



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 557 / 2004

2ª CÂMARA

SESSÃO DE: 12/07/2004

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/000027/03

AUTO DE INFRAÇÃO: Nº 1/200208283

RECORRENTE : COMETA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.

RECORRIDO : CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR CONS: JOSÉ MARIA VIEIRA MOTA

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. Infração detectada através de levantamento de estoque de mercadorias. Rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas pela recorrente. No mérito, restou provado que a autuada promoveu a saída de mercadorias sujeitas à substituição tributária, sem as notas fiscais correspondentes. Ressalte-se, porém, que nas saídas subseqüentes dessas mercadorias não há mais nenhum gravame de imposto. Aplicação do art. 126, caput, da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/2003, por ser mais benéfica ao contribuinte. Ação fiscal parcialmente procedente. Reformada, por maioria de votos, a decisão condenatória prolatada pela 1ª Instância. Recurso voluntário provido em parte.

RELATÓRIO

A peça inicial do presente processo traz no seu relato a seguinte acusação fiscal: " Falta de emissão de documento fiscal, quando se tratar de operação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1A e/ou série "D" (consumidor) = Omissão de Saídas. Omissão constatada através do SLE, relativa a produtos sujeitos à substituição tributária, conforme demonstrado nos relatórios e/ou meios magnéticos em anexo e explicitado em informação complementar. Base de cálculo: R\$ 245.891,71

O agente atuante indicou como dispositivos legais infringidos os art. 127, I, 169, 174, 177 do Dec. nº 24.569/97, com penalidade prevista no art. 878, III, b, do mesmo diploma legal.

Nas Informações Complementares, o agente do fisco ao ratificar o feito fiscal, esclarece que utilizou o método de levantamento de estoque de mercadorias, no qual foram consideradas as notas fiscais de entradas, de saídas, os estoques escriturados no livro de Inventários referentes ao exercício de 2001.

Constam às fls. 10 a 28 dos autos, o Relatório de Entradas por Documentos, o Relatório de Saídas por Documentos, Relatórios da Posição do Inventário em 31.12.2000 e 31.12.2001, e o Relatório Totalizador Anual do Levantamento de Mercadorias.

A autuada, tempestivamente, contestou o feito fiscal às fls. 37 a 41 dos autos.

A julgadora singular não acatou as razões de defesa e proferiu decisão pela procedência da autuação.

Inconformada com a decisão singular a autuada ingressa com recurso aduzindo em sede de preliminar a nulidade de auto de infração, pelas seguintes razões:

- que o Termo de Início de Fiscalização não foi assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal. E, por considerar que a intimação se deu na forma do inciso I, do art. 26 da Lei nº 12.732/97, a ciência do início da fiscalização deveria necessariamente ser comprovada pela assinatura do contribuinte ou seu representante legal. No caso, como não consta essa assinatura no Termo de Início de Fiscalização, é nula toda ação fiscal que desencadeou a lavratura do Auto de Infração ora combatido.

- que o art. 822 do RICMS determina quais os elementos que devem constar no Termo de Conclusão de Fiscalização. No caso em tela, diz que não consta no referido termo qualquer referencia ao período fiscalizado, os dispositivos legais infringidos, a indicação da base de cálculo e a indicação da alíquota sobre qual fato foi calculado o tributo devido. Ante a ausência desses elementos essenciais, também, em sede de preliminar, requer a nulidade do auto de infração.

- que a Ordem de Serviço que originou a presente ação fiscal não traz a indicação do período a ser fiscalizado, ou seja, aponta a data do início, contudo, sem especificar o marco final. Aduz, que nesse caso, a Ordem de Serviço é absolutamente imprestável, porque o referido período é que delimita a competência do agente fiscal para a prática da ação fiscal. Por conseguinte, requer a nulidade do auto de infração por impedimento dos agentes atuantes, já que Ordem de Serviço não delegou competência funcional para a prática do ato no exercício fiscal em que foi lavrado o auto de infração.

- requer, ao final, que caso não sejam acolhidas as preliminares argüidas, mantenha-se a multa objeto do julgamento de 1ª Instância.

A Consultoria Tributária emitiu o Parecer nº 276/2004 opinando pela confirmação da decisão singular, o qual foi referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese é o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata a peça inicial de acusação relativa à saída no período de 2001 de mercadorias sujeitas à substituição tributária sem as correspondentes notas fiscais no valor de R\$ 245.891,71, conforme relatório totalizador anual do levantamento de mercadorias.

A julgadora singular decidiu pela procedência da autuação.

Examinando as razões de recurso, vê-se que a empresa autuada não discute o mérito da questão, buscando em sede de preliminar a nulidade do auto de infração, contudo, entendo que os seus argumentos não podem ser acatados pelos motivos a seguir expostos:

Primeiramente, no tocante a alegação de nulidade em razão do ciente aposto no Termo de Início de Fiscalização não pertencer ao contribuinte ou seu representante legal, cabe dizer já existe o entendimento nesse Conselho, com base na teoria da aparência que se alguém se apresenta como responsável pela empresa autuada e no decorrer do procedimento fiscal não há qualquer contestação, bem como se a empresa comparece aos autos no prazo legal para contestar acusação fiscal, não há porque anular o Auto de Infração, eis que as nulidades somente serão declaradas quando resultar em prejuízo para parte interessada.

Em relação à nulidade por não constar no Termo de Conclusão de Fiscalização o período fiscalizado, os dispositivos legais infringidos, a indicação da base de cálculo e a indicação da alíquota sobre o qual fato foi calculado o tributo devido, cabe observar que todos essas informações estão presentes no auto de infração. Assim, se todos esses elementos estão devidamente indicados no auto de infração não causou qualquer prejuízo para a parte, pois era do seu conhecimento as informações necessárias para o exercício pleno do seu direito de defesa, portanto, também não merece acolhida a preliminar suscitada.

No que diz respeito à nulidade argüida em virtude da indicação incompleta do período a ser fiscalizado na Ordem de Serviço, cumpre esclarecer que no caso que se cuida trata-se de uma fiscalização em profundidade com atualização de estoque, cujo marco final é a data da contagem do estoque de mercadoria existente na empresa, o qual figura no levantamento fiscal como estoque final do período fiscalizado. Nota-se, pois, que a ausência da data final da fiscalização não foi resultante de falha, mas decorrente do tipo de ação fiscal determinada na Ordem de Serviço, razão pela qual não deve ser acatada a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, consta que o agente autuante utilizou no mencionado levantamento fiscal todas as informações constantes nos estoques inicial e final de 2001, nas notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias pertencentes ao estabelecimento, conforme demonstrado nas planilhas e relatório Totalizador do Levantamento das Mercadorias.

A propósito, este método permite identificar com precisão as mercadorias, unidades, quantidades e preços que foram adquiridas sem as correspondentes notas fiscais. E como o contribuinte não demonstrou a existência de qualquer falha no referido levantamento fiscal que pudesse suscitar dúvidas quanto à exatidão do seu resultado, nada resta senão acatar a acusação fiscal relativa à saída de mercadorias sujeitas à substituição tributária sem as notas fiscais correspondentes, consoante relatório Totalizador Anual do Levantamento de Mercadorias.

Portanto, restou caracterizada a infração à legislação pertinente ao ICMS, mais especificamente, aos arts. 169 e 174, do Dec. nº 24.569/97, que estabelecem a obrigatoriedade da emissão de notas fiscais sempre que os estabelecimentos realizarem saídas de mercadorias.

Contudo, convém lembrar que a acusação fiscal refere-se à falta de emissão de notas fiscais nas saídas de produtos sujeitos à substituição tributária, cujas operações subseqüentes não sofrem mais nenhum gravame do imposto, por conseguinte, deve ser aplicada ao caso concreto uma penalidade menos severa que a indicada pelo fiscal no Auto de Infração.

Nesse contexto, entendo que a penalidade que melhor se subsume ao presente caso é a prevista no art. 126, caput, da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei Nº 13.418/2003, que estabelece uma multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação ou prestação, em obediência ao disposto no art. 106, II, c, do CTN.

Por oportuno, cabe esclarecer que esta também foi a penalidade aplicada pela ilustre julgadora singular na sua decisão condenatória. No entanto, como ocorreu uma modificação no enquadramento da penalidade há que se decidir pela parcial procedência do feito fiscal.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, dando-lhe provimento em parte, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância para parcial procedente, de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

MULTA (10%) = R\$ 24.589,17

DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente COMETA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

Resolvem os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade argüidas pela recorrente, e por maioria de votos, afastar a preliminar de nulidade relativa à falta de requisitos no Termo de Conclusão de Fiscalização, tendo sido voto vencido o conselheiro Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira. No mérito, também por maioria de votos, resolvem conhecer do recurso voluntário, dar-lhe parcial provimento para modificar em parte a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância e julgar parcialmente procedente o feito fiscal, nos termos do voto do conselheiro relator e de acordo com o parecer da douda Procuradoria Geral do Estado modificado oralmente, aplicando-se retroativamente a Lei nº 13.418/2003, no que se refere à penalidade, por ser mais benéfica ao contribuinte. Foram votos vencidos os conselheiros Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira e Vanessa Albuquerque Valente que se pronunciaram pela parcial procedência, com aplicação do art. 123, VIII, "d", da Lei nº 12.670/96.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 16 de setembro de 2.004.

Oswaldo José Rebouças
PRESIDENTE


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO RELATOR

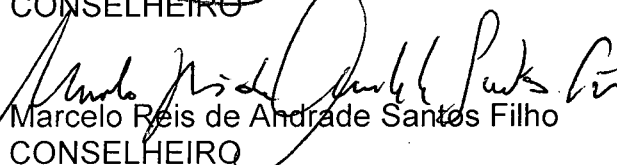

Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA

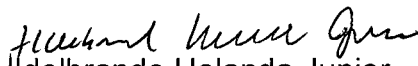

Eliane Resplande Figueiredo Sá
CONSELHEIRA


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Idelbrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO