



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

RESOLUÇÃO Nº: 035 /2017
20ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 25/09/2017
PROCESSO Nº 1/0162/2012
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201114489
RECORRENTE: VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A
RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ
CGF: 06.321.979-4
CONSELHEIRO RELATOR: RODRIGO PORTELA OLIVEIRA

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS – DECADÊNCIA – EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

1 – Empresa autuada por ter sido constatado, durante a fiscalização, a ocorrência de custo dos produtos vendidos, nos meses de fevereiro a março de 2006, superior ao montante da receita líquida, caracterizando omissão de receitas.

2 – Imposta a penalidade preceituada no art. 123, III, alínea “b” da Lei nº 12.670/96.

3 – Autuação julgada extinta, aplicando a regra de decadência do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, uma vez que, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação e por se verificar que o Recorrente apurou, declarou e recolheu imposto que entendeu devido, ao presente caso é a regra aplicável.

4 – Além disso, em que pese se tratar de autuação por omissão de receitas, o método utilizado não demonstra que o contribuinte agiu com a comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação

5 – Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar extinto o presente processo, uma vez que decaído o crédito tributário em questão.

6 – Decisão por maioria de votos, e em desacordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – Omissão de receita – decadência – extinção – artigo 150, §4º do CTN.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

01 – RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, da falta de emissão de documento fiscal constatada em decorrência de omissão de receita decorrente dos custos dos produtos vendidos nos meses de fevereiro e março de 2006 em valor superior ao montante da receita líquida conforme detalhamento contido na Informação Complementar.

Na Informação Complementar, o agente do fisco esclarece que ao efetuar o Custo dos Produtos Vendidos da empresa constatou-se, nos meses de fevereiro e março de 2006, que os valores levantados são superiores as saídas líquidas dos respectivos períodos, caracterizando a ocorrência de omissão de receita prevista no Parágrafo 8º, IV do Dec. 24.569/97, razão da lavratura do AI aplicando a penalidade prevista no art. 123, III, “b” da Lei 12.670/96.

A pretensão restou impugnada, arguindo em sede de preliminar que na qualidade de sucessora, não responde pelos por supostos débitos de ICMS anteriores a 30/06/2006 e a decadência com base no art. 150, § 4º do CTN, do período de janeiro a outubro de 2006 uma vez que o lançamento somente ocorreu em novembro de 2001.

No mérito, argumenta que não efetuou qualquer venda abaixo do preço de custo, ocorreu somente a contabilização equivocada do item devolução de vendas de produtos intermediário.

A julgadora monocrática converteu o curso do processo em perícia que concluiu pela exatidão do levantamento efetuado pelo agente fisco, fls.169/188.

O julgador monocrático decidiu pela procedência da acusação fiscal, afastando a falta de responsabilidade da empresa sucessora com base no art.129 do CTN. Refutou o argumento de decadência, uma vez que não havia crédito a ser homologado, pois o contribuinte não efetuou o lançamento, aplicando-se a regra do art.173,I do CTN. No mérito, ficou comprovado pela perícia o lançamento de ofício contido no Auto de Infração.

No recurso ordinário a impugnante alega nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa em razão de imprecisão do trabalho fiscal . Ratificando o pedido de extinção do crédito por decadência e improcedência pela não ocorrência de venda com preço inferior ao custo e o descabimento da multa em virtude de sucessão por incorporação e caráter confiscatório da mesma.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

A célula de Assessoria processual Tributária, Parecer nº 85/2016, sugere o conhecimento do recurso ordinário, negar-lhe provimento e confirmar a decisão condenatória sob os seguintes argumentos:

1- Nulidade por imprecisão não procede, o relato do auto de infração em conjunto com as informações e demais documentos elencados fls.3 detalham todo procedimento de fiscalização, motivação e apresenta os documentos comprobatórios.

2- A infração foi demonstrada por método utilizado na contabilidade, fundamentado no art. 827, § 8º, IV do Dec. 24.569/97.

3- O contribuinte não declarou, nem praticou quaisquer atos relacionados a escrituração ou lançamento do imposto ora lançado, razão pela qual se aplica o art. 173, I do CTN para contagem de prazo decadencial do direito da fazenda de lançar o imposto.

4- No caso de sucessão, a doutrina e jurisprudência majoritária são no sentido de as multas sejam elas punitivas ou moratórias estendem-se a responsabilidade ao sucessor.

5- No mérito, a perícia ratificou a ocorrência da infração.

6- Quanto ao efeito confiscatório da multa, como ensina o Prof. Hugo Machado, cabe ao Judiciário se manifestar sobre o tema.

O representante da douta Procuradoria Geral do Estado adotou o Parecer emitido pela Célula de Assessoria Processual Tributária.

Submetido a julgamento na 72ª (septuagésima segunda) Sessão Ordinária da 2ª Câmara de Julgamento no dia 12/08/2016, considerando que a votação quanto a preliminar de decadência ficou empatada, a presidente da Câmara sobretou o julgamento do processo a fim de proferir o voto de desempate no prazo legal.

No dia 12/09/2016, na 77ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara a presidente da 2ª Câmara de Julgamento apresentou seu voto no sentido de afastar a decadência "restou sobejamente demonstrado que, nos casos em que ficar configurado a omissão de receita com a conseqüente falta de pagamento do imposto devido, em desconformidade com a legislação aplicável e, havendo o lançamento de ofício por parte da autoridade fiscal, deve ser aplicado o art. 173, I C/C art 149 do CTN, posicionamento este, de acordo com o entendimento consolidado dos Tribunais superiores".

Na 98ª Sessão Ordinária em 10/11/2016, o processo foi julgado procedente por unanimidade de votos, sendo emitida a Resolução nº 43/2017.

Cientificado da decisão de segunda instância interpôs recurso extraordinário, sob o argumento de decisões divergentes. Traz a título de paradigma,



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

primeiramente a Resolução nº 503/2011 da 2ª Câmara, 776/2015 da 2ª Câmara e 402/2011 da 2ª Câmara em que a decisão é pela aplicação do art. 150, § 4º quanto a decadência do direito da Fisco de lançar o imposto.

O recurso extraordinário foi admitido por do Despacho nº 90/2017 da lavra da presidência do Conat, com fulcro no artigo 106 da Lei nº 15.614/2014, ao vislumbre da existência de nexo de identidade entre a decisão recorrida e as Resoluções apresentadas como paradigmas, que versam sobre a mesma matéria e possuem decisões diversas.

É o relato.

02 – VOTO DO RELATOR

Conforme se verifica do relato anterior, trata-se de Recurso Extraordinário interposto por VOTORATIM CIMENTOS N/NE S/A, onde foi verificado pelo fiscal atuante a existência de omissão de receita, e lançou o crédito tributário com base no artigo 827, IV, do Decreto n.º 24.569/97.

Com isso, o presente processo entrou em pauta de julgamento, e durante a discursão verifiquei a necessidade de analisar melhor o presente processo no que tange a decadência e devida aplicação do Código Tributário Nacional ao presente caso.

Desta feita, foi concedido vista do processo, bem como me manifestei através de voto vista, as fls. ____ dos presentes autos processuais.

Ao analisar o mérito, quando das discursões após o retorno de vista, as razões do voto vista foram acatadas por maioria, razão pela qual as utilizo para fundamentar a presente decisão:

“(…)

Desta feita, seguem dois pontos principais para consolidar meu entendimento de que deve ser aplicado o artigo n.º 150, §4º, do Código Tributário Nacional ao presente caso:

1- Da aplicação do 150 §4º do CTN:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

Inicialmente analisando os autos resta claro que o Contribuinte apurou, declarou e recolheu imposto que entendeu devido ao presente caso. Não restando alternativa senão, com base nos precedentes do STJ, aplicar o artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional.

Todavia, existe outro ponto interessante a ser analisado no presente processo. Observa-se que o lançamento foi feito baseando-se no artigo 827, do Decreto n.º 24.569/97.

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.

(...)

Tal artigo traz regras de arbitramento do crédito tributário, onde verifica-se a existência de uma irregularidade contábil, e se conclui por uma irregularidade fiscal através de diversas formas de cálculos, presumindo a existência de uma omissão de receitas.

Ocorre que, tal presunção não pode ser capaz de demonstrar que o contribuinte não apurou, declarou e recolheu imposto que entendeu devido. Uma vez que não verifica in loco a se realmente ocorreu a citada omissão ou não.

Tanto é assim, que não é possível realmente saber se o que ocorreu foi a venda sem nota, subfaturamento, venda a baixo do custo de aquisição ou simplesmente um erro do contribuinte.

Dito isso, é impossível para os que entendem que deve-se aplicar o art. 173, I do CTN, dizer ao certo que não houve real apuração, declaração, ou recolhimento mesmo que a menor do imposto. Uma vez que, o método utilizado não consegue nos fazer visualizar tal situação.

5



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

Para reforçar este entendimento, o próprio José Ribeiro Neto em seu livro Comentários a Legislação tributária e processual do Estado do Ceará (p. 828), assim o diz:

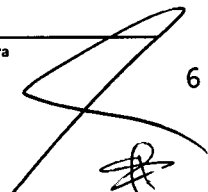
“(...) Ora, como vimos, o § 8º, em seus incisos I a VII, elenca uma série de irregularidades contábeis que poderão ser cometidas por contribuinte do ICMS, resultando, vida de regra, em omissão de receita e, por via de consequência, em eventual omissão de venda de mercadoria ou de prestação de serviços. Em verdade, verificada qualquer das irregularidades previstas nos incisos I a VIII deste §8º em comento, entendemos que o fisco somente poderá lavrar o competente auto de infração quando comprovada, também a irregularidade fiscal. É assim porque, na nossa ótica, a irregularidade de natureza puramente contábil, como, por exemplo, ‘estouro’ de caixa, é um mero indício de uma suposta evasão fiscal, sendo imprescindível, para a sua comprovação, que seja verificada a existência de irregularidade na escrita fiscal. A inversão do ônus da prova, em matéria tributária, é inaceitável no mundo jurídico, em especial, por força do princípio da legalidade tributária. Em síntese, verificada, mediante análise contábil, eventual irregularidade também em matéria tributária, deverá proceder a necessária análise da escrita fiscal deste mesmo contribuinte. Irregularidade na escrita contábil é indício de irregularidade na escrita fiscal. Ora indício não se presume, prova-se”

Ao fazer a citação anterior, não estou questionando o lançamento, mas demonstrando sua fragilidade na análise se realmente o contribuinte não teria apurado, declarado ou recolhido o imposto. Razão pela qual, entendo que deve-se aplicar a regra do artigo n.º 150 §4º do Código Tributário Nacional ao presente caso.

2- A omissão de receita é presumível a existência de dolo do contribuinte:

Outro ponto levantando e importante durante a primeira sentada para análise do presente processo, foi que quando tratando de autuação por omissão de receitas os egrégios Tribunais Superiores entendiam pela existência de conduta dolosa de forma presumida.

Desta feita, analisando a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, verifica-se a existência de diversas jurisprudências no sentido da existência de dolo em caso de omissão de receitas de PIS e COFINS.


6



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

Como é sabido, as Leis n.º 10.637/2002 e 10.833/2003 definiram o fato gerador do PIS e da COFINS como o faturamento mensal. Desta forma, se omitir receitas estou omitindo faturamento, daí entendo que até poderia sim ser qualificado como conduta dolosa a omissão de receitas para as citadas contribuições.

Todavia, para o ICMS o fato gerador é totalmente distinto, sendo este a circulação de mercadorias, ou, conforme nossa Lei Estadual, a saída de mercadorias a qualquer título.

Com isso, entendo que a interpretação dada ao PIS e COFINS deve ser totalmente diferente da interpretação dada ao ICMS, por uma premissa básica que é o fato gerador, não podendo ser presumível o dolo no presente caso.

Além disso, a existência de dolo não foi analisada ao longo do processo administrativo, e neste sentido a Doutrina de Renata Elaine Silva Ricetto Marques, em sua obra Curso de Decadência e Prescrição no Direito Tributário (2016 p- 228) assevera:

“conclui-se que o simples inadimplemento do sujeito passivo não é conduta dolosa. O dolo só existe mediante comprovação. A intenção de causar dano à administração pública e se beneficiar com tal conduta deve ser devidamente provada. Assim como, na constituição do crédito tributário, por si só, não qualifica a conduta do contribuinte como dolosa (vide item 7.7.4.4), a conduta dolosa é delituosa e tipificada, inclusive como crime pela lei dos crimes contra a ordem tributária, Lei 8.137/1990, desde que devidamente comprovada”

Assim, como não foi questionado e demonstrado, sendo fato gerador distinto dos casos apontados pelos Tribunais Superiores, não há que se falar em dolo no presente caso. Devendo afastar, a regra de exceção do artigo n.º 150, §4º, para a aplicação do artigo n.º 173, I, ambos do CTN.”

Por todo o exposto, uma vez já conhecido do recurso extraordinário, voto para dar-lhe provimento, declarar extinto o presente processo, uma vez que decaído o presente crédito tributário, em desacordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado.

7



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

É como VOTO.

03 - DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é RECORRENTE: VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A e RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ. **Decisão:** "A Câmara Superior do Conselho de Recursos Tributários, deliberando sobre o Recurso Extraordinário admitido pela Presidência com base no que dispõe os Artigos 5º, inciso II e 107 da Lei nº 15.614/14, RESOLVE, por maioria de votos, dar provimento ao recurso interposto, para declarar a EXTINÇÃO processual em razão de decadência, com base no art. 150, §4º do CTN, nos termos do voto do Conselheiro Rodrigo Portela Oliveira, designado para lavrar a respectiva Resolução, por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor, contrariamente à manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado que em Sessão se manifestou pela aplicação do disposto no art. 173, I do CTN. Vencidos os votos dos Conselheiros Maria Elineide Silva e Souza (relatora originária), Francisco Wellington Ávila Pereira, Lúcio Flávio Alves, Valter Barbalho Lima e Ana Mônica Filgueiras Menescal que se manifestaram pela manutenção da decisão recorrida, conforme entendimento do representante da Procuradoria Geral do Estado. Presente, para apresentação de sustentação oral, a representante legal da recorrente, Dra. Juliana Lousada Gomes."

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA SUPERIOR DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, 13 de outubro de 2017.

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE DA CÂMARA SUPERIOR

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO-PRESIDENTE

Antônia Helena Teixeira Gomes
CONSELHEIRA-PRESIDENTE

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA-PRESIDENTE

Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO-PRESIDENTE

Maria Elineide Silva e Souza
CONSELHEIRA

Renan Cavalcante Araújo
CONSELHEIRO



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior


Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO

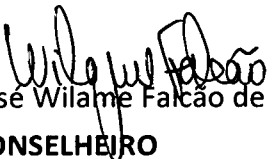
José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO

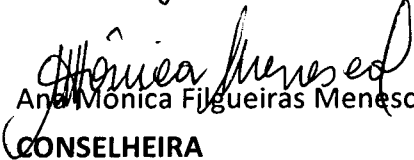

Deyse Aguiar lobo
CONSELHEIRA


Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


Ricardo Valente Filho
CONSELHEIRO


Ana Moníca Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA


Diogo Moraes Almeida Vilar
CONSELHEIRO

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO


Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO

Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO