



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 533/2009

2ª CÂMARA

152ª SESSÃO DE 12/08/2009

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/2592/2001 AI: 1/200108275

RECORRENTE: FONCEPI - FONTENELLE CÊRAS DO PIAUÍ S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ MOREIRA SOBRINHO

EMENTA: ICMS. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. DIFERENÇA DETECTADA NO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE EM 1999. NULIDADE DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA POR MAIORIA. PROCEDÊNCIA. REENQUADRAMENTO DA PENALIDADE À LEGISLAÇÃO VIGENTE POR SÊ-LA MAIS BENIGNA. UNANIMIDADE.

1. Mediante análise do Relatório Totalizador do Levantamento de Quantitativo de Estoque de Mercadorias foi constatado a saída de mercadorias sem emissão de documentos fiscais.
2. Após realização de perícia, foi encontrado novo montante para omissão de saídas, porém deve ser considerado aquele considerado pela fiscalização.
3. A nulidade de cerceamento do direito de defesa do contribuinte, por entender que a metodologia utilizada na ação fiscal é inadequada por se tratar de indústria foi afastada, sob o entendimento de que não houve tal cerceamento em virtude do contribuinte ter se defendido adequadamente na 1ª e na 2ª Instâncias.
4. **Dispositivos Infringidos:** Arts. 169, I, e 174, I, do Decreto 24.569/97.
5. **Penalidade:** Art. 123, inciso III, alínea "b", da Lei 12.670/96, alterado pela 13.418/2003.
6. Defesa tempestiva e não provida. Lançamento julgado procedente.
7. Recurso Voluntário conhecido e não provido.
8. Decisão em consonância com a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância e Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O CONSELHEIRO JOSÉ MOREIRA SOBRINHO (RELATOR):

O Auto de Infração descreve a seguinte acusação fiscal:

"Deixar de emitir documento fiscal. Após Levantamento Quantitativo de Estoque referente 1999, onde tomamos como base as suas notas fiscais de entrada e saída, bem como, seus estoques iniciais e finais, ficou constatado uma diferença caracterizada como omissão de saída no montante de R\$ 571.560,50 conforme informação complementar em anexo."

O fiscal autuante apontou como dispositivos legais infringidos o artigo 127 do Decreto 24.569/97, sugerindo como penalidade a inserta no artigo 878, inciso III, alínea b, do Decreto 24.569/97.

Inicialmente, os seguintes documentos instruem o presente processo: Auto de infração e informações complementares, Ordem de Serviço 2001.15438, Termo de Início de Fiscalização nº 2001.09391, Totalizador do Levantamento Quantitativo de Estoque de Mercadorias, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2001.09836, Relatórios de Entradas e Saídas de Mercadorias, cópia dos livros inventários de 1996 a 1999 e Aviso de Recebimento - AR do presente auto de infração e respectivos anexos.

A autuada apresentou impugnação e documentos (fls. 31/64) ao lançamento requerendo a improcedência do auto de infração, o que fez sob as seguintes alegações:

- ✓ Não cuidou a fiscalização de fazer qualquer levantamento de maior profundidade com o fito de que efetivamente fosse demonstrada a veracidade do suposto ilícito fiscal (omissão de saídas);
- ✓ Insustentável a autuação em face da planilha anexa à defesa, contendo resumo geral de todos os tipos de cera com matéria-prima, na qual comparou o procedimento do contribuinte com o do agente fiscal;
- ✓ A suposta omissão ocorreu pelo não pagamento de ICMS em 1999, referente a 163.303 quilos de cera de carnaúba;
- ✓ As mercadorias em tela sofreram as seguintes operações: matriz → filial em Fortaleza (autuado) → armazém geral → filial em Fortaleza (autuada);
- ✓ Estas operações foram acobertadas por nota fiscal de remessa, de acordo com a previsão legal;
- ✓ A diferença detectada no Levantamento Quantitativo de Estoque decorreu da inobservância da remessa e retorno de mercadorias entre a recorrente e o armazém geral;

- ✓ *Em sendo regular os registros contábeis entre Filial e Armazém, conforme planilha "1" anexada pela autuada, a fiscalização não levou em consideração as seguintes operações:*
 - *na entrada do armazém geral, a remessa da filial no valor de 246.500 quilos; nem*
 - *na saída do armazém geral, o retorno para a filial para venda de 607.650 quilos;*
- ✓ *Logo, desconsiderou as operações internas entre filial e o armazém e, por conseqüência, ensejou a nulidade da autuação em face da insuficiência de elementos para imputar a acusação fiscal;*
- ✓ *Jamais se poderia considerar como saída de mercadorias a simples remessa das mesmas para fins de depósito em armazém geral e desconsiderar como entrada o retorno destas do armazém;*
- ✓ *Que o procedimento de transferência de mercadorias da autuada para depósito em armazém está previsto nos arts. 575 e 576 do RICMS;*
- ✓ *Que a falta de emissão da documentação fiscal da autuada para o armazém, sem incidência de ICMS, resultou apenas em descumprimento de obrigação acessória, sem prejuízos para o Fisco;*
- ✓ *Aduz que somente poderia haver infração pelo descumprimento de obrigação acessória de não ter emitido nota fiscal de remessa nas operações entre autuada e o armazém;*
- ✓ *Consoante planilha "1" (fl. 52), demonstra o contribuinte que, não considerando as remessas nem os retornos entre ele e o armazém, os valores das entradas e saídas permanecem inalterados. Os valores são idênticos quando considerado a remessa da filial na entrada da autuada e o retorno para a filial para venda na sua saída;*

Sensível às alegações da autuada, a nobre julgadora de 1ª Instância baixou o feito em diligência pericial e solicitou que: fosse refeito o Quadro Totalizador do Levantamento Quantitativo do Estoque de Mercadorias; se os valores encontrados forem divergentes dos valores lançados, fosse definido a nova base de cálculo para o presente caso; bem como fosse identificado quaisquer outras informações e/ou documentos que viessem a facilitar a decisão do processo em questão.

A CEPED emitiu laudo pericial (fls. 68/69) com as seguintes considerações:

1. *Verificou-se que as notas fiscais de entradas foram sim consideradas pelo levantamento do auditor, conforme fls. 07/10, exceto a NF de entrada 512, de 08/03/99, razão pela qual foi providenciado sua inclusão no novo Quadro Totalizador, resultando em majoração do lançamento;*
2. *Contatou-se que todas as NF's de saídas de simples remessa do armazém para a filial foram consideradas, conforme fls. 11/15.*
3. *Foi elaborado novo Quadro Totalizador do Quantitativo de Mercadorias;*
4. *Apresentou uma omissão de saída no montante da nova base de cálculo de R\$ 622.310,50;*
5. *Juntou-se Termos de Intimações, dos AR's, cópia autenticada da NF de entrada 512 e do novo Totalizador.*

Sobre o laudo retro, a autuada apresentou manifestação (fls. 171/172), na qual asseverou que:

1. A perícia adotou os mesmo critérios levantados pelo auditor fiscal durante a ação fiscal, ou seja, desconsiderou a **remessa da filial** no valor de 246.500 quilos na entrada da Filial, bem como o **retorno para a filial para venda** de 607.650 na saída do Armazém;
2. A perícia se reservou exclusivamente a checar documentos fiscais, conforme termo de intimação de fls. 72/73, permanecendo não verificada os registros na contabilidade do contribuinte, a qual faz prova a seu favor;
3. Não foi analisado detalhes relacionados ao processo industrial da empresa para quantificação do estoque, posicionando-se apenas aos cálculos matemáticos, findando-se em omissão de receita.
4. Alegou que a perícia foi intempestiva; e levantou apenas dados matemáticos, encontrando valores divergentes e a maior;
5. Por fim, requereu a desconsideração do laudo pericial.

Em seguida, o processo foi encaminhado a Célula de Julgamento de 1ª Instância deste CONAT para ser submetido a Julgamento.

Em análise as peças que consubstanciam os autos do presente processo, pelos fundamentos expendidos às fls. 180/182, a Julgadora Singular decidiu pela Procedência do feito fiscal, reenquadrando a penalidade prevista no art. 123, inciso III, alínea *b*, da Lei 12670/96, em face da alteração implementada pela Lei 13.418/2003, consoante art. 106, inciso II, alínea *c*, do CTN.

Às fls. 190/195, a autuada interpôs recurso voluntário contra a decisão proferida na Instância Singular, no qual aduziu, em síntese, suas razões jurídicas:

- ✓ *Carece de certeza do levantamento tributável real em face da não utilização de método técnicos e legais necessários a determinar a verdade material, posto que o fiscal autuante não considerou nenhum quantum para as perdas do processo produtivo;*
- ✓ *Há falta de razoabilidade e eficiência, pois o fiscal se apegou a lançar valores nas planilhas, sem, contudo, adentrar nas características das operações internas e externas realizadas, inclusive por ser a Recorrente indústria da transformação de matérias-primas em produto acabado.*
- ✓ *Não houve embasamento fático e legal consistente.*
- ✓ *Não foi levado em consideração pela fiscalização na planilha de apuração do movimento real tributável:*
 - *As perdas oriundas da transformação de matérias-primas em produtos acabados: a transformação de alguns produtos acabados que, por sua vez, são submetidos a novo processo de transformação em outros produtos acabados com outras características e especificações técnicas;*

- *Desprezou as operações internas entre os estabelecimentos da mesma empresa (recorrente e depósito em armazém), a qual não possui circulação econômica (mudança de titularidade), tendo em vista os estabelecimentos serem da mesma empresa;*
- *Colacionou súmula 166 do STJ e diversos julgados acerca da não incidência sobre deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.*
- ✓ *Mão tem fundamento a acusação fiscal de omissão de saída;*
- ✓ *A subversão dos princípios que regulam o ICMS, especificamente o que dispõe o art. 827 do RICMS, mormente pelas provas irrefutáveis do cometimento de erros e deficiências na elaboração do demonstrativo Totalizador;*
- ✓ *Absoluta incoerência da acusação de omissão de receitas em face do desprezo dos procedimentos técnicos aplicáveis a indústria de transformação para a apuração da conta mercadorias na contextura do levantamento.*

A Consultoria Tributária exarou Parecer nº 006/09 (fls. 198/200), opinando pelo conhecimento do recurso voluntário, negar-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão singular condenatória proferida em 1ª instância.

Submetido o recurso voluntário ao crivo da 2ª Câmara desse CONAT na 45ª Sessão, de 04/03/2009, o Conselheiro Walbene Graça Ferreira Filho pediu vista dos autos deste processo, o que foi concedido pelo Conselheiro Presidente.

Em face do pedido de vista daquele conselheiro, o mesmo suscitou preliminar de nulidade absoluta no sentido de que os elementos para delimitar a acusação fiscal são insuficientes no presente caso em face da natureza industrial de transformação da recorrente, e, no mérito, alegou erro de apuração do ICMS e inoportunidade de fato gerador deste tributo nas operações de remessa e retorno de mercadorias entre o estabelecimento recorrente e o armazém geral estabelecido neste Estado.

Submetido novamente a julgamento na 105ª Sessão, de 03/06/2009, após ter sido afastada a preliminar de nulidade argüida pelo Conselheiro Walbene Graça Ferreira Filho e iniciado o exame do mérito, a Conselheira Silvana Carvalho Lima Petelinkar pediu vista dos presentes autos, o que foi deferido pelo Conselheiro Presidente.

É O RELATÓRIO.

VOTO

O CONSELHEIRO JOSÉ MOREIRA SOBRINHO (RELATOR): Trata-se de recursos voluntário da autuada em face da decisão que julgou procedente a ação fiscal.

Preliminarmente, o Conselheiro Walbene Graça Ferreira Filho argüiu nulidade absoluta pela insuficiência de elementos para delimitar a acusação fiscal em face da natureza industrial de transformação da recorrente e, por isso, houve cerceamento do direito de defesa.

Referida nulidade foi afastada por maioria de votos, prevalecendo o entendimento da Câmara de que não houve cerceamento de defesa, posto que a recorrente se defendeu adequadamente na 1ª e 2ª Instâncias.

Observa-se que o recorrente discorda da autuação, porém não apresenta nenhuma contra prova, tal como documento(s) fiscal(is): de remessa de mercadorias para o armazém geral e retorno destas para a recorrente; baixa de estoque por perdas; dentre outros.

Desta feita, resta a apreciação do mérito recursal.

Analisando a acusação lastreada nos presentes autos, constata-se configurado o ilícito fiscal. A planilha constante à fl. 4 mostra a divergência entre os valores consignados no livro Registro de Entradas e Saídas e os estoques inicial e final do ano de 1999.

Por essa razão, os argumentos entabulados pelo Julgador Singular na decisão condenatória de fls. 180/183 não merecem reparos, vez que restou comprovado nos presentes autos que a autuada vendeu mercadorias sem a devida documentação fiscal e, por isso, transgrediu os arts. 169, I, e 174, I, do Decreto 24.569/97:

"Art. 169. Os estabelecimentos, excetuados os de 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;"

E, como penalidade da conduta omissiva, foi-lhe atribuída a penalidade tipificada no art. 123, inciso III, alínea "b", da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2003, por ser mais benéfica do que aquela prevista na redação originária do mesmo dispositivo legal.

Lei 12.670/96

"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;"

Destarte, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida pela Instância Singular e julgar procedente a ação fiscal, de acordo com o parecer exarado pela Consultoria Tributária, ratificado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO


Base de Cálculo.....	R\$ 571.560,50
ICMS.....	R\$ 97.165,28
MULTA (30%).....	R\$ 171.468,15.
TOTAL.....	R\$ 268.633,43

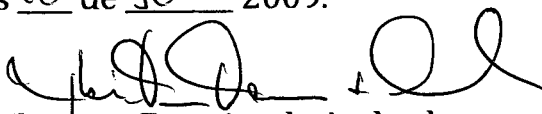
DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **FONCEPI – FONTENELLE CÊRAS DO PIAUÍ S/A** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA**,

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários RESOLVE, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, e, por maioria de votos, afastar a preliminar de nulidade suscitada pelo Conselheiro Walbene Graça Ferreira Filho, em sua manifestação decorrente de pedido de vistas, sob a alegação de cerceamento do direito de defesa do contribuinte, por entender que a metodologia utilizada na ação fiscal é inadequada por se tratar de indústria da transformação. Foram votos vencidos, favoráveis à nulidade, o Conselheiro Relator e Conselheiro Marcos Antônio Brasil. A nulidade foi afastada sob o entendimento de que não houve cerceamento do direito de defesa, posto que o contribuinte defendeu-se adequadamente na 1ª e na 2ª Instâncias. No mérito, a 2ª Câmara resolve, por unanimidade, negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 06 de 10 2009.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


José Romulo da Silva
CONSELHEIRO


Marcos Antônio Brasil
CONSELHEIRO



Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO RELATOR


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Sandra Mª Tavares Menezes de Castro
CONSELHEIRA


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA