



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº: 138/2014

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 19/11/2013 (125ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA)

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/1777/2009 AI Nº 1/200901670

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: AGUÁBRAZ COMERCIAL LTDA

CONS.RELATOR: EDILSON IZAIAS DE JESUS JUNIOR

EMENTA: ICMS - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL EM OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO ACOBERTADA POR NOTA FISCAL MODELO 1 OU 1 A E/OU SEM CUPOM FISCAL.

1. Autuação baseada promoção de saída de mercadorias sem a devida emissão de documento fiscal no período de janeiro de 2005 a setembro de 2007. A empresa emitiu recibos para clientes sem a devida emissão de notas ou cupons fiscais. Aplicação do art. 123, III, "b" da Lei n.º 12.670/96, alterada pela Lei n.º 13.418/93 c/c o disposto no art. 73 e 74 do Decreto Estadual n.º 24.569/97.

2. Decisão pela alteração da decisão de 1ª instância, pela nulidade do auto de infração, haja vista a inexistência de lastro probatório mínimo para a concretude da acusação fiscal.

3. Acusação Fiscal nula por falta de conjunto probatório mínimo.

UNANIMIDADE DE VOTOS. RECURSO OFICIAL CONHECIDO. PROVIMENTO. REFORMA DA DECISÃO DE 1º GRAU. NULIDADE DO FEITO FISCAL.

RELATÓRIO:

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: “ Falta de emissão de documento fiscal em operação ou prestação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1^A e/ou sem cupom fiscal. A firma acima qualificada promoveu saída sem documento fiscal, no período de 01 de 2005 a setembro de 2007, quando emitiu recibos para fregueses sem destacar nota fiscal ou cupons fiscais, conforme cópias em anexo, no valor de R\$ 61.773,77, cujo ICMS é R\$ 10.501,54, vide informação complementar.”

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art.123, inciso III, alínea “b” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03. O agente fiscal efetua a juntada do material probatório (recibos de venda da autuada) em fls. 09/141

A sociedade empresária restou inerte, ao passo que foi declarada a sua revelia.

Através do Julgamento n.º 1408/12, o ilustrado Julgador Sérgio André Cavalcante denota os seguintes pontos:

- ✓ O cotejo entre os recibos emitidos pela empresa autuada e a documentação fiscal da mesma é válida já que não há técnicas de fiscalização pré-determinadas para cada tipo de infração, sendo a técnica empregada livre para o agente fiscal executar a que entender melhor para o deslinde do caso;
- ✓ A prestação de serviços, área também executada pela empresa, está sujeito ao ISS, conforme a Lei Complementar n.º 116/03 e, se empregados sem a aplicação de mercadorias, deve incidir exclusivamente o ISS, de modo que deve ser excluído da base de cálculo do ICMS ora cobrado;

Em Primeira Instância o julgador monocrático decide pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, haja vista a exclusão dos serviços da base de cálculo do imposto apurado.

O Parecer de n.º 786/2012 da Consultora Tributária Maria das Graças Brito Maltez opinou pelo conhecimento do Recurso de Ofício para dar-lhe provimento, para

declarar a NULIDADE do feito fiscal ante a fragilidade das provas juntada aos autos e a incerteza da autuação.

A Douta Procuradoria Geral do Estado através de seu representante Matteus Viana Neto, adotou o parecer pelos seus próprios fundamentos.

Eis, o relatório.

VOTO:

A ação fiscal em tela teve como objeto a acusação de movimentação jurídica de mercadorias sem o devido recolhimento do imposto, com fundamento nos arts. 73 e 74 do Decreto 24.569/97 e art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96 vejamos.

Art. 73. O imposto, inclusive multas e acréscimos legais, será recolhido, preferencialmente, na rede bancária do domicílio fiscal do contribuinte, na forma disposta em Manual do Sistema de Arrecadação, baixado pelo Secretário da Fazenda.

Art. 74. O recolhimento do ICMS, ressalvados os prazos previstos na legislação específica alusiva ao imposto, dar-se-á com a observância dos seguintes prazos:

I - até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, por estabelecimento industrial ou produtor agropecuário, exceto em relação aos fatos geradores ocorridos no mês de novembro, cujo vencimento ocorrerá no penúltimo dia útil do mês de dezembro;

II - até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente:

a) ao da retenção do ICMS devido por substituição tributária por entradas no estabelecimento, para os contribuintes substitutos a que se referem as Seções I, II, X, Subseção II da Seção XI, Seções XII, XIII, XVIII, XX e XXIII, e na Seção XXI, os contribuintes enquadrados nas CNAEs-Fiscal 4771-7/01 (Comércio varejista de produtos farmacêuticos,

sem manipulação de fórmulas), 4771-7/02 (Comércio varejista de produtos farmacêuticos, com manipulação de fórmulas) e 4771-7/03 (Comércio varejista de produtos farmacêuticos homeopáticos), todas do Capítulo II do Título I do Livro Terceiro deste Decreto;

b) ao da retenção do ICMS devido por substituição tributária ou antecipação, para os contribuintes credenciados a recolherem o imposto na rede bancária credenciada;

c) ao da ocorrência do fato gerador, para os demais contribuintes inscritos no Cadastro Geral da Fazenda (CGF);

III - até o quinto dia do mês subsequente àquele em que ocorrer a entrada da mercadoria, nos casos em que a legislação exija a emissão da nota fiscal em entrada;

IV - no momento da expedição do documento fiscal avulso; V - antes da saída da mercadoria ou bem da repartição em que se processar o despacho, o desembaraço aduaneiro ou realizar-se o leilão, pelo importador ou pelo arrematante;

VI - no momento da ocorrência do fato gerador, nos demais casos.

Parágrafo único. Excluem-se do disposto no caput deste artigo os regimes especiais de tributação concedidos com fundamento nos arts.567 a 569.

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: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação;

Desse modo, vemos que, a questão dos autos se insere na questão da formação probatória, isto é, se a documentação trazida pelo autuante tem o condão de constituir ou não a infração.

O autuante traz aos autos vários recibos de venda de mercadorias da empresa autuada, sem que, segundo o autuante, haja a demonstração nos demonstrativos fiscais da saída de tais mercadorias.

Com relação a tal temática vejamos o que determina o melhor direito.

A acusação fiscal deve ser clara e precisa, de modo a promover a dialética processual entre Estado-Fisco e cidadão-contribuinte, trazendo, assim, legitimidade, para a atuação do primeiro, afastando possíveis abusos e desmandos.

Nesse sentido, corroborando o entendimento exarado pela Consultoria Tributária, houve o malferimento ao art. 33, XI do Decreto Estadual n.º 25.468/99, que afirma o seguinte.

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:

(...)

XI - descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado e, se necessário à melhor elucidação da ocorrência, o registro dos fatos e elementos contábeis e fiscais, em anexo ao auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração.

Desse modo, considero irreparável o entendimento da consultoria tributária no sentido de que a desdúvida a escolha da melhor técnica para a demonstração da infração fiscal cabe ao agente fiscal. Ocorre que, mesmo com a livre escolha da técnica fiscal, a mesma deve demonstrar com exatidão a possível infração acometida pelo contribuinte.

No caso concreto, houve a consulta do sistema GIM demonstrou que no período de 01/2005 a 06/2007 e 09/2007 (período da infração) a conta corrente da empresa tinha sido informada "sem movimento", nessa caso os recibos, por si só, seriam provas robustas do cometimento da infração.

Ocorre que o sistema GIM demonstra o contrário, ou seja, no período da infração a conta corrente da empresa apresentou movimento (fls. 162/164) e retira, por completo, a nosso sentir, a certeza que teve ter a autuação.

Isto posto, **VOTO** no sentido de:

Que se conheça do Recurso de Ofício, para que, no mérito, seja **DADO PROVIMENTO** para **REFORMAR** a decisão da instância singular no sentido de declarar a nulidade do feito fiscal em consonância com o Parecer da Consultoria sufragada pela Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E RECORRIDO AGUABRAZ COMERCIAL LTDA. RESOLVEM**, os membros da Primeira Câmara do Conselho de Recursos Tributários, sob a presidência da Dra. Francisca Marta de Sousa, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso de Ofício, para em grau de preliminar declarar a **NULIDADE DO FEITO FISCAL** nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado, tudo nos termos do voto deste Conselheiro Relator.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 13 de **FEVEREIRO** de 2014

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado

CONSELHEIROS(AS):

EDILSON IZATAS DE JESUS JUNIOR
CONSELHEIRO RELATOR

MARCUS AURELIO BINDA DE QUEIROZ
CONSELHEIRO

FRANCISCO IVANILDO ALMEIDA FRANÇA
CONSELHEIRO

ANTÔNIO GILSON ARAGÃO DE CARVALHO
CONSELHEIRO

ANNELINE MAGALHÃES TORRES
CONSELHEIRA

VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE
CONSELHEIRO

JOSE GONÇALVES FEITOSA
CONSELHEIRO

ANDRÉ ARRAES AULINO MARTINS
CONSELHEIRO