



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 02/2017

31ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 19.10.2016

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/3817/2012 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201211091

RECORRENTE: ALCATEL - LUCENT BRASIL S.A. e CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: ALCATEL - LUCENT BRASIL S.A. e CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONS. RODRIGO PORTELA OLIVEIRA

1. EMENTA: ICMS – DRM – REEXAME NECESSÁRIO - RECURSO ORDINÁRIO – PARCIAL PROCEDÊNCIA – MUDANÇA DE PENALIDADE.
2. Trata-se de autuação por ter deixado a Autuada de emitir documento fiscal em relação as suas vendas, realizadas no exercício de 2008, apurado através de conta mercadoria,
3. O DRM, método utilizado pelo fiscal autuante, está regularmente previsto na legislação, conforme art. 92, § 8º, inciso IV da Lei n.º 12.670/96, sendo meio legal para o presente caso.
4. Através da DRM não é possível verificar o exato ilícito fiscal, uma vez que não se sabe ao certo se se trata de venda de mercadoria sem nota fiscal, venda por valor inferior ao custo de aquisição ou subfaturamento.
5. Desta forma, deve-se conforme o art. 112 do CTN para, para interpretar a penalidade de maneira mais favorável ao acusado, e aplicá-la da seguinte forma: art. 126 da lei n.º 12.670/96 (10%) referente a operações isentas, e a penalidade do art. 123, VIII, b, da lei n.º 12.670/96 (30%) para a base de cálculo referente a operações tributadas.
6. Reexame necessário e Recurso Ordinário, conhecido e parcialmente provido, para reenquadrar a penalidade nos termos do Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em desacordo com a manifestação proferida oralmente em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

01 – RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que **ALCATEL – LUCENT BRASIL S.A.**, deixou de emitir documento fiscal em relação as suas vendas, realizadas no exercício de 2008, apurado através de conta mercadoria, no montante de R\$ 2.025.178,57. Desta forma, é exigido imposto no valor de R\$ 344.280,35 e multa no valor de R\$ 607.553,57 com o seguinte relato da infração:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

"FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL, EM OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO ACOBERTADA POR NOTA FISCAL MODELO 1 OU 1ª E/OU SÉRIO "D" E CUPOM FISCAL.

ESTA EMPRESA, DEIXOU DE EMITIR DOCUMENTOS FISCAIS, REFERENTES AS SUAS VENDAS, REALIZADAS NO EXERCÍCIO DE 2008, DE CONFORMIDADE COM A CONTA MERCADORIA, ANEXA, NO MONTANTE DE R\$ 2.025.178,57."

A infração teve como fundamento os Artigos 127, 169, 174 e 177 do decreto n.º 24.569/97, e multa aplicada a prevista no art. 123, III, b, da Lei n.º 12.670/96.

Demonstrativo do Crédito (R\$)

Base de Cálculo	2.025.178,57
ICMS	344.280,35
Multa	607.553,57
TOTAL	951.833,92

A Autuada impugnou o feito tempestivamente (fls. 12 a 41), onde argumenta, em síntese, que é nulo o auto de infração pela inconsistência na apuração do crédito tributário; que inexistiram saídas de mercadoria sem documento fiscal; da indevida consideração do valor contábil bruto das mercadorias; e da multa confiscatória.

Da análise da impugnação, a julgadora singular converteu o feito em diligência, determinando a perícia técnica contábil, onde foi elaborada uma nova conta mercadoria. Nesta nova conta, foi constatado uma omissão de receitas no valor de R\$ 1.045.517,73, sendo 961.996,72 referente a receitas tributadas e 80.521,01 referentes a receitas não tributadas.

O lançamento tributário foi julgado parcial procedente em 1ª Instância Administrativa, uma vez que o Julgado Singular acatou a perícia realizada onde foi reduzida a base de cálculo para R\$ 1.045.517,73, mantendo a multa aplicada prevista no art. 123, III, b, da Lei n.º 12.670/96.

Intimada da decisão de 1º Grau, a Autuada apresentou Recurso Ordinário onde alega as mesmas razões já trazidas em sua impugnação; que é nulo o auto de infração pela inconsistência na apuração do crédito tributário; que inexistiram saídas de mercadoria sem documento fiscal; da indevida consideração do valor contábil bruto das mercadorias; e da multa confiscatória.

A Consultoria Tributária, através do parecer de n.º 64/2016, manifestou-se pelo conhecimento do Recurso Ordinário e do reexame necessário, para confirmar a decisão parcial condenatória de primeira instância, porém com a fundamentação diversa no que



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

tange a penalidade aplicada a omissão de receitas não tributadas. Sendo neste caso, a penalidade sugerida, a do art. 126 da Lei n.º 12.670/96.

Encaminhado os autos a douda Procuradoria do Estado, esta adotou o parecer da assessoria tributária, conforme fls. 282 do processo.

É o relatório.

02 - VOTO DO RELATOR

De acordo com o relato acima, trata-se de Auto de Infração, onde a Autuada deixou de emitir documento fiscal em relação as suas vendas, realizadas no exercício de 2008, apurado através de conta mercadoria.

Desta forma, ao analisar o auto de infração, o julgador singular converteu o feito em diligência realizando uma perícia técnica contábil, onde foi modificada a base de cálculo reduzindo de R\$2.025.178,57 para R\$ 1.045.517,73, sendo 961.996,72 referente a receitas tributadas e 80.521,01 referentes a receitas não tributadas, aplicando a penalidade do art. 123, III, b da Lei n.º 12.670/96.

Inicialmente, observa-se que a Autuada alega que o lançamento tributário é nulo, questionando a consistência da apuração em causa.

Ocorre que o DRM, método utilizado pelo fiscal atuante, está regularmente previsto na legislação, conforme art. 92, § 8º, inciso IV da Lei n.º 12.670/96, sendo meio legal para o presente caso.

“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;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

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;

IV - montante da receita líquida inferior ao custo dos produtos vendidos, ao custo das mercadorias vendidas e ao custo dos serviços prestados no período analisado;

V - diferença a maior entre o preço médio ponderado das mercadorias adquiridas ou produzidas e os seus respectivos valores unitários registrados no livro de Inventário.

VI - déficit financeiro resultante do confronto entre o saldo das disponibilidades no início do período fiscalizado, acrescido dos ingressos de numerários e deduzidos os desembolsos e o saldo final das disponibilidades, considerando-se, ainda, os gastos indispensáveis à manutenção do estabelecimento, mesmo que não escrituradas.”

Além disso, cumpre ressaltar que o procedimento utilizado pelo fiscal, também está previsto no RICMS, Decreto n.º 24.569/97, no artigo n.º 827.

Desta forma, não pode ser aceito o argumento de nulidade ao presente caso por supostamente ser desprovido de amparo legal, conforme demonstrado.

Afastada a nulidade argumentada, verifica-se que do levantamento realizado pelo fiscal, verificou-se que o custo das mercadorias vendidas foi superior a receita líquida, gerando a presunção de omissão de receitas.

Ressalta-se que todos os argumentos levantados pela Autuada, foram analisadas na perícia competente, onde possíveis falhas e argumentos foram sanados. Sendo eles: que além da atividade comercial, a empresa autuada desempenha atividade de prestação de serviço; que procede a alegação da autuada de que foram incluídas indevidamente no levantamento fiscal as mercadorias destinadas a prestação de serviço, já que se referiam a equipamentos de segurança, como cinto, luvas e óculos, etc.; que foram excluídas do levantamento as operações de bens do ativo, materiais de uso e consumo e retorno de mercadorias enviadas para concerto; que a fiscalização calculou a base de cálculo do imposto pelo valor contábil das mercadorias.

Com isso, a fiscalização chegou a nova base de cálculo no valor total de R\$ 1.045.517,73, sendo R\$ 961.996,72 referente a operação tributada, e R\$ 80.521,72 referente a operações isentas.

Não merecendo prosperar os argumentos da Recorrente, uma vez que as falhas apontadas em seu recurso já foram corrigidas na perícia realizada em 1ª instância, restando caracterizada a infração em causa.

N
9
J



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Um ponto que merece destaque, no presente caso, é a capitulação da penalidade. Uma vez que, através do DRM, não é possível verificar a identificação do ilícito fiscal, uma vez que não se sabe ao certo se se trata de venda de mercadoria sem nota fiscal, venda por valor inferior ao custo de aquisição ou subfaturamento.

Com isso, quanto a aplicação da penalidade o art. 112 do Código Tributário Nacional, define que a penalidade deve ser interpretada de maneira mais branda em favor do acusado quando há dúvida na sua aplicação.

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

Desta forma, como a perícia chegou à conclusão de que houve omissão de receitas referentes a operações tributadas e isentas. Deve-se interpretar de forma a aplicar a penalidade mais branda.

Devendo a penalidade do art. 126 da lei n.º 12.670/96 (10%) aplicada para a base de cálculo para operações isentas (R\$ 80.521,72), e a penalidade do art. 123, I, c, da lei n.º 12.670/96 (30%) para a base de cálculo referente a operações tributadas (R\$ 961.996,72).

Diante do acima exposto, VOTO para que se conheça do Reexame necessário e do Recurso Ordinário, para dar-lhe parcial provimento, para manter a decisão de parcial procedência proferida em 1ª Instância, todavia, para modificar a penalidade referente a base de cálculo isenta, para a do art. 126 da Lei n.º 12.670/96, mantendo a penalidade do art. 123, I, c, da Lei n.º 12.670/96 em relação as operações tributadas.

É como VOTO.

**Demonstrativo do Crédito (R\$) – Base de
cálculo Tributada**

Base de Cálculo	961.996,72
ICMS	163.539,44
Multa	163.539,44
TOTAL	327.078,88



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Base de Cálculo	80.521,01
ICMS	
Multa	8.052,10
TOTAL	8.052,10

***TOTAL GERAL: R\$ 335.130,98**

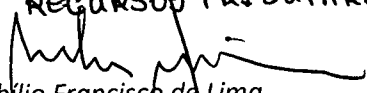
03 - DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente a ALCATEL – LUCENT BRASIL S.A. e a Célula de Julgamento da 1ª Instância: “Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário e do Recurso Ordinário, e por maioria de votos, dar-lhes parcial provimento, para manter a decisão **PARCIAL-CONDENATÓRIA** de 1ª Instância, mas com fundamento diverso. Considerando que a Omissão de Receitas tanto pode ter decorrido da saída de mercadorias sem documentos fiscais, conforme apontado pelo Autuante, como também da saída com notas fiscais, porém, subfaturadas, ou com valores inferiores aos de aquisição; e considerando, ainda, que nas duas últimas hipóteses a infração cometida seria de falta de recolhimento do imposto e, portanto, menos gravosa que a indicada no AI, resolve-se modificar a penalidade proposta na inicial da seguinte maneira: aplicar a sanção prevista no artigo 123, I, “c”, da Lei 12.670/96 relativamente às operações tributadas, e a prevista no artigo 126, sobre as operações isentas, não-tributadas ou tributadas por substituição tributária, conforme bases de cálculo discriminadas no Laudo Pericial às fls. 141/149 dos autos. Tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator, e em conformidade com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em desacordo com a manifestação proferida oralmente em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, que foi pela parcial-procedência da autuação, porém, nos termos do julgamento singular. Foi voto vencido quanto ao mérito o do Conselheiro José Augusto Teixeira, que se acostou à manifestação do Sr. Procurador.”

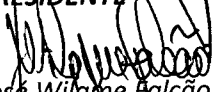


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, EM FORTALEZA, EM 06 DE FEVEREIRO DE 2017.


Abílio Francisco de Lima


PRESIDENTE


José Wilame Falcão de Souza


CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves

CONSELHEIRO


José Augusto Feixeira

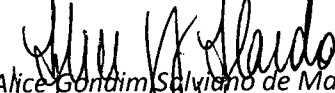
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza


PROCURADOR DO ESTADO


Rodrigo Portela Oliveira

CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo

CONSELHEIRA


Diogo Morgis Almeida Vilar

CONSELHEIRO