



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
Conselho de Recursos Tributários - CRT
1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº 828 /2015

158ª SESSÃO ORDINÁRIA DE: 13/10/2015

PROCESSO Nº 1/3959/2013 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2013.14997

RECORRENTE: VINILEX DO NORDESTE PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: SERGIO RICARDO A. SISNANDO

CONSELHEIRO RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: ICMS - OMISSÃO DE RECEITA. Contribuinte omitiu receitas provenientes de vendas de mercadorias tributadas regime normal de recolhimento dos meses de fevereiro e dezembro de 2004, conforme levantamento mensal das mercadorias. Preliminares: nulidade por insuficiência de provas; extinção em razão de decadência e prescrição do crédito tributário lançado, afastadas por decisão unânime. Auto de Infração julgado **PARCIAL PROCEDENTE** face reenquadramento da penalidade para inserta no art. 123, I, "c", da Lei nº 12.670/96. Infringência aos art. 169, I, 174, I do Decreto nº 24.569/97. Recurso Ordinário conhecido e provido em parte. Decisão por maioria de votos e conforme parecer da Assessoria Tributária adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O Auto de Infração acusa contribuinte acima identificado de OMISSÃO DE RECEITA detectado através do levantamento mensal de mercadorias no montante de R\$ 323.868,09 (Trezentos e vinte e três mil oitocentos e sessenta e oito reais e nove centavos), referente aos meses de fevereiro/2004 e dezembro/2004.

O agente fiscal apontou como dispositivos infringidos os arts. 60, 65 e 66 do Decreto nº 24.569/97 e sugere como penalidade a inserta no art. 123, III, "b" Lei nº 12.670/96.

Nas Informações Complementares o agente atuante informa que a empresa tem como objetivo social a fabricação de artefatos de material plástico para uso industrial e que se encontra baixado no CGF desde 09/05/2011.

Acrescenta que o presente lançamento tece como objetivo a recuperação de créditos de ICMS lançados anteriormente em outro auto de infração julgado nulo em segunda instância administrativa por vício formal.

No tocante a metodologia esclarece que o ilícito fiscal foi detectado através do confronto entre o custo dos produtos vendidos com as vendas liquidas mensais, tendo sido constatada nos meses de fevereiro a dezembro de 2004 vendas liquidas inferior ao custo dos produtos vendidos.

Tempestivamente contribuinte comparece aos autos apresentando impugnação ao feito fiscal utilizando como defesa os seguintes argumentos:

- Que não foi anexado aos autos os livros e documentos fiscais e contábeis originais, ou suas cópias autenticadas em cartório competente, de sorte a comprovar o suposto lançamento de crédito indevido de ICMS;
- Que para sustentar a acusação o fiscal utilizou dados constantes do processo oriundo de Auto de Infração lavrado anteriormente e que foi anulado pelo CONAT por vício formal;
- Que não se trata sequer de prova emprestada, vez que não são documentos originais;
- Que pela teoria dos frutos da arvore envenenada, entende-se que a ineficácia da prova ilegalmente obtida afeta as provas que embora sejam lícitas, se basearam em dados obtidos de forma ilícita, pois o vício da planta se transmite a todos os seus frutos;
- Que o fato gerador do ICMS ocorreu no exercício de 2004, sendo que a Fazenda Pública não efetuou o lançamento do crédito ate a presente data;
- Como o Auto de Infração foi anulado por vício formal conseqüentemente está anulado o lançamento do crédito;
- Como fato gerador foi de 2004 sem efetivação do seu lançamento, sua constituição faz impossível, face decadência do crédito, pois decorreu 9 anos e por isso decaí o direito da Fazenda Publica consoante previsão do art. 150, parágrafo 4º do CTN;
- Que o processo seja julgado extinto pela decadência;
- Caso não seja reconhecida a decadência não pode haver a cobrança do presente tributo, uma vez que se encontra prescrito;

- Se a Fazenda não consegue julgar a impugnação e o recurso antes de cinco anos, deve proceder ao protesto judicial para interromper a prescrição, ao teor do inciso II, do parágrafo único do art. 174 do CTN;
- Que a prescrição é matéria de reserva legal prevista em Lei Complementar (art. 146, II, b, da CF);
- Que seja reconhecida e declarada a prescrição quinquenal no caso em comento, extinguindo-se o presente processo.
- Com relação ao mérito a empresa argumenta que a empresa realizou todas as operações de ICMS de forma correta, nos termos da legislação em vigor, não havendo motivos para a cobrança que se pretende fazer.
- Que as constatações efetuadas pelo autuante são hipotéticas, pois os meses em que a diferença ocorre positiva, não foi mencionada ou feita qualquer consideração;
- Que ficou faltando a ser analisado é o reconhecimento de valores no estoque final de produtos acabados, pois o resultado no mês de 03/2004 ficou além das médias que vinham ocorrendo no período;
- Que quando observado o quadro demonstrativo do confronto com o C.P.V. e as saídas líquidas de ICMS não foi considerado algumas naturezas de operações como devolução de compras que afeta totalmente a base de cálculo, como por exemplo, no mês de janeiro/2004 foi considerado o valor de ICMS sobre o CFOP 5.101 indevidamente no valor de R\$ 83.000,00 e o CFOP 5.124, venda de prestação de serviço não foi considerada como receita para o cálculo, o que altera diretamente nos resultados obtidos;
- Que, se apurar o período anual não há que se falar em diferenças;
- Que lançamento é baseado no Auto de Infração 2008.02638, já julgado improcedente em 1ª Instância e que foi ratificado pela Consultoria Tributária, porém foi considerado nulo por vício formal na segunda instância.

O Julgador Singular após analisar as peças processuais pugna pela procedência da acusação fiscal. Com relação a preliminar de extinção pela decadência, afasta citando o art. 173, II do CTN e a prescrição com fundamento no art. 174, também do CTN. No tocante a provas serem derivadas de outro auto de infração julgado nulo, afirma que as mesmas são lícitas e foram obtidas na forma no que dispõe o art. 2º da Instrução Normativa nº 28/2000.

No mérito, com relação ao argumento de que o autuante não levou em consideração no levantamento as vendas de prestações de serviço, esclarece o julgador que a metodologia empregada não se tratou de elementos financeiros mas da Conta Mercadoria, onde tais operações não poderiam ser consideradas.

Ressalta que a conta mercadoria trabalha com compras, vendas e estoque inicial e final, não podendo constar despesas e nem receitas que não sejam decorrentes das vendas das mercadorias.

Ainda em relação ao mérito, no que tange ao argumento de que se o levantamento fosse anual não haveria que falar em diferença, esclarece o julgador que a função do fisco é averiguar e controlar o cumprimento das obrigações principais e acessórias. O levantamento pode levar em consideração tanto mensal como anual, no caso, a opção do agente foi mensal.

Desse modo entende que restou caracterizado o ilícito fiscal apontado na inicial, porquanto a empresa não poderia apresentar prejuízo nos meses de fevereiro a dezembro/2004, com vedas em valor inferior ao custo de produção como foi verificado.

Insatisfeita com a decisão condenatória proferida na Instância Singular contribuinte interpõe recurso alegando em grau preliminar a nulidade do procedimento fiscal, argumentando que a acusação fiscal não foi fundamentada em documentos fiscais e contábeis originais, mas xerocópias não autenticadas, extraídas de auto de infração julgado nulo pelo Contencioso Administrativo Tributário.

Informa que incinerou em 2010, quando ainda tinha sido julgado em definitivo o auto de infração da ação fiscal anterior, todos os livros fiscais e contábeis relativos ao exercício 2004, uma vez que já havia transcorrido o prazo decadencial de cinco anos.

Por esse motivo, entende não ser possível concluir que pela omissão de receitas se não houver os livros e documentos fiscais relativos às operações com ICMS efetuados durante o período fiscalizado.

Deferente ser imprescindível que os novos levantamentos tenham respaldo em documentos fiscais e contábeis originais e nunca em xerocópias não autenticadas, pois sem eles não há como atestar a veracidade de suas informações.

A Assessoria Tributária emite parecer confirmando o julgamento singular. Quanto às provas serem emprestadas de auto de infração julgado nulo, ressalta a Assessoria que o procedimento fiscal teve como objetivo recuperação desses créditos tributários, razão pela qual o agente fiscal tomou emprestada a prova utilizada no processo anterior em conformidade com que estabelece o art. 2º da Instrução Normativa nº 28/2000.

Em relação ao mérito entende que o agente fiscal dispunha dos elementos necessários para apurar mês a mês o custo dos produtos vendidos, onde verificou a ocorrência de omissão de receitas através do confronto entre as receitas liquidas mensais e os respectivos CMV's ou CPV's.

Quanto infração denunciada na inicial entende a assessoria tributária que a diferença apontada através do Demonstrativo de Resultado com Mercadoria que revelou uma

omissão de receita, pode ser oriunda tanto de venda de mercadorias sem nota fiscal quanto com o preço abaixo do custo de aquisição. Por haver definição da origem do ilícito tributário, entende ser mais cabível aplicação de sanção prevista no art. 123, I, "c", da Lei 12.670/96, com multa de uma vez o valor do imposto.

Quanto ao fato da empresa não ter mais os documentos por tê-los incinerados, entende a Assessoria que o procedimento da empresa foi errado, vez que o processo ainda estava pendente de uma decisão definitiva, conforme art. 195 do CTN.

As considerações feitas pela Assessoria no parecer são acatadas pelo representante da d. Procuradoria Geral do Estado, conforme despacho as fls. 363 dos autos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata o auto de infração da acusação de que a empresa VINILEX DO NORDESTE PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA teria omitido receita sobre operações mercantis no VALOR de R\$ 323.868,09, detectado através do levantamento da Conta Mercadoria exercício 2004, precisamente nos meses de fevereiro e dezembro.

No Recurso Ordinário interposto requer preliminarmente a nulidade do procedimento fiscal, argumentando que a acusação fiscal não foi fundamentada em documentos fiscais e contábeis originais, mas xerocópias não autenticadas, extraídas de auto de infração julgado nulo pelo Contencioso Administrativo Tributário.

Informa que incinerou em 2010, quando ainda tinha sido julgado em definitivo o auto de infração da ação fiscal anterior, todos os livros fiscais e contábeis relativos ao exercício 2004, uma vez que já havia transcorrido o prazo decadencial de cinco anos.

Por esse motivo, entende não ser possível concluir que pela omissão de receitas se não houver os livros e documentos fiscais relativos às operações com ICMS efetuados durante o período fiscalizado. Que sem os documentos originais não há como atestar a veracidade de suas informações.

Da Preliminar de Nulidade do procedimento fiscal e da Extinção Processual.

Pois bem, inicialmente convém destacar que o procedimento fiscal em análise tem como objetivo a recuperação de créditos tributários lançados por meio do Auto de Infração nº 2008.02646-8 julgado nulo pelo Contencioso Administrativo Tributário - CONAT, referente ao período de 01/01/2004 a 31/12/2004, cuja ação fiscal se iniciara em 2007. A decisão encontra-se consubstanciada na Resolução nº 037/2013, fls. 247/252 dos autos.

No recurso interposto contribuinte requer a nulidade do lançamento alegando que a acusação fiscal não foi fundamentada em documentos fiscais e contábeis originais, mas xerocópias não autenticadas, extraídas de auto de infração julgado nulo.

O argumento não tem com se sustentar visto que o procedimento fiscal fora efetuado em conformidade com o art. 2º da Instrução Normativa nº 28/2000 que dispõe sobre a constituição de crédito tributário que tenha sido objeto de lançamento anterior declarado nulo por vício formal, que é o caso, senão vejamos:

Art. 2º. Na hipótese de procedimento administrativo visando a constituição de crédito tributário que tenha sido objeto de lançamento anterior declarado nulo por vício formal, ou cujo processo tenha sido extinto por erro na eleição do sujeito passivo, poderão ser utilizados como meios de prova os mesmos documentos que fundamentaram a lavratura do auto de infração nulo ou cujo processo foi declarado extinto, não sendo vedado a produção de novas provas.

Por tais considerações afastou a preliminar de nulidade requerida pela recorrente relativa a insuficiência de provas, por verificar a luz da legislação processual serem as provas serem lícitas para formalização do crédito administrativo em questão.

Contribuinte afirma ainda em seu recurso que a ausência dos documentos originais não daria para atestar a veracidade da acusação, visto que os mesmos foram incinerados em 2010, quando ainda tinha sido julgado em definitivo o auto de infração da ação fiscal anterior, todos os livros fiscais e contábeis relativos ao exercício 2004, uma vez que já havia transcorrido o prazo decadencial de cinco anos.

Com relação a incineração dos documentos por parte da autuada observo que a empresa não poderia ter adotado tal procedimento, vez que a documentação fiscal relativa ao processo ainda estava pendente de uma decisão definitiva, conforme prevê o parágrafo único do art. 195 do CTN, *in verbis*:

Art. 195 (...)

Parágrafo Único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos documentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Em relação ao prazo decadencial observo que de acordo com o Código Tributário Nacional, quando um lançamento é considerado nulo por vício formal, o prazo decadencial de cinco anos começa a fluir após a data em foi considerada definitiva a decisão que anulou o lançamento do crédito tributário, ou seja, se inicia um novo prazo de cinco anos para a constituição desses crédito.

Desse modo, o presente lançamento atende ao disposto no inciso II, do artigo 173 do CTN que assim determina:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal o lançamento anteriormente efetuado.

O procedimento fiscal refere-se ao exercício 2004 relativo à recuperação de crédito tributário iniciada em 2007 e seu lançamento se deu em 2008, no qual o auto de infração fora julgado nulo por vício formal pelo Conselho de Recursos Tributários - CONAT. Como se pode constatar o lançamento do crédito tributário se deu dentro do prazo decadencial, não podendo falar em decadência desse crédito tributário.

Quanto ao mérito não restam dúvidas de que a omissão de receita ficou caracterizada. De acordo com levantamento efetuado pelo agente fiscal, através da apuração do Custo dos Produtos Vendidos, confrontado com as saídas mensais líquidas de ICMS e IPI, verifica-se uma omissão de receitas, resultante da constatação de CPV maior que as Saídas Líquidas dos meses de fevereiro e dezembro de 2004, no montante de R\$ 323.868,09, caracterizando omissão de receita nos termos do art. 92, § 8º, inciso VI, da Lei nº 12.670/96, *in verbis*:

Art. 92. (...)

§ 8º Caracteriza-se omissão de receita a ocorrência dos seguintes fatos:

VI - déficit financeiro resultante do confronto entre o saldo das disponibilidades no início do período fiscalizado, acrescido dos ingressos de numerários e deduzidos os desembolsos e o saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, os gastos indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas.

A legislação tributária Estadual em seu art. 169, I, do RICMS, impõe aos contribuintes do ICMS a obrigatoriedade da emissão de documentos fiscais, sempre que promoverem a saída ou entrada de mercadorias ou bens em seus estabelecimentos.

A Nota Fiscal é o documento hábil para acobertar a circulação de mercadorias ou bens. Tem como objetivo de permitir ao fisco o conhecimento e o controle das operações realizadas e resguarda o cumprimento da obrigação principal, motivo pelo

qual a norma exige a emissão de Notas Fiscais antes de iniciada as saídas das mercadorias ou bens.

No tocante a multa a aplicável ao caso, acato a sugestão da Assessoria Tributária de que a omissão de receita verificada, no presente caso, pode ter origem tanto na venda de mercadorias sem nota, no subfaturamento ou na venda de mercadora com preço inferior ao custo de aquisição. Como nos autos não constam elementos que permitam identificar qual destas infrações citadas foi cometida, deve-se considerar a aplicação de penalidade menos gravosa, no caso, entendo que deve ser a prevista no art. 123, I, "c", da Lei nº 12.670/96, multa relativa a 1 (uma) vez o valor do imposto devido.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Base de Cálculo	R\$ 323.868,09
ICMS (17%)	R\$ 55.057,57
Multa	R\$ 55.057,57
Total	R\$ 110.115,14

Ante ao exposto, VOTO pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão singular e julgar PARCIAL PROCEDENTE a presente ação fiscal, nos termos desta Resolução e conforme parecer da assessoria tributaria adotada pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

DECISÃO


Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente VINILEX DO NORDESTE PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA, resolvem:

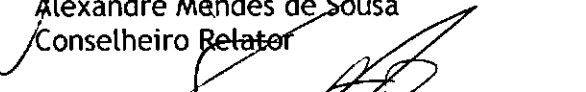
A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve em relação às preliminares arguidas pela recorrente: 1. nulidade por insuficiência de provas; 2. extinção em razão de decadência e prescrição do crédito tributário lançado. Preliminares afastadas, por decisão unânime, com base nos fundamentos contidos no parecer da Assessoria Tributária. No mérito, por maioria de votos, resolve dar parcial provimento ao recurso, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, aplicando o disposto no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme o parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencidos os votos dos Conselheiros Vanessa Albuquerque Valente, José Gonçalves Feitosa e Anneline Magalhães Torres que se manifestaram pela improcedência da acusação fiscal, considerando a análise dos fatos para todo o exercício.

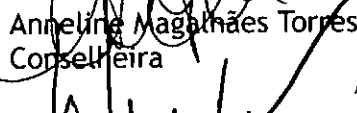
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 07 de 12 de 2.015.


Francisca Marta de Sousa
Presidente



Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro Relator


Anneline Magalhães Torres
Conselheira


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro


José Gonçalves Feitosa
Conselheiro


Francisco Manoel Almeida de França
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheiro


Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro


Mateus Maia Neto

Procurador (visto em 07/12/15)