



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Resolução - 0168/2019

50ª SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM: 19 de Julho de 2019 às 13:30

PROCESSO Nº: 1/120/2015

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201414988

RECORRENTE: QUALITY IN TABACOS IND. E COM DE CIGARROS IMP. EXP. LTDA

RECORRIDA: CÉDULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CGF/CE: 06.7253431

CONSELHEIRO RELATOR: MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA.

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO/FISCAL/CONTÁBIL. REVISÃO FISCAL. DENÚNCIA Omissão constatada através do levantamento realizado com base nas informações obtidas em Escrituração Fiscal Digital - EFD (SPED FISCAL) do contribuinte. Eclusão do fato gerador Ação fiscal PROCEDENTE Caracterizada infração Fundamentos Legais: art. 92, §8º da lei 12.670/96; arts. 127, 169, 174 e 176-A, §1º, art. 434, II, todos do Dec. 24.569/97. Penalidade aplicada com base no art. 123, III, “b”, da Lei nº 12.670/96. Defesa Tempestiva

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – Omissão de Receitas – Denúncia - Ação fiscal PROCEDENTE - Penalidade art. 123, III, “b”, da Lei nº 12.670/96 - Defesa Tempestiva.

I – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir: “*Omissão de receita identificada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil. Constatou-se que o contribuinte vendeu mercadorias no valor de R\$ 1.374.750,00 sem emissão de documento fiscal gerando ICMS a recolher no valor de R\$ 371.182,50 e multa de 412.425,00*”.

O auto de infração foi lavrado em 05/12/2014, onde o período da infração foi em 07/2014. Após indicar os dispositivos legais infringidos, o agente fiscal apontou como penalidade o art. 123, III, “b”, da Lei nº 12.670/96



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Ante o exposto, reproduze-se abaixo informações que concatenadamente far-se-ão necessárias para o julgamento meritório, como se segue.

- a) Mediante denúncia, os agentes fiscais se dirigiram até o local de atividade da respectiva empresa autuada, a fim de averiguar informações sobre o seu devido funcionamento. No local, este que estava fechado, foram constatadas irregularidades que posteriormente foram confirmadas, dando azo ao feito fiscalizador.
- b) Irresignada com a ação fiscalizadora, a autuada insurgiu-se com peça impugnatória (fls. 75/89);
- c) No julgamento pela instância de base, exarou-se entendimento no sentido de **PROCEDÊNCIA** da autuação, haja vista que os fundamentos utilizados pelo contribuinte não eram condizentes com os preceitos legais e com a sua atividade desempenhada,
- d) Após o julgamento de 1ª Instância ser desfavorável aos interesses da parte autuada, o mesmo ingressou com Recurso Ordinário (fls.169/170), a fim de reverter o ocorrido onde alegou em síntese,
 - d.1) Nulidade decorrente da inexistência da infração alegada,
 - d.2) Nulidade por ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório.
 - d.3) Que a ação fiscal foi realizada sem provas de que a recorrente tenha vendido mercadorias sem documento fiscal.
 - d.4) Não consta nos autos qualquer prova no sentido de atestar que a recorrente teria ou não estoque apontado pelo fisco.
 - d.5) Que toda a mercadoria transferida da matriz para a filial cearense foi devolvida para a matriz no Rio de Janeiro
 - d.6) Que em razão de toda mercadoria ser recebida pela recorrente ser proveniente de transferências não que se falar em tributação, nos moldes da Súmula 166 do STJ

Por sua vez, a Célula de Assessoria Processual Tributária opinou pela **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal e coadunou-se aos mesmos fundamentos fáticos e legais aduzidos pelo julgador de 1ª Instância. Nos termos da CATRI, a Procuradoria Geral do Estado adotou o seu parecer (fls.196/201).



Eis o breve relato

II – VOTO

No processo em exame, constata-se a irregularidade apontada pela fiscalização, no que diz respeito à falta de emissão de documentos fiscais de saídas, relativo a operações com mercadorias tributadas pelo regime de substituição tributária, cuja infração decorre de análise de levantamento de estoque

O Recorrente alega de forma genérica sem qualquer respaldo jurídico palpável que o Processo teria as seguintes nulidades: a) Nulidade quanto à inexistência de qualquer ação ou omissão perpetrada pela recorrente capaz de configurar a hipotética infração alegada; b) Nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, afastado todas as preliminares arguidas pelo contribuinte na medida em que, quem alega sem provar, não constitui fato impeditivo ou modificativo no mundo jurídico.

Quanto ao pedido de perícia e o efeito confiscatório da multa, também AFASTO, pelos motivos detalhadamente descritos mais adiante em meu voto.

Assim sendo, passemos as análises de mérito;

Desta forma, ante a fiscalização, apurou-se irregularidade importando na venda de mercadorias sem documento fiscal totalizando o montante de R\$ 1.374.750,00, o período no qual foi lavrado o auto de infração foi 05/12/2014, onde o período da infração foi em 07/2014, tal fato foi percebido através do SLE – Sistema de Levantamento de Estoque, visto que o imposto foi recolhido por ocasião das entradas.

Cumprido salientar que a infração ocorrera pela diferença do quantitativo de mercadorias em estoque, em detrimento ao que saiu a título de comercialização da autuada. Notadamente, a falta de emissão de documento fiscal, diga-se, representa mácula aos institutos art. 127, Decreto 24.569/97:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Art. 127. Os contribuintes do imposto emitirão, conforme as operações e prestações que realizarem, os seguintes documentos fiscais:

- I - Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A
- II - Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2;
- III - Cupom Fiscal emitido por equipamento emissor de cupom fiscal (ECF);
- IV - Nota Fiscal de Produtor, modelo 4,
- V - Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6;
- (...)

Destarte, a aplicação do referido método (SLE), que permite a constatação de possíveis omissões de estoque de produtos/mercadorias, seja da entrada ou saída, estando prescrita no RICMS, nos termos do seu art.827, caput, autoriza a apuração inclusive do montante real tributável, para o caso de justamente ocorrer omissão da obrigação principal.

Art. 827. 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 saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.

Desta forma, há de ressaltar a necessidade do cumprimento de dispositivos legais que ratificam o dever de se comercializar mercadorias acompanhadas de suas notas fiscais, fato esse que se descumprido, como foi o caso, resulta em nítida ação atentatória aos preceitos do RICMS (Decreto 24.569/97), nos artigos 169, 174, sendo evidente e de fácil compreensão sua aplicação, percebe-se:

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;**



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

II - na transmissão da propriedade de mercadoria ou bem, quando estes não devam transitar pelo estabelecimento transmitente,

III - sempre que, no estabelecimento, entrarem mercadoria ou bem, real ou simbolicamente, nas hipóteses do artigo 180.

Art. 174. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída da mercadoria ou bem,

II - no momento do fornecimento de alimentação, bebida e **outras mercadorias**, em restaurante, bar, café e estabelecimento similar ou fornecimento de mercadoria com prestação de serviço sujeito ao ICMS;

Art. 176-A. Fica o contribuinte usuário de Processamento Eletrônico de Dados (PED) **obrigado** ao uso da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), em substituição à Nota Fiscal modelo 1 ou 1A, nos termos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º A obrigatoriedade se aplica a todas as operações dos contribuintes referidos no caput deste artigo

Desta feita, conclui-se também pelos moldes de atuação da respectiva empresa, que esta no desempenho de suas ações, lança-se em vendas que caracterizam operações tributárias por substituição, algo que corrobora com omissões visto que na saída da mercadoria a ser comercializada (cigarros) a autuada tem o dever de reter o pagamento, uma vez que promoveu a saída da mercadoria, como trata o art. 434, II, do Decreto 24.569/97:

Art. 434. A substituição tributária, salvo disposição em contrário, não se aplica.

II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída subsequente da mercadoria com destino a empresa diversa;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

No que pertine ao acolhimento a preliminar de nulidade por violação ao princípio constitucional de vedação ao confisco em face de multa alegada pelo autuado como exorbitante. Ao que pese tecer considerações sobre o exposto, não compete ao CONAT realizar juízo de constitucionalidade sobre o respectivo ato, estando reservando ao poder judiciário tal possibilidade. Consta-se para tanto, o disposto no art 48, §2, I, II, III, Lei nº 15.614/14, dizendo o seguinte:

Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art. 121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

- I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;
- II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;
- III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal

Transcorrendo conforme o exposto pela Recorrente, há de se rechaçar a possibilidade concernente conversão do feito em processo pericial. **Uma vez que não confere-se azo para tal pedido por justamente afastar-se da conformidade exigida pela lei.**

Uma vez que para o acolhimento de tal conversão é necessário estar evidente o binômio Imprecisão e Incoerência do feito fiscalizador, algo que não restou-se demonstrado nas alegações do autuado, tomando como base os arts. 93, §1º e 97, incisos I e III, da Lei nº 15 614/14.

Art. 93. As providências assinaladas no caput do art. 92 poderão também ser interpostas quando da apresentação de recurso pelo requerente em Procedimento Especial de Restituição, observadas às disposições desta Lei.

§ 1º O pedido de perícia ou de diligência deverá ser fundamentado e indicar:

- I – o motivo que a justifique;
- II – os pontos controversos e as contraprovas respectivas, quando for o caso;
- III – os quesitos necessários à elucidação dos fatos;
- IV – a identificação do assistente técnico, caso queira indicar.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Art. 97. O julgador indeferirá, de forma fundamentada, o pedido de realização de perícia, quando:

I – formulado de modo genérico;

II – não observada a pertinência dos quesitos formulados aos fatos imputados na autuação

Sob a égide do art. 92 §8º, do Decreto 24 569/97, por derradeiro, é de suma importância que fique caracterizado pelo estabelecimento que o seu levantamento contábil esteja em total acordo com a movimentação realizada no estoque de mercadorias, visto que será desta fonte, que saíram as informações pertinentes ante ao equilíbrio financeiro/contábil/fiscal, de modo a tornar a atividade idônea quanto as suas ações, algo que destoava ao ocorrido, visto que afronta o dispositivo citado, quando.

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 saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos

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

I - suprimimento de caixa sem comprovação da origem do numerário;

II - saldo credor de caixa, apresentado na escrituração ou apurado na ação fiscal após inclusão de operações não declaradas, assim como a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III - diferença apurada pelo cotejo entre as saídas registradas e o valor das saídas efetivamente praticadas ou através do confronto entre os registros contábil e fiscal;

(..)

Portanto, como penalidade ao disposto, reverbera-se o que trata o art 123, III, “b”, Lei nº 12 670/96, com o seguinte teor:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

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

1. em operações e prestações tributadas multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação,

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento, para em grau preliminar, afastar as nulidades por falta de clareza, assim como a formulação do pedido de perícia. Confirmando para tanto, decisão condenatória proferida pela instância singular, julgando o feito como PROCEDENTE.

É como voto.

DEMONSTRATIVO

BASE DE CÁLCULO	1.347.750,00
ICMS (27%)	371.182,50
MULTA (30%)	412.425,00
TOTAL	783.607,50



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

III - DECISÃO


Processo de Recurso nº 1/120/2015. Auto de Infração nº1/201414988. RECORRENTE: CEJUL. RECORRIDO: QUALITY IN TABACOS IND. E COM. DE CIGARROS LTDA. A 3ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário interposto, para negar-lhe o provimento, para em grau preliminar, AFASTAR as seguintes nulidades suscitadas pela recorrente: 1. Nulidade quanto à inexistência de qualquer ação ou omissão perpetrada pela recorrente capaz de configurar a hipotética infração alegada; 2. Nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Quanto à atribuição de que a multa aplicada à infração possui caráter confiscatório, foi afastada, por se tratar de matéria de competência legal, fora do alcance de atuação deste Conselho. Quanto ao pedido de perícia suscitado pela recorrente, também por unanimidade de votos fora indeferido, de acordo com o disposto no Parecer da Assessoria Processual Tributária. No **mérito**, a 3ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, resolve, por unanimidade de votos, confirmar a decisão condenatória proferida pela Instância Monocrática e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração, conforme o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

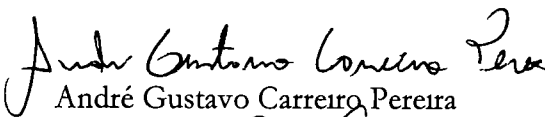
Sala das sessões da 3ª. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em Fortaleza, aos 20 de Setembro de 2019.


Francisco Wellington Ávila Pereira
PRESIDENTE DA 3ª CÂMARA


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO

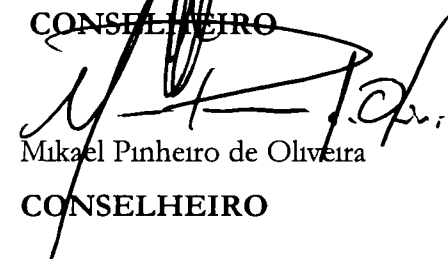

Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Teresa Helena C. Rebouças Porto
CONSELHEIRA


André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO


Felipe Augusto Araújo Muniz
CONSELHEIRO


Ricardo Ferreira Valente Filho
CONSELHEIRO


Mikael Pinheiro de Oliveira
CONSELHEIRO