



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – 2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 220 /2017

49ª SESSÃO ORDINÁRIA EM 23/06/2017

PROCESSO Nº: 1/1562/2016

AUTO DE INFRAÇÃO nº 1/201605806-3

RECORRENTE: CASA DO CIMENTO & MATERIAL DE CONSTRUÇÕES LTDA ME

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ SIDNEY VALENTE LIMA

EMENTA: ICMS-OMISSÃO DE SAÍDAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE DE MERCADORIAS. IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ilícito fiscal constatado mediante análise nos livros e documentos fiscais da empresa autuada, bem como nos arquivos de dados armazenados nos sistemas informatizados da SEFAZ-Ce. Afastada a preliminar de nulidade arguida pela parte. Auto de infração julgado **PROCEDENTE** com fundamento no art. 827 do Dec. nº 24.569/97. Infringência ao art. 169, I, do Dec. nº 24.569/97, com penalidade prevista no art. 126, *caput*, da Lei nº 12.670/96. Confirmada, por unanimidade de votos, a decisão de primeiro grau, em conformidade com o parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. **Recurso Ordinário conhecido e não provido.**

PALAVRAS CHAVE: ICMS. Omissão de Saída. Substituição tributária. Levantamento Quantitativo de Estoque de Mercadorias.

RELATÓRIO

Consta da inicial do presente processo, que a empresa autuada omitiu saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no valor de R\$ 9.607,40, durante o exercício de 2011.

Complementando o relato da infração, o agente fiscal informa o seguinte:

1. Que a empresa autuada estava cadastrada junto a SEFAZ-Ce no regime de recolhimento Normal, sob o CNAE 4744005-comércio varejista de materiais de construção não especificados anteriormente;
2. Que todo o levantamento fiscal fora efetuado com base nos arquivos, livros e notas fiscais em mídia material e eletrônica fornecidos pelo próprio contribuinte e em arquivos de dados, armazenados nos sistemas informatizados da SEFAZ-Ce (laboratório fiscal), com fundamento na DIEF, nas notas fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte e por seus participantes, fornecedores de mercadorias e serviços e nos registros das operações realizadas pelo Sistema de Controle de Trânsito de Mercadorias-SITRAM;
3. Que na geração/transmissão da DIEF o contribuinte omitiu as informações relativas as operações de entradas e saídas realizadas por PED, assim como em relação aos produtos e mercadorias constantes do livro registro de inventário;
4. Que mediante intimação fiscal, o contribuinte prestou informações apenas do inventário final levantado em 31/12/2011 com valores significativos;
5. Que o inventário inicial foi considerado com valores zerados, uma vez que a empresa começou a operar em junho de 2011;
6. Que as informações sobre a movimentação de mercadorias foram extraídas da base de dados da NF-e;
7. Que a autuada descreveu os produtos do inventário final sem codificá-los, razão pela qual fez os respectivos enquadramentos com base nos produtos indicados nas NF-e de emissão própria e de terceiros;
8. Que ao confrontar o saldo teórico final do item do estoque, obtido pela diferença entre o estoque disponível e as respectivas saídas, com o inventário final do estoque informado pela autuada, foi constatada omissão quantitativa de diversas saídas de itens de mercadorias sem nota fiscal;
9. Que a base de cálculo para efeito de cobrança da multa foi determinada pela aplicação de um dos seguintes critérios estabelecidos no art. 827 do RICMS;

10. Que do valor unitário da entrada da mercadoria foi expurgado o valor do ICMS a fim de obter o seu custo. Ao valor do custo foi aplicada a margem de valor agregado, calculada conforme fórmula demonstrada nas informações complementares. Ao custo agregado foi embutido o ICMS, calculado pela alíquota vigente para as operações internas (17%).
11. Que foi cobrado no presente auto de infração somente a multa, por se tratar de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

O processo é instruído com MAF nº 2015.16429, Termo de Início de Fiscalização nº 2015.17004, Termo de Intimação nº 2015.19538; Termo de Conclusão nº 2016.05052; Relação de Estoque em 31/12/2011; Pedido de Dilatação de prazo do Termo de Intimação; Termo de Entrega de Arquivo Eletrônico da DIEF; Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico; CD contendo todas as planilhas que deram suporte ao levantamento fiscal; Aviso de Disponibilização de Documentos; Protocolo de Entrega de AI/Documentos nº 2016.08221;

A empresa autuada não apresentou impugnação no prazo legal, razão pela qual foi lavrado o Termo de Revelia as fls. 25.

Na instância de primeiro grau, a julgadora acatou a exigência contida no auto de infração em decisão ementada da seguinte forma:

“EMENTA: OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS- Após o exame da documentação do contribuinte ficou evidenciada a saída de mercadorias sujeitas à substituição tributária desacompanhadas de documento fiscal, no exercício de 2011. AUTUAÇÃO PROCEDENTE. Infração aos artigos 169, I, e 174, I do Dec. nº 24.569/97, com penalidade prevista no artigo 126 da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. AUTUADO REVEL”.

Inconformada com a decisão de primeiro grau, a empresa autuada dela recorre, alegando a nulidade do auto de infração, sob o argumento de que o agente fiscal não especificou a base de cálculo do crédito tributário, violando o disposto no art. 33, XII, do Dec. nº 25.468/99. Alega ainda que a referida falha não comporta reparação, já que não está especificada como de indicação dispensável, a teor do § 1º do dispositivo legal retromencionado.

Alega também que a multa aplicada é completamente desproporcional, revestindo-se de caráter eminentemente confiscatório, conforme entendimento do STJ.

A Célula de Assessoria Processual Tributária, em parecer que repousa as fls. 54/60, sugere a confirmação da decisão de primeiro grau.

A douta Procuradoria Geral do Estado, através de seu representante, acatou os fundamentos do parecer emitido pela Assessoria Processual Tributária.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso ordinário interposto pela empresa autuada, em face da decisão de primeira instância, que julgou procedente o auto de infração nº 2016.05806-3.

A exigência fiscal em discussão está respaldada em levantamento quantitativo de estoque, através do qual foi constatada a saída de mercadorias sem nota fiscal no período fiscalizado, no valor de R\$ 9.607,40.

O referido levantamento fiscal consiste em verificar a movimentação de cada mercadoria, num determinado período, conforme os itens arrolados pelo agente do fisco, considerando as quantidades existentes nos estoques inicial e final, bem como as quantidades que deram entrada e saída do estabelecimento do contribuinte.

A constatação de omissão de venda de um produto se dá quando a soma das quantidades registradas através das notas fiscais de entrada e do estoque inicial, em determinado período, é superior a soma das quantidades registradas pelas notas fiscais de saída e do estoque final.

Na determinação da base de cálculo do crédito tributário, o agente fiscal adotou o seguinte critério:

- a) Primeiramente, definiu a custo líquido de aquisição, mediante exclusão do ICMS sobre o preço de compra.
- b) Em seguida, calculou a margem de valor agregado (26,91%) com base nos preços de venda e compra de todas mercadorias constantes do levantamento fiscal, aplicando-o sobre o custo de aquisição.
- c) Sobre o valor acima, incluiu o ICMS na formação do preço de venda, já que o ICMS faz parte da sua base de cálculo, encontrando, assim, o valor unitário de venda do produto.
- d) E, por fim, determinou o valor da omissão de saída mediante a multiplicação da quantidade omitida pelo preço unitário de venda apurado.

Tomemos como exemplo a movimentação do produto “Bianco – Balde 18 Kg”, cuja quantidade omitida foi de 33 unidades. O seu preço de aquisição excluído do ICMS importou em R\$ 73,24. Sobre este valor foi aplicado a margem de valor agregado geral dos produtos, calculado em 26,91%. Em seguida incluiu o ICMS de 17% na formação do preço de venda, chegando ao valor unitário de venda de R\$ 111,98, que multiplicado pela quantidade omitida resultou em R\$ 3.695,55, conforme explicitado abaixo:

Quant. Omitidas 33 unid. x (73,24x 1 + 26,91/1-17%)
33 x 111,98 = R\$ 3.695,55

No caso de que se cuida, ficou constatada que a quantidade de mercadorias disponíveis à venda era superior as quantidades registradas nas notas fiscais de vendas e no estoque final declarado. O quadro totalizador constante dos autos (CD), que sintetiza a movimentação de cada mercadoria no período examinado, demonstra um desequilíbrio de contas em relação a alguns produtos, o que significa dizer que a referida diferença quantitativa se deu em razão da saída de mercadorias sem nota fiscal.

Por fim, ressalte-se que todo o levantamento fiscal foi elaborado com base nos arquivos, livros e notas fiscais em mídia material e eletrônica fornecidos pelo próprio contribuinte e em arquivos de dados armazenados nos sistemas informatizados da SEFAZ-Ce (laboratório fiscal), com fundamento na DIEF, nas notas fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte e por seus participantes, fornecedores de mercadorias e serviços, e nos registros das operações realizadas pelo Sistema de Controle de Trânsito de Mercadorias-SITRAM.

Denota-se, então, que o agente do fisco pautou-se em provas lícitas e concretas, não fundamentando a acusação em mera presunção, de modo que, cumpridas as formalidades legais atinentes à feitura do referido levantamento fiscal, não há como refutar a sua validade.

A saída de mercadorias sem nota fiscal viola o disposto no art. 169, inciso I do Dec. nº 24.569/97, impondo ao infrator a penalidade inserta no art. 126, *caput*, da Lei nº 12.670/96, uma vez que o ICMS devido nas operações omitidas já havia sido pago por substituição tributária.

Quanto às razões de recurso apresentadas pela autuada, é importante destacar que o valor da base de cálculo, diferentemente do que alega a empresa autuada, estava sim demonstrada nas informações complementares ao auto de infração, inexistindo, pois, a nulidade arguida com fundamento no art. 33, XII, do Dec. nº 25.468/99. Ademais, as omissões do auto de infração que não constituam prejuízo a defesa não acarretarão a nulidade do ato administrativo, desde que haja elementos suficientes e possíveis à determinação do sujeito passivo, a natureza da infração e o montante do crédito tributário, conforme dispõe o art. 84, § 6º da Lei nº 15.614/14.

No que se refere à alegação de que a penalidade aplicada no presente caso possui caráter confiscatório, é importante destacar esta avaliação não compete ao julgador administrativo fazer, já que a seu mister consiste em verificar, com base nas provas produzidas nos autos, se a infração denunciada de fato existiu e se a sanção aplicada corresponde àquela prevista na legislação fiscal. Não compete ao julgador administrativo avaliar se o dispositivo sancionatório é ou não constitucional, já que esta atribuição é reservada somente ao Poder Judiciário, havendo, inclusive, disposição expressa no art. art. 48, § 2º, da Lei nº 15.614/2014, vedando a apreciação desta matéria no âmbito administrativo.

Isto posto, voto pelo conhecimento do recurso ordinário, negando-lhe provimento, a fim de confirmar a decisão condenatória de primeira instância, em consonância com o parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Base de Cálculo: R\$ 9.607,40

Multa: R\$ 960,74

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CASA DO CIMENTO & MATERIAL DE CONSTRUÇÕES LTDA ME** 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. **Com relação à preliminar de nulidade suscitada pela parte, sob a alegação de ausência de identificação da base de cálculo** - Afastada, por unanimidade de votos, posto que as Informações Complementares e planilhas anexadas aos autos demonstram a base de cálculo do crédito tributário objeto de lançamento e com fundamento nos parágrafos 6º e 8º, do art. 84 da Lei nº 15.614/2014. **Quanto ao argumento relativo ao efeito confiscatório da multa aplicada** – Este pleito foi rejeitado por unanimidade de votos, sob o entendimento de que a aplicação da multa se deu em conformidade com que determina a lei, não sendo competência desta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 48 da Lei nº 15.614/2014. **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 do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da

Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da Recorrente, Dr. Samuel Matoso.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 23 de 10 de 2.017.

Antônia Helena Teixeira Gomes
PRESIDENTE

José Sidney Valente Lima
CONSELHEIRO RELATOR

Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA

Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior
CONSELHEIRO

Anneline Magalhães Torres
CONSELHEIRA

Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO

Pedro Jorge Medeiros
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO