suscitada, a meu ver, esta não deve prosperar.

Da análise das peças processuais que substanciam os autos, verifica-se, que o Auto de Infração, em questão, fora lavrado em consonância com a Legislação Tributária Estadual (arts. 821 e 822 do RICMS).

In casu, cumpre observar, a Ação Fiscal teve como Ato Designatório a Ordem de Serviço nº 2008.32699, expedida pelo Coordenador de Administração Tributária, que tinha competência para tal finalidade. Portanto, esta ação fiscal é fruto de um reinício, não tendo começado a Ordem de Serviço nº 2008.24014, às fls. 05.

No caso *sub examen*, insta consignar, a ação fiscal cumpriu integralmente com o que determina o disposto no art. 821, § 5º do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

Art. 821. A ação fiscal começará com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, do qual constará, necessariamente:

I - o número do ato designatório;

II - o projeto de fiscalização a que se refere;

III - a identificação do contribuinte;

IV - a hora e a data do início do procedimento fiscal;

V - a solicitação dos livros, documentos e arquivos eletrônicos necessários à ação fiscal, seguido do prazo para apresentação destes, nunca inferior a 10 (dez) dias, inclusive nos casos de reinício de ação fiscal;

VI - período a ser fiscalizado.

(omisso)

§ 5º Consideram-se autoridades competentes para designarem servidor fazendário para promover ação fiscal:

I - O Secretário da Fazenda, um dos Coordenadores da Coordenadoria de Administração Tributária - CATRI, os Coordenadores da Coordenadoria Regional de Fortaleza - COREF e Coordenadoria Regional do Interior - COREI, e o Orientador da Célula de Execução e Administração Tributária - CEXAT e o Supervisor de Auditoria Fiscal.

II - o Secretário da Fazenda ou um dos coordenadores da Satri, nas hipóteses dos arts. 819 e 873 deste Decreto.

Conforme se verifica, a Empresa Autuada, argumenta, ainda, outras irregularidades, tais como:

(i) - Que o arquivo magnético utilizado no levantamento fiscal, não foi o arquivo apresentado pela empresa. A empresa apresentou os arquivos magnéticos no formato SISIF, os quais foram convertidos pelo Fiscal para o formato DIEF, procedimento do qual resultaram graves erros nos arquivos magnéticos, além disso, o Fiscal adotou um custo médio diferente do valor apresentado pela empresa, gerando, por conseguinte, fato gerador e base de cálculo totalmente equivocados para a apuração do ICMS;

(ii) - Erro no inventário utilizado pelo Fiscal, pois o inventário contido no CD-ROM não pertence à empresa autuada, na medida em que os produtos nele citados não dizem respeito aos bens comercializados por esta.

(iii) - A Nota Fiscal nº 343835 emitida em janeiro de 2007, fora considerada no ano de 2006;

(iv) - Produtos de consumo próprio interno (ferramentas) devem ser desconsiderados do totalizador;

(v) - Nota Fiscal nº 00097 foi emitida como integração ao ativo permanente;

(vi) - Relação de notas fiscais de saídas não consideradas no arquivo utilizado pelo penito;

(vii) - Divergência no Relatório do Inventário;

(viii) - Processo de Atualização de Produtos (Up-grade) com troca de código do produto.

No presente processo, como se vê, foram realizadas duas Perícias. A primeira ocorreu em 03 de novembro de 2010, que concluiu pela confirmação da "Omissão de Saída", reduzindo a base de cálculo para R\$ 61.105,00 (sessenta e um mil cento e quinze reais).

Inconformada com o resultado do Laudo Pericial, a Empresa, vem aos autos e solicita uma nova perícia, a qual realizou-se em 02 de agosto de 2011, concluindo pela "Omissão de Saída", desta vez, no valor de R\$ 124.594,86 (cento e vinte e quatro mil quinhentos e noventa e quatro reais e oitenta e seis centavos).

Na espécie, há de observar-se, ambas as Perícias tiveram como fundamento os argumentos apontados e defendidos pela Autuada, bem como, fora analisada minuciosamente a farta documentação colacionada aos autos.

In casu, apesar das duas perícias realizadas, a Empresa ainda solicita uma terceira Perícia, apontando algumas irregularidades.

Nesse particular, impende salientar, que as Perícias realizadas foram sob a supervisão da assistente técnica designada pela própria empresa, a Sra. Francisca Angélica da Silva Neta, conforme comprova o Termo de Compromisso, fls. 2227 e 2509. Portanto, não há que se falar em qualquer descrença sobre a veracidade do Laudo Pericial realizado.

No caso concreto, todas as junções, exclusões, combinações e lançamentos foram efetuados pela Perícia, restando caracterizada a venda de mercadoria sem documentação fiscal.

Nesse diapasão, por entender que as falhas apontadas pela Recorrente foram devidamente corrigidas por ocasião da segunda Perícia, não sendo cabível qualquer reparo no trabalho pericial realizado, VOTO pelo indeferimento do novo Pedido de Perícia requerido.

No caso vertente, a "Omissão de Saídas" está plenamente caracterizada, posto que as provas produzidas e constantes dos autos conduzem a esta conclusão. O Totalizador elaborado pela Célula de Perícias, às fls. 2505/2508, atesta com precisão a prática de tal omissão, não havendo dúvidas quanto à infração.

In casu, a Contribuinte, em questão, não observou a norma existente na legislação tributária que regula a exigência da emissão da nota fiscal na operação de venda de mercadoria, conforme disciplinado nos artigos 169, inciso I e 174, inciso I, ambos do Dec. nº 24.569/97. Veja-se, *in verbis*:

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;

Art. 174. *A nota fiscal será emitida:*

I - antes de iniciada a saída de mercadoria ou bem;

No presente processo, diante dos divergentes resultados encontrados na base de cálculo, pela Célula de Perícia Diligências, vez que na primeira Perícia a base de cálculo foi de R\$ 61.105,00 (sessenta e um mil cento e quinze reais), e, na segunda Perícia fora apurado o valor de R\$ 124.594,86 (cento e vinte e quatro mil quinhentos e noventa e quatro reais e oitenta e seis centavos), a Autuada requereu que fosse tomado o menor valor, ou seja, R\$ 61.105,00, nos termos do art. 112 do Código Tributário Nacional.

Nesse ponto, cabe esclarecer, o argumento da Autuada não poderá ser acatado, visto que a majoração da base de cálculo fora ocasionada pelo lançamento de novas notas fiscais de aquisição, que aumentaram consequentemente a venda de mercadorias sem nota fiscal.

In casu, conclui-se que a base de cálculo deverá ser a contida na segunda perícia, ou seja, **R\$ 124.594,86** (cento e vinte e quatro mil quinhentos e noventa e quatro reais e oitenta e seis centavos).

Desta feita, caracterizado o ilícito constante da peça inicial, deverá a Autuada sofrer a sanção prevista no art. 123, III, "a", da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03, abaixo transcrito:

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;

Em face do acima exposto, VOTO, pelo conhecimento dos Recursos Voluntário e Oficial, negar-lhes provimento, no sentido de confirmar a decisão PARCIAL CONDENATÓRIA proferida em 1ª Instância, conforme Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o Voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Base de Cálculo	R\$	124.594,86
Principal (17%)	R\$	21.181,12
Multa (30%)	R\$	37.378,45
TOTAL	R\$	58.559,57

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são Recorrentes, LEVI ASSISTÊNCIA TÉCNICA AUTORIZADA E REPRESENTAÇÕES LTDA E CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA, e Recorridos, AMBOS,

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, após conhecer dos recursos interpostos: 1. Preliminar de nulidade, tendo como base as falhas e equívocos cometidos pelo lançamento – Afastada por unanimidade de votos, pois os equívocos cometidos no lançamento foram corrigidos no trabalho pericial, não tendo o condão de nulificar o lançamento. 2. Com relação ao pedido de nova perícia requerido pela parte, para constatar a inconsistência do levantamento – Afastada por unanimidade de votos, pois as falhas alegadas já foram motivo de apreciação de duas perícias, realizadas inclusive com a participação do assistente técnico. 3. No Mérito, também, por unanimidade de votos, negar provimento aos recursos interpostos, para confirmar a decisão PARCIAL CONDENATÓRIA proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da relatora, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Presentes, para acompanhar o julgamento do presente processo Dr. Weber Busgaib e Sr. Jefferson Rodrigues de Morais.

SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 12. de julho de 2013.

Francisca Maria de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

Anneline Megalhães Torres
Conselheira

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Francisco Ivanildo Almeida de França
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira Relatora

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado