



**ESTADO DO CEARÁ**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**Contencioso Administrativo Tributário**  
Conselho de Recursos Tributários  
1ª Câmara de Julgamento

**Resolução Nº 164** 2006

**Sessão:** 31ª Sessão Ordinária de 17 de Março de 2006

**Processo Nº:** 1/987/2004

**Auto de Infração Nº:** 1/200401865

**Recorrente:** JOÃO VALDEILTON DE VASCONCELOS

**Recorrido:** Célula de Julgamento 1ª Instância.

**Relatora:** MAGNA VITÓRIA G.L.MARTINS

**EMENTA:** ICMS - Ação fiscal instaurada em desarmonia com as normas legais, fundamentada em arbitramento. **NULIDADE.** Preterição do direito à ampla defesa assegurados constitucionalmente, conforme art.32 da Lei 12.732/97. Recurso voluntário conhecido e provido. Reformada por unanimidade de votos a decisão exarada na Instância Singular.

**RELATÓRIO:**

A peça inicial do presente processo acusa o contribuinte de:

“UTILIZAR DOCUMENTO FISCAL FRAUDADO PARA ILUDIR O FISCO E FUGIR AO PAGAMENTO DO IMPOSTO”.

O agente fiscal indica os dispositivos infringidos Art.127, 131, 874,877 do Dec.24.569/97 a penalidade aplicável ao caso Art.123, I, "a" da Lei 12.670/96.

A ordem de serviço 2003.19258 indica o período da ação fiscal de 01/01/2002 a 03/09/2003.

No termo de início de fiscalização 2003.26815 o contribuinte é intimado a apresentar todos os livros fiscais, Livro Diário analítico e sintético, Livro Razão analítico e sintético e Livro Caixa.

Na informação complementar o agente fiscal relata que o contribuinte utilizava máquina de emissão de documento não fiscal (não autorizadas pela secretaria da fazenda) imitando documentos fiscais. Como a máquina não gravava dados de memória a empresa apresentou o movimento do dia do início da ação fiscal (04/09/2003).

Afirma ainda, que as vendas efetuadas através da máquina não fiscal não se encontravam declarados em livros fiscais próprios ou meios eletrônicos autorizados pela legislação.

Para mensurar o montante das operações de saídas de mercadorias através do equipamento não fiscal, valeu-se do arbitramento levando em consideração:

1. As vendas do dia 04/09/2003 no montante de R\$ 896,49 detectada através de uma leitura do equipamento não fiscal;
2. Multiplicada pela quantidade de "contadores de fechamento" constante na leitura do equipamento não fiscal no total de 756 "fechamentos";
3. Encontrando o montante do presente auto de infração de 896,49(vendas do dia 04/09/2003) x 756 (contador de fechamento) = R\$677.746,44

Por não apresentar impugnação o feito correu a revelia.

Na instância singular o feito foi julgado Procedente.

Malcontente com a sentença condenatória exarada na instância monocrática, a empresa com parece aos autos e interpõe Recurso Voluntário, argüindo que o cálculo efetuado para arbitrar o montante da base de cálculo está em discordância com o Art.92 da Lei 12.670/96 e que o contribuinte não fraudou o fisco estadual, pois as máquinas não fiscais não reproduziam documentos fiscais.

Ao final da peça defensiva requer a nulidade da ação fiscal e no mérito a improcedência da acusação fiscal.

A Consultoria Tributária, em parecer referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado, opina pela procedência do feito fiscal.

É o relatório.

## **VOTO DA RELATORA:**

Preliminarmente, há de ser declarada a nulidade absoluta da ação fiscal, pois o ato administrativo de lançamento foi praticado em desconformidade com a norma que o disciplina prejudicando a análise do mérito da questão.

Sacha Calmon Navarro Coelho em seu livro Curso de Direito Tributário Brasileiro interpreta os artigos 148 e 149 do CTN afirmando que “o ARBITRAMENTO é remédio que viabiliza o lançamento, em face da inexistência de documentos ou da imprestabilidade dos documentos e dados fornecidos pelo próprio contribuinte ou por terceiro legalmente obrigado a informar. Não é critério alternativo de presunção de fatos jurídicos ou de bases de cálculo, que possa ser utilizado quando o contribuinte mantenha escrita (mesmo falha ou imperfeita, porém retificável) ou documentação e seja correto em suas informações.”

A Legislação Estadual prevê em seu artigo 92 da Lei 12.670/96 a utilização do arbitramento, in verbis:

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.

§5º Para efeito de cobrança do ICMS serão desconsiderados os livros fiscais e contábeis quando contiverem vícios ou irregularidades que comprovem a sonegação de tributos.

§6º Caracterizada a situação prevista no parágrafo anterior, o valor das saídas promovidas pelo contribuinte no período examinado poderá ser arbitrado pelo fisco, na forma como dispuser em regulamento.

§7º Havendo a necessidade de arbitramento do valor do ICMS a ser recolhido, este será calculado tendo como base de cálculo a média aritmética dos valores constantes dos documentos compreendidos entre o número inicial de toda a seqüência impressa e o maior número de emissão identificado.

Poderá o fisco servi-se da técnica do arbitramento, obedecidos aos pressupostos e requisitos do art.148 do CTN e Art.92 da Lei 12.670/96, quais sejam:

- O lançamento por arbitramento é excepcional, só se justificando em face da inexistência de elementos para a apuração dos fatos;
- Ausência de escrita ou de documentação que a lastreie (a isso estando equiparada a recusa em informar ou entregar documentação por parte do contribuinte ou de terceiro obrigado);
- A ampla defesa constitucionalmente prevista garante ao contribuinte que a documentação por ele acostada seja analisada quando ao seu mérito;

O procedimento adotado pelo agente fiscal no presente processo foge completamente ao entendimento dos artigos citados acima, senão vejamos:

- O agente do fisco dispunha de toda documentação fiscal e contábil para apuração dos fatos conforme solicitado no termo de início de fiscalização 2003.26815.
- O agente fiscal não utilizou qualquer média para estimar as operações omitidas no período. Valendo-se de um único documento para realizar o “arbitramento”;
- O método utilizado é insuficiente para a apuração do “quantum” omitido;
- O arbitramento foi realizado com base nas vendas efetuadas no dia 04/09/2003 que está fora do período a ser fiscalizado conforme definido no DESPACHO 2004.05352.

Portanto, a Legislação Tributária somente autoriza a utilização do arbitramento em face das omissões ou atos de falsidade e desonestidade perpetrada pelo contribuinte ou terceiro que tornem imprestáveis os dados registrados em sua escrita. Não sendo essa a hipótese, **a contrário sensu**, ficam vedadas as presunções e os indícios, pautas e médias levantadas, técnicas que afastam o lançamento da realidade dos fatos e da capacidade econômica do sujeito passivo.

Assim sendo, há de ser declarada a **NULIDADE** do feito fiscal nos termos do art.32 da Lei 12.732/97, e Art.53 do Dec.25.468/99, in verbis:

Art.53. - São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

§1º Considera-se autoridade incompetente aquela a quem a legislação não confere atribuições para a prática do respectivo ato.

§2º É considerada autoridade impedida aquela que:

- I – esteja afastada das funções ou do cargo;
- II – não disponha de autorização para a prática do ato;
- III – pratique ato extemporâneo ou com vedação legal.**

**§3º Considera-se ocorrida a preterição do direito de defesa em qualquer circunstância em que seja inviabilizado o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado.**

Diante do exposto, e por restar provado que o ato administrativo em exame padece de nulidade insanável, por não encontrar amparo na legislação que possa sustentá-lo, é que voto no sentido de conhecer o recurso voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão de 1ª instância e declarar a **nulidade** do feito acompanhando o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

**DECISÃO:**

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente JOÃO VALDEILTON DE VASCONCELOS, e recorrido a Célula de Julgamento de 1ª Instância.

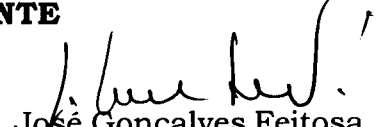
RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória exarada na instância monocrática, e em grau de preliminar declarar a NULIDADE da ação fiscal nos termos do voto da conselheira relatora e do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão e reduzido a termo mediante despacho contido nos autos. Ausente por motivo justificado o conselheiro Frederico Hosanan Pinto de Castro.

**SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 24 de abril de 2006.

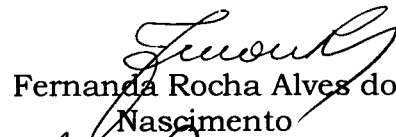
  
Ana Maria Martins Timbó Holanda

**PRESIDENTE**

  
Magna Vitória G.L. Martins  
CONSELHEIRA RELATORA

  
José Gonçalves Feitosa  
CONSELHEIRO

  
Dulcimeire Pereira Gomes  
CONSELHEIRA

  
Fernanda Rocha Alves do  
Nascimento  
CONSELHEIRA

  
Maria Elineide Silva e Souza  
CONSELHEIRA

  
Frederico Hosanan Pinto de Castro  
CONSELHEIRO

  
Helena Lúcia Bandeira Farias  
CONSELHEIRA

  
Maryana Costa Canamary  
CONSELHEIRO

Matteus Viana Neto  
PROCURADOR DO ESTADO