

Proc. : 1/ 3661/2006
A:1/200620104



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

RESOLUÇÃO Nº: 239/ 2008
SESSÃO: 12.06.08
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3661/2006
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200620104
RECORRENTE: CARLOS ALBERTO ARAÚJO
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATORA: FRANCISCA MARTA DE SOUSA.

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE RECEITAS. Relatam os autos que a empresa no período fiscalizado omitiu receitas decorrentes das vendas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais. Infração detectada através da análise da Conta Mercadoria. Afastado o pedido de extinção processual e de nulidade suscitados em grau de recurso. Provado nos autos, a configuração do ilícito apontado. **Dispositivos Infringidos:** art. 92, Parágrafo 8º, inciso IV da Lei nº 12.670/96 e artigos 127, 169, 174 e 177 do Decreto nº 24.569/97. **Penalidade:** aplicada ao caso a tipificado no artigo 123, inciso III, alínea "b" da Lei nº 12.670/96, com redação da Lei nº 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.

Proc. : 1/ 3661/2006
Al:1/200620104

RELATÓRIO

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

"Omissão de receita identificada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil, sem emissão de documento fiscal. No valor de R\$ 222.871,90 (duzentos e vinte e dois mil, oitocentos e setenta e um reais e noventa centavos) relativo ao exercício de 2002, referente produtos tributados da cesta básica, conforme informações complementares e planilhas em anexo."

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 15.601,03 e MULTA: R\$ 66.861,57.

O autuante apontou como dispositivo legal infringido o artigo 92, Parágrafo 8º, da Lei nº 12.670/96 e sugeriu como penalidade à inserta no artigo 123, III "b" da lei 12.670/96, alterado pela lei nº 13.418/03.

Nas Informações Complementares às fls. 3 dos autos, o autuante relaciona todos os documentos que embasaram o Auto de Infração,

Proc. : 1/ 3661/2006

Al:1/200620104

discrimina o crédito tributário e ratifica a acusação disposta na exordial.

A autuada intempestivamente às fls. 19/27 dos autos apresenta seus argumentos de defesa, que em síntese são os seguintes:

- A indicação dos dispositivos legais infringidos é totalmente imprecisa e acaba por dificultar a defesa do contribuinte.

- O Auto de Infração limitou-se a apontar o Parágrafo 8º do art. 92, da lei nº 12.670/96, esquecendo no entanto que este possui sete incisos, todos caracterizando fatos distintos um dos outros.

- Alega não saber como apresentar sua defesa, pois não entende qual "o fato " elegeu o fiscal para caracterizar Omissão de Receitas.

- Diz que os vícios acima citados acarretam a nulidade do Auto de Infração, pois o relato do mesmo não é claro, nem preciso o suficiente para permitir o enquadramento objetivo ao dispositivo constante no Regulamento do ICMS.

No que atine ao mérito alega os seguintes argumentos:

- Em tempo algum a empresa realizou Omissão de Receitas.

- Diz que se o fiscal tivesse examinado toda a documentação da empresa (livros e notas fiscais) jamais teria sobrevivido

autuação alguma, porque todas as mercadorias comercializadas saíram de seu estabelecimento mediante a emissão das respectivas notas fiscais de vendas e sempre com alto valor agregado e com grande receita líquida.

- Argumenta que a autuação é Improcedente em virtude de não ter ocorrido no mundo fático os acontecimentos que foram utilizados pelo Fiscal para justificar suas conclusões, motivo da improcedência do Auto de Infração.

- Diz que existe um desalinho, uma absoluta inaptidão do relatório feito pelo autuante para fins de identificar uma omissão de receitas, uma vez que os dados que compõem dito relatório não correspondem a realidade das operações praticadas pelo autuado, segundo seus livros e documentos fiscais.

- Alega que o Ônus da prova cabe a quem alega, apresentando Resolução deste CONAT que trilha neste entendimento.

- O agente fiscal não atuou como os cuidados reclamados pelo sistema de prova, motivo da Improcedência do Auto de Infração.

- Diz que a penalidade não pode ser aplicada ao caso, pois se verídicos fosse os fatos, estes se harmonizam com Omissão de Receitas e não como Omissão de Saídas.

- Apenas *Ad argumentandum tantum*, nos diz que, se por acaso o Auto de Infração for julgado Procedente, ainda assim não perderia o direito ao benefício da redução da base de cálculo.

Proc. : 1/ 3661/2006

Al:1/200620104

- Entende a impugnante que somente as saídas efetuadas sem as devidas notas fiscais - Omissão de Saídas é que acarretariam a perda do benefício da redução da base de cálculo.

- Sustenta que para comprovar a realização de uma Omissão de Saída a fiscalização teria que necessariamente elaborar um levantamento físico das mercadorias e indicar as saídas efetuadas sem notas fiscais.

- Por fim requer: A nulidade do auto de infração, ou, não sendo este o entendimento, a sua total Improcedência.

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

O Julgador 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 apresenta Recurso Voluntário para o Egrégio Conselho de Recursos Tributários reiterando os mesmos argumentos levantados por ocasião da interposição da peça impugnatória constantes às fls. 19/27 deste caderno processual, momento em que requer:

- A Nulidade da decisão prolatada pelo Julgador de 1ª Instância, tendo em vista a carência de fundamentação.

Proc. : 1/ 3661/2006

AI:1/200620104

- Nulidade por cerceamento do direito de defesa por inobservância ao disposto no artigo XIV do Decreto n° 25.468/99.

- Extinção do auto de infração por restar configurada a ausência de provas atestando a ocorrência da infração atribuída ao recorrente.

- Por fim a Improcedência do feito fiscal.

A Consultoria Tributária emite o Parecer de n°486/07, 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

BREVE SINOPSE DOS FATOS

O lançamento tributário corporificado no Auto de Infração de número 2006.20104, ora em julgamento nesta Egrégia 2ª Câmara de julgamento relata seguinte acusação fiscal:

"Omissão de receita identificada através de levantamento financeiro/ fiscal/ contábil, sem emissão de documento fiscal. No valor de R\$ 222.871,90 (duzentos e vinte e dois mil, oitocentos e setenta e um reais e noventa centavos) relativo ao exercício de 2002, referente produtos tributados da cesta básica, conforme informações complementares e planilhas em anexo."

A empresa autuada às fls. 19/27 dos autos impugnou o lançamento tributário.

O Julgador Singular após análise das peças que consubstanciam os autos firmou convencimento pela Procedência do feito fiscal, nos termos do fundamentado às fls. 31/33 dos autos.

Insatisfeita com a decisão proferida, a autuada interpõe na forma da legislação processual vigente Recurso Voluntário para o Egrégio Conselho de Recursos Tributários deste CONAT.

Proc. : 1/ 3661/2006

Al:1/200620104

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

E passo a apreciação do presente recurso.

APRECIÇÃO DO RECURSO

A questão que ora se me apresenta, conforme dantes relatado, anuncia que a empresa autuada no período fiscalizado omitiu receitas de vendas tributadas no montante de R\$ 222.871,90 (Duzentos e Vinte e Dois Mil, Oitocentos e Setenta e um Reais e Noventa Centavos), relativamente ao período auditado de 01.2002 a 12.2002.

Examinando as razões levantadas no bojo do presente recurso, observa-se a existência de questões prejudiciais aos aspectos meritórios, as quais devem ser apreciadas preliminarmente.

E assim procedo.

O recorrente inicialmente pugna pela nulidade da decisão de 1ª Instância por entender que não dispõe da fundamentação necessária a justificar a Procedência do citado lançamento e ter advindo desta omissão a preterição do seu direito de defesa.

Proc. : 1/ 3661/2006

Al.1/200620104

Relativamente a este argumento expendo abaixo o meu entendimento.

Analisando-se minuciosamente o teor da decisão monocrática, constante às fls 30/ 33 dos autos vê-se a cores vivas que o Ilustre Julgador Singular, em nenhum momento afastou-se ou declinou-se de analisar todos os argumentos carreados aos autos.

Extrai-se de seu conteúdo, sem sombra de dúvidas, que esta autoridade administrativa, firmou seu convencimento pela "Procedência" do feito fiscal, exercendo o controle do ato administrativo consoante a análise de todos os elementos e argumentos colacionados aos autos.

Deste modo, entendo que o Julgador Singular fez a devida subsunção dos fatos a norma, materializando-se o "decisum" num ato devidamente fundamentado, de modo a permitir ao recorrente os meios indispensáveis para o pleno exercício do seu direito de defesa, motivo pelo qual não merece acolhida o argumento nulificador supra arguido.

E contínuo na análise das preliminares levantada pela parte....

O recorrente pugna pela nulidade do Auto de Infração sobre a alegativa de infringência ao artigo 33, XIV do Decreto n°

Proc. : 1/ 3661/2006

Al.1/200620104

25.468/99, pois o agente fiscal limitou-se apenas a apontar o Parágrafo 8º do art. 92, da lei nº 12.670/96, esquecendo que este possui sete incisos, todos caracterizando fatos distintos uns dos outros, o que indiscutivelmente causou cerceamento ao seu direito de defesa.

Apreciando o acima levantado pelo recorrente observo que lhe assiste, pois salta aos nossos olhos que o agente fiscal apesar de indicar expressamente o dispositivo que considerou infringido - qual seja: artigo 92, Parágrafo 8º da lei nº 12.670/96, efetivamente não especificou qual dos incisos ali enumerados subsume-se a infração ora noticiada.

Todavia, compulsando com bem vagar o teor da peça inaugural deste processo observo que o mesmo apresenta-se de modo claro e preciso no descrever os elementos que ensejaram a presente autuação, trilhando inclusive por encaminhar o recorrente, para obter esclarecimentos maiores sobre os fatos geradores da infração nas "informações complementares e planilhas" acostada aos autos.

A meu pensar, torna-se perfeitamente identificável e compreensiva a acusação inserida no corpo do auto de infração, o mesmo apresenta-se de modo conciso e com fundamentação clara do ilícito apontado, permitindo ao recorrente o entendimento do que estar sendo-lhe imputado e desta forma assegurando-lhe a

apresentação de defesa válida com esteio nos princípios do contraditório e na ampla defesa.

Assim, pela simples leitura do relato básico inserido na peça exordial e diante da omissão da indicação do inciso ora debatido, não tiver o recorrido entendido perfeitamente o ali disposto, basta como anuncia o auditor, recorrer ao relatório complementar a peça inaugural, -"Informações Complementares", fls 3/4, e as planilhas acostadas aos autos, especialmente aquela que dormita às fls.14 dos autos, onde visualiza-se todos os elementos necessários à perfeita compreensão das causas de fato e de direito, aflorando-se assim de forma cristalina os motivos que embasaram a obrigação tributária aqui reclamada.

Indiscutivelmente, o conjunto de informações acostadas aos autos, que foram devidamente recebidas pelo recorrente, com muito esmero oferta-lhe à descrição clara do motivo pelo qual o lançamento foi procedido, sendo suficientes para o pleno exercício do seu direito de defesa, não havendo jamais que falar-se em suprimento deste direito subjetivo.

Por oportuno, menciono que a empresa na realidade apresenta defesa dos fatos relatados no auto de infração e não propriamente nos dispositivos legais infringidos.

A despeito, o artigo 33 do Decreto nº 25.468/99, assim nos comanda:

"Art.33. O Auto de Infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:

.....

XI Descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado e, se necessário a melhor elucidação da ocorrência, o registro dos fatos e elementos contábeis e fiscais, em anexo do Auto de Infração, ou ainda fotocópia de documentos comprobatórios de infração;

.....

XIV Indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva pena pecuniária;

.....

§2. A ausência da indicação referida no inciso XIV não ensejará nulidade, desde que o

Proc. : 1/ 3661/2006

AI:1/200620104

relato do auto de infração seja claro e preciso."(GM)

Assim, entendo também não merecer guarida a preliminar supra suscitada.

Por último mergulho na análise do pedido de declaração de Extinção processual reclamado pelo recorrente, tendo como fundamento a ausência de provas que efetivamente ateste a ocorrência do ilícito denunciado.

Sustenta ainda o recorrente que os totalizadores elaborados pelo autuante também cerceou o amplo exercício do seu direito de defesa.

"Ab Initio" , informo que no caso "in concreto" todas as planilhas que embasaram a autuação fiscal encontram-se carreadas neste caderno processual, as quais foram devidamente ofertadas ao recorrente.

Relembro ainda que os dados ali inseridos foram extraídos dos Sistemas Informatizados da SEFAZ e da própria documentação da empresa.

Assim, do meu ponto de vista pessoal, os demonstrativos que repousam nos autos proporcionaram a mais ampla possibilidade de

Proc. : 1/ 3661/2006

Al:1/200620104

defesa ao recorrente com base nos princípios basilares do Processo Administrativo Tributário - Contraditório e Ampla Defesa.

Inferese ainda da prejudicial ao mérito ora em apreciação, que a parte considera as provas produzidas pela fiscalização de sobremodo deficientes, frágeis e portanto insubsistentes e impossíveis de demonstrar a materialidade do ilícito apontado, motivo assim da extinção processual requerida.

Neste momento consigno, que tenho conhecimento de corrente interpretativa no seio deste órgão administrativo de julgamento, que perfilha na mesma linha de entendimento defendida pelo recorrente, ou seja, a de que, a falta de elementos probantes suficientes para sustentar um lançamento tributário conduz o processo inevitavelmente a sua extinção processual, tendo como embasamento legal o disposto na norma abaixo citada, "In Verbis":.

Art. 63. Extingue-se o processo:

I. Sem julgamento de mérito:

a) quando a autoridade acolher a alegação de coisa julgada;

b) quando não ocorrer a possibilidade jurídica, a legitimidade da parte e o interesse processual;

c) pela decadência;

d) pela remissão;

Proc. : 1/ 3661/2006

AI:1/200620104

e) pela anistia, quando o crédito tributário se referir apenas a multa;

f) com a extinção do crédito tributário pelo pagamento. (grifos nossos).

Nesse sentido, exemplificativamente as Resoluções de nºs 326/2005 e 515/05, todas provenientes da 1ª. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários deste CONAT, vejamos:.

Resolução nº 326/05.

1ª Câmara de Julgamento.

Processo nº: 1/00553/2001.

Sessão de : 11.03.2005.

Relatora: Helena Lúcia Bandeira Farias.

“Ementa: Omissão de Saída- Detectada através do SLE. Decide-se por unanimidade de votos pela reforma da decisão singular, declarando-se EXTIMO, o presente processo, de acordo com o art. 54, I, “b” da Lei nº 12.732/97. A metodologia utilizada pela fiscalização apresenta falhas que comprometem a credibilidade do levantamento fiscal, uma vez que, utiliza-se de diversas unidades de medidas para a mesma mercadoria. O levantamento produzido pela fiscalização como meios de prova da acusação, não foi suficiente para o convencimento do fato tipificado na inicial, com a devida convicção, certeza e liquidez.”

Resolução nº 515/2005.

1ª. Câmara de Julgamento

Processo nº1/3415/2003.

Sessão de : 16. junho de 2005.

Relator: Manoel Marcelo Augusto Marques Neto.

Proc. : 1/ 3661/2006

AI:1/200620104

*"Ementa: ICMS Omissão de saídas- EXTINGUICAO
PROCESSUAL Processo Administrativo
Tributário julgado Extinto sem exame do
mérito, pela ausência de comprovação material
do ilícito apontado na peça inicial. Decisão
condenatória proferida em 1ª. instância
reformada com amparo no art. 54, I, "b" da lei
nº 12.732/97, reproduzido no art.63, I, "b", do
Decreto 25.468/99. Recurso Oficial Conhecido e
não provido. Decisão por unanimidade de
votos."*

No que pese as decisões e interpretações acima enunciadas, peço vênha para discordar deste entendimento, pelas razões abaixo explicitadas.

A meu sentir, o alcance da condição constante no item "b" do artigo 63 do Decreto nº 25.468/99, - não possibilidade jurídica do pedido, refere-se àquelas situações, em que o ordenamento jurídico não aceita, não admite juridicamente a existência do pedido formulado.

A meu pensar, a impossibilidade jurídica que se amolda com o alcance da norma em análise, encontra-se atrelada intrinsecamente aos aspectos processuais, condicionando -se, portanto a noção de proibição ou não no ordenamento jurídico.

Assim, a condição essencial para amparar qualquer pedido, seja ele administrativo, seja judicial, resume-se inevitavelmente no requisito indispensável, de que o pedido consubstanciado possua existência no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, tenha

previsão específica de existência ou não conte com proibição expressa.

Nesse sentido, as eternas lições do processualista "Humberto Theodoro Junior," que assim nos preleciona:

"Humberto Theodoro Junior considera que a possibilidade jurídica indica exigência de que deve existir, abstratamente, no ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação, citando em abono de sua posição Buzaid e Liebman. Salienta que essa condição atribui ao julgador um juízo prévio, de admissibilidade, sobre a "Viabilidade jurídica da pretensão deduzida, pela parte em face do direito positivo em vigor, não se tratando, porém de conformidade do pedido específico ao direito material correspondente, na medida em que tal postura levaria a conclusão de mérito, repercutindo, portanto, em procedência ou improcedência". (Citações da Obra, o Processo Tributário, de, Cleide Previtalli Cais, 3ª. edição, ed. Ver. Dos tribunais, pg.150)."

No mesmo sentido, perfilham os entendimentos dos mestres processualistas a seguir citados:

"Moacyr Amaral Santos, (Primeiras Linhas..., 19ª. ed. Vol. 1, pg. 167) sustenta que as condições da ação são, "requisitos que esta deve preencher para que se profira uma decisão de mérito". Elenca as três condições: a) possibilidade jurídica do pedido.; b) interesse de

agir; c)qualidade para agir. Afirma que a possibilidade jurídica é condição que está ligada à pretensão e que se refere à previsão legal, em abstrato, daquela pretensão, "entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo".(Citação extraída da Obra Curso Avançado de Processo Civil, 2ª. Ed, Editora Revista Dos Tribunais, Pg. 135).

E ainda....

"Vicente Greco Filho (Direito...12ª. ed. Vol.1, pg. 77) afirma que a vinculação entre pretensão e direito da ação, esta em relação de instrumentalidade diante daquela, faz, com que existam três condições que está sujeito o exercício da ação: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica. No que tange a esta última condição, esse autor a entende como juridicamente possível o pedido sempre que a ordem jurídica contiver previsão a respeito da providência requerida pelo autor. "Sua finalidade prática esta em que não é conveniente o desenvolvimento oneroso de uma causa quando desde logo se afigura inviável, em termos absolutos, o atendimento da pretensão porque a ordem jurídica não prevê providência igual a requerida, ou porque a ordem jurídica expressamente proíba a manifestação judicial sobre a questão."(Citação extraída da Obra Curso Avançado de Processo Civil, 2ª. edição, Editora Revista Dos Tribunais, Pg. 135).

Ainda nessa linha de entendimento, convém ressaltar, que a possibilidade jurídica do pedido deve ser feita à luz dos princípios que informam os ramos do direito, assumindo

Proc. : 1/ 3661/2006

AI:1/200620104

destarte, feição diferenciada, a depender portanto de um ou outro ramo do direito.

No caso de que se cuida - matéria tributária, ancorado nos princípios da legalidade, da tipicidade tributária, com maior fervor, a verificação da possibilidade jurídica do pedido, pois somente permite-se aquilo que a lei expressamente determina.

No tocante a matéria de direito público, e em especial naquelas atinentes a direito tributário, reitero, que deve existir no ordenamento jurídico pátrio uma previsão específica, admitindo a pretensão do pedido formulado.

A despeito, e por pertinente ao caso, consigno, que o procedimento adotado ao presente caso encontra amparo legal no artigo 92 da Lei nº 12.670/96, "Ipsis litteris ":

Art.92 "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 saída de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucro do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos".

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

MV- 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 fiscal utilizando-se de método legalmente aceito em nosso direito pátrio curvou-se ao demonstrativo com base na Conta Mercadoria - no qual coexistem todos os elementos imprescindíveis para verificação ou não da ocorrência do ilícito ora reclamado.

No caso vertente, entendo, que uma vez sendo a empresa enquadrada como contribuinte do ICMS, dando ensejo aos fatos geradores do imposto, perfeitamente possível a descoberta, se porventura existente, da Omissão de Saídas através do método contábil da Conta Mercadoria.

Assim, o agente fiscal procedeu à lavratura do Auto de Infração em perfeita consonância com a legislação tributária que rege a matéria.

Destarte, ao proceder os trabalhos fiscalizatórios, utilizando-se deste método, como dito anteriormente, legalmente instituído no seio da Administração Tributária, vindo a inferir-se pela existência de enganos, erros e distorções no levantamento que ampara a prova material do ilícito reclamado, deve-se perquirir, não da impossibilidade jurídica de pedido por

Proc. : 1/ 3661/2006

AJ:1/200620104

ausência ou fragilidade das provas, mas pela própria improcedência do feito fiscal, pois assim o agente autuante não teria conseguido provar concretamente a existência do ilícito reclamado no auto de infração.

Reitero, no meu humilde entendimento, os erros, as imperfeições e as distorções, que por ventura existam nos dados apresentados na planilha da Conta Mercadoria em tela, são a meu sentir, aspectos que necessariamente devem ser observados pelo Julgador por ocasião da apreciação de mérito da lide e não numa fase anterior a esta, como a que ocorre com os aspectos processuais.

Ante as considerações expendidas entendo não merecer guarida o pedido de extinção processual levantado pelo recorrente.

No tocante a questão de fundo da presente lide, urge reiterar 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, objetiva obter um diagnóstico tributário da empresa, à luz dos valores de suas compras, vendas, estoque final e inicial.

Proc. : 1/ 3661/2006

Al:1/200620104

Como dantes já mencionado por ocasião da análise do pedido de extinção processual suscitado pelo recorrente, o procedimento fiscal e contábil aplicado ao caso encontra-se legalmente previsto em nossa legislação tributária, ex vi art. 92 Parágrafo 8º, IV acima reproduzido.

A ação fiscal foi desenvolvida em perfeita sintonia com o princípio da legalidade, não havendo qualquer motivo para considerá-la desprovida de dados concretos para sustentar a acusação apontada.

Na hipótese dos autos, a motivação do Auto de Infração ancorou-se na norma tipificada no art. 92, parágrafo 8º, inciso IV da lei nº 12.670/96, que constitui -se em uma presunção legal relativa, elegida assim pelo legislador tributário como uma Omissão de Receitas, podendo ser devidamente desconstituída pelo recorrente à luz de todos os meios de provas admitidos em direito.

Deste modo, na hipótese dos autos, ao proceder à auditoria no estabelecimento da empresa, o agente fazendário detectou a ocorrência de Omissão de Receitas nos moldes acima enunciado, tendo por dever legal proceder à constituição do crédito tributário, e em contrapartida caberá ao contribuinte - recorrente demonstrar a inoccorrência da relação de causalidade com o fato denunciado.

Para ilustrar este voto, colaciono os ensinamentos de "Cândido Dinamarco", conforme excerto extraído da obra Processo Administrativo Tributário, de autoria da mestra Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas "Ipsis literis" :

"A técnica das presunções relativas, como é ressabido, conduz a inversão do ônus da prova e não a soluções radicalizadas. As presunções relativas projetam -se na teoria da prova, como se vê, mediante alterações no objeto da prova (demonstração do indício e não do fato probando em si mesmo) e na distribuição do ônus probandi (provado o indício, tem-se por cumprido o ônus pelo interessado, passando ao adversário o encargo de provar o contrário." (Processo Administrativo Tributário, Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, pg. 210, 2008, 3ª ed.. Ed. Malheiros).

Relativamente a polêmica levantada pelo recorrente entre as diferenciações entre Omissão de Vendas e Omissão de Receitas, por comungar "In totum" com o entendimento proferido pela nobre Consultora Tributária em seu Parecer- fls.57, peço-lhe vênia para reproduzir o ali expendido "In verbis ":

"esclarecemos que a omissão de receita indica vendas de mercadorias sem nota fiscal. Ora, o Parágrafo 8, em seus incisos I a VII elenca uma série de irregularidades fiscais que poderão ser cometidas por contribuintes do ICMS, resultando via de regra em omissão de receitas e, por via de consequência em omissão de venda de mercadorias, já que caberá ao autuado provar que as receitas por venturas obtidas em seu estabelecimento tiveram fonte outras que não a de venda de mercadoria, posto que não se justifica o prejuízo obtido no confronto entre receita operacional líquida e custo das mercadorias vendidas."

Por fim, com esteio no demonstrativo da Conta Mercadoria que repousa às fls.14 dos autos, retrata-se que a omissão de receitas denunciada neste processo é proveniente da diferença entre o montante do Custo das Mercadorias Vendidas e o montante da Receita Líquida do período analisado, valores estes referentes às mercadorias tributadas e que de acordo com a legislação pertinente ao ICMS configura uma omissão de receitas decorrente da venda de mercadorias sem as respectivas notas fiscais de saídas.

Neste panorama, conclui-se que acertadamente agiu o agente autuante ao aplicar a penalidade ao caso concreto - omissão de vendas, pois o mesmo possui sua atividade plenamente vinculada à lei, não podendo portanto escolher a seu critério a

Proc. : 1/ 3661/2006

Al:1/200620104

oportunidade e conveniência de querer ou não praticar o ato e menos ainda de modificar ao arrepio da lei a penalidade cabível.

A autoridade administrativa agiu em estrito cumprimento ao que preceitua o artigo 142 do CTN, senão vejamos :

"Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante devido, identificar o sujeito passivo, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

Parágrafo Único: "Atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

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.

Proc. : 1/ 3661/2006

AI:1/200620104

Indiscutivelmente o agente autuante 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 novamente mencionar 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 seu direito de defesa.

Saliento que o recorrente não apontou na prova material do ilícito denunciado quaisquer erros ou distorções que tivesse o condão de extinguir ou mesmo modificar o crédito tributário reclamado neste Auto de Infração.

Desse modo, entendo plenamente caracterizada a infração denunciada neste processo, tendo assim o recorrente contrariado as normas tributárias preceituadas nos artigos 127, 169 e 174 do Decreto nº 24.569/97, "Ipsis literis":

Proc. : 1/ 3661/2006
A:1/200620104

"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 VIII 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 nº 12.670/97, com a nova redação da Lei nº 13.418/03, abaixo transcrita :

"Art.123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades,

Proc. : 1/ 3661/2006
AI:1/200620104

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."

Por derradeiro, consigno que a meu pensar, não se coaduna com a hipótese dos autos o arrazoado pelo recorrente no tocante a perda do benefício da redução da cesta básica, pois no caso *sub examine* a fiscalização não aplicou nenhuma redução na base de cálculo, tendo aplicado à alíquota de 7%, sobre a base tributável encontrada, conforme atesta o disposto na peça inaugural deste Processo Administrativo Tributário.

Menciono ainda, que comungo inteiramente do entendimento exarado pelo nobre Julgador Singular, às fls. 57 dos autos, quando assim pronuncia-se :

"No caso sob análise, tendo ocorrido saídas de mercadorias sem notas fiscais, deveria ter sido lançado o ICMS no auto de infração á alíquota

Proc. : 1/ 3661/2006

AJ:1/200620104

de 17% (Dezessete por cento) e não 7% (Sete por cento)..... Sugerimos que seja refeita a ação fiscal para cobrança do valor do ICMS que deixou de ser lançado no auto de infração (em razão de ter sido o ICMS calculado a alíquota de 7% e não de 17% - houve afinal, vendas sem notas fiscais, devendo por isso ser desconsiderados quaisquer benefícios que eventualmente usufruam as operações."

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\$ 15.601,03 e MULTA: R\$ 66.861,57.

Eis como entendo atualmente questão, eis como VOTO.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente: CARLOS ALBERTO ARAÚJO e recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários após, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, **resolve: 1. Em relação à preliminar de extinção** suscitada em grau de recurso, tendo como fundamento a ausência de provas: rejeitada por unanimidade de votos, uma vez que o fiscal autuante acostou aos autos, planilhas resultantes dos trabalhos de fiscalização; **2. Em relação à nulidade da decisão de 1ª Instância:** afastada, por unanimidade de votos, uma vez que o julgador singular analisou todos os itens da impugnação; **3. Em relação às preliminares de nulidade do processo suscitadas sob o argumento de cerceamento do direito de defesa:** afastadas por unanimidade de votos, visto que nenhuma irregularidade formal se vislumbra, tanto que o contribuinte pode contrapor-se em ambas as instâncias; **4. Em relação ao mérito:** A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos dos votos dos respectivos conselheiros relatores e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, aprovado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Proc. : 1/ 3661/2006

A:1/200620104

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 07 de Julho de 2008.


JOSÉ WILAME FALÇÃO DE SOUZA

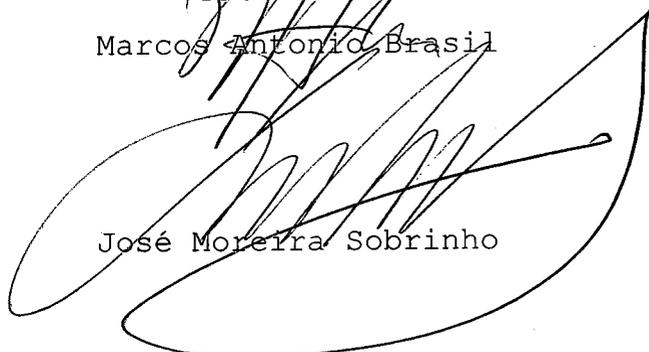
PRESIDENTE

UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE

PROCURADOR DO ESTADO


Marcos Antonio Brasil

Silvana C. Lima Petelinkar


José Moreira Sobrinho

Francisca Marta de Sousa


RELATORA

Sandra Maria Tavares M. de Castro.


Sebastião Almeida Araújo


Ana Maria M. Timó Holanda


Pedro Eleutério de Albuquerque.