

ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº: 456/2005
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE 12/05/2005 - (97ª SESSÃO)
PROCESSO DE RECURSO N.º: 1/003398/2002 AI No. 1/200207849
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: PLASTFLEX EMBALAGENS LTDA
CONSª RELATORA: ELIANE RESPLANDE FIGUEIREDO DE SÁ

EMENTA: ICMS - OMISSÃO DE SAÍDAS. Venda de mercadorias sem a devida documentação fiscal, período de Janeiro a Abril de 2002. Afastada por maioria de votos a preliminar de nulidade declarada no julgamento singular, modificando-se a decisão de Nulidade para Procedência. Os elementos acostados aos autos são provas suficientes para caracterizar a prática de venda de mercadorias sem os respectivos documentos fiscais. Aplicação da penalidade mais benéfica - art.123, III, "b" da Lei 12.670/96 com redação alterada pela Lei 13.418/03. Recurso Oficial Conhecido. Dado Provimento.

RELATÓRIO:

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: "Deixar de emitir documento fiscal. No período compreendido entre 01/Janerio a 09/Abril de 2002 constatamos que a empresa acima identificada efetuou a venda de mercadorias diversas no montante de R\$145.861,41 desacompanhados da emissão dos documentos fiscais devidos".

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art.878, inciso III, alínea "b" do Dec.24.569/97.

A empresa vem aos autos apresentar instrumento impugnatório e traz como fundamento, o seguinte: - Que o agente fiscal partiu de suposições, imaginando determinadas situações como prováveis, sem possuir base concreta para chegar a suposto crédito tributário; que o AI fora lavrado ao

arrepio da Lei; que não existem fatos concretos que permitam a plena defesa da impugnante; que o impugnante levantou um montante com base em "orçamentos", mero informativo da empresa ao pretense cliente, bem como extrato de conta corrente do Sistema GIM, dali extraindo absurdas conclusões; que o Fisco desatendeu o princípio da amplitude de defesa; que a falta de elementos concretos para fundamentar a autuação – Nulidade; que os orçamentos em nenhum momento revelam existência de venda efetiva, ao contrário, diz respeito a controle gerencial no tocante a atendimentos as clientes; que o Auto de Infração apresenta-se passível de nulidade por não atender aos comandos contidos na regulamentação aplicável; que houve o arbitramento com base em presunção de receitas; que comprovada a inobservância de critérios básicos na aferição da receita, impõe-se a nulidade dos lançamentos, por não se encontrarem revestidos da necessária legalidade. Pleiteia, por fim, a nulidade da ação fiscal; a realização de perícia; a desconstituição do Auto de Infração.

Às fls.1876 a julgadora monocrática solicita Perícia por entender que se trata de conta mercadoria.

O Laudo Pericial ratifica a Base de Cálculo para Omissão de Saídas no montante de R\$145.861,41.

Em Primeira Instância decidiu-se pela NULIDADE do lançamento. Ementa: "A falta de elementos constitui impedimento para o exercício da ampla defesa e do contraditório, haja vista a impossibilidade da comprovação da acusação pela ausência de elementos imprescindíveis à sua confirmação, deixando portanto de obedecer aos ditames contidos no art.32, inciso XI do Dec.25.468/99". Entende que, ocorreu tão somente um mero princípio de prova, que os orçamentos anexados aos autos pelo autuante não são provas suficientes para comprovar a ocorrência do fato gerador de venda de mercadoria. Recurso de Ofício.

Através do Parecer de Nº 267/2005, a Consultoria Tributária opina pelo conhecimento do Recurso Oficial negando-lhe provimento no sentido de confirmar a decisão singular. Tudo referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado.

VOTO:

A matéria que nos é colocada a exame, é concernente ao fato de que a empresa recorrida teria praticado a venda de mercadorias sem a emissão de Notas Fiscais no período de Janeiro a Abril de 2002, caracterizando, assim, Omissão de Saídas.

A omissão fora no importe de R\$ 145.861,41 (cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e sessenta e um reais e quarenta e um centavos)

A presente ação fiscal teve origem a partir de denúncia formulada ao CEPAF de que a empresa utilizava "orçamentos" em substituição às Notas Fiscais, quando da venda de mercadorias. Tal infração fora constatada "in Loco".

A empresa argumenta que o agente fiscal partiu de suposições imaginando determinadas situações como prováveis, sem possuir base concreta para chegar à suposto crédito tributário. No entanto, observam-se, por amostragem, dado ao grande número de orçamentos anexados aos autos quantias, tais como R\$1,90 (fls.15); R\$1,00 (fls.16); R\$1,30 (fls.18); R\$1,30 (fls.19), tidas como orçamentos. Questiona-se fora realizado orçamentos para valores tão irrisórios? E várias vezes ao dia e de forma sempre continuada no decorrer dos meses?

Ora, não se trata de mera suposição, os orçamentos foram emitidos pela própria empresa e são prova robusta da pratica reiterada que vinha procedendo à empresa.

Os questionamentos de como por dois anos consecutivos a empresa conseguiu comprar mais do que vender e o fato de permanecer com um percentual de agregação sempre negativo em nenhum momento foram justificados pela empresa.

O AI, por ser ato administrativo, possui sim a presunção de legitimidade, que há de ser derogada por prova em contrário por parte da acusada. No entanto, a empresa quedou-se inerte. Não contraproduziu elementos que pudessem descaracterizar a infração.

O fisco procedeu a uma apuração concreta, fez várias averiguações. Os orçamentos estão com a identificação da empresa, código do vendedor/venda e denotam a ocorrência de operações mercantis que decorreram com a efetiva saídas das mercadorias.

Ressalte-se que, o entendimento primeiro do levantamento ter sido realizado através de Conta Mercadoria fora equivocado bem como a alegação de que os orçamentos anexados aos autos pelo autuante não são provas suficientes para comprovar a ocorrência do fato gerador de venda de mercadoria

A *contrario sensu* as provas acostadas aos autos poderiam ser tidas como insuficientes, um mero princípio de prova ou inaptas, se o método adotado fosse o de uma Conta Mercadoria, técnica contábil que se destina a verificar se nas operações de vendas de mercadorias a empresa obteve lucro ou prejuízo em suas transações comerciais, onde o Custo das Mercadorias

Vendas pode ser conhecido através de uma composição simples: $CMV=EI+C-EF$ e o Resultado Bruto decorre do confronto entre a Receita de Vendas e o Custo das Mercadorias Vendidas, podendo também ser analisado como oriundo da diferença entre Receita Líquida de Vendas e o Custo das Mercadorias Vendidas. Ocorre que, em nenhum momento se constata nos autos a realização de aludida técnica.

O critério adotado fora fruto de diversos fatores e dados, tais como: as declarações prestadas pela empresa através das Guias Informativas Mensais dos ICMS (SISTEMA GIM - Conta Corrente); o percentual de agregação da empresa sempre negativo; o grande número de orçamentos emitidos; a denúncia formulada ao CEPAF. Enfim, não fora uma constatação isolada e sim uma série de elementos que confirmaram a prática de vendas de mercadorias sem os respectivos documentos fiscais. O trabalho fiscal, ao nosso ver, respeitadas as opiniões em contrário, está bem consolidado.

Ademais, "o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar presa aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante às provas, desde que obtidas por meios lícitos, a Administração detém liberdade plena de produzi-las".

Em rápidas pinceladas, relembramos que o ICMS é o imposto que tem como fato gerador às operações de circulação de mercadorias e que a omissão de vendas visa demonstrar que ocorreu a falta da emissão do documento fiscal correspondente a operação realizada, assim como a falta do registro nos respectivos livros fiscais, quando emitido o documento fiscal próprio.

Quanto ao pedido de prova pericial suscitada pela recorrida de forma superficial, a bem da verdade a infração, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que não houve formulações de quesitos, ou outros questionamentos que necessitasse de um perito.

Caberia, sim, a recorrida, comprovar suas alegativas pontualmente e não superficialmente aduzir que o Fisco desatendeu o Princípio da Amplitude de Defesa e que há falta de elementos concretos para fundamentar a autuação. Logo, não há nada que justifique uma perícia.

Assim, não vislumbramos, "in casu", a menor possibilidade de vir a recorrida a ser prejudicada ou cerceada no seu direito de defesa pela não realização da prova pericial que se afigura, além de desnecessária, de caráter meramente protelatório.

Em virtude de tudo o que ficou exposto, segue-se à conclusão de que ocorrera infração a legislação em regência e afastamos conseqüentemente a nulidade do processo declarada em 1ª Instância.

Isto posto, **VOTO** no sentido de:

Que seja afastada a preliminar de nulidade do julgamento singular e no mérito para que se conheça do Recurso Oficial, dar-lhe provimento, a fim de que seja modificada a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância e julgar pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, com a aplicação da penalidade do Art.123, III, "b" da Lei 12.670/96 com redação alterada pela Lei 13.418/03, por ser mais benéfica ao contribuinte.

DEMONSTRATIVO:

BASE DE CÁLCULO: R\$ 145.861,41

ICMS: R\$ 24.796,43

MULTA: R\$ 43.758,42 (30%)

TOTAL: R\$ 68.554,85

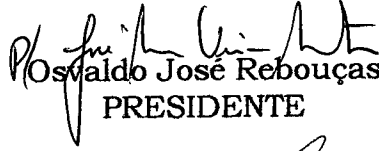
É o voto.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E RECORRIDO PLASTFLEX EMBALAGENS LTDA**

RESOLVEM, os membros da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por MAIORIA de votos, afastar a preliminar de nulidade do julgamento singular, sendo votos vencidos os dos conselheiros Ildebrando Holanda Junior e Marcelo Reis de Andrade Santos Filho e no mérito, também por MAIORIA conhecer do Recurso Oficial dar-lhe provimento para modificar a decisão declaratória de nulidade proferida pela 1ª Instância e decidir-se pela **PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal, aplicando-se retroativamente o art.123, III, "b" da Lei 12.670/96 com redação alterada pela Lei 13.418/03 em face de ser mais benéfica ao contribuinte, nos termos desse voto e em desacordo com a douta Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos conselheiros Ildebrando Holanda Junior e Marcelo Reis de Andrade Santos Filho que se pronunciaram pela Improcedência da autuação. Ausente a conselheira Vanessa Albuquerque Valente.

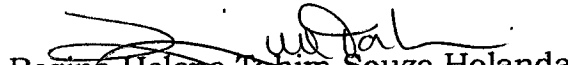
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS em Fortaleza, aos 24 de JUNHO de 2005.


Osvaldo José Rebouças
PRESIDENTE

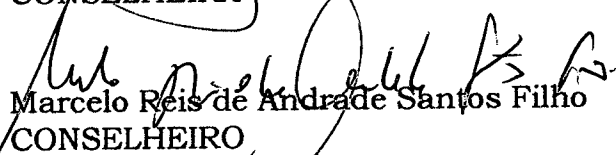

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
CONSELHEIRA RELATORA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA

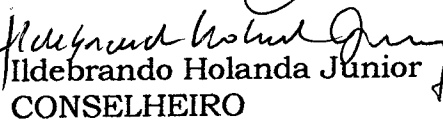

Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA


Regina Helena Tahim Souza Holanda
CONSELHEIRA

José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO