



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
2ª CÂMARA

RESOLUÇÃO N°: 216 / 2008

SESSÃO: 4ª Sessão Extraordinária de 26/05/2008.

PROCESSO DE RECURSO N°: 1/134/2006

AUTO DE INFRAÇÃO : 1/200521322

RECORRENTE: C H NOGUEIRA DE MORAES

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATORA : FRANCISCA MARTA DE SOUSA.

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE VENDAS. Relata os autos que a empresa no período fiscalizado omitiu vendas de mercadorias. Infração detectada através da análise da Conta Mercadoria. Afastadas as nulidades suscitadas em grau de Recurso. Provado nos autos a configuração do ilícito apontado. **Dispositivos Infringidos:** art. 92, parágrafo 8, inciso IV da Lei n° 12.670/96 e artigos 127, 169, 174 e 177 do Decreto n° 24.569/97. **Penalidade:** aplicada ao caso a tipificada no artigo 123, inciso III, alínea "b" da Lei n° 12.670/96, com redação da Lei n° 13.418/03. Recurso Voluntário Conhecido e Desprovido. Decisão por Unanimidade de votos pela confirmação da decisão condenatória prolatada em 1ª Instância, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, aprovado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração lavrado contra a empresa, a seguinte acusação fiscal:

"Falta de emissão de documento fiscal, em operação ou prestação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1 A e/ou série D e Cupom Fiscal. O contribuinte deixou de emitir documentos fiscais em 2000, no montante de R\$ 44546,94, conforme conta mercadoria em anexa."

CRÉDITO TRIBUTÁRIO :

ICMS: R\$ 7.572,97 e MULTA: R\$ 13.364,08.

O autuante apontou como dispositivos legais infringidos os artigos 127, 169, 174 e 177 do Decreto n° 24.569/97 e sugeriu como penalidade à inserta no artigo 123, inciso III "b" da lei n° 12.670/96, alterada pela lei n° 13.418/03.

Nas Informações Complementares às fls.3 dos autos, o autuante apenas ratifica o feito fiscal apresentando em seguida o "Demonstrativo da Conta Mercadoria".

Inicialmente o processo encontra-se instruído com os documentos indicados às fls. 3 dos autos.

A empresa autuada não interpõe impugnação ao feito fiscal, sendo lavrado às fls. 40 dos autos o respectivo "Termo de Revelia".

O processo foi encaminhado ao Contencioso Administrativo Tributário e submetido a Julgamento.

A Julgadora Singular diante das peças processuais entendeu devidamente caracterizado o ilícito fiscal, decidindo pela "PROCEDENCIA" da ação fiscal.

A empresa autuada inconformada com a decisão proferida interpõe Recurso Voluntário para o Egrégio Conselho de Recursos Tributários, arrazoando em síntese os seguintes argumentos:

1. Que o Auto de Infração é oriundo de um Pedido de Baixa Cadastral formulado no dia 05.12.2005 pelo recorrente junto a Célula de Auditoria Fiscal.
2. Que no dia 06.12.05, o fiscal designado para proceder os trabalhos fiscalizatórios emitiu o Termo de Notificação nº 2005.22772, já com o levantamento da Conta Mercadoria realizado, momento em que ressalta a rapidez do fiscal, que em prazo inferior a 24h corridas procedeu a Notificação em questão.
3. Alega que a Intimação não foi efetuada pela ciência pessoal do contribuinte, mas por AR, sendo que não foi

assinado pelo atuado que sequer tomou conhecimento deste ato administrativo, razão de não ter procurado o Fisco no prazo da notificação para sanar e esclarecer seus procedimentos fiscais de escrituração.

4. Por fim alega a existência de vício insanável no presente lançamento tributário por impedimento do Agente Fiscal, o qual encontrava-se impedido para a prática deste ato, visto que inobservou o prazo legal de 10 dias ofertado ao contribuinte para que pudesse cumprir espontaneamente com a obrigação tributária ali reclamada.
5. Salaria o recorrente, que a contagem do prazo em debate, consoante o art. 46, Parágrafo 7º, II, do Decreto nº 25.468/99 tem como lustro inicial a juntada do AR ao Processo de Baixa, motivo pelo qual este prazo fluiria até às 18h do dia 19, e o fiscal inadvertidamente lavrou o Auto de Infração neste mesmo dia, porém, às 8.50h.
6. Com estes argumentos, requer a nulidade do Auto de Infração por impedimento do agente fiscal, face o disposto no artigo 32 da lei nº 12.732/97.

A Consultoria Tributária emite o Parecer de nº 470/07, opinando pelo Conhecimento do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento, para que seja mantida a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, o qual, foi aprovado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese é o Relatório.

VOTO DA RELATORA

A questão que ora se me apresenta, conforme dantes relatado, denuncia que a empresa autuada no período fiscalizado omitiu vendas de mercadorias no montante de R\$ 44.546,94, (Quarenta e Quatro Mil, Quinhentos e Quarenta e Seis Reais e Noventa e Quatro Centavos).

Eis na integra o disposto na peça exordial :

“Falta de emissão de documento fiscal, em operação ou prestação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1 A e/ou série D e Cupom Fiscal. O contribuinte deixou de emitir documentos fiscais em 2000, no montante de R\$ 44546,94, conforme conta mercadoria em anexa.”

A Julgadora Singular diante das peças processuais, pelos fundamentos expendidos às fls 42/44 dos autos entendeu devidamente caracterizado o ilícito fiscal, decidindo assim pela “PROCEDENCIA” da ação fiscal.

Inconformada com a “decisum” proferida, a empresa, ora recorrente interpõe às fls 51/52 dos autos Recurso Voluntário para o Egrégio Conselho de Recursos Tributários.

Devidamente recepcionado o Recurso, os autos subiram a esta Egrégia 2ª. Câmara de Julgamento, sendo-me distribuído mediante sorteio.

E procedo à apreciação da peça Recursal.

APRECIÇÃO DO RECURSO

Examinando com bem vagar as razões levantadas no bojo do presente recurso, de logo observa-se que o recorreu apenas aduziu questões prejudiciais aos aspectos meritórios - nulidades, não adentrando em nenhum momento na questão de fundo da presente lide.

Neste panorama passo inicialmente a apreciação destes argumentos, quais sejam:

Primeiramente alega o recorrente que o Auto de Infração deve ser considerado NULO por conter vícios e erros insanáveis, que comprometem a constituição do crédito tributário, pois " In Casu" a Intimação não fora efetuada pela ciência pessoal do contribuinte, mas por AR, de modo que sequer tomou conhecimento deste ato administrativo, razão de não ter procurado o Fisco no prazo da Notificação para sanar e esclarecer seus procedimentos fiscais de escrituração.

Relativamente a este argumento teço as seguintes considerações:

Na hipótese dos autos observa-se que o "TERMO de NOTIFICAÇÃO" a que reporta-se a nulidade em debate, teve sua ciência com amparo na modalidade INTIMATÓRIA denominada por Carta - com Aviso de Recepção, conforme visualiza-se às fls. 06 dos autos.

Urge salientar, que esta forma de Intimação encontra agasalho em nossa legislação processual, consoante o estatuído no art. 26 da lei nº 12.732/97, "Ipsis Literis" :

Art.26. " A intimação far-se-á sempre na pessoa do autuado ou responsável e do fiador, ou do requerente em procedimento especial de restituição, podendo ser firmada por sócio, mandatário, preposto ou advogado regularmente constituído nos autos do processo, pela seguinte forma:

I- Por servidor fazendário, mediante entrega de comunicação subscrita pela autoridade competente;

II- Por Carta, com Aviso de Recebimento;

III- Por Edital.

(...)

§3º. Quando feita na forma prevista no inciso II, a intimação será comprovada pela assinatura do intimado, seu representante, preposto, empregado ou assemelhado no respectivo Aviso de Recepção ou pela declaração de recusa firmada por servidor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos."

(...)

§5º *Considera-se feita a intimação:*

(...)

II- Na data da juntada ao processo do Aviso de Recepção, se realizada por carta." (grifos nossos)

Com esteio na norma acima reproduzida entendo inexistir dúvidas no que concerne à legalidade da forma de intimação realizada, principalmente porquê o endereço para o qual foi encaminhado o prefalado "Termo" reporta-se ao devidamente indicado pela empresa por ocasião de seu Cadastramento / Alteração Cadastral junto a SEFAZ.

Ademais, exsurge dos autos, que o recorrente não alegou quaisquer inconsistências nestes dados, tanto que, quando da realização de outro ato processual intimatório - "Comunicação Da Publicação do Edital de Intimação nº 62/07" (fl.47), o qual foi enviado para o mesmo endereço, demonstra de modo inequívoco que teve conhecimento deste ato administrativo, tanto que ingressou nos autos e apresentou voluntariamente o recurso ora em apreciação.

Assinale-se ainda, que o recorrente recepcionou o presente Auto de Infração e todos os documentos que o embasaram, os quais foram enviados para o mesmo endereço inserido na NOTIFICAÇÃO, demonstrando a meu ver, que o recorrente teve sim, todas as

condições de apresentar validamente defesa ao presente lançamento tributário.

Desde modo, ante as considerações acima expendidas, a meu sentir, apenas a forma de intimação realizada - Carta - AR, de per si, não tem, o condão de invalidar o presente lançamento tributário.

Ademais, relembro ao recorrente a máxima com relação à teoria das nulidades, qual seja: "não existirá nulidade ,se não houver efetivo prejuízo às partes."

Nesta esteira, preleciona inclusive nossa legislação processual, Decreto nº 25.468/99, em seu artigo 53 § 5º, " In Verbis" :

"Art.53. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

.....omissis....

"§ 5º Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo as partes". (grifos nossos).

E prossigo.

Aprecio neste momento a segunda preliminar de nulidade levantada pelo recorrente, ou seja, aquela que se ancora no impedimento do Agente Fiscal, pois no entender do recorrente, este agente encontrava-se legalmente impedido para a prática do ato administrativo, visto que inobservou o prazo legal de 10 dias ofertado ao contribuinte para que pudesse cumprir espontaneamente com a obrigação tributária ali reclamada.

Eis abaixo o meu entendimento:

Inicialmente cumpre observa-se que o ato designatório n° 2005.27719, constante às fls. 5 dos autos, fora proveniente de um pedido de baixa cadastral formulado pela empresa autuada junto ao órgão da SEFAZ de sua circunscrição fiscal, sob o número 45263702005.

Diante deste pedido de baixa voluntariamente interposto pelo recorrente, foi designado, nos termos da legislação vigente, servidor fazendário, para proceder tarefa de fiscalização de que trata o Projeto "Auditoria Fiscal, Motivo Baixa Cadastral relativamente ao período de 01.01.2000 a 29.11.2005.

Cumprе destacar, que a Baixa a Pedido, refere-se ao procedimento em que o contribuinte, resolvendo efetuar o encerramento de suas atividades comunica esta decisão ao Fisco e neste momento, apresenta de modo espontâneo toda a sua documentação fiscal e contábil referente aos cinco últimos anos, para que a repartição proceda à devida fiscalização, com a cobrança, se houver, de alguma obrigação tributária, para tanto, notificando o contribuinte para, no prazo assinalado, satisfazer a obrigação, no gozo da espontaneidade.

A respeito, reza o art. 24 da Instrução Normativa N° 33/93, no tocante a este procedimento, "in verbis":

"Art. 24. Na hipótese de baixa a pedido, o contribuinte fará requerimento nos termos do anexo VI, formalizando conforme o disposto no item 5° ,§ 1 do artigo 19 e o apresentará ao chefe do órgão local, que adotará as seguintes providências:

...omissis...

III - Verificada alguma irregularidade, notificará o contribuinte para saná-la no prazo de 10 dias respeitado o caráter de espontaneidade previsto na legislação.- (grifos nossos).

IV - Findo esse prazo sem que o contribuinte regularize sua situação, será lavrado o auto de infração".

Pois bem, no caso de que se cuida infere-se que o atuante de posse da documentação fiscal da empresa elaborou o demonstrativo da Conta Mercadoria que dormita às fls. 4 dos autos e ato contínuo NOTIFICOU a empresa para no prazo de 10 dias contados a partir da ciência desta recolher o crédito tributário ali consignado.

Indiscutivelmente em obediência aos ditames do art. 24 da I. N 33/93, acima reproduzida, até que transcorra o prazo de dez dias da notificação, a autoridade fiscal não poderá lavrar Auto de Infração, o que implicaria em notória preterição ao direito de defesa da empresa.

Na hipótese dos autos, data *maxima venia* o entendimento do recorrente, a meu entender, este não procedeu corretamente à contagem do prazo legal instituído na I.N nº 33/93, pois em tal mister confundiu *Procedimento Administrativo Fiscal* com *Processo Administrativo Fiscal*, esquecendo que o primeiro tem caráter apuratório e inquisitorial, precedendo ao próprio lançamento tributário, enquanto o segundo somente se inicia, em nossa legislação processual com a Revelia ou com a Impugnação do contribuinte ao lançamento já constituído.

Neste contexto, na hipótese dos autos - ciência por AR- Aviso de Recepção, não flui a contagem dos prazos a partir de nenhuma juntada ao Processo de Baixa Cadastral como entendeu o recorrente, pois na fase em que se emitiu este Termo, ainda não

existia nenhum Processo Administrativo Tributário instaurado , sendo o mesmo considerado apenas uma etapa do iter procedimental fiscalizatório, anterior a própria lavratura do Auto de Infração, motivo pelo qual não há que se cogitar da contagem do prazo nos moldes realizado pelo recorrente, ou seja , com base no art. 46, § 7º II, do decreto nº 25.468/99, o qual, como já exaustivamente mencionado refere-se a juntada do AR ao Processo Administrativo Tributário.

Nesse sentido, indiscutivelmente a contagem do prazo legal de 10 dias deve estrita obediência ao disposto no artigo 48 e 49 do Decreto nº 25.468/99, tendo no entanto como lustro inicial de sua contagem, o dia seguinte ao real recebimento do AR, nos termos ali consignado, que no caso *in concretum* coincide com o dia 07.12.05, com término em 16.12.05 - numa Sexta-Feira, motivo pelo qual o autuante em estrita observância a este prazo somente lavrou o presente Auto de Infração em 19.12.05, respeitando portanto em toda amplitude à espontaneidade ofertada legalmente na Instrução Normativa em relevo.

Diante de todas as considerações expendidas, afastos as preliminares suscitadas neste recurso, por ter a convicção pessoal, que o presente Auto de Infração não apresenta em seu seio, nenhum vício formal que tenha o condão de cercear o direito de defesa do recorrente.

No que atine aos aspectos meritórios, salta-nos aos olhos que o ilícito anunciado encontra-se agasalhado no método de fiscalização denominado "Conta Mercadoria".

Referido procedimento fiscal leva em consideração como a própria nomenclatura sugere, a análise da movimentação de mercadorias da empresa, tendo em vista que estas representam seu objeto primordial de existência. Referido método, visa obter um diagnóstico tributário da empresa, à luz dos valores de suas compras, vendas, estoque final e inicial.

Por oportuno menciono que o procedimento fiscal e contábil adotado pelo fiscal encontra-se legalmente previsto no artigo 827, do Decreto nº 24.569/97, " In Verbis :

Art. 827. O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal e contábil em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.

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

IV - montante da receita líquida inferior ao custo dos produtos vendidos, ao custo das mercadorias vendidas e ao custo dos serviços prestados no período analisado."

Na hipótese dos autos, o agente fazendário averiguando os documentos fiscais da empresa entregue ao Fisco por ocasião do seu pedido de baixa cadastral elaborou o demonstrativo da Conta Mercadoria carreado às fls. 4 dos autos, diagnosticando a Omissão de Vendas ora reclamada neste processo.

Apreciando com bem vagar a prova da materialidade do ilícito denunciado, pessoalmente não detectei nenhum erro, nenhuma distorção que tivesse o condão de invalidar ou mesmo modificar referido levantamento.

Indiscutivelmente o agente atuante colheu e acostou aos autos de modo claro e fundamentado as provas que demonstram o cometimento da infração denunciada.

Examinando as peças que consubstanciam os autos torna-se de primordial importância salientar, que o recorrente, conforme se deflui das Informações Complementares, fls 3/ 4 dos autos, teve acesso incondicional a todo o levantamento realizados pelo fiscal, de modo que foi-lhe ofertado elementos suficientes e necessários para o pleno exercício do direito de defesa, com esteio nos princípios que regem o Processo Administrativo Tributário.

De modo cristalino reluz do presente caderno processual, que o recorrente não acostou quaisquer elementos meritórios extintivos

ou modificativos que demonstrasse a inconsistência da acusação apontada na inicial.

Desse modo, entendo plenamente caracterizada a infração denunciada no presente auto de infração, tendo assim o recorrente contrariado as normas tributárias preceituadas nos artigos 127, 169 e 174 do Decreto n° 24.569/97, "Ipsis litteris":

"Art.127. Os contribuintes do imposto emitirão conforme as operações e prestações que realizarem, os seguintes documentos fiscais:

I - Nota Fiscal, modelo 1 ou 1A."

"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 mercadorias ou bem."

"Art.174. A nota fiscal será emitida:

I - Antes de iniciada a saída de mercadoria ou bem."

Pelas razões aqui expendidas deve a empresa recorrente submeter-se à penalidade tipificada no art. 123, inciso III, alínea "b" da Lei n° 12.670/97, com a nova redação da Lei n° 13.418/03, abaixo transcrita :

"Art.123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

III- Relativamente à documentação e à escrituração:

b) deixar de emitir documento fiscal: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação."

Ex Positis, não tenho como agasalhar a tese defendida pelo recorrente, pois presente nos autos à configuração da materialidade do ilícito tributário, motivo pelo qual, VOTO para que, se Conheça do Recurso Voluntário, negando-lhe Provimento, no sentido confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, aprovado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

ICMS: R\$ 7.572,97 e MULTA: R\$ 13.364,08.

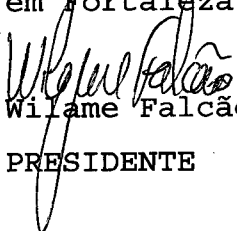
Eis como entendo a questão, eis como VOTO.

DECISAO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente: : C. H NOGUEIRA DE MORÃES e recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, já tendo por unanimidade de votos, conhecido do recurso voluntário e rejeitado a preliminar de nulidade nele suscitada, resolve, no mérito, também por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 24 de Junho de 2007.


José Wilame Falcão de Souza

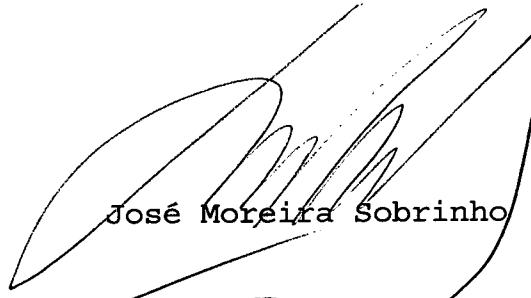
PRESIDENTE

CONSELHEIROS:

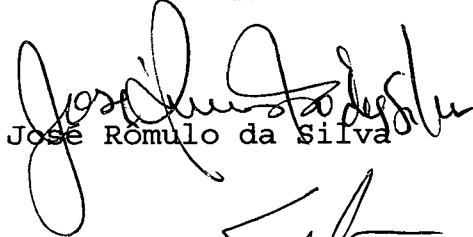
Silvana Carvalho
Petelinkar

Lima Marcos Antonio Brasil

Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA RELATORA



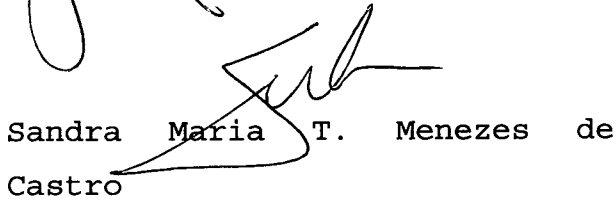
José Moreira Sobrinho



José Rômulo da Silva



Sebastião Almeida Araújo



Sandra Maria T. Menezes de Castro

Jeritza Gurgel Holanda Rosário
Dias

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO