



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº. 053 /2011
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
210ª. SESSÃO ORDINÁRIA EM: 07/12/10
PROCESSO Nº 1/5647/2007
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200713159-1
RECORRENTE: FRANCISCO DE ASSIS COSME
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 2ª INSTÂNCIA
AUTUANTE: Francisco Aloisio Leitão e Marcus Aurélio Binda de Queiroz
MATRÍCULA: 035.621-1-5 e 105.794-1-4
RELATORA: Conselheira Sandra Arraes Rocha

EMENTA: ICMS – 1. **OMISSÃO DE SAÍDAS** 2. A empresa autuada apresentou uma *omissão de receitas*, detectada através de Levantamento da Conta Mercadoria, onde constatou-se a vendas de mercadorias em valor inferior ao custo, relativas ao exercício de 2004, no valor de R\$ 617.338,92. 3. Recurso voluntário conhecido e não provido. 4. Auto de Infração julgado **PROCEDENTE**, por unanimidade dos votos, em razão da comprovação da infração. Afastada a preliminar de nulidade argüida pela recorrente. Confirmada a decisão proferida pela instância singular, em conformidade com o Parecer da *Consultoria Tributária*, acatado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. 4. Infringência ao art. 92 §8º IV da Lei 12.670/96. 5. Penalidade inserta no art. 123, III, alínea “b” da Lei 12.670/96, com alteração dada pela Lei 13.418/03.

RELATÓRIO

A presente demanda refere-se ao auto de infração lavrado por *omissão de saídas*, detectada através de Levantamento da Conta Mercadoria, onde constatou-se a realização de vendas de mercadorias em valor inferior ao custo, relativas ao exercício de 2004, no valor de R\$ 617.338,92. O ilícito fiscal supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2007.21653, renovada pelo ato designatório nº. 2007.27813, objetivando executar *auditoria fiscal*, referente ao período de 01/01/04 a 31/12/05, junto à empresa





GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Francisco de Assis Cosme. Auto de infração lavrado em 22/10/07, com fulcro no art. 92, § 8º, inc. IV da Lei 12.670/96.

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 30/07/07 de forma pessoal, consoante comprova a aposição da assinatura do representante da empresa no termo de início de fiscalização às fls. 06, ocasião em que foi intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias, os livros e documentos fiscais/contábeis mencionados no mesmo termo.

O processo, originalmente, foi instruído com auto de infração nº. 200713159-1 às fls. 02, informações complementares às fls. 03/04, ordens de serviços nºs. 2007.21653 e 2007.27813 às fls. 05 e 07, termos de início de fiscalização nºs. 2007.19114 e 2007.24147 às fls. 06 e 08, , , termo de conclusão de fiscalização nº. 2007.25440 às fls. 09, cópia do *Livro de Entrada* às fls. 10/27, cópia do *Livro de Saídas* às fls. 28/49, cópia do livro de *Registro de Inventário* às fls. 50/142, cópia do *Livro de Apuração de ICMS* às fls. 143/180, planilha de *Demonstrativo da Conta Mercadoria* e *Conclusão* às fls. 181/182, cópia da procuração às fls. 183, telas de Consulta ao Sistema GIM às fls. 184/197, Documentação Fiscal à Disposição do Contribuinte às fls. 198, termo de juntada às fls. 199 termo de revelia e despacho às fls. 207. O auto, em epígrafe, relatou *expressis verbis*:

“OMISSÃO DE RECEITA IDENTIFICADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FINANCEIRO/FISCAL/CONTÁBIL, SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. ATRAVÉS DA METODOLOGIA DA DEMONSTRAÇÃO DA CONTA MERCADORIA, CONSTATOU-SE QUE O VALOR LÍQUIDO DAS VENDAS FOI INFERIOR AO CUSTO DAS MERCADORIAS VENDIDAS, CARACTERIZANDO-SE OMISSÃO DE VENDAS. OMISSÃO DE VENDAS NO EXERCÍCIO DE 2004, NO MONTANTE DE R\$ 617.338,92, CONFORME INF. COMPL. E DOC. ANEXA.” (*sic*).

O auditor sugeriu como penalidade a preceituada no art. 123, III, alínea “b”, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, isto é, o pagamento de multa equivalente a 30% sobre o valor da operação ou prestação. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Base de Cálculo	RS 617.338,92
Alíquota	17,00%
ICMS (principal)	R\$ 104.947,61
Multa (30%)	R\$ 185.201,68
TOTAL	RS 290.149,29

A ciência do auto de infração foi realizada em 24/10/07, de forma pessoal, consoante comprova a aposição da assinatura do representante da empresa no auto de infração às fls. 02 dos autos, a teor do art. 34 do Decreto 25.468/99, oportunidade em que fora intimada a recolher o crédito tributário com seus acréscimos legais no prazo de 20 (*vinte*) dias ou, em igual prazo, apresentar defesa contra as infrações apontadas.

O termo de revelia foi lavrado em 26/11/07 às fls. 207, entretanto, a empresa contribuinte protocolou pedido de dilação de prazo para defesa em 23/11/07 tornando desta forma, o presente termo sem efeito.

A contribuinte apresentou impugnação às fls. 208/215, na qual, após breve relato dos fatos, alegou que o auto de infração não deve prosseguir, pois está respaldado em mero indício, insuficiente para constituir o crédito tributário com a liquidez e a certeza exigíveis por Lei. Suscitou ser imprescindível a adoção de procedimento analítico de estoque que contemplasse a listagem das notas fiscais respectivas, uma vez que o procedimento de aferição levado a efeito não apresenta o devido conhecimento da natureza das entradas de mercadorias. Assim, complementou que não se pode afirmar que existiu omissão de saídas, porquanto não existe parâmetro seguro para efetuar a comparação entre as mercadorias adquiridas, as que restaram no estoque para serem comercializadas, bem como aquelas que foram efetivamente alienadas. Ressaltou que a exigência da identificação das mercadorias através da listagem específica das notas fiscais, relativamente aos produtos componentes do estoque aferido, decorre do que prescreve o art. 92 da Lei Estadual nº. 12.670/96. Nesse sentido, colacionou as Resoluções de nºs. 088/2006 e 615/2005, ambos da 2ª Câmara, que declaram a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa quando a fiscalização não demonstra como chegou à omissão apontada. Ainda, citou um caso análogo acerca da imprescindibilidade do procedimento técnico, decidido pelo Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco – TATE/PE. Suscitou um equívoco quanto à quantificação da multa punitiva pelo autuante, vez que o art. 123, inc. I, alínea “c”, da Lei Estadual nº 12.670/96 determina que a sanção pecuniária em questão será equivalente ao quantum do crédito tributário lançado na autuação. Nesse contexto, destacou que a penalidade aplicável não poderia ultrapassar a quantia do crédito tributário. Por fim, requereu que seja conhecida e provida a



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

impugnação em comento para declarar **NULO** o auto de infração, em razão dos argumentos expostos acima.

Às fls. 216/217 consta aos autos tela de Controle da Ação Fiscal – Consulta de Auto de Infração, bem como despacho encaminhando o presente processo à Célula de Gestão Fiscal dos Setores Econômicos para providências cabíveis.

A julgadora monocrática, em análise à peça defensiva, após breve relato dos fatos, ressaltou, em análise à documentação apensa aos autos, que o agente do Fisco procedeu à elaboração do Demonstrativo da Conta Mercadoria, efetuando cálculos referentes ao período jan/01 a dez/04 do CMV (Custo das Mercadorias Vendidas), e do LB (Lucro Bruto). Neste sentido, esclareceu que diante do resultado negativo apresentado, no qual o Custo das Mercadorias Vendidas ultrapassou o valor do Lucro Bruto, vê-se retratada a ocorrência de saída de mercadorias sem emissão de documento fiscal, em flagrante inobservância à legislação tributária, precisamente aos artigos 127, inc. I, II, II; 169, inc. I, 174, inc. I, 177 do Decreto nº 24.569/97. Suscitou que, estando a operação compreendida na incidência do ICMS, a emissão da nota fiscal torna-se obrigatória quando da saída de mercadorias do estabelecimento. Entendeu ser insubsistente o argumento de que o lançamento se constituiu em mero indício, insuficiente para constituir o crédito tributário com a liquidez e a certeza exigíveis, como também, a ausência de listagem das notas fiscais de aquisição e saída como imprescindíveis à autuação. Fundamentou que o levantamento fiscal da Conta Mercadoria, o qual se amparou a ação fiscal, constitui-se em um método investigatório previsto no art. 92, da Lei nº. 12.670/96, dispensando assim outros procedimentos de investigação. Frisou, conforme o art. 80, inc. IV, do Decreto nº 24.569/97 e o Princípio da Presunção de Legitimidade ou Veracidade, que a empresa autuada não balizou suas contestações em documentos capazes de ilidir a acusação fiscal. Entendeu como incabível a aplicação da penalidade prevista no art. 123, inc. I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96, tendo em vista tratar-se de omissão de saída, com penalidade específica. Diante desta, entendeu que o agente fiscal enquadrado acertadamente a penalidade descrita no art. 123, inc. III, alínea “b” da mesma lei. Face ao exposto, decidiu pela **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, intimando a autuada a recolher aos cofres estaduais a importância descrita na inicial com os devidos acréscimos legais, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da data da ciência dessa decisão, ou, em igual período, interpor recurso ao *Conselho de Recursos Tributários*, na forma da legislação processual vigente.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

A atuada foi intimada pelos correios, em 19/01/10, do julgamento **PROCEDENTE** da ação fiscal, nos termos do art. 34, §3º do Decreto 25.468/99, bem como do prazo de 20 (*vinte*) dias para recolhimento ao Erário Estadual ou interposição de recurso em igual prazo, consoante AR e termo de juntada de fls. 229/230.

A suplicante insatisfeita com a decisão da instância singular apresentou recurso voluntário tempestivo às fls. 232/244, referendando todos os argumentos defensórios já apresentados na defesa, de outro lado, não acrescentou nenhum dado novo ou informação capaz de mudar o curso do processo. Ademais requereu a **NULIDADE** do procedimento fiscal em razão do lançamento ter sido pautado exclusivamente em mero indício ou presunção, bem como em razão da desobediência ao previsto no art. 92 da Lei nº. 12.670/96 e, ainda, em razão da patente violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, face a ausência dos elementos suficientes para ensejar a prova da existência do crédito; quanto ao mérito, que fosse julgado **IMPROCEDENTE** o auto de infração.

A *Consultoria Tributária*, através do Parecer 154/10, inicialmente, fez um breve relato dos fatos, em seguida ressaltou que a nota fiscal é documento hábil para acobertar a circulação de mercadoria, onde a legislação tributária do Estado do Ceará impõe a obrigatoriedade de sua emissão com o objetivo de controlar e conhecer as operações realizadas pelos contribuintes. Desta forma, complementou que sua ausência, ou a falta de preenchimento de algum requisito fundamental de validade e eficácia, implica em irregularidade. Afirmou que a alegação de nulidade por preterição ao direito de defesa, conforme disposto no art. 53, § 3º, do Decreto nº.25.468/99, não há como prosperar, uma vez que foi assegurado à empresa o direito ao contraditório e à ampla defesa. Suscitou que o Demonstrativo da Conta Mercadoria é hábil para calcular a omissão de saídas, conforme previsto em nossa legislação, pelo que verifica se a receita auferida se apresenta inferior ao custo das mercadorias vendidas, caracterizando omissão de saídas, assim, não há como valer o argumento de que o lançamento está respaldado em mero indício, insuficiente para constituir o crédito tributário. Informou que foram concedidos todos os prazos para manifestação do interessado, porém em nenhuma das oportunidades concedidas a empresa atuada balizou sua indignação em documentos capazes de ilidir a acusação em apreço. Por fim, diante dos fundamentos fáticos e com base nos argumentos apresentados, sugeriu a **PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, considerando que há omissão de saídas no período, configurando-se a infração ao art. 92, *caput*, da Lei nº. 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.082/00, combinando com os arts. 127, inc. I, II e III; 169, inc. I; 174, I; 177 do Decreto 24.569/97. Sendo assim, aplicou a penalidade prevista no art. 123, inc. III, alínea "b", da Lei nº. 12.670/96, modificado pela Lei nº. 13.418/03. Diante do exposto, sugeriu o conhecimento do recurso



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

voluntário, negando-lhe provimento, para que seja mantida a decisão condenatória proferida na 1ª Instância.

Os autos foram encaminhados, para apreciação da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que repousa às fls.249/252.

É o relatório.

VOTO DA RELATORA

Trata-se de recurso voluntário interposto por **FRANCISCO DE ASSIS COSME** em face da **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. 1/200713159-1. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente fora autuada por *omissão de receita*, detectada através de Levantamento da Conta Mercadoria constatando-se a realização de vendas de mercadorias em valor inferior ao custo das mercadorias vendidas, relativas ao exercício de 2004, no valor de R\$ 617.338,92.

1. Da Preliminar de Nulidade

Inconformada com a decisão prolatada pela 1ª Instância, a empresa autuada interpôs recurso voluntário, ao qual argüiu a nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa sob o fundamento de que inexistia qualquer referência ao levantamento de estoque com a discriminação das notas fiscais que ensejaram a infração.

A recorrida preconizou que o procedimento fiscal encontra-se precário e carente de provas que sustentem a presente autuação. Neste sentido, impende à defendente, de forma geral, apresentar as eventuais diferenças e/ou erros que entende haver nos feitos desta espécie, para que o Fisco promova as devidas correções, caso sejam acatados os argumentos apresentados. Contudo, a querelante nada comprovou; ou seja, não obstante se tratar de presunção *juris tantum*, em que, admite prova em contrário, a autuada quedou-se em desídia e



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

não apresentou nos autos nada mais que possibilitasse a mudança do curso do processo. Neste escopo, cumpre fazer menção ao antigo brocardo jurídico "*allegare sine probare et non allegare paria sunt*" - alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Neste sentido, mister se faz ressaltar que o relato da infração em epígrafe delineou satisfatoriamente as características da infração cometida pela contribuinte, não deixando margem para obscuridades ou mesmo imprecisões. Ademais, insta salientar que os autos do processo estão devidamente instruídos pelo agente fazendário, revelando-se suficientes para a formação de um convencimento seguro acerca da matéria.

Como podemos evitar ao compulsar os autos, a ação fiscal restou plenamente saudável em todas as suas instâncias. O agente do Fisco alicerçou a acusação fiscal com base nos livros e documentos fiscais apresentados pela autuada, além do que, antes da lavratura do auto de infração em questão, houve a solicitação dos meios comprobatórios das operações ora questionadas. Pelo que, cabe afastar, preliminarmente, a nulidade suscitada pela recorrente.

2. Da Omissão de Saídas

A obrigação de emitir documento fiscal traduz a intenção do Fisco em viabilizar a sua atividade fiscalizatória e arrecadadora dentro do seu âmbito de atuação, uma vez que determina a emissão da documentação fiscal relativa às operações efetuadas pelos contribuintes, permitindo, assim, a existência de um controle regular neste sentido.

À luz da disciplina legal tributária vigente, ao contribuinte não é permitido se desincumbir de obrigação acessória a qual lhe é imposta visando o estrito cumprimento do fim arrecadatório do Erário, preconizado pelo legislador.

Neste contexto, a não emissão de documento fiscal na saída de mercadorias de estabelecimento comercial, a qualquer título, redundará em inobservância às diretrizes legais, não permitindo ao Fisco exercer de forma fiel o seu mister, relativo à fiscalização para pagamento de tributo referente às circulações de mercadorias.

A legislação traz em seu bojo a regulamentação acerca da matéria nos dispositivos abaixo colacionados:





GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

*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;*

Nessa consonância, *in hoc casu*, percebe-se no compulsar dos autos, que as provas carreadas comprovam integralmente a procedência do feito fiscal, desta forma, nada mais resta, do que ratificar o entendimento do juízo monocrático, com vistas a aplicar a penalidade sugerida pelo agente fiscal, qual seja, a do o art. 123, inc. III, alínea "b" da mesma lei:

"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"

3. Voto

Ex positis, VOTO pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, para afastar a preliminar de nulidade, confirmando a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.



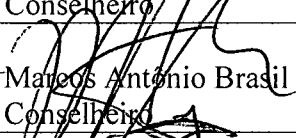
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **FRANCISCO DE ASSIS COSME** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. **No tocante à preliminar de nulidade suscitada pela parte**, por cerceamento do direito de defesa sob o seguinte fundamento: “O referido Auto de Infração é passivo de nulidade absoluta, visto que inexistente qualquer referência ao levantamento de estoque com a discriminação das notas fiscais que ensejaram a suposta infração, situação que caracteriza irregularidade do auto, enseja assim a sua nulidade absoluta, tendo a aplicação equivocada da penalidade – Afastada, por unanimidade de votos, sob o fundamento que houve o direito a ampla defesa. O contribuinte recebeu a planilha que deu alicerce a acusação fiscal, mas não apontou a existência de erro no trabalho. **No mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve, negar-lhe provimento, 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 Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 25 de junho de 2011.

José Wilame Falcão de Souza PRESIDENTE 	 Ubiratan Ferreira de Andrade PROCURADOR DO ESTADO
Francisco José de Oliveira Silva Conselheiro 	 Sandra Arraes Rocha Conselheira Relatora
Silvana Carvalho Lima Petelinkar Conselheira 	 Samuel Aragão Silva Conselheiro
Manoel Marcelo Augusto Marques Neto Conselheiro 	 Marcos Antônio Brasil Conselheiro
Aderbalina Fernandes Scipião Conselheira 	 Sebastião Almeida Araújo Conselheiro