



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 197 /2019

56ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 26 DE AGOSTO DE 2019

PROCESSO DE RECURSO Nº. 1/3387/2012 AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2012.09115-8

AUTUANTE: MARIA NIEVES PADRON F DE SOUZA

RECORRENTE: MARKEL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA CGF.: 06.687.758-0

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONSELHEIRO MARCUS MOTA DE PAULA CAVALCANTE

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. CORREÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. AUTUAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Amparo legal: Art. 169 e 174, todos do Decreto 24.569/97. Penalidade: Art. 123, III, b, da Lei 12.670/96. Exclusão do levantamento fiscal os valores referentes ao mês de dezembro de 2008, considerando para estoque final o valor de 30 de novembro de 2008, resultando na nova Base de Cálculo o valor de R\$ 582.768,68, devido à mudança ocorrida pelo Dec. Nº 29.560/98. Recurso conhecido e provido em parte. Decisão unânime e em conformidade com o parecer adotado pelo representante da douta PGE.

Palavra Chave: ICMS. Omissão de Saídas. Dec. Nº 29.560/98. Recurso Parcialmente Procedente.

RELATÓRIO

A acusação fiscal tem o seguinte relato de infração:

Falta de emissão de documento fiscal, em operação ou prestação acobertada por nota fiscal no modelo 1 ou 1ª e/ou série "D" e cupom fiscal. No período de janeiro a dezembro de 2008, deixou de emitir documento fiscal para mercadorias diversas com tributação normal no montante de R\$ 654.004,05 (seiscentos e cinquenta e quatro mil, quatro reais e cinco centavos), conforme Planilha de Fiscalização e Informação Complementar, com a utilização no método de Análise Econômica Financeira.

Auto de infração com imposto (ICMS) e multa fixada, respectivamente, em R\$ 111.180,69 (cento e onze mil, cento e oitenta reais e sessenta e nove centavos) e em R\$ 196.201,21 (cento e noventa e seis mil, duzentos e um reais e vinte e um centavos). Artigos infringidos: 127, 169, 174, 177 do

Dec. 24.569/97 com penalidade fixada nos termos do art. 123, III, B da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

Instruem os autos, além das Informações Complementares (fls. 03/04), às fls. 05 a 45: Ordem de Serviço nº 2012.03348; Termo de Início de Fiscalização nº 2012.03996; Mandado de Ação Fiscal nº 2012.20300; Termo de Início de Fiscalização nº 2012.17135; Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2012.20485; Planilhas de Fiscalização do ICMS com utilização do método da análise econômico financeira; Consultas de DIEF – Inventário de 2008 e 2007; Consultas de DIEF – Relação de Entradas e Saídas por CFOP's e de Apuração do ICMS; Protocolo de Entrega de AI/Documentos nº 2012.09803 e o Aviso de Recebimento – AR referente ao Auto de Infração.

O contribuinte apresentou impugnação INTEMPESTIVA, fato que ocasionou a revelia.

Em decisão singular, a autoridade julgadora de 1ª instância aduz, sucintamente, que, de acordo com a Planilha de Demonstração do Resultado com Mercadoria – DRM (fls.14) é possível detectar que as receitas auferidas pelo contribuinte nas operações mercantis foram inferiores ao Custo de Mercadorias Vendidas e que a diferença resulta na omissão de receitas, cuja conduta deve ser punida com multa específica. Sendo assim, decide pela procedência do feito fiscal, aplicando a sanção do art. 123, III, B da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, devendo o contribuinte recolher aos cofres do Estado o valor de R\$ 307.381,90 (trezentos e sete mil, trezentos e oitenta e um reais e noventa centavos), com os acréscimos legais, ou interpor recurso.

Inconformado com a decisão prolatada em 1ª Instância, o contribuinte interpôs tempestivo Recurso Voluntário, defendendo a improcedência da acusação fiscal, alegando a existência de erros no levantamento fiscal no que se refere aos valores que foram atribuídos às operações de compras e vendas tributadas e não tributadas que, para tanto requer a realização de perícia técnica contábil e, ainda, pede a Sustentação Oral das razões de recurso.

A Assessoria Processual Tributária se manifesta pela nulidade absoluta do auto de infração aduzindo, de início, a necessidade de uma perícia que resultou na:

- 1) Exclusão do valor de R\$ 382.567,37 por não existir no livro de apuração do ICMS e nem na DIEF operação com o CFOP de transferências;
- 2) Exclusão da conta ICMS sobre vendas o valor R\$ 152,61 referente ao imposto debitado para o CFOP 5949 e o valor de R\$ 7.377,45 referente às operações de devoluções de compras;
- 3) Alocação dos inventários inicial e final de acordo com o regime de tributação de cada mercadoria;
- 4) Reforma da DRM com base nas alterações realizadas, apurando uma diferença caracterizada como omissão de receita de mercadoria tributada no montante de R\$ 760.154,52.

Dessa forma, após ser devidamente intimada, a empresa autuada se manifestou ao laudo pericial alegando:



- 1) Não ter sido observado o valor correto das operações de entrada e saída de mercadorias isentas, não tributadas e substituição tributária;
- 2) Com a edição do Dec. Nº 29.560/98 passou a ter 98% de suas mercadorias tributadas pela regra da substituição tributária por entradas, pagando ICMS com aplicação de carga líquida a partir de dezembro de 2008;
- 3) Que todo seu estoque existente em 31/11/2008 passou para uma tributação diferenciada, mudando de normal para substituição tributária por entradas, o que teoricamente geraria um resultado negativo na DRM dessas mercadorias;
- 4) Que o auto de infração é nulo por ausência de provas, uma vez que os valores das entradas e saídas do mês de dezembro de 2008 não foram inclusas na DRM.

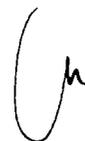
Desse modo, a Assessoria Processual Tributária acolheu a manifestação da empresa autuada, entendendo que diante da mudança ocorrida pelo Dec. Nº 29.560/98, a apuração de omissão de receitas por meio da DRM (do exercício de 2008) deveria ter sido elaborada em duas etapas: uma compreendendo o período de janeiro a novembro de 2008, exigindo-se omissões de operações tributadas e não tributadas, isentas e ST e outra referente ao mês de dezembro de 2008, exigindo, apenas, omissão atinente à operação sujeita ao regime de substituição tributária, razão pela qual recomenda o conhecimento e provimento do Recurso, a fim de reformar a decisão condenatória de primeira instância, pela nulidade do auto de infração, nos termos do art. 83 da Lei nº 15.614/14.

O Parecer queda-se acolhido pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, converter o curso do julgamento do processo em realização de perícia, com o objetivo de excluir do levantamento os valores referentes ao mês de dezembro de 2008, em razão da alteração de regime proposta pelo Decreto nº 29.560/2008, considerando o estoque existente em 30 de novembro de 2008, conforme manifestação ao laudo pericial, constante à fl. 688 dos autos. Tudo nos termos do Despacho a ser elaborado pela Conselheira Relatora. Registre-se a ausência da representante legal da Recorrente, apesar de regularmente intimada para a apresentação de sustentação oral, conforme solicitado nos autos. O Conselheiro Pedro Jorge Medeiros não participou da votação, em razão de sua ausência por motivo injustificado.

Após o retorno dos autos e a realização da perícia solicitada, que consistiu em excluir do levantamento fiscal os valores referentes ao mês de dezembro de 2008, considerando para estoque final o valor de 30 de novembro de 2008, resultando na nova Base de Cálculo o valor de R\$ 582.768,68, passa-se novamente à apreciação da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários.

Em apertada síntese, é o que se relata.



VOTO DO RELATOR

Conforme se compreende da autuação, reside a acusação na fiscal de falta de emissão de documento fiscal, em operação ou prestação acobertada por nota fiscal no modelo 1 ou 1ª e/ou série "D" e cupom fiscal que, no período de janeiro a dezembro de 2008, deixou de emitir documento fiscal para mercadorias diversas com tributação normal no montante de R\$ 654.004,05 (seiscentos e cinquenta e quatro mil, quatro reais e cinco centavos), conforme Planilha de Fiscalização e Informação Complementar, com a utilização no método de Análise Econômica Financeira.

Portanto, restou caracterizada a infração à legislação estadual, no tocante à obrigatoriedade da emissão do documento fiscal por ocasião das vendas, a teor dos artigos 169, I e 174, I, do Decreto 24.569/97, *in verbis*

Art 169 Os estabelecimentos, excetuados os 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 da mercadoria ou bem,

Considerando que o contribuinte ingressou nos autos alegando que o levantamento fiscal contém erros ou falhas na determinação do montante real tributável, determinou a realização de perícia visando sanar as irregularidades apontadas.

Seguindo o laudo pericial fls. 705 a 712 dos autos, foi realizada a exclusão do levantamento fiscal os valores referentes ao mês de dezembro de 2008, considerando para estoque final o valor de 30 de novembro de 2008, resultando na nova Base de Cálculo o valor de R\$ 582.768,68.

É certo que toda omissão de venda resulta em falta de recolhimento, no entanto, quis o legislador seccionar tal conduta atribuindo-se qualificações infratoras autônomas de omissão de saída/venda/receita, conforme o caso, e de falta de recolhimento do imposto, de sorte que presente os elementos que as particularizem devem ser enfeixadas em dispositivos legais distintos.

Todavia, dada ao entendimento esposado pela autoridade fiscal na autuação em face da conduta infratora praticada e, bem assim, nas informações complementares trazendo a configuração jurídica do lançamento efetuado como falta de recolhimento, não se tratando de ausência ou erro na indicação dos dispositivos legais infringidos e os dos que cominam as penalidades, tornando-se por imperativo legal acatar o lançamento quanto à conduta infratora como deduzida pela autoridade fiscal.

Porém, há que se ter como pertinente a correção do valor da base de cálculo do crédito tributário em razão da alteração de regime proposta pelo Decreto nº 29.560/2008, assim, a diferença constatada se desprende dos cálculos tidos abaixo.



AUTUAÇÃO	
BASE DE CALCULO	R\$ 654.004,05
ICMS	R\$ 111.180,69
MULTA	R\$ 196.201,21
TOTAL	R\$ 307.381,90

Após as retificações processadas pela CEPED apurou-se que o montante real tributável importava, conforme demonstrativo abaixo:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
BASE DE CALCULO	R\$ 582.768,68
ICMS	R\$ 99.070,67
MULTA	R\$ 174.830,60
TOTAL	R\$ 273.901,38

Do exposto, pelas linhas traçadas anteriormente decide-se pelo conhecimento do Recurso Ordinário para dar-lhe parcial provimento, para modificar, em parte, a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar parcialmente procedente o feito fiscal, conforme laudo pericial de fls. 705 a 712 dos autos.

É como voto.

DEMONSTRATIVO

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
BASE DE CALCULO	R\$ 582.768,68
ICMS	R\$ 99.070,67
MULTA	R\$ 174.830,60
TOTAL	R\$ 273.901,38

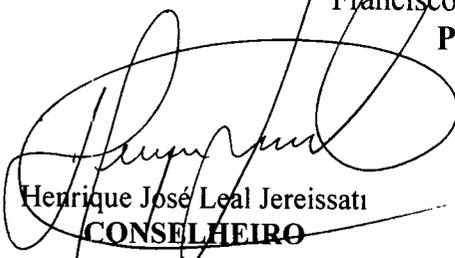
DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **MARKEL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

RESOLVEM os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento, para modificar em parte e decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar **parcialmente procedente** o feito fiscal, conforme laudo pericial de fls. 705 a 712 dos autos. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. O Assessor Tributário, Dr. José Sidney Valente Lima, presente à sessão em substituição ao Procurador do Estado, se manifestou oralmente pela parcial procedência, nos termos do voto do Conselheiro Relator. Registre-se a ausência da representante legal da recorrente, Dra. Diana de Lima Machado, apesar de regularmente intimada para apresentação de sustentação oral, conforme solicitado nos autos.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 25 de 10 de 2019.

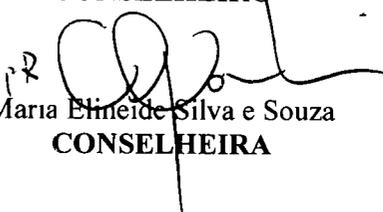

Francisco José de Oliveira Silva
PRESIDENTE

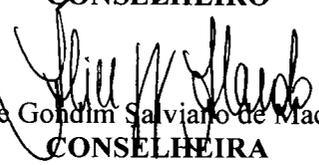

Henrique José Leal Jereissati
CONSELHEIRO

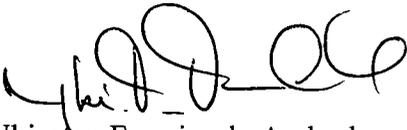

Marcus Mota de Paula Cavalcante
CONSELHEIRO


Leilson Oliveira Cunha
CONSELHEIRO


Wander Araújo de Magalhães Uchôa
CONSELHEIRO


Maria Elaine de Silva e Souza
CONSELHEIRA


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO
CIENTE: 25/10/19