



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº: 24 / 2020

84ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 25.11.2019

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4604/2016

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2016221044

RECORRENTE: VALE JAGUARIBE COMERCIAL MOTOS LTDA.

CGF: 06.834.954-8

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONS. MICHEL ANDRÉ BEZERRA LIMA GRADVOHL

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDAS detectada por meio de levantamento quantitativo de estoques. Mercadorias anteriormente tributadas por meio de substituição tributária. Irregularidade demonstrada nos anexos do Auto de Infração. Ausência de justificativa para intimar o Contribuinte por meio de edital não trouxe prejuízo ao Contribuinte, não devendo ser declarada nulidade. Decisão por voto de desempate da Presidência. Ausência do valor da base de cálculo no corpo do Auto de Infração, mas informado nos relatórios presentes no CD anexo ao AI. Ausência de nulidade. Decisão unânime. **Arts. Infringidos:** 127, 129, 174, 176-A e 177 do Decreto nº 24.569/97. **Penalidade:** art. 126 da Lei nº 12.670/96. Recurso Ordinário conhecido e negado provimento. Procedência do Auto de Infração. Decisões em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas conforme manifestação oral em sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE

ICMS. Omissão Saídas. Levantamento de Estoque. Inexistência de Nulidades. Ausência de Prejuízo. Base de Cálculo Informada. Procedência.

RELATÓRIO

Versa o presente Auto de Infração sobre omitir saídas de mercadorias, em 2011, cujo ICMS já havia sido recolhido em operação anterior por substituição tributária.

A Autoridade Fiscal atuante aponta como infringidos os arts. 127, 129, 174, 176-A e 177 do Decreto nº 24.569/97 - RICMS e sugere como penalidade a prevista no art. 123, inciso III, alínea "b", da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2003.

Informa ainda que:

- Para a realização do procedimento, considerando que o contribuinte não realizou a opção por arquivo eletrônico, utilizou-se os arquivos da DIEF, que constavam com itens de mercadorias na base de dados da SEFAZ, arquivos estes que estão no CD em anexo, sendo utilizado para processar as informações o software "Análise Fiscal".

- Ressalte-se que foram excluídos do levantamento as operações com produtos não destinados à comercialização (uso ou consumo e ativo imobilizado), as operações com veículos novos (que são monitoradas por célula específica – CESUT), as que não se referem à circulação de mercadoria ou que se refiram a emissão de nota fiscal em operação já registrada em equipamento ECF (CFOP 5.929 e 6.929) para evitar duplicidade.

- Através do levantamento, foram constatadas as seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de peças e acessórios de veículos. Descrição: operação sujeita à substituição tributária por entradas prevista no Decreto nº 27.677/2004 (até abril de 2011) e Decreto nº 30.519/2011 (a partir de maio de 2011). Penalidade: art. 126, da Lei nº 12.670/1996.

- Segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), entende-se que, inclusive para os tributos cujo lançamento deva ser efetuado por homologação (caso do ICMS), a contagem do prazo decadencial para lançamento do crédito tributário inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I), e não com a ocorrência do fato gerador. Atesta-se, portanto, a regularidade do lançamento de ofício no presente auto de infração dos créditos tributários referentes ao exercício de 2011.

Instrui o presente processo, dentre outros, com Termo de Início com ciência por edital publicado no DOE de 05/09/2016 (fls. 08/09), Termo de Conclusão com ciência por edital publicado no DOE de 11/10/2016) (fls. 10/11), CD e respectivo protocolo de autenticação dos arquivos (fls. 12/13).

Demonstrativo do Crédito Tributário:

Omissão de saídas	R\$ 62.373,99
Multa (10%)	R\$ 6.237,40
Total	R\$ 6.237,40

Em razão do disposto no art. 1º da Lei nº 16.257/20017, foi realizada tentativa de intimação do contribuinte por meio dos Correios com Aviso de Recebimento (fls. 21/23), por edital publicado no DOE de 19/02/2018 (fls. 25/27) e novamente por meio dos Correios com Aviso de Recebimento ciência em 23/05/2018 (fls. 50/51v).

Em 21/06/2018 a Atuada apresentou defesa, a qual repousa às fls. 29 a 32 dos autos, alegando:

- Nulidade do feito fiscal em razão de não constar a base de cálculo no Auto de Infração, violando art. 33, XII do Decreto nº 25.468/99. Irregularidade que não comporta reparação, conforme art. 33, § 1º do mesmo diploma.

- Em momento algum o Fisco teve prejudicado sua atividade arrecadatória, vez que a Impugnante, na condição de concessionária de veículos novos, tem todos os seus impostos recolhidos antecipadamente na fonte.



Pede:

- Nulidade ou, subsidiariamente,
- Improcedência do feito fiscal.

No Julgamento Singular, o Julgador de 1ª Instância, às fls. 52 a 57, afirma que:

- A alegativa do autuante de nulidade do auto de infração não procede uma vez que o § 2º do art. 33, da Lei nº 12.732/97 expõe que "a ausência da indicação referida no inciso XIV não ensejará nulidade, desde que o relato do auto de infração seja claro e preciso", portanto não acatamos o alegado.
- A acusação fiscal amparou-se no levantamento quantitativo de mercadorias. A prova da existência do fato gerador, demonstrando a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, fora acostada pelo autuante aos autos no CD às fls. 13, dirimindo todas as dúvidas da impugnante.
- O auto de infração cobra apenas multa, por vendas de mercadorias sem documento fiscal, caindo por terra a alegativa que todos os produtos comercializados pela empresa tiveram o ICMS recolhido antecipadamente na fonte.

Ao final, julga procedente o feito fiscal.

Inconformada com a Decisão de Singular, a Recorrente interpõe tempestivamente Recurso Ordinário (fls. 176/190), onde aduz:

- Nulidade em razão de não constar a base de cálculo, violando art. 33, XII do Decreto nº 25.468/99. Irregularidade que não comporta reparação (art. 33, § 1º)
- Em momento algum o Fisco teve prejudicado sua atividade arrecadatória, vez que a Impugnante, na condição de concessionária de veículos novos, tem todos os seus impostos recolhidos antecipadamente na fonte.
- A Administração Tributária tem pleno conhecimento de toda a movimentação financeira e contábil do Contribuinte, de forma que as exigências que deram ensejo à lavratura do presente auto de infração mostram-se como exagero do agente administrativo.
- Tanto as obrigações principais como acessórias foram cumpridas na sua plenitude, inexistindo qualquer prejuízo para o Erário.
- O auto de infração decorre única e exclusivamente de defeitos decorrentes da metodologia adotada pelo agente fiscal para apuração da autuação em comento, vez que apresentou todos os documentos requeridos pelo fiscal.

Pede:

- Nulidade ou, subsidiariamente,
- Improcedência;

A Assessoria Processual Tributária – CEAPRO emitiu o Parecer de nº 253/2019 (fls. 72/74), onde manifesta que:

- Com relação à nulidade arguida, entendo que deva ser afastada, pois no caso em tela a Infração está devidamente disciplinada nos arts. 127, 169, 174, 174-A e 177 do Decreto nº 24 569/97 e art. 92, caput da Lei nº 12.670/96, que ensejou a penalidade ao art.123, III, "B" da Lei 12 670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2003.
- Antes de adentrar no mérito da questão, percebo que a forma de Intimação feita ao contribuinte foi por meio de Edital de Intimação (fls. 09 e 11). Não vislumbramos nas Informações prestadas pelo agente do Fisco razões para que assim procedesse, visto



que, nos termos do art. 79, §1º, IV da Lei nº 15.614/2014 as intimações por edital só devem ocorrer quando esgotadas as possibilidades previstas nos Incisos I a III, ou ainda quando o contribuinte se encontrar em local Incerto ou não sabido.

- Analisando o Cadastro do Contribuinte no Sistema SEFAZ, vê-se que a situação da empresa é Ativa, constando o registro do seu endereço. Isso posto, embora não exista ordem de preferência entre as modalidades de Intimação previstas entre os Incisos I a III, e apesar de visualizar a dificuldade da ciência prevista no inciso I, devido à localidade do contribuinte ser no Interior do Estado, ainda assim, entendo que deveria ter sido observada a forma de Intimação prevista no Inciso III, por AR, preferencialmente à Intimação por Edital.

- Em razão da nulidade acatada, deixo de apreciar os demais argumentos da parte.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Ordinário onde é Recorrente VALE JAGUARIBE COMERCIAL MOTOS LTDA. (CGF: 06.834.954-8) e Recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA, por meio do qual a Recorrente insurge-se contra decisão de procedência do feito fiscal proferida no Julgamento Singular.

A acusação versa sobre, em 2011, deixar de emitir documentos fiscais para acobertar a saída de mercadorias anteriormente tributadas por substituição tributária, no valor total de R\$ 62.373,99, conforme o arquivo "Quantitativo de estoque - PEÇAS" no CD às fls. 13.

Inicialmente, cabe observar, quanto à alegação de nulidade suscitada pela Assessoria Processual Tributária - CEAPRO em razão de não ter vislumbrado nas Informações Complementares ao Auto de Infração fundamento para ter sido realizada a intimação do Termo de Início por meio de Edital, que o Contribuinte não alega em momento algum prejuízo ou mesmo a ocorrência desse alegado equívoco, apesar de ter alegado outro motivo para ser declarado nulo o feito fiscal.

Me parece razoável entender, pelo decurso do tempo superior a quatro meses - o Mandado de Ação Fiscal (fls. 07) foi emitido em 25/04/2016 e o Edital de Intimação do Termo de Início foi publicado no DOE de 05/09/2016 (fls. 09) -, que houve tentativa de intimação por outros meios antes da sua realização por edital.

Ademais, não houve prejuízo para o Contribuinte no caso concreto, tendo em vista que a sua participação na etapa procedimental de constituição do crédito tributário é prescindível e que na presente fase processual a Recorrente, apesar de intimada do Auto de Infração por meio de edital publicado no DOE de 11/10/2016, compareceu aos autos e bem exerceu seu direito ao contraditório e à ampla defesa ao impugnar o Auto de Infração e interpor recurso ao Julgamento Singular.

A ausência de prejuízo às partes atrai a aplicação do disposto no art. 84, § 8º, da Lei nº 15.614/2014:

Art. 84. [...]



§ 8º Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para as partes.

Dessa forma, não acato a sugestão de nulidade apresentada pela CEAPRO.

No que concerne à alegação da Recorrente de que o Auto de Infração é nulo por não informar em seu corpo o valor da base de cálculo do crédito tributário, há de se observar que, de fato, o § 1º do art. 33 do Decreto nº 25.468/1999, não afasta nulidade por ausência de indicação da base de cálculo, assim como o § 2º do mesmo artigo, utilizado como fundamento no Julgamento Singular, se refere ao inciso XIV e não ao XII do citado art. 33.

Art. 33. O auto de infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:

[...]

XII – valor total do crédito tributário devido, discriminado por tributos ou multa, inclusive com indicação da base de cálculo, bem como os meses e exercícios a que se refere;

§ 1º A ausência das indicações referidas nos incisos II, III, IV, V, VI, VII e XIII não ensejará a nulidade do auto de infração.

§ 2º A ausência da indicação referida no inciso XIV não ensejará nulidade, desde que o relato do auto de infração seja claro e preciso.

Entretanto, o valor da base de cálculo está claramente determinado no arquivo “Quantitativo de estoque – Peças”, no CD de fls. 13. Como o CD está anexado ao Auto de Infração e constitui parte integrante deste, entendo que não houve prejuízo no caso concreto, atraindo novamente a aplicação do art. 84, § 8º da Lei nº 15.614/14.

Quanto à ausência de prejuízo ao Fisco pelo fato das operações já terem sido anteriormente tributadas por substituição tributária, alegada pela Recorrente, entendo não interferir na constituição do crédito tributário, seja em razão da responsabilidade objetiva no direito tributário, seja pelo fato do crédito não se referir ao ICMS, mas apenas a multa.

Por fim, no que concerne ao mérito, os fatos alegados pela Recorrente de o tributo sobre mercadorias elencadas no quantitativo de estoque já havia sido recolhido e de terem sido cumpridas algumas obrigações acessórias pela Autuada não elidem a circunstância de ter sido detectada omissão de saídas por meio do levantamento de estoques, ferramenta de auditoria consagrada, realizado com os dados prestados pelo próprio Contribuinte por meio de sua DIEF.

A Recorrente aduz que o Auto de Infração decorreu unicamente de defeitos da metodologia adotada pelo agente fiscal para apuração da irregularidade fiscal, mas não informa e nem, muito menos, comprova os alegados defeitos.

Todos os relatórios de entradas e de saídas constam no CD anexo ao Auto de Infração, demonstrando que ocorreu a omissão de saídas imputada à Recorrente.

Assevere-se que, tanto por meio dos arquivos DIEF como pelos arquivos EFD, os inventários foram informados com valor zero.



Por se tratar de operações cujo ICMS já havia sido recolhido em operações anteriores pela sistemática da substituição tributária, a penalidade a ser aplicada deve ser a prevista no art. 126 da Lei nº 12.670/96.

No corpo do Auto de Infração consta como sugerida a penalidade informada pelo art. 123, III, "b", da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2003. Entretanto, nas Informações Complementares já é informada a aplicação da penalidade prevista no art. 126 da LICMS, como relatado alhures. Ademais, é o caso de ser aplicado o disposto no § 7º do art. 84 da Lei nº 15.614/2014.

Art. 84. [...]

§ 7º Estando o processo administrativo-tributário em fase de julgamento, a ausência ou o erro na indicação dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva penalidade, constantes do auto de infração, serão corrigidos pela autoridade julgadora, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não ensejando a declaração de nulidade do lançamento, quando a infração estiver devidamente determinada. (grifos ausentes no original)

Isto posto, voto no sentido de que se conheça do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento e julgar procedente o feito fiscal.

Demonstrativo do Crédito Tributário:

Omissão de saídas	R\$ 62.373,99
Multa (10%)	R\$ 6.237,40
Total	R\$ 6.237,40

É como voto.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é Recorrente **VALE JAGUARIBE COMERCIAL MOTOS LTDA.** (CGF: 06.834.954-8) e Recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.**

A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso ordinário, e decidir nos seguintes termos: **1) Com relação a preliminar de nulidade suscitada de ofício pela Assessora Tributária em razão da intimação inicial ter sido realizada por Edital e não por AR – Afastada por unanimidade de votos, tendo em vista que não houve qualquer prejuízo ao contribuinte, que apresentou defesa dentro do prazo, a Intimação por edital atingiu sua finalidade, afastada, conforme posicionamento do representante da Procuradoria Geral do Estado. O representante da Procuradoria Geral do Estado afastou de ofício a decadência, nos termos do art. 173, I, do CTN, em razão da falta de emissão de documento fiscal, a autuação é só Multa. 2) Com relação a preliminar de nulidade em razão do Auto de Infração não ter atendido os requisitos necessários para sua lavratura, o agente fiscal não especificou a Base de cálculo – Afastada por voto de Desempate da Presidente em razão de que o Levantamento Fiscal apresentado detalhou as informações conforme documentos em anexo, o CD detalha a Base de Cálculo, e o CD é parte integrante do Auto de Infração, com os detalhes das informações pertinentes ao caso. Vencidos os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque, José**

Osmar Celestino Junior e Ivete Maurício de Lima que acataram a presente nulidade. **No mérito**, por unanimidade de votos, a 4ª Câmara de Julgamento resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro relator em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com a manifestação oral em Sessão do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 31 de JANEIRO de 2020.


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO

Ciente em: / /


Michel André Bezerra Lima Gradvohl
CONSELHEIRO RELATOR


José Osmar Celestino Junior
CONSELHEIRA


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Fredy José Gomes de Albuquerque
CONSELHEIRO


Ivete Maurício de Lima
CONSELHEIRA


Sâmara Lea F. R. Silva Aguiar
CONSELHEIRA