



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº/2002

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE: 23/09/2002.

PROCESSO Nº 1/002988/97

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/0402633

RECORRENTE: MANA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONSELHEIRO RELATOR: FERNANDO CÉZAR CAMINHA AGUIAR XIMENES.

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Relatam a peça inaugural e Informações Complementares que a empresa autuada promoveu a saída de mercadorias que se encontravam estocadas em depósito de terceiros sem a emissão da competente documentação fiscal. Por se tratar de mercadorias sujeitas à substituição tributária, estamos cobrando apenas a multa prevista na legislação pertinente. Auto de Infração PROCEDENTE, confirmando decisão condenatória prolatada na Instância Singular. Decisão amparada nos artigos 101, inc.I, 120, inc. I e 469, inc. II, alínea "c" e § Único, todos do Decreto nº 21.219/91, com penalidade inserida no artigo 767, inciso III, alínea "b", do mesmo diploma legal. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo contribuinte. Recurso Voluntário conhecido e não provido. Decisão por MAIORIA DE VOTOS.

RELATÓRIO:

Relatam a peça inicial e Informações Complementares acostadas à presente acusação fiscal que o contribuinte realizou saída de bebidas (refrigerante, cerveja e água mineral), sujeitas à substituição tributária, desacobertadas da competente documentação fiscal, sendo cobrada da autuada somente a multa, tendo em vista o tributo correspondente já ter sido recolhido, por ocasião do ingresso da referida mercadoria no estabelecimento do contribuinte. A infração ocorreu em março de 1996, sendo atribuídos às mercadorias os preços praticados e vigentes à época.

O autuante indicou a penalidade prevista no artigo 767, inciso III, alínea "b", do Decreto nº 21.219/91.

Instruem a ação fiscal os seguintes documentos que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração em julgamento: Informações Complementares, Ordem de Serviço nº 96.03391 (Projeto Diligência Fiscal), Termos de Início e Conclusão de Fiscalização, solicitações feitas à Coletoria para realizar armazenamento e utilizar depósito de terceiros, relação de preços das bebidas, Fichas de levantamento diário de estoque e cópia do Certificado de Postagem dos Correios.

De forma tempestiva, a empresa acusada na peça basilar, comparece aos autos mediante instrumento impugnatório, alegando, de forma sucinta, que:

1. Deve ser preliminarmente levantada a nulidade da ação fiscal, por extemporaneidade, tendo em vista a contagem de dias para a conclusão dos trabalhos da fiscalização, compreendida entre a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, lavrado em 05/07/96 e a lavratura do Auto de Infração, em 03/09/96, ter extrapolado o prazo legal de 60 (sessenta dias), conforme estabelece o § 1º, do artigo 726 do Decreto nº 21.219/91, além de não ter ocorrido a prorrogação da ação fiscal;
2. No mérito, a autuação é inteiramente ilegal e descabida devido: a operação com as bebidas fiscalizadas encontrar-se sujeitas ao regime de substituição tributária e a própria autuante reconheceu a não incidência do imposto; a multa aplicada é elevada e descabida, somente cabendo sua cobrança em operações em que o imposto é devido; a multa a ser aplicada seria a contida no artigo 767, inciso IX, alínea "c", do Decreto nº 21.219/91, citando decisão da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários em situação semelhante a presente e requerendo, ao final, a improcedência da autuação e anexando cópia da declaração, constando a empresa autuada como distribuidora autorizada na comercialização de coca-cola e cerveja Kaiser.

No julgamento singular, a autuação é julgada Procedente, com base na alínea "b", inciso III, artigo 767, do Decreto nº 21.219/91.

Inconformada com a decisão de 1º Grau, a empresa autuada interpõe Recurso Voluntário argumentando, basicamente, que:

- A nulidade suscitada foi rechaçada pela decisão recorrida, alegando que a regra tributária invocada no julgamento singular, não se aplica ao presente caso;

- Com a lavratura do Termo de Início, estabelecendo hora, minuto, dia, mês e ano, a fiscalização se encontra efetivamente iniciada, a partir daquele momento, não podendo mais o contribuinte comparecer ao Órgão Fazendário para proceder a uma denúncia espontânea, conforme dispõe o artigo 769 do Decreto nº 21.219/91;

- O direito não pode ser interpretado de forma a levar a conclusões absurdas, ilógicas e despropositadas, citando lição do Mestre Carlos Maximiliano;



- Reafirma, demonstrando a contagem de prazo, que o mesmo expirou-se em 02/09/96, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 03/09/96, o prazo legal extrapolado;

- Requer que a nulidade seja acolhida;

- Quanto ao Mérito, questiona que a recorrente obteve autorização da SEFAZ para armazenagem de mercadorias em depósito de terceiros e que pode ter acontecido falhas no controle de emissão das notas fiscais de transferência e de devolução das mercadorias;

- As operações com cerveja, refrigerante e água mineral estão sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo atribuída ao contribuinte substituto a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes, citando o artigo 553 do antigo RICMS;

- A penalidade apontada na inicial, somente se aplica caso o imposto seja devido, tendo a mesma nítido caráter confiscatório;

- Para a presente situação é cabível a sanção prevista no artigo 767, inc. IX, alínea "c", do decreto nº 21.219/91, citando Resolução da 2ª Câmara em situação análoga a presente;

- Caso a preliminar não seja dada provimento, reconheça a improcedência da autuação.

A Consultoria Tributária, através do Parecer nº 524/2002, datado de 11/09/2002, referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado (fls.97), sugere a confirmação da decisão condenatória de procedência do feito fiscal exarada na Instância Administrativa.

Em síntese, é o relatório.

VOTO DO RELATOR:

Exame da Preliminar de Nulidade.

No caso *sub examen* torna-se necessário analisar inicialmente a nulidade suscitada pelo contribuinte recorrente nos seguintes argumentos, utilizados pelo sujeito passivo em Primeira Instância, contestados pela ilustre julgadora monocrática e reproduzidos na peça recursal para reexame em Instância Superior, a saber:



1. A recorrente levanta novamente a preliminar de nulidade, afirmando que a lavratura do Auto de Infração extrapolou o prazo legal previsto. Verifica-se que o Termo de Início de Fiscalização, que repousa às fls. 05 dos autos, foi expedido, de acordo com o *caput* e § 1º, do artigo 726 do Decreto nº 21.219/91, lavrado em 05/07/96, numa sexta-feira, tendo, portanto, a contagem do prazo iniciada somente na segunda-feira, em dia de expediente normal, conforme dispõe o parágrafo único e *caput* do artigo 210 do Código Tributário Nacional-CTN, *in verbis*:

“Art. 210. Os prazos fixados nesta Lei ou na legislação tributária serão contínuos, excluídos na sua contagem o dia de início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo Único. Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que ocorra o processo ou deva ser praticado o ato”

Portanto, a contagem foi iniciada em 08/07/96, segunda-feira, sendo concluída em 05/09/96, perfazendo os 60 (sessenta dias) constantes e exigidos pela legislação pertinente. O Auto de Infração foi lavrado em 03/09/96, dentro do prazo legal, não prosperando as alegativas constantes da peça defensiva.

2. A contagem de prazo para a situação sob análise se enquadra perfeitamente na normatização constante do CTN, pois tanto os atos processuais administrativos, como os atos processuais judiciais, seguem as regras aqui descritas, conforme, também, preceitua os artigos 48 e 49, do Decreto nº 25.468/99.

Pela exposição supra mencionada, rejeito de plano, a preliminar ora suscitada.

Análise de Mérito.

O cerne da questão *ex lege* conduz ao entendimento da ocorrência de omissão de saídas referente a substituição tributária em operação realizada com cerveja, refrigerante e água mineral. O contribuinte autuado transgrediu a legislação do ICMS, descumprindo o que dispõe e disciplina o inciso I e *caput* do artigo 120 do Decreto nº 21.219/91, *in verbis*:

“Art. 120. Os estabelecimentos, excetuados os de produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelo 1:

I – sempre que promoverem a saída de mercadoria;”

...omissis...

É importante observar que a nota fiscal, representa um documento empregado para a comprovação de uma operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Trata-se, portanto, de um instrumento hábil capaz de estabelecer a regularização da mercadoria ou serviço, definindo-lhe origem e destinação.



O ilícito tributário encontra-se bastante caracterizado, pois comprovado ficou que o contribuinte realizou saídas de mercadorias desacobertadas do competente documento fiscal. Deve ser ressaltado, na presente situação, que a obrigatoriedade da utilização das notas fiscais pelos contribuintes, encontra-se respaldada pela edição de convênios elaborados pelos Estados e pelo Distrito Federal, através do Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais (SINIEF), ficando, inclusive, desnecessária a existência de lei ordinária, por partes dos entes tributantes citados, bastando, somente, a incorporação das disposições do convênio consagrado aqui mencionado à respectiva legislação tributária.

O contribuinte autuado, em que pese a prévia solicitação e conseqüente autorização pelo órgão fazendário, para armazenagem de mercadoria em depósito de terceiros, infringiu o artigo 469, inciso II, alínea "c", do Decreto nº 21.219/91, pois, se em março de 1996, segundo consta nos autos, cessaram as operações de armazenamento e o saldo remanescente não retornou ao estabelecimento, haja vista a não constatação de "Devolução de Mercadoria", mediante a emissão de Nota Fiscal de Entrada, nos termos da legislação vigente, fica, portanto, evidenciada, pelo levantamento fiscal efetuado, a saída de mercadorias (bebidas) sem documentação fiscal.

Quanto ao caráter confiscatório da multa alegado pela recorrente, não prospera tal afirmação, pois segundo o renomado tributarista, Dr. Hugo de Brito Machado em seu livro intitulado Curso de Direito Tributário, "o tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte possa pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isto mesmo é que não pode ser confiscatório. Já a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejaram sua cobrança, resem efetivamente desestimuladoras. Por isto mesmo pode ser confiscatória."

A recorrente em seu arrazoado, afirma que a penalidade cabível para tal situação deve ser a contida no artigo 767, inc. IX, alínea "c", do Decreto nº 21.219/91, que estabelece uma multa de 1 (uma) a 5 (cinco) UFECEs, a critério da autoridade competente. A acusação fiscal trata de omissão de vendas, caracterizada através de movimento real tributável realizado pelo estabelecimento fiscalizado em determinado período, conforme disciplina o artigo 732 do Decreto nº 21.219/91. Não se trata, portanto, de mero descumprimento de exigências de formalidades contidas na legislação em vigor.

A penalidade aplicável ao ilícito tributário praticado e devidamente comprovado, se encontra inserta no artigo 767, inciso III, alínea "b", do Decreto nº 21.219/91, *verbis*:

"Art. 767. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades:

III – relativamente à documentação fiscal e à escrituração:

...omissis...



c) – falta de emissão de documento fiscal: multa equivalente a 40% (quarenta por cento) do valor da operação ou da prestação, sem prejuízo da cobrança do imposto;”

Restou provada, a infração apontada e descrita na peça inaugural, cabendo ao infrator a sanção tipificada no artigo 767, inciso III, alínea “b”, do Decreto nº 21.219/91, conforme demonstrativo a seguir:

BASE DE CÁLCULO : R\$ 224.388,50.

MULTA : R\$ 89.755,40. (40%).

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade argüida pelo contribuinte. No Mérito, sou pelo conhecimento do Recurso Voluntário interposto, negando-lhe provimento, no sentido de que seja confirmada a decisão condenatória de PROCEDÊNCIA do feito fiscal exarada na 1ª Instância Administrativa, nos termos do parecer da douda Procuradoria Geral do Estado.

É o meu voto.




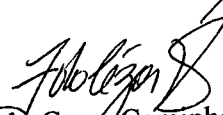
DECISÃO:


Vistos, discutidos e examinados o presente auto, em que é RECORRENTE a MANA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA e RECORRIDO a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

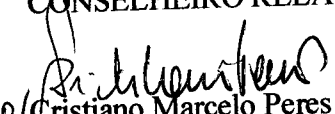
RESOLVEM, os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por maioria de votos, após rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão condenatória prolatada na Instância Singular, decidindo-se pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal, nos termos do voto do relator e do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Luiz Carvalho Filho e Fernando Airton Lopes Barrocas, que se pronunciaram pela parcial procedência da autuação, com base no art. 767, IX, "c", do Decreto nº 21.219/91.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos...14...de outubro de 2002 .


Francisco Paixão Bezerra Cordeiro
PRESIDENTE


Fernando Cezar Caminha Aguiar Ximenes
CONSELHEIRO RELATOR

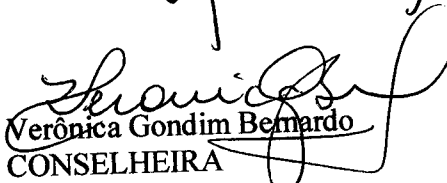

Vanda Ione de Siqueira Farias
CONSELHEIRA


p/ Cristiano Marcelo Peres
CONSELHEIRO

Fernando Airton Lopes Barrocas
CONSELHEIRO


Alfredo Rogério Gomes de Brito
CONSELHEIRO


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Verônica Gondim Bernardo
CONSELHEIRA


Luiz Carvalho Filho
CONSELHEIRO

PRESENTE:


Mateus Fiana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO