

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

RESOLUÇÃO Nº 78 /2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS
TRIBUTÁRIOS

4ª SESSÃO ORDINÁRIA EM 30/01/2020

RECORRENTE: LOJAS ESQUISITA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

PROCESSO Nº: 1/4514/2017 AUTO DE INFRAÇÃO Nº:1/2017.08150-0

CONSELHEIRA RELATORA: MARIA ELINEIDE SILVA E SOUZA

EMENTA: ICMS. Falta de Recolhimento. Infração apurada mediante o confronto dos documentos emitidos e valores registrados no Livro de Saída de Mercadoria e a apuração do imposto. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. Preliminares de nulidade afastadas por unanimidade de votos. Recurso ordinário Conhecido não Provido. Decisão por unanimidade de votos e conforme Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária adotado pelo Representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Decisão amparada no arts. nº 73 e 74 do Decreto nº 24.569/1997. Penalidade prevista no art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei nº 13.418/2013.

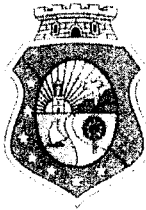
Palavra-chave: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO-
ICMS – NOTAS FISCAIS E CUPONS EMITIDOS.

RELATO

O presente processo trata da acusação de falta de recolhimento de ICMS de notas fiscais eletrônicas e cupons fiscais emitidos e não registrados no Livro de Saída de Mercadorias do exercício de 2013.

Na Informação Complementar, fl.3/7, o agente do fisco esclarece que:

1. a autuada está cadastrada no Regime de Recolhimento Normal, enquadrada no CNAE Principal 4782291 – Comércio Varejista de Calçados;
2. o contribuinte era obrigado a EFD desde 01/01/2012 e a emissão da nota fiscal eletrônica desde 01/09/2014, embora tenha emitido notas eletrônicas no período fiscalizado;
3. como os períodos fiscalizados são posteriores a 2011, não emitiu a Opção de Arquivo Eletrônico de que trata a Instrução Normativa 37/2014;
4. ***“o presente auto de infração se refere à omissão de receitas tributadas constatada pela comparação entre as saídas efetivamente realizadas pelo contribuinte (medidas pelos documentos de saída) e os valores registrados em seu livro de saída nos períodos de 2012 e 2013”***; (grifo original);



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

5. conforme consulta ao sistema ECF o contribuinte possui 4 (quatro);
6. intimado, via termo de Início de Fiscalização nº 2017.00300, o contribuinte apresentou a leitura de memória fiscal e reduções “Z” relativas a 3 ECFs;
7. o quarto equipamento foi apresentado posteriormente, mas não foi considerado pois não foram constatadas saídas realizadas no período fiscalizado;
8. o contribuinte não registrou os valores de vendas no seu Livro Registro de Saídas de sua EFD, pois enviou os arquivos zerados como se não houvesse emitido documentos fiscais;
9. aponta como dispositivos infringidos o art. 92, § 8º, III da Lei nº 12.670/1996;
10. indica a penalidade prevista no art. 123, I, “c” da Lei 12.670/1996.

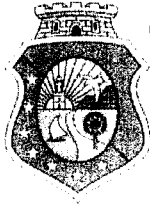
Constam no processo o Mandado de Ação Fiscal nº 2016.17276, Termo de Início de Fiscalização nº 2017.00300 e AR, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2017.06727 e Aviso de Recebimento, consultas aos sistemas corporativos da Sefaz, CD contendo os dados da fiscalização, fls.8/20.

Contribuinte apresenta defesa fls.27/31, argumentando:

1. inicialmente, requer a nulidade do auto de infração por incoerência quanto à suposta infração e a penalidade aplicada;
2. inexistência de prejuízo ao erário pois as operações são tributadas pelo regime de Substituição Tributária, cujo imposto já foi pago;
3. o ICMS incide sobre a circulação de mercadoria e não sobre a receita;
4. inexistiu o fato descrito no art.92, § 8 da Lei nº 12.670/1996;
5. somente a falta de recolhimento pode configurar uma omissão de receita;
6. requer a aplicação da penalidade mais benigna nos termos do art. 106 do CTN e aplicar a penalidade prevista no art. 126 da Lei nº 12.670/96;
7. que não existe uma penalidade específica para falta de escrituração no livro de saída, portanto, não pode o fisco atribuir penalidade mais gravosa;
8. deve aplicar a penalidade prevista no art. 123, VIII, “d” da Lei nº 12.670/1996;

O julgador monocrático decide pela procedência do lançamento com os seguintes fundamentos, fls.69/74:

1. afasta o pedido de nulidade, pois prevalece o princípio “dá-me os fatos e te darei o direito”;
2. o autuado fez uma exposição dos fatos de modo a permitir uma ilação da infração ocorrida, desta forma de acordo com o art. 33, XI, XIV, §§ 2º, 5º e 8º do Dec. 24.568/89;
3. quanto a falta de conexão entre a descrição da infração e a penalidade aplicada, não ocorre no presente lançamento, porque a omissão de receitas em operações de saídas tributadas gera a falta de recolhimento do imposto devido, devendo ser cobrado imposto e multa;



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

4. a omissão de receitas referente às operações não tributadas foi objeto do Auto de Infração nº 2017.08169-1, com aplicação da multa específica do art. 126 da Lei nº 13.418/03;
5. o art. 92, § 8º da Lei nº 12.670/1996 prevê como omissão de receitas a diferença apurada pelo cotejo entre as saídas registradas e o valor das saídas efetivamente praticadas;
6. o sujeito passivo possui CNAE 4782201 (comércio varejista de calçados) com regime de recolhimento normal;
7. recolhe por substituição tributária por ocasião da entrada de calçados, artigos de viagem e de artefatos de couro, classificados nas posições 42.02, 42.03, 64.01, 64.02, 64.03, 64.04 e 64.05 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, nos termos do Dec. nº 28.326/2006;
8. como demonstram cópias de notas e leituras de memórias fiscais extraídas do CD anexo ao processo, existem operações sujeitas ao regime normal de recolhimento;
9. a ação fiscal desenvolvida em cumprimento ao Mandado de Ação Fiscal – MAF nº 2016.17276 gerou 6 (seis) autos, dos quais dois foram quitados, permanecendo 4 (quatro) em análise;
10. afasta a aplicação do art. 123, VIII, “d” da Lei nº 12.670/1996, pois existe penalidade específica;
11. a omissão de receita prevista no art. 92, § 8º, III, da Lei nº 12.670/1996 tem como consequência jurídica “a falta de recolhimento do imposto, motivo pelo qual deve ser aplicada a penalidade prevista no art.123, I, “c” da Lei nº 12.670/1996, com redação da Lei nº 13.418/2003.

Intimado da decisão de primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Ordinário, fls. 83/87, ratificando as razões da defesa, enfatizando que:

1. o pedido de nulidade por incoerência quanto a suposta infração e a penalidade aplicada;
2. inexistência de prejuízo ao erário em razão do regime de substituição tributária;
3. inexistência de omissão de receita, os fatos imputados foram somente de descumprimento de obrigação acessória (falta de escrituração);
4. aplicação da penalidade do art. 123, VIII, “d” da Lei 12.670/1996, por ser mais benigna.

O processo é encaminhado ao Célula de Assessoria Tributária, sendo emitido o parecer nº 254/2019, fls.91/93, sugerindo o conhecimento do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão de procedência do lançamento, sob os seguintes fundamentos:

1. discorda do entendimento manifestado pelo agente fiscal como pela julgadora singular de que a situação constatada nos autos configura a hipótese de omissão de receita prevista no art. 92, § 8º, III da Lei 12.670/1996;



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

Voto da Relatora:

O presente processo tem como objeto a falta de recolhimento do ICMS normal, apurado mediante o confronto entre as Notas Fiscais Eletrônica – NF-e e cupons fiscais emitidos e os valores registrados e apurados no Livro Registro de Saída de Mercadorias, alusivos ao período de janeiro/2012 a dezembro/2103.

Inicialmente, cumpre a análise da nulidade suscitada por incoerência entre a infração apontada e a penalidade sugerida, a qual, afasto de plano. Percebe-se que embora o agente do fisco tenha mencionado que se trata de omissão de receita, ele descreveu a infração corretamente, inclusive anexando os documentos e livros como prova, garantido o pleno exercício do direito de defesa, lembrando que o autuado se defende dos fatos imputados e não da capitulação legal efetuada pelo autuante

Ainda, quanto a alegação de que não houve prejuízo ao Erário estadual, ressalte-se que atividade de fiscalização está adstrita ao cumprimento da lei de forma vinculada, assim constatado a infringência a norma, o auditor deve adotar as medidas cabíveis ao caso, não podendo dispensar a aplicação da penalidade prevista e a cobrança do imposto devido. No presente caso, constata-se que houve sim prejuízo ao fisco, pois o imposto devido não foi recolhido.

Urge, ainda, afasta o pedido de aplicação da penalidade prevista no art. 123, VIII, “d” da Lei 12.670/1996, por ser mais benigna, como afirmado acima, não procede a alegativa de que se trata de mero descumprimento de obrigação acessória. No caso sub examine, houve o descumprimento da obrigação acessória e, também, da obrigação principal (o recolhimento do imposto), razão pela qual, não pode ser atribuída a penalidade do art. 123, VIII, “d” da Lei nº 12.670/1996. Por outro lado, é bom lembrar, que o cumprimento da obrigação é objetiva, independente de prejuízo ao fisco.

No mérito, depreende-se que a autuada é cadastrada no Regime de Recolhimento Normal, enquadrada no CNAE Principal 4782201 – Comércio Varejista de Calçados. Recolhendo por Substituição Tributária os produtos elencados no art 1º do Decreto nº 28.326/2006, classificados nas posições NCM 42.02, 42.03, 64.01, 64.02, 64.03, 64.04 e 64.05, abaixo transcrito e por Regime Normal os demais produtos.

Art. 1º Fica atribuída ao contribuinte destinatário, estabelecido neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subsequentes, por ocasião da entrada de alçados, artigos de viagem e de artefatos de couro, classificados nas Posições 42.02, 42.03, 64.01, 64.02, 64.03, 64.04 e 64.05 da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM.

Desta forma, conclui-se que autuada possui produtos que recolhe por Substituição Tributária quando das entradas das mercadorias e produtos cujo imposto é recolhido pelo Regime Normal de Recolhimento, ou seja, débito e crédito, fato evidenciado no



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

próprio Termo de Conclusão nº 2017.06727, onde constam autos de infração de operações sujeitas a tributação normal e ST, conforme ressaltado no Julgamento nº 2324/2018, fl.72, reproduzido no quadro abaixo:

AI	MOTIVO
2017.08150	Omissão de receita de receitas de produtos com tributação normal
2017.8169-1	Omissão de receita de receitas de produtos sujeitos ao Regime de ST
2017.08662-7	Falta de escrituração no Livro Registro de Entrada de produtos regime normal
2017.08663-9	Falta de escrituração no Livro Registro de Entrada de produtos sujeitos ao Regime ST

Verificando a Informação Complementar , fl.5, observa-se que o objeto da autuação são as notas fiscais eletrônicas – NF-e e Cupons fiscais com tributação normal cujos valores não foram registrados no Livro de Saída de Mercadoria e, conseqüentemente não foram levados para apuração do imposto, conforme demonstra consulta ao Sistema Corporativo Receita, resultando numa falta de recolhimento do ICMS devido, nos termos do art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/1996, alterado pela Lei nº 13.418/2003. Fato que, conforme mencionado alhures, afasta a aplicação do art. 123, VIII, “d” da Lei nº 12.670/1996.

Nesse sentido comungamos com o entendimento do Assessor Processual contido no Parecer nº254/2019, a seguir reproduzido:

Em princípio, discordo do entendimento manifestado tanto pelo agente fiscal como pela julgadora singular de que a situação constatada nos autos configura a hipótese de omissão de receitas previstas no art. 92, § 8º, inciso III da Lei nº 12.670/1996.

Tal situação, a meu ver, caracteriza-se quando o volume de vendas registradas através dos documentos fiscais emitidos apresenta-se inferior as vendas apuradas por meio de levantamento fiscal, considerando-se a diferença entre ambas como omissão de receita.

No presente caso não houve apuração da receita omitida, visto que a base de cálculo da autuação foi justamente o valor das vendas registradas nos cupons fiscais e notas fiscais eletrônicas. O que ocorreu no presente caso foi a falta de recolhimento do ICMS em razão das referidas operações de saída não terem sido (sic) informadas ao Fisco Estadual através da EFD, não podendo tal fato ser considerado uma omissão de receita”



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

De fato, a infração cometida pelo atuado foi de falta de recolhimento do ICMS referente as operações tributadas, detectada pelo confronto dos documentos emitidos e os registros no Livro Registro de Saída de Mercadorias e não incluídos na apuração do ICMS, devendo ser aplicado a penalidade prevista no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/1996, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Considerando os fatos acima relatados, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário negar-lhe provimento, para afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, julgar PROCEDENTE a acusação fiscal, nos termos do Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária adotado pelo Representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

Este é o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$ 91.282,82
MULTA	R\$ 91.282,82



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

DECISÃO:

Vistos relatados e discutidos os autos onde é Recorrente LOJAS ESQUISITA LTDA e recorrido Célula de Julgamento de 1ª Instância, a 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, para deliberar sobre as seguintes questões apresentadas pela parte: 1. Com relação a preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de falta de conexão entre a infração e penalidade aplicada – Afastada, tendo em vista que o autuado se defende dos fatos imputados e não da capitulação legal efetuada pelo autuante e considerando que procedimento fiscal foi descrito no auto de infração e informações complementares, devidamente motivado e embasado em elementos de prova anexos, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa. 2. Com relação a alegação de que não houve prejuízo ao Erário estadual – Afastada, por unanimidade de votos, considerando que a responsabilidade quanto ao cumprimento da obrigação acessória é objetiva, independente de prejuízo ao Fisco Estadual. 2. No mérito, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 17 de agosto de 2020.

FRANCISCO JOSE DE

Assinado de forma digital por FRANCISCO

JOSE DE OLIVEIRA SILVA:29355966334

OLIVEIRA SILVA:29355966334

Francisco Jose de Oliveira Silva 2020.08.17 13:02:06 -03'00'

Presidente

MARIA ELINEIDE SILVA Assinado de forma digital por
E MARIA ELINEIDE SILVA E
SOUZA:25954237387
SOUZA:25954237387 Dados: 2020.08.17 13:39:03 -03'00'

Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

Ciente: 11/08/2020