



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

RESOLUÇÃO Nº: 080/2017

10ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 24/03/2017

PROCESSO Nº 1/1763/2015

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2015.07673-3

RECORRENTE: MAKRO ATACADISTA S/A.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CGF: 06.914.977-1

CONSELHEIRO RELATOR: DIOGO MORAIS ALMEIDA VILAR

EMENTA: ICMS – DEIXAR DE ESCRITURAR NOTAS FISCAIS DE ENTRADA.

O Contribuinte deixou de escriturar notas fiscais de entrada relativas as operações realizadas no exercício de 2010. A infração em tela foi comprovada a partir de trabalho de circularização das operações com mercadorias realizadas entre fornecedores e o contribuinte autuado. Infração ao art. 269 do Decreto nº. 24.569/97. **2** – Imposta a penalidade preceituada no Art. 126 da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03. **3** – Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas pela recorrente, haja vista que o fundamento do pedido – incorreta descrição da infração e conseqüente cerceamento do direito de defesa - não se sustentam diante das provas embutidas no caderno processual. **4** – Afastada preliminar de mérito relativa à decadência parcial do crédito tributário por aplicação do art. 173, inciso I, do CTN, à unanimidade de votos. **5** – Indeferimento dos argumentos de defesa de mérito por restarem ausentes elementos probatórios aptos a afastar a infração preceituada, e indeferimento da prova pericial visto que formulada de forma genérica, a teor do art. 97, inciso I, da Lei nº. 15.614/2014. **6** – Impossibilidade do julgador afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, a teor do art. 48, §2º da Lei nº. 15.614/2014, no que se relaciona a ofensa ao princípio da vedação ao confisco. **7** – Infração caracterizada nos autos. Reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 123, VIII, 'L' da Lei nº 12.670/96. **8** – Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido, para modificar em parte a decisão exarada em 1ª Instância e julgar **PARCIAL PROCEDENTE** a acusação fiscal, nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.



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

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOTAS FISCAIS DE ENTRADA – PARCIAL PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO FISCAL – REENQUANDRAMENTO DA PENALIDADE. APLICAÇÃO DA PREVISTA NO ARTIGO 123, VIII, “L” DA LEI Nº 12.670/96.

01 – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:

“As infrações decorrentes de operações com mercadorias ou prestações de serviços tributados por regime de substituição tributária cujo o imposto já tenha sido recolhido. O contribuinte deixou de escriturar no livro registro de entradas, em 2010, as operações relacionadas em anexo, as quais totalizaram o montante de R\$ 2.593.368,54, conforme relatamos nas informações complementares”.

Apontada infringência ao art. 18 da Lei 12.670/96, foi imposta penalidade preceituada no art. 126 da Lei nº. 12.670/96 modificado pela Lei nº. 13.418/03.

Demonstrativo do Crédito (R\$)

Base de Cálculo	2.593.368,54
ICMS	-----
Multa (10%)	259.336,85
TOTAL	259.336,85

A empresa foi intimada do feito e apresentou defesa, alegando em síntese o seguinte: a) que estaria ausente a descrição dos fatos que embasaram a autuação, portanto seria nulo o lançamento; b) erro na capitulação legal da exigência fiscal; c) que o auto teria sido feito por presunções, o que não é aceito como meio de prova, tornando-o nulo; d) decadência parcial do crédito tributário relativamente aos fatos geradores anteriores a 22/06/2010; e) devolução das mercadorias objeto da autuação; f) a necessidade de conversão do julgamento em diligência; g) que a multa possui caráter confiscatório.

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular entendeu pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, mantendo-se o lançamento fiscal em sua integralidade.

Inconformada, a empresa autuada apresentou recurso ordinário, reforçando os argumentos da peça defensiva, alegando, em síntese:



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

- a) Nulidade da exigência fiscal por ausência de descrição dos fatos que embasaram a autuação: alega que o ente estatal não se preocupou em indicar as datas em que esses registros deveriam ter sido escriturados;
- b) Nulidade da exigência fiscal por erro na capitulação legal;
- c) Nulidade da exigência fiscal diante da impossibilidade de presunções como meio de prova: afirma que a metodologia utilizada é imprópria para a comprovação da materialidade da infração imputada, por se tratar de levantamento superficial e genérico que trata apenas de entradas e saídas sem considerar a que título eram feitas essas entradas, se teria havido alteração do estoque de mercadorias e operações com finalidade mercantil tributáveis pelo ICMS, e que na dúvida quanto aos fatos e prática de infrações, a interpretação da legislação deve ser da maneira mais favorável ao acusado conforme dispõe o art. 112 do CTN;
- d) No mérito, alega que decaiu o direito do Fisco de efetuar o lançamento referente ao período anterior a 22.06.2010, a teor do art. 150, §4º do CTN, e que não agiu com dolo ou má fé, portanto é inaplicável ao presente caso a regra geral de decadência prevista no artigo 173, I do CTN;
- e) Argui a improcedência da autuação ante a não ocorrência da infração apontada, pois a recorrente teria devolvido as mercadorias, tratando-se portanto de mercadorias recusadas e enviadas de volta para os estabelecimentos fornecedores;
- f) Que existe a necessidade de realização de perícia a fim de provar o alegado e apresenta 04 quesitos a serem respondidos ao final da perícia:

“(i) Queiram os Srs. Peritos informar se as mercadorias objeto da presente autuação fiscal ingressaram efetivamente no estabelecimento da Recorrente e quais mercadorias foram objeto de devolução e recebidas pelos fornecedores da Recorrente;

“(ii) queiram os Srs. Peritos e o Assistente Técnico confirmar qual o valor correto a ser considerado em “Compras” e também em “Entradas” para o exercício de 2010;



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

(iii) queiram os Srs. Peritos e o Assistente Técnico informar se, utilizando-se os critérios adequados para comparação de estoque, entradas, saídas e estoque final, há identificação de receita tributável omitida ou obrigação acessória descumprida pela Recorrente, e;

(iv) a Recorrente protesta pela apresentação de quaisquer outros quesitos elucidativos e/ou complementares que possam auxiliar, no transcorrer dos trabalhos periciais, a verificação dos fatos objeto da presente demanda”.

- g) Que a multa aplicada, equivalente a 10% sobre o valor de todas as operações, é inconstitucional e possui caráter confiscatório, o que seria vedado pelo art. 150, inciso IV da CF/88.

A Assessoria Processual-Tributária, por sua vez, em parecer referendado pelo douto representante da PGE, manifestou-se pela manutenção da decisão recorrida, isto é, pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

É o relatório.

02 – VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Ordinário apresentado contra decisão de procedência da acusação fiscal proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Versa o auto de infração acerca da falta de escrituração de notas fiscais de entradas no exercício de 2010.

Preliminarmente, é impositivo que se diga que o trabalho fiscal foi desenvolvido a partir da circularização de informações prestadas ao Fisco pelos contribuintes fornecedores da empresa atuada em face das informações prestadas por esta última em seu competente Livro Registro de Entradas.

A verdade é tanta que a autoridade fiscal juntou aos autos o relatório das notas fiscais de entrada que não teriam sido escrituradas. Logo, todas as informações acerca do trabalho fiscal que sustenta o lançamento em questão estão contidas no caderno processual, o qual foi entregue ao contribuinte. ~



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

Diante dessa circunstância, não pode ter guarida o pedido de nulidade levantado pela recorrente (autuação feita com base em presunção), haja vista que no caderno processual consta a relação das notas fiscais que motivaram a autuação, cada uma delas com indicação da razão social do emitente, do número da nota fiscal, da data da emissão e do valor total da operação. Este fato demonstra que há provas nos autos acerca da infração denunciada, o que afasta a tese de cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

E mais... não houve qualquer confusão entre narrativa da infração cometida e aplicação da penalidade, tendo o Auditor conferido a penalidade que, no seu entender, era a cabível para o caso, qual seja, a contida no artigo 126 da Lei nº 12.670/96, restando afastado o pedido de nulidade realizado pelo contribuinte em sua peça recursal.

Destarte, meio que sob os mesmos argumentos, a Recorrente argumenta também a nulidade do feito fiscal por ausência de descrição dos fatos que embasaram a acusação e pela impossibilidade de utilização de presunção como meio de prova. Entendo, contudo, que não merecem prosperar suas razões recursais. A fiscalização cuidou de instruir o processo, como acima visto, com planilha contendo a relação das notas fiscais que motivaram a autuação (fls. 08), cujos dados foram extraídos das informações prestadas pelo contribuinte ao Fisco.

Da análise dos dados levantados, concluiu-se pela existência de entradas de mercadorias não escrituradas no montante de R\$ 2.593.368,54 (dois milhões, quinhentos e noventa e três mil, trezentos e sessenta e oito reais e cinquenta e quatro centavos).

Por sua vez, tanto nos autos como em consulta aos livros fiscais da contribuinte, restou patente a ausência de comprovação da regular escrituração das notas fiscais em questão, fato que configura inequívoca infração ao artigo 269 do Decreto nº 24.569/97.

Quanto ao mérito, aduz a Recorrente, em sede preliminar, a decadência de parte do crédito tributário, relativamente aos fatos geradores ocorridos 5 (cinco) anos antes de sua ciência ao auto de infração, que se deu em 22/06/2015. Neste sentido, esta Relatoria se perfilha ao entendimento externado pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça acerca da questão, tendo em vista que se trata de obrigação acessória, aplicável, portanto, como regra de contagem do prazo decadencial o estabelecido no artigo 173, inciso I, do CTN.

Aduz ainda a Recorrente que as mercadorias cujas notas fiscais não foram escrituradas teriam sido devolvidas aos fornecedores. Contudo, a empresa não trouxe em seu recurso qualquer elemento concreto que pudesse afastar as conclusões do agente autuante, limitando-se a argumentos genéricos, deixando de desincumbir-se do ônus de provar a existência de fatos



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

impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Fisco constituir o crédito tributário, a teor do que prescreve o art. 373 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

[...]

Desse modo, deve-se indeferir a prova pericial, na forma do art. 97, inciso I da Lei nº. 15.614/2014, a saber:

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

I - formulado de modo genérico;

[...]

Quanto ao argumento relativo ao caráter confiscatório da multa, importa destacar que a este Órgão Julgador não compete a apreciação de inconstitucionalidade de normas que não tenham sido assim declaradas pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Súmula Vinculante, na forma do art. 48, §2º da Lei nº. 15.614/2014, que rege o processo administrativo tributário, *in verbis*:

Art. 48. Omissis.


[...]

§ 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.

Não havendo, portanto, outros elementos que possam afastar a base de cálculo identificada, permanece a infração ao art. 269 do Decreto 24.569/97. 



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

Devidamente comprovado o ilícito descrito na peça inicial, submete-se o sujeito passivo a sanção prevista em lei. Dizendo de outra forma, restou configurada a infração denunciada na peça vestibular, qual seja, falta de escrituração de notas fiscais de entrada, fato tipificado como infração a legislação do ICMS.

No entanto, esta Relatoria diverge do entendimento do agente atuante, adotando para o caso a penalidade prevista no art. 123, VIII, L, da Lei nº 12.670/96, já que menos gravosa a sanção sugerida pelo atuante (art. 126), prevalecendo aquela como a penalidade aplicada ao caso, indo de encontro ao opinativo da Célula de Assessoria Processual Tributária.

Ex positis, VOTO no sentido de conhecer do Recurso Ordinário, afastar as preliminares de nulidade suscitada, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para modificar em parte a decisão condenatória proferida na 1ª Instância, reenquadrando a penalidade aplicada para a prevista no Art. 123, VIII, "L", da Lei 12.670/96, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

É como VOTO.

03 – DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	2.593.368,54
ICMS	-----
Multa (5%)	129.668,42
TOTAL	129.668,42

04 – DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/1763/2015 – Auto de Infração: 1/2015.07673-3. Recorrente: **MAKRO ATACADISTA S/A**. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

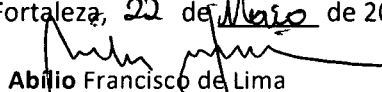
Decisão: "Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, e tomar as seguintes



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

deliberações: **1.** Quanto à alegação de nulidade do feito fiscal pela falta de descrição clara dos fatos e imprecisão na capitulação legal, resolvem afasta-la, por unanimidade de votos, ante a constatação nos autos de que os fatos estão narrados de forma clara e precisa e a capitulação legal feita de maneira correta. Constata-se também que a despeito do alegado, o contribuinte realizou defesa demonstrando suficiente conhecimento da infração que lhe foi imputada; **2.** Em referência à alegada nulidade do auto de infração por supostamente ter se baseado em mera presunção, resolvem afasta-la por unanimidade de votos, entendendo que nos autos há elementos probatórios suficientes a embasar a autuação; **3.** Quanto à alegação de decadência do direito do Fisco, relativamente ao período de janeiro a junho de 2010, foi afastada por unanimidade de votos, tendo em vista que se trata de obrigação acessória, aplicável, portanto, como regra de contagem do prazo decadencial o estabelecido no artigo 173, inciso I, do CTN. **4.** Quanto ao pedido de perícia, resolvem indeferi-lo com base no art. 97, I, da Lei nº 15.614/14, tendo em vista que foi formulado de modo genérico. **5. No mérito,** resolve-se por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao Recurso interposto, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, para **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, alterando a penalidade originalmente aplicada (art. 126 da Lei 12.670/96) para a prevista no art. 123, VIII, "L" da Lei 12.670/96, ou seja, multa de 5% do valor das operações omitidas. Em relação ao argumento de que a multa aplicada possui efeito confiscatório, resolvem por unanimidade de votos não acolhê-lo, por entenderem que não compete a esta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 48 §2º, da Lei nº 15.614/2014. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, a representante legal da recorrente, Dr. Mariana Lima Fonteles."

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 22 de Maio de 2017.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Wilame Ralção de Souza
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Rafael Lessá Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Camilla Borges Duarte
CONSELHEIRA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO RELATOR


Rodrigo Porteira Oliveira
CONSELHEIRO